



DEMOCRAZIA E SICUREZZA – DEMOCRACY AND SECURITY REVIEW

Anno XII, n. 2, 2022



Roma TrE-Press
2022



Democrazia e Sicurezza - Democracy & Security Review

Anno XII, n. 2, 2022 (contenuti chiusi il 9 dicembre 2022)

Direzione, redazione e impaginazione:

Laboratorio Multimediale e di Comparazione Giuridica

Università degli Studi Roma Tre – Dipartimento di Scienze politiche

via G. Chiabrera, 199 - 00145 Roma

www.democraziaesicurezza.it – www.democraziaesicurezza.eu – redazione@democraziaesicurezza.it



Iscrizione presso il Tribunale di Roma, n. 373/2011 del 5 dicembre 2011

Rivista scientifica (ANVUR) per l'Area 12 - Scienze giuridiche

e l'Area 14 - Scienze politiche e sociali ai fini dell'ASN.

Salvo diversamente indicato, gli articoli sono sottoposti a doppia procedura di revisione anonima (*double blind peer review*).

Elaborazione grafica della copertina

MOSQUITO ® mosquitoroma.it

Caratteri grafici utilizzati

Aller e Avenir (copertina); Aller (titoli interni e *abstract*); Adobe Garamond Pro (testo).

Edizioni *Roma TrE-Press* ©

Roma, dicembre 2022

ISSN 2239-804X

<http://romatypress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina Creative Commons attribution 4.0 International Licence (CC BY-NCND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma.



Direttore responsabile

Salvatore Bonfiglio

Comitato editoriale

Francesco Antonelli, Salvatore Bonfiglio (Direttore scientifico), Mario Carta, Artemi Rallo Lombarte (Condirettore), Pamela Martino, Giuseppe Ricotta, Massimo Rubechi

Consiglio scientifico

Domenico Amirante, Fabrizio Battistelli, Paolo Benvenuti, Salvatore Bonfiglio, Roberto Borrello, Francesco Clementi, Mario De Caro, Jean-Philippe Derosier, Carlo Focarelli, Rosario Garcia Mahamut, Hermann Groß, Andrew Hoskins, Martin Innes, Luis Jimena Quesada, Luis Maria Lopez Guerra, Stelio Mangiameli, Maria Luisa Maniscalco, Kostas Mavrias, David Mongoin, Lina Panella, Cristina Pauner Chulvi, Otto Pfersmann, Artemi Rallo Lombarte, Angelo Rinella, Marco Ruotolo, Cheryl Saunders, Giovanna Spagnuolo, Raffaele Torino, Alessandro Torre, Matthew C. Waxman

Redazione

Coordinamento: Gabriele Maestri

Osservatorio sulla normativa: Massimo Rubechi (coordinatore), Jessica De Vivo, Valentina Fiorillo, Gian Marco Pellos, Giulia Renzi, Giuliaserena Stegheer

Osservatorio sulla giurisprudenza: Pamela Martino (coordinatrice), Giulia Aravantinou Leonidi, Luca Dell'Atti, Maria Dicosola, Carmine Petteruti

Osservatorio europeo e internazionale: Mario Carta (coordinatore), Susanna Azzaro, Francesco Battaglia, Beatriz Tomás Mallén, Cristina Gazzetta, Tommaso Amico di Meane, Pablo Julián Meix Cereceda

Osservatorio sociale: Francesco Antonelli (coordinatore), Santina Musolino, Giuseppe Ricotta, Valeria Rosato, Anna Simone, Pina Sodano

I siti www.democraziaesicurezza.it e www.democraziaesicurezza.eu riportano i *referee* esterni della Rivista, nonché le procedure di invio e revisione.



Indice

Editoriale

Condizionalità europea e Stato di diritto: riflessioni a margine delle sentenze della Corte di giustizia del 16 febbraio 2022

di Salvatore Bonfiglio e Claudio Martinelli

3

Saggi

La costruzione degli Stati Uniti d'Europa fra condizionalità, Stato di diritto e identità costituzionale

di Monica Bonini

11

Le implicazioni costituzionali del “Regolamento Condizionalità”: riflessioni a partire dalle sentenze C-156/21 e C-157/21 della Corte di Giustizia

di Antonia Baraggia

41

Le sentenze della Corte di giustizia sul Regolamento UE sulla condizionalità relativa alla rule of law: gli elementi di novità e le (numerose) questioni aperte

di Cristina Fasone

57

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

di Simone Gianello

95

Il primato del diritto UE sotto attacco.

Brevi cenni sulla crisi del dialogo fra Corti

di Stefania Ninatti e Marco Galimberti

135



Indice

Osservatori

- Le trasformazioni della guerra: la rarefazione del diritto internazionale e la conseguente sovrapposizione dei concetti di terrorismo e guerra ibrida*
di Gianluca Tirozzi 167

Recensioni

- Lucia Risicato, Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 112*
di Gianluca Ruggiero 189

- Andrea Merlo, Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al “caporalato”. Dai braccianti ai riders. La fattispecie dell’art.603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 135*
di Filomena Pisconti 193



Editoriale



Condizionalità europea e Stato di diritto: riflessioni a margine delle sentenze della Corte di giustizia del 16 febbraio 2022

di Salvatore Bonfiglio e Claudio Martinelli *

Il duplice pronunciamento della Corte di giustizia dell'Unione Europea del 16 febbraio 2022, attestante la legittimità del Regolamento 2020/2092 istitutivo di un meccanismo di condizionalità che lega il bilancio alla tutela dello Stato di diritto, segna senza alcun dubbio un momento di passaggio nel tortuoso e conflittuale percorso che porta alla protezione ultima dei valori sui quali si regge l'architettura europea.

Lungi dal concentrarsi in via esclusiva sulle ragioni di ordine prettamente giuridico-normativo che hanno consentito di dar vita ad un simile istituto in conformità con quanto stabilito dai Trattati istitutivi dell'Unione Europea – diversamente da quanto prospettato nei ricorsi di Ungheria e Polonia – l'occasione è valsa al Giudice di Bruxelles la possibilità di estendere la propria prospettiva sul *thema decidendum*, facendo chiarezza su alcune questioni poste al centro del processo di integrazione, al culmine di una fase caratterizzata dall'emersione sempre più evidente di segnali orientati in senso contrario e carichi di una portata disgregativa. È solo in questo quadro, e date tali premesse di contesto, che si possono comprendere le ragioni che hanno spinto la Corte di giustizia a marcare l'esistenza di valori indefettibili che, nel costituire il patrimonio fondamentale del

* Salvatore Bonfiglio è professore associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi Roma Tre e direttore della rivista *Democrazia e sicurezza*. Claudio Martinelli è professore ordinario di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Milano - Bicocca.



sistema sovranazionale, ne rappresentano al contempo l'identità ultima. Quella stessa identità che trova la sua ragion d'essere proprio nella doverosa condivisione dei medesimi principi e che in ultima analisi si pone come base costitutiva di quel rapporto di reciproca fiducia che deve informare le relazioni politiche ed istituzionali fra i Paesi membri, al di là delle specifiche differenze che inevitabilmente esistono all'interno di un sistema complesso qual è quello eurounitario. Solo in questo modo, riprendendo i ragionamenti della Corte, è possibile dare effettiva concretezza al canone della solidarietà che trova la sua massima espressione nell'esecuzione e nella imprescindibile protezione del bilancio, data la sua funzione "costituzionale".

Con tutta probabilità si tratta di assunti e argomentazioni destinate a ritornare in futuro sulla penna dei giudici europei e della dottrina in cerca di una più chiara, e per certi versi necessaria, sistematizzazione, data l'ampia gamma di interrogativi che ancora permangono in cerca di soluzione.

Proprio dal sentito bisogno di approfondimento attorno a temi così centrali per il futuro di tutti noi è sorta l'iniziativa del seminario di studi organizzato nel marzo del 2022 presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca, nell'ambito dello Jean Monnet Module *Supranational Integration and National Identities*, dal titolo *Condizionalità europea e Stato di diritto: riflessioni a margine delle sentenze della Corte di giustizia del 16 febbraio 2022*. L'intenso dibattito occorso in quell'occasione ha fornito l'opportunità per un ulteriore sviluppo degli interventi dei Relatori, i cui atti sono stati fatti confluire all'interno di questo numero della Rivista. Questa sezione "Saggi" interamente dedicata, muovendo dalle sentenze del 16 febbraio 2022 e con una prospettiva di più ampio respiro, si pone l'obiettivo di enucleare nella loro complessità le principali ricadute del duplice giudizio, tratteggiandole nella più ampia cornice dello stato attuale in cui versa il progetto europeo.

Nel presentare sinotticamente i diversi contributi qui contenuti, nel primo di essi Monica Bonini pone l'accento sulla funzione e sul ruolo stesso della condizionalità quale strumento che nel corso degli ultimi anni ha assunto un ruolo via via più centrale nel processo integrativo. Se è vero che la sopravvivenza stessa dell'Unione non può che transitare attraverso questa via, è altrettanto vero,



secondo l'autrice, che il ricorso sempre più frequente alla condizionalità mostra il proprio lato oscuro che si rivela nella materializzazione incompiuta, o meglio *in progress*, di quella progressiva aspirazione verso un *federalizing process* costretto a sua volta a fare i conti – su profili come quello della protezione dello Stato di diritto, ma non solo – con la presenza permanente di sacche di resistenza sovrana da parte dei diversi Stati membri.

Queste ultime osservazioni trovano ulteriore conferma nel contributo di Antonia Baraggia, la quale rimarca ulteriormente come il ricorso alla condizionalità rappresenti la faticosa ricerca di un surrogato coercitivo su questioni molto spesso dotate di una forte dimensione “federale” rispetto alle quali, però, l'Unione si riscopre dotata di uno spettro di autorità solamente limitata. In questo senso, l'attestazione da parte della Corte di giustizia della legittimità del Regolamento 2020/2092, ovvero sia di un meccanismo di condizionalità orizzontale, nel riconoscere definitivamente la natura “costituzionale” dello strumento, apre le porte alla possibile evoluzione di ulteriori istituti della medesima natura non confinati al mero alveo della protezione della *rule of law*. I richiami alla connessione fra condizionalità e solidarietà, così come le statuizioni a proposito del necessario impegno da parte di ciascuno Stato rispetto ai valori fondamentali dell'Unione, infine, oltre che un monito rivolto agli attuali Paesi membri, possono essere letti come un avviso che guarda ai prossimi sviluppi nel processo di allargamento.

Il rapporto fra la solidarietà e la condizionalità è al centro del lavoro presentato da Cristina Fasone. Le sentenze della Corte dell'Unione Europea, anche in ragione dei loro approdi contenutistici quali il richiamo all'identità europea, ovvero alla connessione fra bilancio, tutela degli interessi finanziari e Stato di diritto, possono dirsi l'approdo più avanzato della sua giurisprudenza in tema di protezione dello Stato di diritto. È altresì vero, però, come sullo sfondo rimangano questioni almeno all'apparenza insolute, come la relazione fra solidarietà e condizionalità; questioni che richiedono ulteriori specificazioni in modo da garantire in futuro un congruo bilanciamento nel quadro della gestione del bilancio comune. Una tensione che se in parte trova una propria giustificazione nel ricorso a modelli che impongano agli Stati membri un dato grado di responsabilità legato alla propria azione, al contempo rischia di porsi in contrasto con lo spirito



originario della costruzione europea. Questa tipologia di “solidarietà condizionata”, che è sempre più ricorrente all’interno delle politiche comunitarie, poggia sul principio della fiducia reciproca fra Stati; essa, però, rischia di essere messa in difficoltà in un contesto che ancora consente ad alcuni Stati membri, si pensi ad esempio all’Ungheria, una violazione del principio dello Stato di diritto, nonostante le numerose condanne da parte del Parlamento Europeo, di cui l’ultima approvata il 15 settembre 2022.

Simone Gianello s’interroga, fra le altre cose, sul concetto d’identità europea estrapolato dalla Corte di giustizia. Sebbene non sfugga il tentativo dei giudici di individuare una dimensione significativa della stessa in chiave inclusiva ed omogeneizzante, che parta dal patrimonio comune degli Stati membri e in via di aggregazione risalga fino al crinale europeo, restano forti i dubbi sull’effettiva portata applicativa della stessa. Ancorché nelle intenzioni della Corte sembrerebbe emergere il tentativo di utilizzare una specifica configurazione dell’identità avente la capacità di contenere e ridurre la conflittualità dicotomica del suo utilizzo in antitesi alle rivendicazioni nazionali e costituzionali – in particolare di alcuni Paesi – il pericolo concreto e che ciò possa invece produrre l’effetto di un ulteriore inasprimento delle relazioni (anche) su questo “nuovo” fronte di scontro. In secondo luogo, osservato come dalle decisioni della Corte di Giustizia e dalla prima applicazione dello strumento contro l’Ungheria fuoriesca una specifica conformazione dello stesso, più contenuta negli effetti e maggiormente in linea con il suo lungo processo di approvazione, l’autore si domanda se non sia possibile pensare in futuro a un utilizzo “positivo” della condizionalità in senso lato concepita, come vero e proprio modello di *governance*. Considerata l’approvazione del *Recovery Plan* della Polonia – benché permangano ancora evidenti problematiche sul versante organizzativo del potere giudiziario – si introduce inoltre la suggestione di un utilizzo degli strumenti condizionali come grimaldello per separare i destini di Polonia e Ungheria, senza però compromettere la tutela dello Stato di diritto.

Infine, Stefania Ninatti e Marco Galimberti propongono una riflessione che tiene conto del ruolo della Corte di giustizia e delle Corti costituzionali dei Paesi membri nel processo di integrazione. Una centralità che, tuttavia, come messo



Editoriale

plasticamente in luce dal contributo degli Autori, ha prodotto anche delle frizioni se non delle vere e proprie battute di arresto, in specie sul versante nazionale. A essere messo al setaccio è il progressivo evolversi di una tendenza che da un atteggiamento protezionista fondato sul concetto di *ultra vires* ha progressivamente ampliato il suo margine applicativo attraverso il richiamo all'identità nazionale. Le recenti vicende che hanno portato anche la Corte di giustizia a utilizzare il medesimo lessico delle controparti nazionali, per riprendere le parole degli Autori, portando ad un mutamento radicale della narrativa identitaria spingono ad interrogarsi su quale potrà essere il futuro nel dialogo fra la corti, considerando le tendenze centripete del Giudice europeo nel dare seguito al contenuto di cui all'art. 4, par. 2 TUE.



Saggi



Università degli Studi di Milano Bicocca - Dipartimento di Giurisprudenza - School of Law
Corso Jean Monnet Module - Supranational Integration and National Identities
Corso Pluralismo Religioso e Integrazione Europea

Venerdì 1 aprile 2022 ore 12:30

Università degli Studi di Milano Bicocca - Edificio U6 - Aula U6-01/C
P.zza dell'Ateneo Nuovo 1, 20126, Milano

CONDIZIONALITÀ EUROPEA E STATO DI DIRITTO: RIFLESSIONI A MARGINE DELLE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DEL 16 FEBBRAIO 2022

Introduce

CLAUDIO MARTINELLI - Università degli Studi di Milano Bicocca

Presiedono

NATASCIA MARCHEI - Università degli Studi di Milano Bicocca

STEFANIA NINATTI - Università degli Studi di Milano Bicocca

Relazione

EMANUELE REBASTI - Member of the Legal Service - Council of the European Union

Discutono

MONICA BONINI - Università degli studi di Milano Bicocca

ANTONIA BARAGGIA - Università degli Studi di Milano Statale

CRISTINA FASONE - Università LUISS Guido Carli

SIMONE GIANELLO - Università degli Studi di Milano Bicocca

L'incontro sarà trasmesso anche in streaming sulla piattaforma WEBEX

Link accesso diretto a WEBEX: <https://unimb.webex.com/unimb/j.php?MTID=meb6f1bd7343cce0f481f4375999874c6>

Password: seminario

COMITATO SCIENTIFICO ED ORGANIZZATIVO: Prof.ssa Natascia Marchei, Prof. Claudio Martinelli, Prof.ssa Stefania Ninatti, Dott. Simone Gianello

Per ulteriori informazioni: simone.gianello@unimib.it

I contributi presenti in questa sezione costituiscono lo sviluppo di interventi presentati durante il seminario di studi *Condizionalità europea e Stato di diritto: riflessioni a margine delle sentenze della Corte di giustizia del 16 febbraio 2022*, tenutosi il 1° aprile 2022 presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca, nell'ambito dello Jean Monnet Module *Supranational Integration and National Identities*.



Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union



La costruzione degli Stati Uniti d'Europa fra condizionalità, Stato di diritto e identità costituzionale

di Monica Bonini *

Abstract: This article reflects upon the February 16th 2022' judgments released by the European Court of Justice on the cases in C-156-21 and in C-157-21, dismissing the request of annulment brought by Poland and Hungary against the regime of conditionality for the protection of the Union budget in the event of breaches of the rule of law principles. In view of the fundamental importance of this issue, the essay analyses the legal and historical origins of the EU rule of law principle as today enshrined in Article 2 TEU. Moreover, the article highlights that both concepts of "illiberal principles" and "national identity" may weaken the federal development of the European Union and the protection of the rule of law in its Member States.

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive: la "condizionalità" fra principi dello Stato di diritto e bilancio dell'Unione Europea. – 2. Alle origini del Regolamento sul regime generale di condizionalità posto a protezione del bilancio dell'Unione. – 3. Le sentenze della CGUE del febbraio 2022. – 4. Il Giudice di Lussemburgo e la dinamica dell'integrazione. – 5. Il costituzionalismo europeo *in fieri* fra principi "illiberali" e "identità costituzionale". – 6. Dalla *Rule of Law* al conflitto russo-ucraino: verso la svolta decisiva per la costruzione degli Stati Uniti d'Europa?

1. Osservazioni introduttive: la "condizionalità" fra principi dello Stato di diritto e bilancio dell'Unione Europea

Di recente, eventi gravissimi¹ hanno indotto gli Stati membri dell'Unione Europea (in seguito anche Unione o UE) a interrogarsi in modo nuovo sul futuro

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Milano - Bicocca. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*): versione ricevuta il 30 giugno 2022. Il testo sviluppa posizioni espresse dall'autrice in scritti precedenti e propone in forma estesa la relazione introduttiva del seminario *Condizionalità europea e Stato di diritto: riflessioni a margine delle sentenze della Corte di giustizia del 16 febbraio 2022* (v. la presentazione di Bonfiglio e Martinelli).

¹ Come facilmente intuibile, ci si riferisce alla crisi pandemica manifestatasi nell'inverno 2020 e al conflitto russo-ucraino scoppiato alla fine del febbraio 2022.



del processo di integrazione sovranazionale. Fra le domande che hanno accompagnato questa reazione, una in particolare – data la sua importanza – si è imposta all’attenzione generale. Il contrasto alla crisi pandemica prima, e al conflitto russo-ucraino poi, ha infatti posto al centro della discussione politica (e, di conseguenza, giuridica) la riflessione sul nesso fra l’ulteriore sviluppo dell’integrazione e la protezione dei valori fondanti le società democratiche degli Stati membri e la stessa organizzazione sovranazionale. Valori, come noto, custoditi non soltanto dalle Costituzioni nazionali, ma anche dagli artt. 2 e 3 del Trattato sull’Unione Europea².

La risposta al quesito accennato pare oggi ancorata – fra molto altro - all’istituto della “condizionalità”³, inteso come strumento versatile utilizzato dalle istituzioni sovranazionali per affermare *anche* i principi dello Stato di diritto all’interno degli Stati membri⁴. Quasi superfluo sottolineare quanto difficile e problematica sia la realizzazione di un simile intento, non solo per le evidenti ragioni dovute alla natura anomala dell’Unione (entità *sui generis*, perché di certo non equiparabile a una organizzazione internazionale o a uno Stato federale⁵), ma, pure, per i motivi che si affronteranno nel corso dello scritto. Novità recenti sembrano infatti suggerire una prospettiva da indagare: con due sentenze dello scorso

² In breve Trattato o TUE. Per inquadrare i temi che verranno affrontati in questo lavoro (soprattutto ai due ultimi pgff.), fondamentale R.D. KELEMEN, *Europe’s Other Democratic Deficit: National Authoritarianism in Europe’s Democratic Union*, in «Government and Opposition», vol. 52, Special Issue 2, *Democracy without Solidarity: Political Dysfunction in Hard Times*, April 2017, pp. 211-238.

³ Per ogni approfondimento utile v. A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell’era della crisi*, Torino, Giappichelli 2017, e *infra* nelle note e nel testo.

⁴ Sui principi dello Stato di diritto nell’Unione Europea si rinvia a L. PECH, *A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, in «European Constitutional Law Review», vol. 6, 2010, pp. 359-396.

⁵ La letteratura in tema è particolarmente ricca, ci si limita dunque a segnalare qui solo gli scritti a fondamento delle tesi che si suggeriranno nel testo: *ex multis* J. ZILLER, *Diritto delle politiche e istituzioni dell’Unione europea*, il Mulino, Bologna 2013, p. 125 ss.; S. GRILLER, *Der ‘sui generis Charakter’ der EU und die Konsequenzen für die Verfassungsoptionen. Ein Versuch der Entmythologisierung des Verfassungstreits*, in W. HUMMER (Hsg.), *Paradigmenwechsel im Europarecht zur Jahrtausendwende*, Springer, Wien-New York 2004, pp. 23-43; G. DELLA CANANEA, *L’Unione europea: un ordinamento composito*, Laterza, Roma-Bari 2003; S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l’Europa: riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo di integrazione europea*, Giuffrè, Milano 2002.



febbraio⁶, la Corte di giustizia dell'Unione Europea⁷, respingendo i ricorsi di annullamento presentati dalla Polonia e dall'Ungheria contro il Regolamento sul meccanismo di condizionalità (volto a subordinare il beneficio di finanziamenti provenienti dal bilancio dell'UE al rispetto, da parte degli Stati membri, dei principi dello Stato di diritto), ha aggiunto ulteriori spunti al tema in questione. Per meglio affrontare questi ultimi, è bene anzitutto ricostruire in breve il periodo precedente le due pronunce⁸.

2. Alle origini del Regolamento sul regime generale di condizionalità posto a protezione del bilancio dell'Unione

Il 16 dicembre 2020 il Parlamento e il Consiglio hanno adottato il Regolamento⁹ che introduce un regime generale di condizionalità finalizzato a proteggere il bilancio dell'UE, come sopra accennato, nell'ipotesi di violazione dei principi dello Stato di diritto da parte degli Stati membri. Per realizzare questo obiettivo, il Regolamento permette al Consiglio di sospendere, su proposta della

⁶ Corte di giustizia dell'Unione Europea (CGUE), sentt. del 16 febbraio 2022 rispettivamente in C-156/21 *Ungheria c. Parlamento e Consiglio* e in C-157/21 *Polonia c. Parlamento e Consiglio*.

⁷ D'ora in poi indicata anche solo come Corte o CGUE.

⁸ Diverso, con tutta evidenza, rispetto a quello originata dalla crisi pandemica che, secondo Simone Benvenuti, negli ultimi due anni avrebbe prodotto proprio in Polonia e Ungheria un lento processo di delegittimazione interna: sul punto v. S. BENVENUTI, *L'emergenza pandemica come innesco della crisi delle democrazie illiberali negli ordinamenti costituzionali ungherese e polacco*, in «Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review», n. 3, 2021, pp. 43-88.

⁹ In breve Regolamento: per questo v. il Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione (in *GUUE* 2020, L 4331, p. 1). Va segnalato che l'atto, nei casi di sospensione richiamati nel testo, contempla comunque istituti posti a protezione degli interessi dei destinatari finali e dei beneficiari dei pagamenti e dei programmi a carico del bilancio dell'Unione. Per approfondire gli aspetti inerenti al Regolamento non trattati in questo scritto si rinvia a J. ALBERTI, *Così antico, così moderno. Una lettura del "Regolamento condizionalità" alla luce del potere di sospensione dei fondi comunitari ex art. 88 del Trattato CECA*, in «Osservatorio sulle fonti», n. 1, 2022, pp. 14-36 (reperibile all'indirizzo <http://osservatoriosullefonti.it>).



Commissione, i pagamenti o l'approvazione di uno o più programmi a carico del bilancio sovranazionale. Il Regolamento è frutto di vicende non recenti.

Già nel 2014, per proteggere i principi dello Stato di diritto all'interno degli Stati membri dell'Unione, tanto la Commissione europea quanto il Consiglio avevano deciso di adottare strumenti più agili rispetto a quello disciplinato dall'art. 7 TUE – che, laddove applicato, consente di adottare sanzioni particolarmente gravi nei confronti dello Stato membro che abbia violato quei principi¹⁰. Nasce così, in quell'anno, il cd. *Rule of Law Framework*¹¹, che, allo scopo ricordato, introduce il cd. «dialogo strutturato» (da svolgere fra la Commissione e i soli Stati membri che non rispettino i principi in questione), e gli *Annual Dialogues on the Rule of Law* (che permettono invece a tutti i governi nazionali di confrontarsi, in seno al Consiglio, sulle questioni relative allo Stato di diritto). A tutt'oggi, il *Framework* adottato dalla Commissione è stato applicato soltanto nel caso polacco, mentre il procedimento preventivo di cui all'art. 7, 1° comma TUE è stato avviato nei confronti della Polonia e dell'Ungheria. Nel corso degli anni successivi al 2014, il Parlamento europeo¹² ha espresso molte volte la più viva preoccupazione rispetto alla specifica situazione polacca (adottando diverse risoluzioni sul punto¹³). Nel 2018, la stessa istituzione ha proposto al Consiglio di constatare la sussistenza di violazioni attuali e gravi dello Stato di diritto in Ungheria, e, consapevole di alcune debolezze caratterizzanti il procedimento di cui all'art. 7, 1° comma TUE, si è poi rivolta pure alla Commissione.

In quella occasione, il PE, per meglio affrontare l'inosservanza dello Stato di diritto all'interno degli Stati membri, chiedeva di istituire un «Meccanismo

¹⁰ *Infra* all'ultimo pgf. per la descrizione più estesa e le osservazioni sul procedimento di cui all'art. 7 TUE.

¹¹ Anche solo *Framework*. Gli atti relativi sono rintracciabili all'indirizzo <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-eu-mechanism-on-democracy-the-rule-of-law-and-fundamental-rights>.

¹² In breve Parlamento o anche soltanto PE.

¹³ Per queste v. <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-eu-mechanism-on-democracy-the-rule-of-law-and-fundamental-rights>.



Saggi

europeo sulla democrazia, i principi dello Stato di diritto e i diritti fondamentali»¹⁴ – ossia di creare un accordo interistituzionale mirato all'adozione di misure preventive e correttive capaci di integrare il quadro degli strumenti in materia già esistenti. L'Assemblea auspicava la creazione di un gruppo di esperti indipendenti cui affidare il compito di monitorare annualmente il «Meccanismo» (formulando, se necessario, raccomandazioni destinate a specifici Stati membri); la Commissione, consultando questi esperti, avrebbe poi dovuto redigere un rapporto annuale inerente alle condizioni della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali negli Stati dell'UE, da pubblicare e discutere in seguito nel corso di un dibattito fra i Parlamenti nazionali e quello europeo.

Nonostante la valutazione positiva della proposta del PE, la Commissione ha ritenuto anzitutto che, per realizzarla, fosse necessario modificare i Trattati sovranazionali; inoltre, ha messo in dubbio che il rapporto compilato da esperti indipendenti potesse essere un mezzo davvero utile per difendere lo Stato di diritto. Il Parlamento, ribadendo in una successiva risoluzione l'importanza della sua proposta, ha allora suggerito di riflettere almeno sulla possibilità di ricondurre le violazioni dello Stato di diritto alla corretta applicazione del bilancio dell'UE: ed è in questa occasione che la Commissione ha avviato il dibattito per adottare istituti diversi da quanto previsto dall'art. 7, 1° comma TUE¹⁵ – dibattito che,

¹⁴ Per il quale v. la Risoluzione del Parlamento europeo del 7 ottobre 2020 sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali, 2020/2072(INI), scaricabile dall'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0251_IT.html.

¹⁵ Nello specifico, la Commissione proponeva di adottare un quadro normativo per sviluppare una vera e propria «cultura dello Stato di diritto» all'interno dell'Unione e per prevenirne l'erosione negli Stati membri: per conseguire questi risultati l'istituzione avrebbe voluto poteri di monitoraggio maggiori e strumenti adatti a verificare il rispetto dello Stato di diritto negli Stati membri (da prevedere nel cd. *Rule of Law Cycle*): per approfondire questo e gli altri profili trattati nel testo si possono consultare tutti gli atti adottati nel periodo discusso dal Parlamento e dalla Commissione all'indirizzo <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-area-of-justice-and-fundamental-rights/file-eu-mechanism-on-democracy-the-rule-of-law-and-fundamental-rights>. Per una riflessione sull'importanza dello Stato di diritto negli ordinamenti giuridici consolidati o *in fieri* invece M. PENO, J. JAŚKIEWICZ, *Rule of Law as the Construction Principle of the Legal System*, in M. BELOV (ed.), *Rule of Law at the Beginning of the Twenty-First Century*, Eleven International Publishing, The Hague 2018, pp. 21-33, spec. p. 25 ss.



tempo dopo, sarebbe sfociato nella adozione del Regolamento sulla condizionalità del 2020.

3. Le sentenze della CGUE del febbraio 2022

L'azione di Ungheria e Polonia si colloca nel contesto ricostruito: i due Stati membri hanno presentato alla Corte di giustizia due distinti ricorsi di annullamento aventi ad oggetto il Regolamento, con i quali hanno sostenuto che, non contemplando i Trattati alcuna base giuridica a fondamento di un simile atto, l'adozione dello stesso non sarebbe avvenuta nel rispetto dei principi delle competenze di attribuzione e della certezza del diritto. Per i paesi ricorrenti, inoltre, il Regolamento avrebbe introdotto un istituto capace di aggirare il procedimento di cui all'art. 7 TUE¹⁶, specificamente ideato per contrastare le violazioni dei principi dello Stato di diritto compiute dagli Stati membri. Pare interessante ricordare infine che Polonia e Ungheria hanno fondato le loro argomentazioni (anche) a un parere riservato del Servizio giuridico del Consiglio¹⁷, formulato però in relazione alla proposta iniziale di Regolamento elaborata dalla Commissione (ben diversa dalla problematica versione finale dell'atto contestato¹⁸).

La Corte non ha sposato le tesi dei ricorrenti. Indagando il nesso che intercorre fra il principio di attribuzione delle competenze e la difesa dei valori dell'Unione, essa ha innanzi tutto chiarito come i valori comuni sui quali l'Unione si fonda – affidati alla lettera scritta degli artt. 2 e 3 TUE – ne definiscano l'identità¹⁹. In

¹⁶ Che si descriverà all'ultimo pgf. del presente scritto.

¹⁷ Il parere, nonostante le rimostranze del Consiglio, è stato ammesso dalla Corte nel procedimento relativo alle sentenze di febbraio: per questo e altri profili relativi alla genesi della versione oggi vigente del Regolamento A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and its Constitutional Challenges*, in «German Law Journal», n. 23, 2022, pp. 131-156, spec. pp. 133-137 e pp. 139-141.

¹⁸ Ivi, pp. 146-150.

¹⁹ Per il loro significato, e data la somiglianza con le motivazioni in diritto a fondamento della pronuncia relativa all'Ungheria, d'ora innanzi si richiameranno solo i passaggi più significativi della



questa luce, proprio quegli stessi valori (fra i quali spiccano i principi dello Stato di diritto e della mutua solidarietà fra membri dell'UE²⁰) non solo chiedono di essere condivisi dagli Stati membri, ma rappresentano pure l'irrinunciabile fondamento politico-giuridico delle loro relazioni. C'è poi anche di più. La piena osservanza degli stessi valori investe infatti due aspetti che non riguardano, per così dire, la sola relazione "orizzontale" fra membri dell'UE: quel rispetto condiziona anche il godimento dei diritti derivanti, per gli stessi Stati, dalla applicazione dei Trattati, ed esige che l'Unione difenda i valori in questione – dunque *la sua identità* – esercitando le competenze attribuite²¹. Se così non fosse, continua la Corte, si configurerebbe una situazione anomala, perché l'osservanza dei valori dell'UE costituirebbe un requisito gravante su ogni Stato candidato a diventare membro dell'UE, ma non invece - nel corso del tempo e senza limite alcuno - sui membri effettivi dell'organizzazione²². Ed è all'interno di questa cornice che i giudici di Lussemburgo riconducono le osservazioni sul Regolamento contestato.

Fra i diversi esistenti, il bilancio dell'Unione rappresenta di certo uno strumento di importanza cruciale per realizzare le politiche e le azioni dell'Unione – e per dare corpo, tramite queste, al principio di mutua solidarietà fra gli Stati membri²³. La lealtà che deve caratterizzare le loro relazioni, infatti, si esprime pure nell'utilizzo responsabile delle risorse comuni del bilancio sovranazionale. In questa logica, ogni violazione dei principi dello Stato di diritto potrebbe ripercuotersi in modo negativo sulla garanzia che le spese rientranti nel bilancio

sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in C-157/21 *Polonia c. Parlamento e Consiglio*: per il tema dell'identità dell'UE vedi dunque il pgf. 145 di quest'ultima. Sul tema invece dell'"identità" costituzionale, oggetto di diverse considerazioni in letteratura, si rinvia invece alle osservazioni di R. ARNOLD, *L'identità costituzionale: un concetto conflittuale*, in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma-TRE-Press, Roma 2014, pp. 149-156, spec. 154 (leggibile all'indirizzo <https://romatrepress.uniroma3.it/libro/convenzioni-sui-diritti-umani-e-corti-nazionali-2/>).

²⁰ In relazione al primo è sempre più che attuale L. PECH, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, Jean Monnet Working Paper, n. 4, 2009, New York University School of Law, New York, pp. 1-79.

²¹ CGUE, sent. *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., pgff. 144-145.

²² CGUE, sent. *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., pgf. 145.

²³ CGUE, sent. *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., pgf. 147.



sovrana nazionale rispettino le condizioni di finanziamento previste dal diritto dell'Unione. Detto in altre parole, la mancata osservanza dei principi dello Stato di diritto potrebbe ostacolare gli obiettivi perseguiti dall'UE finanziando quelle stesse spese²⁴.

Per la Corte, di conseguenza, il meccanismo di condizionalità disciplinato dal Regolamento contestato rientra fra le attribuzioni dell'Unione inerenti alla materia del bilancio: per questo motivo non può essere confuso con quanto disciplinato dall'art. 7 TUE. Soltanto quest'ultima disposizione, difatti, permette al Consiglio di sanzionare gli Stati membri che abbiano compiuto violazioni gravi e persistenti dei valori comuni sui quali è fondata l'Unione; il Regolamento, al contrario, introduce un mezzo per proteggere il bilancio sovranazionale in una ipotesi specifica – ossia nel caso in cui violazioni dei principi dello Stato di diritto compiute da uno Stato membro possano pregiudicarlo²⁵. In ragione della differenza caratterizzante gli obiettivi perseguiti dal Regolamento e dall'art. 7 TUE, conclude la Corte, i poteri esercitati dalle istituzioni sovranazionali nei due diversi contesti rientrano fra quelli di attribuzione, senza peraltro che il primo istituto aggiri l'altro²⁶. Avvalora questa conclusione il fatto che, in relazione al meccanismo di condizionalità, la Commissione e il Consiglio possano agire solo se le violazioni dei principi dello Stato di diritto incidano sul bilancio dell'Unione compromettendone la più corretta esecuzione²⁷. Violazioni simili, specificano peraltro i giudici di Lussemburgo, devono scaturire da situazioni o condotte imputabili a una autorità nazionale, e vanno valutate, per quel che concerne l'impatto sul bilancio, nel pieno rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

L'importanza delle due sentenze i cui contenuti sono stati brevemente ricostruiti è evidente: nell'Europa unita, la condizionalità pare avere acquistato nel tempo, in contesti differenti, un ruolo utile a rafforzare il processo di

²⁴ Di nuovo CGUE, sent. *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., pgf. 147.

²⁵ CGUE, sent. *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., pgff. 154 e 156.

²⁶ CGUE, sent. *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., pgf. 191 ss., spec. pgff. 212, 213 e 214.

²⁷ CGUE, sent. *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, cit., pgf. 215.



integrazione²⁸. Come si spiegherà in questo lavoro, essa agisce come una forza centrifuga, capace non soltanto di allontanare dagli Stati membri decisioni di natura al fondo politica, ma pure, potenzialmente, di ridimensionarne il ruolo di difensori ultimi dei principi dello Stato di diritto. Che l'effetto dei più diversi istituti sovranazionali abbia natura centripeta (a favore dell'Unione), non è cosa nuova: già solo storicamente, diversi sono gli esempi forniti in questo senso da altre esperienze²⁹ – fermo restando il carattere unico di quella sovranazionale. Sembra interessante riflettere ora sulla cornice teorica che accompagna questo processo.

4. Il Giudice di Lussemburgo e la dinamica dell'integrazione

Le sentenze del febbraio 2022 sollecitano una indagine articolata su almeno tre profili, tutti caratterizzanti – anche se con diversa intensità – l'ordinamento giuridico sovranazionale ancora in fase di evoluzione e altri, già consolidati, ma inclini a difendere strenuamente la loro identità costituzionale³⁰. Si sceglie qui di affrontare in più che estrema sintesi i primi due aspetti, approfondendo in seguito solo il terzo.

Fin dalla prima lettura delle due sentenze, colpisce un tratto che contraddistingue entrambe. Il percorso argomentativo scelto dalla Corte di giustizia³¹

²⁸ Per considerazioni inerenti all'approccio che l'Unione Europea dovrebbe adottare specificamente nei confronti degli Stati "illiberali" v. G. HALMAI, *How the Eu Can and Should Cope with Illiberal Member States*, in «Quaderni costituzionali», n. 2, 2018, pp. 313-339.

²⁹ Impressiona quanto attuali siano a tutt'oggi, in questa luce, le riflessioni di G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, A. Hölder Hg., Wien 1882.

³⁰ Sul punto fra i molti P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU: a Shield or a Sword?*, in «German Law Journal», vol. 18, 2017, pp. 1618-1639, e di nuovo R. ARNOLD, *L'identità costituzionale: un concetto conflittuale*, cit., spec. 154 ss.

³¹ Sulla definizione della Corte come «*comparative judge par excellence*» - che chiederebbe ben altra riflessione rispetto a quella fatta nel testo – si rinvia a G. DE VERGOTTINI, *Constitutional Law and the Comparative Method* (voce) in J. CREMADES, C. HERMIDA (eds.), *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, Springer, Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-319-31739-7_71-1, al pgf. intitolato *The Court of Justice of the European Union*.



Saggi

sembra iscriversi, infatti, nel cammino che, a partire dagli anni della crisi economico-finanziaria³², ha accomunato la giurisprudenza di almeno due fra i giudici costituzionali degli Stati membri. Come più che noto, il Tribunale costituzionale federale tedesco³³ e la Corte costituzionale italiana³⁴ hanno tratteggiato il nesso insuperabile fra bilancio, finanze e spesa pubblica da un lato, e principio democratico dall'altro. Nell'arco di una giurisprudenza costituzionale contraddistinta pure da momenti di attrito, più che di dialogo, fra i giudici costituzionali nazionali e la Corte di giustizia³⁵, è emersa una chiara interpretazione del nesso richiamato: il principio democratico sta a fondamento delle decisioni di finanza pubblica e, di stretta conseguenza, risulta decisivo per individuare le sedi istituzionali e le modalità procedurali idonee per deliberare quelle stesse decisioni³⁶. Evidente come questo approccio valorizzi il ruolo delle assemblee parlamentari e delle relative articolazioni in quanto espressione della volontà del corpo elettorale.

In questa prospettiva, che il meccanismo di condizionalità passi attraverso il ragionamento della Corte di giustizia poco sopra ricostruito, non dovrebbe, quindi, stupire: da tempo ormai, l'adozione del bilancio (nazionale o altro) e la sua successiva implementazione vengono osservate come l'ultimo anello di fasi giuridicamente concatenate fra loro, tutte di necessità ancorate alle decisioni iniziali che il corpo elettorale affida al voto politico (o amministrativo) e alle

³² Fra i tanti scritti che tratteggiano gli anni della crisi economico-finanziaria, dato quanto si sosterrà qui si ritiene opportuno segnalare *ex multis* S. PUNTSCHER-RIEKMANN, F. WASSERFALLEN, *How Member States Cope with the Eurozone Crisis*, in L. MORLINO, C. SOTTILOTTA (eds.), *The Politics of the Eurozone Crisis in Southern Europe*, Palgrave MacMillan, London, 2019, pp. 13-25, e G. ADINOLFI, M. AVELLANO, *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area Euro. Profili giuridici*, Giappichelli, Torino 2013.

³³ *Infra* nel testo.

³⁴ In questo senso è emblematica la sentenza della Corte costituzionale commentata da L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi espropriativi*, in «Rivista AIC», n. 1, 2018.

³⁵ Il riferimento è al Tribunale costituzionale tedesco, ampiamente criticato in dottrina soprattutto in relazione alla sentenza pronunciata il 5 maggio 2020 (e ad altre successive): per la letteratura sulla prima spec. le note 42, 83 e 84.

³⁶ In altre parole, solo le assemblee elettive (nazionali o locali) possono essere coinvolte in quelle determinazioni.



Saggi

istituzioni create per questa via³⁷. Tradurre questo ragionamento a livello sovranazionale significa, anche se nei limiti di quanto ricostruito al paragrafo precedente, agganciare il bilancio pure al rispetto dei principi dello Stato di diritto (*infra* nel testo per il necessario approfondimento di questo punto).

Il secondo profilo interessa più specificamente l'operato della Corte di giustizia intesa come giudice di un ordinamento *sui generis*, ancora *in fieri* e, per questo motivo, incline a confrontarsi con il principio delle competenze di attribuzione secondo una logica centripeta. Già nel passato recente, la Corte aveva sperimentato uno stile argomentativo capace di ricondurre all'alveo delle competenze attribuite l'adozione di atti sovranazionali ritenuti, a livello nazionale, *ultra vires*. Scansando (intenzionalmente?) il terreno sdrucioloso rappresentato da ogni possibile ragionamento giuridico sull'esistenza, sulla natura ed estensione, a livello sovranazionale, della clausola sui poteri impliciti³⁸, la Corte affrontava la complessa problematica degli atti *ultra vires* adottando la seguente posizione. Essa distingueva in modo netto l'adozione dell'atto, da parte della istituzione sovranazionale interessata, dal novero multiforme e in parte imprevedibile degli effetti riconducibili all'atto stesso.

Il celeberrimo caso *Gauweiler*, in questa ottica, funge da modello³⁹. In quel frangente, i giudici di Lussemburgo rispondevano ai quesiti sollevati in via pregiudiziale dal Tribunale costituzionale federale tedesco⁴⁰ (inerenti alla possibile natura *ultra vires* del programma della Banca centrale europea noto come *OMT*-

³⁷ Per ogni approfondimento in tema si rinvia a C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Giuffrè, Milano 2015, spec. pp. 63-116 e 117-200.

³⁸ Nonostante la Corte di giustizia, in anni lontani, avesse già fatto ricorso alla teoria dei poteri impliciti: v. in questa prospettiva la causa AETS del 1971 (Corte di giustizia, sent. 31 marzo 1971, Commissione c. Consiglio delle Comunità europee, C 22-70) e, a commento della stessa pronuncia, J. ZILLER, *Diritto delle politiche e istituzioni dell'Unione Europea*, cit., pp. 141-142.

³⁹ Ma non solo: v. anche, in relazione al caso *Pringle* (CGUE, sent. 27 novembre 2012, *Pringle*, in C-370/12) fra i tanti contributi pubblicati in materia quelli raccolti nel numero in parte monografico *The ESM Before Courts*, in «German Law Journal», Vol. 14, Issue 1: Special section, pp. 1-139.

⁴⁰ CGUE, sent. 16 giugno 2015 in C-62/14, *Peter Gauweiler e a. c. Deutscher Bundestag*.



*Outright Monetary Transactions*⁴¹) proprio secondo la logica appena accennata. Per attrarre nelle competenze di attribuzione della stessa Banca la c.d. politica monetaria non convenzionale⁴², essi sostenevano infatti che «una misura di politica monetaria non può essere equiparata a una misura di politica economica per il solo fatto che essa è suscettibile di avere effetti indiretti sulla stabilità della zona Euro»⁴³.

Quando, specificamente nella sentenza adottata in risposta al ricorso di annullamento presentato dalla Polonia⁴⁴, la Corte chiarisce la differenza fra l'obiettivo perseguito dal Regolamento sul meccanismo di condizionalità e dal procedimento di cui all'art. 7 TUE⁴⁵, essa, al fondo, riutilizza la modalità argomentativa con la quale aveva risolto il problema della riconduzione degli atti ritenuti *ultra vires* al quadro delle competenze attribuite. Anche se la questione, oggi, investe l'affermazione e la garanzia dei principi dello Stato di diritto attraverso l'istituto della condizionalità (o il contrario⁴⁶), i giudici di Lussemburgo la affrontano comunque nella logica centripeta ancorata alla tecnica poco sopra ricordata, perché l'unica capace di attirare nella sfera delle competenze di attribuzione ogni decisione, azione o atto giuridico non espressamente contemplati dai Trattati.

Come anticipato, si sceglie però qui di trattare con maggiore attenzione un terzo profilo, utile per fornire una più ampia cornice teorica e storico-giuridica al tema dell'affermazione dei principi dello Stato di diritto nel peculiare

⁴¹ La letteratura non solo tedesca a commento di questa giurisprudenza costituzionale è straordinariamente ricca: per questa ragione si rimanda qui soltanto al numero monografico *The OMT Decision of the German Federal Constitutional Court*, in «German Law Journal», Special Issue n. 2, vol. 15, 2014, scaricabile dall'indirizzo <https://germanlawjournal.com/volume-15-no-02/>. Sia permesso inoltre, per ogni approfondimento necessario, rinviare anche a M. BONINI, *La Banca centrale europea tra forma di governo parlamentare, democrazia "à la UE" e "costituzionalismi intrecciati"*, in C. BUZZACCHI (a cura di), *La Banca centrale europea*, Giuffrè, Milano 2017, pp. 61-109, spec. pp. 92-98.

⁴² Il piano OMT era stato peraltro solo annunciato, al tempo, per fronteggiare la crisi economico-finanziaria in Europa, ma non concretamente posto in essere.

⁴³ CGUE, sent. *Gauweiler*, cit., pgff. 51 e 52.

⁴⁴ Sempre CGUE, in C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, pgf. 212 ss.

⁴⁵ Di nuovo CGUE, in C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, spec. pgff. 212-219 e 220-221.

⁴⁶ Di nuovo A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and its Constitutional Challenges*, cit., spec. p. 137 e 151 ss.



Saggi

ordinamento sovranazionale. È bene spiegare fin da subito la scelta di fondo che accompagna la ricostruzione della cornice in discorso: per chi scrive, solo gli studi meno recenti in tema di principi sullo Stato di diritto⁴⁷ e caratteristiche del costituzionalismo⁴⁸ offrono il quadro dottrinario che meglio permette di descrivere le origini e il futuro del processo di integrazione⁴⁹. Come ovvio, il tema è straordinariamente complesso, tanto costringe a ragionare sulle radici del fenomeno della “dinamica dell’integrazione”. Forse – anche dato lo spazio a disposizione – basta un accenno per far comprendere il nesso fra questa dinamica e quanto si sosterrà nei paragrafi successivi: la storia degli Stati federali consolidati dimostra come ogni *federalising process* abbia dovuto fare leva su logiche centripete per creare forme di unione sempre più strette fra i suoi membri⁵⁰. Se, infatti, su specifiche questioni di cruciale importanza politica viene meno un indirizzo unitario, “centrale”, espresso da un quadro normativo coerente e sostenuto, se del caso, da una robusta giurisprudenza costituzionale dello stesso segno, il cammino verso l’integrazione (a vocazione regionale o federale non è al momento rilevante) si interrompe. In questo senso possono essere lette addirittura le vicende risalenti dell’ordinamento giuridico italiano: la mancata realizzazione immediata del progetto regionale di Farini, Minghetti e Cavour rispondeva alle esigenze della

⁴⁷ Aiutano a tratteggiare le osservazioni seguenti quelle, fondamentali, sviluppate in P. CARETTI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale: la dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di E. Cheli*, il Mulino, Bologna 2010.

⁴⁸ Il riferimento è alle opere di N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, il Mulino, Bologna 2016, e C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1940), il Mulino, Bologna 1990.

⁴⁹ Fra le opere relativamente recenti, invece, significative per la posizione qui assunta, v. lo scritto di C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo*, Giappichelli, Torino 2011.

⁵⁰ Per una analisi di ampio respiro delle problematiche storico-giuridiche affrontate dalla letteratura nordamericana in relazione al *federalising process* statunitense – assunto qui come uno dei modelli di riferimento per la questione trattata – v. H.N. SCHEIBER, *Federalism and Legal Process: Historical and Contemporary Analysis of the American System*, in «Law and Society Review», vol. 15, n. 3, 1980, pp. 663-722. In materia, poi, è sempre più che attuale il pensiero di C.J. FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Pall Mall Press, London 1968, e di G. BOGNETTI, *Federalismo* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, VI, 1991, pp. 273-302.



unificazione italiana del tempo – troppo giovane per reggere l’urto di scelte politiche decentrate⁵¹.

È alla luce di queste considerazioni che si riflette quindi sui principi dello Stato di diritto e sul loro accoglimento fra quelli caratterizzanti l’identità e la dinamica dell’integrazione dell’Unione Europea.

5. Il costituzionalismo europeo *in fieri* fra “principi illiberali” e “identità costituzionale”

Già nel 2015, Jan-Werner Müller sosteneva che l’Unione Europea stesse assumendo, progressivamente e di fatto, i connotati di un «overarching constitutional order»⁵². Se letta alla luce delle origini e della evoluzione degli ordinamenti giuridici nazionali – specialmente di quelli ancorati al costituzionalismo risalente e contemporaneo⁵³ – l’affermazione suscita stupore. Questa reazione spontanea e immediata, però, cambia se si accetta di seguire lo studioso nella riflessione che propone, soffermandosi in particolare su uno dei tanti passaggi logici. Che l’Unione Europea si trasformi, in un futuro difficile da stabilire, in un vero e proprio Stato federale, non pare decisivo: per Müller, tutto al contrario, è solo significativo che essa, al pari di ogni altra “comunità politica”, riesca a reggersi su valori fondamentali comuni, e disponga di strumenti capaci di reagire nei

⁵¹ Offre una disamina di ampio respiro sulla tematica R. RUFFILLI, *La questione regionale dall’unificazione alla dittatura: 1862-1942*, Giuffrè, Milano 1971.

⁵² J.-W. MÜLLER, *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, in «European Law Journal», vol. 21, n. 2, 2015, pp. 141-160, p. 145 per la cit.

⁵³ Per l’inquadramento dottrinario e concettuale del costituzionalismo risalente e contemporaneo e le relative problematiche, v. *ex multis* C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit.; M. DOGLIANI, *Potere costituente*, Giappichelli, Torino 1996; E. CROSA, *Miti e realtà costituzionali. Sovranità del popolo, sovranità dello Stato*, in AA.VV., *Studi in onore di G.M. de Francesco*, vol. II, Giuffrè, Milano 1957, spec. p. 305 ss.



confronti dei membri che li violano o se ne allontanano⁵⁴. Questa prospettiva aiuta a confrontarsi con la presenza (e il significato) dei principi dello Stato di diritto nell'Unione in misura consona alle complessità del fenomeno sovranazionale; in un modo, detto con altre parole, che non dimentica come l'UE, in quanto ordinamento giuridico *sui generis*, per affermare i principi dello Stato di diritto sia costretta a passare (ad esempio) attraverso il nesso fra questi e la condizionalità. Chiariscono questo approccio alcuni profili del cammino che, ben prima della nascita del progetto di integrazione europea, ha portato alla affermazione dei principi in discorso.

Come insegna Nicola Matteucci⁵⁵, la sostanza ultima delle nozioni di *Rechtsstaat*, *État de droit*, *Rule of Law* e Stato di diritto non è mai stata perfettamente identica: queste concezioni diventano più che simili – fino a sovrapporsi addirittura linguisticamente – soltanto nel momento e nella misura in cui vengono interpretate e colte nella dimensione storico-giuridica fornita dal fenomeno del costituzionalismo; ossia, solo quando la garanzia dei diritti e la limitazione dei poteri diventano la matrice comune alle esperienze di ordinamenti nazionali anche molto diversi fra loro⁵⁶. Ordinamenti giuridici che, per quanto differenti, svilupperanno tradizioni giuridiche e costituzionali simili proprio aderendo alla concezione del costituzionalismo come quella di una «tecnica delle libertà»⁵⁷.

Questo approccio teorico si può leggere alla luce della dottrina che fra le prime si è confrontata con il costituzionalismo: Charles Howard McIlwain – ma anche

⁵⁴ J.-W. MÜLLER, *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, cit., p. 145, afferma testualmente: una «political community (and the EU surely is a political community, one that defines itself partly on the basis of common “fundamental values” either has instruments for internal intervention or something like a right to expel one of its parts (once the MS breach its fundamental values). At that moment, the EU certainly lacks the latter, as, under the TEU, states can only leave voluntarily».

⁵⁵ N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo* (voce), in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Il Dizionario di Politica*, UTET, Torino 2008, pp. 202-212.

⁵⁶ Sempre Nicola Matteucci chiarisce come, ad esempio, le teorie sulla separazione dei poteri di Montesquieu e Kant siano state accolte e ulteriormente sviluppate, anche abbandonando il modello originario, da Benjamin Constant, Rudolf Gneist e Georg Jellinek: ID., *Costituzionalismo*, cit., p. 204.

⁵⁷ Per l'espressione virgolettata di nuovo N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit., p. 202.



Saggi

Emilio Crosa e Mario Dogliani⁵⁸ - hanno analizzato il fenomeno individuandone i due pilastri appena ricordati, capaci di resistere al passare del tempo e alla evoluzione degli Stati nazionali. Di recente, Giuseppe de Vergottini ha arricchito con ulteriori riflessioni la materia, ricordando come, dal Secondo dopoguerra, addirittura le «*modern constitutional transitions have, in many cases, involved a transition from various models of authoritarian constitutions to constitutional models molded on the principles of constitutionalism*»⁵⁹. Anche altri studiosi – il cui approccio si sposa qui⁶⁰ – hanno preso le mosse dalla letteratura meno recente⁶¹ per ragionare sulle dinamiche dell'integrazione⁶². Lo stesso Müller sembra muoversi all'ombra della letteratura risalente quando sostiene che è fuorviante affannarsi a cercare nell'ambito sovranazionale trasposizioni perfettamente simmetriche di tutti i principi e istituti nazionali⁶³: in particolare, di quelli riconducibili agli artt. XXX della Costituzione del Massachusetts del 1780⁶⁴ o 16 della Dichiarazione

⁵⁸ Mario Dogliani ed Emilio Crosa specificamente alla luce di quello costituente e della sovranità statale: v. la nota 54.

⁵⁹ G. DE VERGOTTINI, *Constitutional Law and the Comparative Method*, cit., al pgf. intitolato *The Imitative Diffusion of Constitutional Ideas and Constitutional Convergence, ad vocem*.

⁶⁰ Senza mai dimenticare, però, la definizione dell'Unione come di una organizzazione sovranazionale caratterizzata dalla «integration through law» che la Commissione europea fornisce nella comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio *A New Framework to Strengthen the Rule of Law*, Bruxelles, 19 marzo 2014, COM(2014) 158/final/2, pp. 1-9, spec. p. 2.

⁶¹ V. di nuovo la nota 54.

⁶² È però qui necessaria una precisazione. Nel corso della relazione presentata da A. DI GREGORIO durante il seminario *L'Ungheria nel contesto europeo: riflessioni a partire dal contesto delle recenti elezioni politiche* (incontro organizzato da C. Martinelli e S. Gianello il 9 giugno 2022 presso l'Università degli Studi di Milano - Bicocca) è emerso chiaramente come, attualmente, l'Unione Europea conti sia Stati che si ispirano ai principi delle Rivoluzioni settecentesche, sia altri, i c.d. «illiberali», che se ne discostano – questi ultimi sembrerebbero peraltro essere numericamente superiori ai primi. Proprio questi Stati sembrerebbero più sensibili a declinazioni del costituzionalismo recenti e molto diverse da quelle ricostruite nel testo.

⁶³ Lo stesso approccio si ritrova in D. KOCHENOV, *The EU Rule of Law: Cutting Paths through Confusion*, in «Erasmus Law Review», vol. 2, n. 1, 2009, pp. 5-24, spec. p. 2.

⁶⁴ Specialmente la parte prima dell'articolo richiamato, in cui si afferma solennemente «... to the end, it may be a government of laws, not of men».



Saggi

francese dei diritti dell'uomo e del cittadino⁶⁵, alla sentenza *Marbury vs. Madison*⁶⁶ o a molto altro⁶⁷. Per lo studioso, se l'Unione Europea è – e pare esserlo, anche se in modo peculiare - una comunità “politica” perché fondata su valori comuni, allora anche a questa entità anomala si deve poter applicare la teoria di Jürgen Habermas: «democracy and the rule of law are somehow identical or always fit together seamlessly (or are co-original, in Habermas' famous formulation)»⁶⁸.

Quasi superfluo sottolineare come l'approccio teorico di Jan-Werner Müller sia coerente nelle premesse e nei risultati (e convincente, per chi scrive, perché rappresenta una sorta di evoluzione dell'opera di Nicola Matteucci), ma oltre misura difficile da applicare al modello concreto oggetto di studio. Resta quindi da chiedersi – al di là dell'ovvio⁶⁹ – per quale ragione l'affacciarsi dei principi dello Stato di diritto nell'Unione Europea comporti le perplessità teoriche e le difficoltà di fatto emerse di recente (al momento di confrontarsi con il Regolamento del 2020), e in passato (in relazione al procedimento di cui all'art. 7 TUE)⁷⁰. Sulla base di quanto appena esposto, e data una ulteriore congettura, il ragionamento seguente prova a rispondere al quesito.

Ora, è evidente che gli Stati membri che si sono autodefiniti “illiberali” (ossia come ordinamenti giuridici che non si riconoscono nei principi della separazione

⁶⁵ Come più che noto, l'articolo in questione recita: «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

⁶⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 138 (1803).

⁶⁷ V. la nota 57.

⁶⁸ Così in J.-W. MÜLLER, *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, cit., p. 143.

⁶⁹ Ossia delle conseguenze giuridiche discendenti dalla natura *sui generis* dell'Unione, *supra*, e senza mai dimenticare la definizione dell'Unione come di una organizzazione sovranazionale caratterizzata dalla «*integration through law*» che la Commissione europea fornisce nella comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio *A New Framework to Strengthen the Rule of Law*, Bruxelles, 19 marzo 2014, COM(2014) 158/final/2, pp. 1-9, spec. p. 2.

⁷⁰ Importanti, in una luce che sembra accomunare entrambi i momenti le riflessioni raccolte in A. JAKAB, D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values Ensuring Member States' 'Compliance'*, Oxford University Press, Oxford 2017.



dei poteri e della garanzia dei diritti⁷¹) difficilmente possano identificarsi nella catena logica che finisce col sovrapporre e confondere la democrazia e i principi dello Stato di diritto. Per quanto insuperabile, questa premessa è però forse sopravvalutata. È chiaro che Polonia e Ungheria sfidino gli artt. 2 e 3 TUE e, di conseguenza, le stesse ragioni della loro appartenenza all'Unione⁷². Tuttavia, non sembra essere questo il problema più difficile da ricomporre per salvaguardare i valori e la stessa unità dell'UE: un altro, tanto esprime una dinamica intrinsecamente opposta a quella dell'integrazione, pare maggiormente significativo. È bene procedere con ordine.

La dinamica dell'integrazione può essere concepita come il risultato della visione lungimirante di alcuni giuristi e scienziati della politica. Già in anni lontani, quando le declinazioni del costituzionalismo tratteggiate da Mark Tushnet⁷³ e Bruce

⁷¹ Per un approccio di ampio respiro teorico alla nozione problematica di “ordinamento illiberale” e alle esperienze statali relative v. A. DI GREGORIO, *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee: qualche spunto di riflessione sullo sfondo delle contrapposizioni dottrinali*, in «Nad», n. 2, pp. 1-29; sulle origini e i profili problematici della nozione di “ordinamento illiberale, invece, nella specifica giurisprudenza (non solo costituzionale) di giudici dell'Est Europa K. KOVÁCS, *The Rise of an Ethnocultural Constitutional Identity in the Jurisprudence of the East Central European Courts*, in «German Law Journal», vol. 18, n. 7, 2017, pp. 1704-1720. Ricostruisce il fenomeno degenerativo della democrazia costituzionale polacca e ungherese, inserendola nella cornice delle relative forme di governo, J. SAWICKI, *L'erosione 'democratica' del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. pp. 125-147 (con riguardo all'Ungheria), e pp. 157-197 (per quanto concerne la Polonia).

⁷² Sulla «migration of constitutional ideas» che ha interessato i paesi dell'Europa centrale e dell'Est, inizialmente ben diversa dalle posizioni “illiberali” richiamate nel testo, v. di nuovo G. DE VERGOTTINI, *Constitutional Law and the Comparative Method*, cit., al pgf. intitolato *The Imitative Diffusion of Constitutional Ideas and Constitutional Convergence*, ad vocem. Sulla sopravvalutazione ricordata nel testo si è espresso in modo lucido e articolato S. GIANELLO nel corso del seminario *L'Ungheria nel contesto europeo: riflessioni a partire dal contesto delle recenti elezioni politiche* (v. in questo numero della Rivista).

⁷³ Di Mark Tushnet v. ad es. il lavoro relativamente recente M. TUSHNET, *Popular Constitutionalism as Political Law*, in «Georgetown Law Faculty Publications and Other Works», 2006, scaricabile dall'indirizzo <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/233> e il più risalente ID., *Anti-Formalism in recent Constitutional Theory*, in «Michigan Law Review», n. 6, 1983, pp. 1502-1544.



Ackerman⁷⁴ non avevano ancora attirato l'attenzione generale, Valerio Onida indicava le origini e l'evoluzione di quello contemporaneo ancorandole a due pilastri: il primo, figlio delle Rivoluzioni settecentesche e degli accadimenti del secolo successivo, l'«età delle Costituzioni»; l'altro, reazione al secondo conflitto mondiale (e al più ampio periodo precedente), capace di trapiantare in dichiarazioni e atti internazionali la previsione e la garanzia dei diritti della persona umana⁷⁵.

In seguito, Philippe Schmitter⁷⁶ – in un'ottica non distante da quella di Jan-Werner Müller – sposerà l'idea di un costituzionalismo europeo *in fieri*, ossia di una sorta di terzo pilastro rispetto ai due appena accennati, da comprendere nella sua assoluta unicità. Allo studioso, infatti, è parso indispensabile rinunciare a una lettura dell'integrazione europea fatta alla sola luce della vicenda evolutiva dei più noti Stati federali (o degli Stati *tout court*). È del tutto evidente che l'Unione non conosca i principi della separazione dei poteri e della legittimazione democratica così come sperimentati nel corso di secoli dai suoi membri. Per Schmitter, però, altro è più importante: l'Unione conosce una «*legitimacy and/or governance*» saldamente radicata in una peculiare «*praxis of governance*»⁷⁷: queste (aggiunge qui chi scrive), se sommate alla crescente capacità di imporre il rispetto dei suoi valori

⁷⁴ Va precisato che Giuseppe de Vergottini riconduce l'opera di Bruce Ackerman alla corrente della «universalization of constitutional law», che si traduce nella «rediscovery in a pre-existing natural law»: sul punto G. DE VERGOTTINI, *Constitutional Law and the Comparative Method*, cit., al pgf. intitolato *The Universalization of Constitutional Law and the Principle of Sovereignty*, ad vocem. Di Ackerman v. invece spec. B. ACKERMAN, *Three Paths to Constitutionalism – and the Crisis of the European Union*, in «British Journal of Political Sciences», Vol. 45, Issue 4, 2015, pp. 705-714; ID., *The Rise of World Constitutionalism*, in «Virginia Law Review», Vol. 83, No. 4, May 1997, pp. 771-797; ID., *Constitutional Politics/Constitutional Law*, in «The Yale Law Journal», Vol. 99, No. 3, 1989, pp. 453-547.

⁷⁵ Per l'ultima versione della posizione di Valerio Onida v. ID., *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura) di, *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna 1984, pp. 77-116, spec. pp. 83-84. Sullo stesso punto di nuovo G. DE VERGOTTINI, *Constitutional Law and the Comparative Method*, cit., all'inizio del pgf. intitolato *The Universalization of Constitutional Law and the Principle of Sovereignty*, ad vocem.

⁷⁶ P.C. SCHMITTER, *Can the European Union Be Legitimised By Governance?*, in «European Journal of Legal Studies», n. 1, vol. 1, 2007, scaricabile dall'indirizzo <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/6843> oppure da <http://hdl.handle.net/1814/6843>.

⁷⁷ ID., *Can the European Union Be Legitimised By Governance?*, cit., <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/6843> o <http://hdl.handle.net/1814/6843>.



agli Stati membri, potranno sfociare in una ulteriore evoluzione del costituzionalismo finora noto. Un costituzionalismo “nuovo” perché “europeo”, da comprendere anche alla luce di una ulteriore suggestione.

Jacques Ziller⁷⁸ ha sviluppato un passaggio teorico che bene si inserisce nella riflessione dottrinarina finora ricostruita. Per il giurista francese, la *Politikverflechtung* (espressione traducibile come “intreccio di politica” o “di politiche”) studiata dalla scienza della politica tedesca, una volta trasposta a livello sovranazionale dà vita allo *intertwined government*. Essa crea, in altre parole, l’orditura di decisioni e istituzioni politiche che – dando per presupposta la teoria del «costituzionalismo multilivello» di Ingolf Pernice⁷⁹ – esprime al meglio natura e modalità di funzionamento dell’entità *sui generis*.

Come insegna il pensiero di questi studiosi, l’Unione è dunque una comunità politica basata su valori comuni il cui rispetto è agganciato a un peculiare governo sovranazionale, fondato su un intreccio di istituzioni non ancora federali: il quadro così dipinto sembra proprio cogliere gli elementi di continuità fra il costituzionalismo contemporaneo⁸⁰ e quello europeo *in fieri*. A questo stesso quadro, però, da qualche tempo se ne contrappone uno diametralmente opposto, frutto della strenua difesa della identità nazionale. Non che la rivendicazione di quest’ultima, da parte anzitutto delle giurisdizioni costituzionali nazionali, debba essere necessariamente criticata. Al contrario, suscitano dubbi soltanto quei profili in potenza lesivi dello sviluppo ulteriore dell’integrazione fondata sul costituzionalismo europeo *in fieri*. Come noto, la giurisprudenza costituzionale tedesca

⁷⁸ J. ZILLER, *Separation of Powers in the European Union’s Intertwined System of Government- A Treaty Based Analysis for the Use of Political Scientists and Constitutional Lawyers*, in «Il Politico», vol. LXXIII, n. 3, 2008, pp. 133-179.

⁷⁹ Sulla quale v. I. PERNICE, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer-VVDtStRL», vol. 60, 2001, pp. 148-193, e ID., *Multi-level Constitutionalism in the European Union*, Walter Hallstein Institut-WHI, WHI-Paper 5/02, <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lfoe/whi/publikationen/whi-papers/2002/whi-paper0502.pdf> e in «European Law Review», vol. 27, Issue 5, 2002, pp. 511-529.

⁸⁰ *Supra*, v. di nuovo la letteratura alla nota 54.



– e, sulla sua scorta, quella delle Corti polacca e ungherese⁸¹, ha ribadito anche di recente il ruolo di “Signori dei Trattati” degli Stati membri, legandolo con forza al concetto di identità costituzionale⁸². In dottrina, molto si è discusso in merito alla base giuridica che permette ai giudici costituzionali di reclamare non tanto il merito di questa affermazione, quanto il ruolo di unici custodi della identità nazionale (esercitato, in quanto tale, forse spingendosi oltre il principio di separazione dei poteri⁸³). Il ragionamento che qui si propone non indaga però

⁸¹ Sul punto A.F. TATHAM, *Central European Constitutional Courts in the Face of EU Membership. The Influence of the German Model in Hungary and Poland*, Martinus NijhoffPubl., Leiden-Boston 2013, pp. 41-61. Diversa invece la valutazione della giurisprudenza costituzionale polacca (specificamente, della sentenza del 7 ottobre 2021) data da W. BRZOZOWSKI, *C'è del marcio in Polonia? Il significato autentico della sentenza costituzionale 7 ottobre 2021*, in «Quaderni costituzionali», n. 4, 2021, pp. 971-975: l'autore chiarisce come, a suo avviso, i giudici costituzionali polacchi, esprimendosi in materia di identità costituzionale (o, nel caso di specie, sulla relazione fra fonti del diritto sovranazionali e interne), vogliano in realtà pronunciare un monito nei confronti della giurisdizione interna – limitandone il campo di azione – e non invece affermare l'identità costituzionale polacca rispetto all'ordinamento sovranazionale.

⁸² Sul punto di nuovo R. ARNOLD, *L'identità costituzionale: un concetto conflittuale*, cit., spec. 154 ss. Sulla sentenza del 5 maggio 2020 del Tribunale costituzionale federale tedesco (per il testo della quale v. BVerfG, *Urteil vom 5. Mai 2020 - 2 BvR 859/15*, §§ 1-237, scaricabile dall'indirizzo http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html; v. anche i tanti contributi di illustri studiosi (O. CHESSA, M. ESPOSITO, A. FERRARI ZUMBINI, A. GUAZZAROTTI, F. PEDRINI, M.J. ROCA, G. SCACCIA, A. SOMMA) pubblicati nella sezione monografica dedicata alla pronuncia dalla rivista «DPCE online», n. 2, 2020.

⁸³ Per tutti G. DE VERGOTTINI, *Constitutional Law and the Comparative Method*, cit., laddove si sofferma, al pgf. intitolato *The Universalization of Constitutional Law and the Principle of Sovereignty*, sul «clear challenge to the solidity of the classic principle of separation of powers, since the growing role of judges, and especially of constitutional and international courts, highlights limitations of the role of legislative powers». Nell'ottica proposta nel testo, fra i commenti più severi alla sentenza del 5 maggio 2020 del Tribunale costituzionale federale tedesco (v. la nota precedente) si segnalano quelli di J. ZILLER, *The Unbearable Heaviness of the German Constitutional Judge. On the Judgment of the Second Chamber of the German Federal Constitutional Court of 5 May 2020 Concerning the European Central Bank PPSS' Programme*, in «CERIDAP», n. 2, 2020, scaricabile all'indirizzo <https://ceridap.eu/the-unbearable-heaviness-of-the-german-constitutional-judge-on-the-judgment-of-the-second-chamber-of-the-german-federal-constitutional-court-of-5-may-2020-concerning-the-european-central-banks-ppssl/>, e J.L. DA CRUZ VILAÇA, *The Judgment of the Federal Constitutional Court and the Court of Justice of the*



questo profilo – ossia ciò che giustifica un fenomeno simile negli ordinamenti caratterizzati da quest’ultimo principio. Interessa, invece, chiedersi se l’identità costituzionale (o nazionale), protetta non soltanto dalle Costituzioni degli Stati membri, ma anche dall’art. 4, 2° comma TUE, possa essersi trasformata – nelle mani di quei giudici costituzionali – nell’argine capace di limitare *a priori* l’effetto centripeto dell’azione dell’Unione (in qualsiasi ambito e data qualsivoglia necessità). Risolvere la questione del rispetto dei principi dello Stato di diritto enfatizzando la sola distinzione fra Stati “liberali” e “illiberali” senza indagare questo tema, infatti, pare una soluzione forse utile al dibattito politico, ma non alla riflessione giuridica.

Al rifiuto, da parte degli Stati “illiberali” o di altri, dell’osservanza dei principi dello Stato di diritto (o – si passi qui la semplificazione – di quelli caratterizzanti il costituzionalismo europeo *in fieri*), l’Unione può contrapporre anche solo istituti di diritto internazionale. La violazione dei requisiti posti dai Trattati a fondamento della candidatura a membro di uno Stato e della sua permanenza nell’organizzazione stessa può ben essere risolta in questa specifica dimensione giuridica, ossia ragionando sulle conseguenze del mancato rispetto degli obblighi posti dalla fonte pattizia in capo a chi è parte a un accordo internazionale⁸⁴. Completamente diverso è invece il caso in cui il giudice costituzionale, anche se non si spinge fino a far scattare i controllimiti, fornisce una interpretazione delle disposizioni costituzionali inerenti al principio democratico (e altri, fondamentali), che può condurre a una specifica definizione della identità costituzionale. Una definizione, in altre parole, capace di impedire *di diritto* ad altri organi costituzionali – Governo e Parlamento – di adottare ulteriori limitazioni della sovranità nazionale finalizzati al *federalising process* sovranazionale. Una definizione, nella

European Union – Judicial Cooperation or Dialogue of the Deaf?, in «CERIDAP», n. 3, 2020, scaricabile dall’indirizzo <https://ceridap.eu/the-judgment-of-the-german-federal-constitutional-court-and-the-court-of-justice-of-the-european-union-judicial-cooperation-or-dialogue-of-the-deaf/>.

⁸⁴ Sebbene non riferite allo specifico tema qui analizzato, di riferimento per la posizione proposta nel testo le suggestioni di G. SERGES, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*, in A. DI BLASE (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma-TrE-Press, Roma 2014, pp. 187-204, spec. 198 ss.



sostanza, in grado di obbligare gli stessi organi costituzionali a continuare a partecipare al processo di integrazione solo modificando le Costituzioni e i Trattati vigenti – operazione, oggi, politicamente ardua al punto da risultare probabilmente impossibile.

In questa luce (e fermo restando che non è questione di poco conto capire se i principi dello Stato di diritto si affermino attraverso la condizionalità così come disciplinata dal Regolamento del 2020, o chieda protezione nella logica esclusiva dell'art. 7 TUE), per concludere il ragionamento proposto preme affrontare una ulteriore questione.

6. Dalla *Rule of Law* al conflitto russo-ucraino: verso la svolta decisiva per la costruzione degli Stati Uniti d'Europa?

Nell'Unione Europea, la complessità delle problematiche che contraddistinguono l'affermazione dei principi dello Stato di diritto è evidente, ma non nuova. Come discusso sopra (al pgf. 2.), già nel 2014 la Commissione e il Parlamento europeo affrontavano i più diversi profili della materia⁸⁵; non è un caso, quindi, che proprio in quel frangente si sia avvertita l'urgenza di avviare anche un dibattito dottrinario sulle modalità indispensabili per permettere all'Unione di imporre il rispetto dello Stato di diritto all'interno degli Stati membri. Diversi studiosi si sono quindi confrontati con il procedimento di cui all'art. 7 TUE, ossia con la disposizione che, per proteggere i valori richiamati dall'art. 2 TUE, pone due istituti (uno preventivo, l'altro sanzionatorio) al centro di un procedimento che coinvolge le istituzioni europee. In linea teorica, questo procedimento potrebbe spingersi fino a sospendere alcuni diritti spettanti agli Stati membri – per il secondo comma dell'art. 7 TUE, nell'ipotesi di violazioni gravi e persistenti,

⁸⁵ V. di nuovo COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *A New Framework to Strengthen the Rule of Law*, Bruxelles, 19 marzo 2014, COM(2014) 158/final/2, pp. 1-9. Per la serie di documenti adottati dalla istituzione in relazione alle questioni o ai casi toccati dalla materia si rinvia a https://ec.europa.eu/info/strategy/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/rule-law/rule-law-framework_en#background.



Saggi

addirittura quello di voto in seno al Consiglio. Come si spiegherà espressamente (*infra* nel testo), proprio la difficoltà di realizzare in concreto sanzioni simili ha condotto alla necessità di individuare strumenti diversi e più agili; primo fra questi – *nonostante quanto affermato dalla Corte di giustizia nelle sentenze del 2022* – il Regolamento sulla condizionalità del 2020 (v. di nuovo quanto ricostruito al pgf. 2.).

Ora, se la storia precedente la crisi della Repubblica di Weimar e il secondo conflitto mondiale⁸⁶ dimostra di certo come gli Stati nazionali siano stati l'alveo del principio democratico e di altri, propri dello Stato di diritto, quella che si snoda a partire dagli anni Venti dello scorso secolo evidenzia fino a che punto quegli stessi Stati abbiano potuto negare alla radice il patrimonio di diritti e principi risalente anzitutto alle Rivoluzioni settecentesche⁸⁷ – e debbano di conseguenza essere vincolati a obblighi in materia di natura pattizia. Imporre agli Stati al rispetto dei diritti divenuti universali nel Secondo dopoguerra utilizzando strumenti internazionali è cosa però ben diversa dall'attribuire a una Unione a sola vocazione federale il ruolo di custode dei principi dello Stato di diritto; dei principi, in altre parole, che connotano l'identità costituzionale almeno degli Stati fondatori ancorati alle Costituzioni razionalizzate.

Dal 2014, la Commissione fa proprio questo: l'istituzione rovescia il paradigma noto e si erge a soggetto che, *al posto dello Stato nazionale, e all'interno del territorio di quest'ultimo*, può difendere i principi dello Stato di diritto⁸⁸. Il *Rule of Law Debate* animato da tanti studiosi evidenzia questa evoluzione, mettendo a

⁸⁶ Per una disamina approfondita delle questioni costituzionali - e di quelle specificamente inerenti i principi dello Stato di diritto e del costituzionalismo – emerse già con l'adozione della Costituzione di Weimar e sfociate poi nell'avvento del nazionalsocialismo, condotta ragionando sull'opera dei giuristi tedeschi che hanno vissuto quel passaggio storico, fra tutti A.J. JACOBSON, B. SCHLINK, *Weimar: a Jurisprudence of Crisis*, University of California Press, Berkeley 2020.

⁸⁷ Non si può nascondere che l'approccio del testo risponda ancora a una visione eurocentrica che, per chi scrive, è quella comunque preponderante (forse non numericamente) all'interno dell'Unione Europea: in relazione a questa, e al suo solo parziale declino dopo la nascita dell'Unione Sovietica di nuovo G. DE VERGOTTINI, *Constitutional Law and the Comparative Method*, cit., al pgf. intitolato *Comparison in the Field of Constitutional Law, ad vocem*.

⁸⁸ Questa la lettura dell'approccio della Commissione proposta da chi qui scrive.



fuoco anche altro. Le più che condivisibili ambizioni espresse dalla Commissione nel *Rule of Law Framework*, allora come oggi possono purtroppo solo scontrarsi con alcune debolezze persistenti del disegno sovranazionale – con tutte le conseguenze immaginabili per l'applicazione dell'art. 7 TUE. Per chiarire questa affermazione è bene tornare sulle fasi del procedimento di cui alla stessa disposizione pattizia.

Su proposta motivata del Parlamento o della Commissione, il Consiglio può constatare, a maggioranza qualificata, l'esistenza di un rischio di violazione grave dei valori di cui all'art. 2 TUE. Prima di procedere a questa constatazione, l'istituzione ascolta lo Stato membro interessato, e, se del caso, gli rivolge (con la stessa maggioranza e procedura) delle raccomandazioni; successivamente, il Consiglio monitora la situazione. In seguito, il Consiglio europeo, su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione, e previa approvazione del Parlamento, può stabilire all'unanimità se la violazione sia attuale e persistente. A questo punto il Consiglio, a maggioranza qualificata, può sospendere alcuni dei diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati nei confronti dello Stato che ha violato l'art. 2 TUE. Se avviato, il procedimento di cui all'art. 7 TUE attribuisce dunque ruoli differenti a ciascuna delle istituzioni sovranazionali: per questo motivo l'art. 354 TFUE⁸⁹ stabilisce le diverse maggioranze decisionali che ciascuna istituzione deve raggiungere nelle varie fasi del procedimento⁹⁰.

Anche il Parlamento europeo rientra, ai sensi dell'art. 7 TUE, fra le istituzioni che possono rivolgersi al Consiglio chiedendo di constatare il rischio evidente di violazione dei valori di cui all'art. 2 TUE. A questo scopo, l'Assemblea sovranazionale deve adottare la proposta a maggioranza assoluta dei due terzi dei voti espressi, che esprimano però la maggioranza dei membri che lo compongono⁹¹.

⁸⁹ La disposizione, fra l'altro, consente anche all'Alto Rappresentante per gli Affari esteri di segnalare al Consiglio il rischio di violazione dei valori di cui all'art. 2 TUE.

⁹⁰ Ogni decisione di natura preventiva richiede, in seno al Consiglio, la maggioranza dei quattro quinti degli Stati membri. La deliberazione, invece, inerente alla constatazione esige l'unanimità dei Capi di Stato e di governo; in ogni caso lo Stato interessato è sempre escluso dalla votazione in queste occasioni.

⁹¹ Come stabilito dall'ultimo comma dell'art. 354 TFUE.



Il PE ha avviato questa iniziativa tempo addietro, proprio in relazione al caso ungherese⁹²; successivamente ha sostenuto la proposta della Commissione europea⁹³ inerente invece alla situazione polacca (adottando una risoluzione⁹⁴ nella quale ha sottolineato come il rischio di violazione dei valori dell'Unione, in quest'ultimo caso, fosse con evidenza dovuto alle decisioni della Polonia inerenti all'indebolimento delle garanzie a difesa dell'indipendenza della magistratura)⁹⁵. In queste occasioni, il Parlamento europeo ha anche espresso rammarico per il suo scarso coinvolgimento nel procedimento disciplinato dall'art. 7 TUE (specificamente in relazione al caso ungherese), e suggerito per questa ragione l'adozione di un meccanismo alternativo. Come spiegato *supra*, al pgf. 2., le proposte del PE non sono mai divenute realtà.

Se mai ce ne fosse ancora bisogno, queste poche righe ricordano le debolezze ancora irrisolte che caratterizzano sia il procedimento di cui all'art. 7 TUE, che l'Unione nel suo complesso. Data la gravità delle potenziali sanzioni in gioco, in dottrina ci si è chiesti infatti se le fasi caratterizzanti il procedimento in questione e le istituzioni in esso coinvolte rispondano pienamente al principio di legittimazione democratica, o se siano, al contrario, frutto di una logica in prevalenza

⁹² Sul punto v. la Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione, ([2017/2131\(INL\)](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0340_IT.html)) [2018/2541 \(RSP\)](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0340_IT.html): il testo integrale dell'atto è scaricabile dall'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0340_IT.html.

⁹³ V. la Proposta della Commissione europea di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, COM/2017/0835 final - 2017/0360 (NLE): il testo integrale dell'atto è scaricabile dall'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52017PC0835>.

⁹⁴ Ossia la Risoluzione del Parlamento europeo del 1° marzo 2018 sulla decisione della Commissione di attivare l'articolo 7, paragrafo 1, TUE relativamente alla situazione in Polonia ([2018/2541 \(RSP\)](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0055_IT.html)): il testo integrale dell'atto è scaricabile dall'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0055_IT.html.

⁹⁵ Sul caso polacco v. G. RAGONE, *La Polonia sotto accusa. Brevi note sulle circostanze che hanno indotto l'Unione europea ad avviare la cd. opzione nucleare*, in «Osservatorio costituzionale» AIC, n. 1, 2018; sulla vicenda che coinvolge non solo Ungheria e Polonia, ma, anche la Romania, v. invece I. SPADARO, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania e i possibili rimedi a livello europeo*, in «Federalismi.it», n. 14, 2021.



internazionalistica⁹⁶. Nonostante il coinvolgimento del Parlamento europeo, la necessità di adottare, da parte dei Capi di Stato e di governo, una decisione all'unanimità per constatare l'avvenuta violazione, è parsa determinante per rispondere alla domanda: per quanto ibrido, il procedimento che potrebbe condurre a sanzionare uno Stato membro resta al fondo di natura internazionalistica, perché ancorato a una deliberazione da adottare da quei soggetti a quella specifica maggioranza.

L'intervento sulle violazioni dello Stato di diritto dimostra allora soltanto *l'aspirazione* dell'Unione a essere qualcosa di diverso da una organizzazione internazionale. Quasi superfluo aggiungere poi quanto il timore degli Stati membri di formulare sanzioni che, in futuro, li potrebbero interessare direttamente, possa soltanto frenare la vocazione federale dell'UE. Se, però, questa è la sostanza politica della questione, non stupisce che il dibattito sulla *Rule of Law* si sia svolto sulla scia di considerazioni dottrinarie tornate a essere straordinariamente importanti. Nel 2009, nello scritto *The Constitution for Europe*, Joseph H.H. Weiler formulava un monito attuale al tempo come oggi⁹⁷. Traslare istituti da un ordinamento giuridico a un altro (anche mantenendone il *nomen*) non garantisce che la loro essenza ultima si concretizzi in modo identico in un nuovo e differente contesto⁹⁸, con una conseguenza. Lo scarto può solo ripercuotersi sull'operatività dell'istituto nell'ordinamento giuridico che lo accoglie⁹⁹. Giuseppe de Vergottini ha chiarito di recente questa problematica, sottolineando come la «migration of constitutional ideas» non abbia comportato una «exact replication» delle stesse,

⁹⁶ Sulla questione già A. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values Ensuring Member States' "Compliance"*, Oxford University Press, Oxford 2017.

⁹⁷ L'autore, va però chiarito, ragionava specificamente della democrazia, non dei principi dello Stato di diritto: J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, p. 268 ss.

⁹⁸ In questa luce sempre attuali le riflessioni di M. LUCIANI, *La costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in «Politica del diritto», 1992, p. 557 ss.

⁹⁹ Significative in questo senso le osservazioni di G. DELLA CANANEA, *Law, Languages and Culture*, editoriale pubblicato nello «Italian Journal of Public Law», n. 1, 2013, pp. 1-4.



Saggi

perché «the application of a model will be influenced by the imitating system»¹⁰⁰. Proprio questa e le precedenti considerazioni aiutano a ragionare meglio, in conclusione, sulle sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia nel febbraio 2022.

Il nesso che la Corte individua fra principi dello Stato di diritto e bilancio, e la distinzione che essa opera fra il meccanismo di cui all'art. 7 TUE e quello discendente dal Regolamento del 2020, esprimono esattamente la debolezza poco più sopra descritta: l'Unione Europea, organizzazione *sui generis* a vocazione federale, ancora oggi è in bilico fra *ciò che è e ciò cui aspira a divenire*¹⁰¹. Al fondo (e per quanto decisivo dal punto di vista giuridico), che voglia affermare i principi dello Stato di diritto attraverso il bilancio o viceversa¹⁰², il nodo che l'Unione fronteggia è sempre lo stesso. Il problema non sta (soltanto) nella capacità della Corte di differenziare i meccanismi sovranazionali esistenti per riuscire a ricondurre le decisioni relative alle competenze attribuite. La questione è un'altra: se l'Unione potesse dare voce alla sua vocazione federale, dalla applicazione del Regolamento 2020 (che constata, anche se in relazione al solo bilancio, la sussistenza di una violazione dello Stato di diritto), dovrebbe discendere in modo quasi automatico quella dell'art. 7 TUE¹⁰³. L'organizzazione, però, essendo soltanto un ente *sui generis* a tutt'oggi ancorato in parte a logiche internazionalistiche, questo, molto semplicemente, *non può farlo*.

¹⁰⁰ G. DE VERGOTTINI, *Constitutional Law and the Comparative Method*, cit., al pgf. intitolato *The Imitative Diffusion of Constitutional Ideas and Constitutional Convergence*, ad vocem.

¹⁰¹ Per ogni necessario approfondimento in merito alla questione v. J. HABERMAS, *Warum der Ausbau der Europäischen Union zu einer supranationalen Demokratie nötig und wie er möglich ist*, in «Leviathan», vol. 42, n. 4, 2014, pp. 524-538.

¹⁰² Sempre A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and its Constitutional Challenges*, cit., p. 131-156, p. 137. Sul tema della affermazione a livello sovranazionale dell'istituto della condizionalità, osservato pure in chiave comparata, v. di nuovo A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi*, cit., spec. pp. 47-51, 64-66, 80-81.

¹⁰³ Quanto meno la previsione di cui al primo comma dell'art. 7 TUE, relativa ai mezzi preventivi di intervento dell'UE nel caso di violazioni dei valori di cui all'art. 2 TUE.



Per quale motivo ciò accada, è cosa che ha analizzato Jan-Werner Müller¹⁰⁴. Confrontandosi con l'espressione nota e terribile adottata da Barroso per definire l'art. 7 TUE – la cd. “*nuclear option*” – lo studioso non ha esitato a sostenere quanto questo procedimento, in realtà, sia da ritenere «*unusable*»: gli Stati membri, infatti, più di tutto temono «*that the sanctions could also be applied against them one day*»; con l'aggravante che «*sometimes, regional solidarity (especially in Central and Eastern Europe) might also play a role*»¹⁰⁵.

Più che una analisi, nell'ottica contingente quella di Müller diventa una prognosi. Una prognosi, però, da integrare con considerazioni che potrebbero – *potrebbero* – ridimensionarne il tratto pessimistico. Nel momento in cui si scrive, l'Unione e gli Stati membri affrontano il cammino che porterà all'affermazione di principi e valori comuni fondanti la loro convivenza¹⁰⁶ consapevoli di un fatto: il conflitto russo-ucraino è una tragedia immane che deve costringerli ad agire in un senso ovvio al punto da essere scontato.

Il tempo degli equilibri economico-politici¹⁰⁷ che, tutto sommato, poteva far capire la ritrosia nazionale a sviluppare in senso decisamente federale l'Unione, è stato superato dagli eventi bellici iniziati nel febbraio 2022 nel cuore dell'Europa. Se è vero che, nel corso degli anni, il processo di integrazione ha subito fasi di accelerazione dovute a difficoltà da superare¹⁰⁸, questo terribile frangente storico

¹⁰⁴ Che fra l'altro, nel contesto qui discusso, si interroga anche sulla capacità dell'UE di esercitare una «supranational militant democracy» per ovviare ai rischi di violazione dei principi dello Stato di diritto compiute dagli Stati membri: J.-W. Müller, *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, cit., p. 141.

¹⁰⁵ Ivi, p. 141.

¹⁰⁶ In questa ottica andrebbero riletti insieme oggi gli scritti di A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, il Mulino, Bologna 2002, e di E. DENNINGER, *I pilastri di una cultura europea dello Stato di diritto*, in «Quaderni costituzionali», n. 3, 2002, pp. 537-548.

¹⁰⁷ In questa luce v. J.-W. Müller, *Europe's other Democracy Problem*, in «Juncture», n. 2, vol. 14, 2014, pp. 151-157.

¹⁰⁸ Particolarmente significativa quella che, per fronteggiare le conseguenze economiche-finanziarie dovute alla crisi pandemica, ha visto l'Unione Europea adottare il c.d. Piano di Ripresa e Resilienza, ancorato al *Next Generation EU*: per finanziare quest'ultimo la Commissione europea assume prestiti sui mercati finanziari a tassi particolarmente favorevoli per poi ridistribuirne gli importi fra gli Stati



Saggi

può forse rappresentare la crisi decisiva per il futuro dell'Unione. Per la prima volta dalla fine del secondo conflitto mondiale, la paura di una guerra mondiale e di una minaccia nucleare (ben diversa da quella evocata da Barroso) è attuale e concreta: di fronte a questa – e agli equilibri strategici nascenti che, con tutte le differenze del caso, ricordano quelli della Guerra fredda – gli Stati membri non possono che chiedersi se sostenere il processo di integrazione sia una scelta ancora discutibile.

Certo è che l'ottimismo della volontà vorrebbe vedere nascere gli Stati Uniti d'Europa sulla scia di uno slancio costituente figlio delle tradizioni comuni nazionali in tema di democrazia, Stato di diritto e libertà fondamentali. Il pessimismo della ragione indica, invece, una via diversa, ma percorribile: solo l'indescrivibile tragedia del conflitto russo-ucraino alle nostre porte potrà forse fondere in un disegno unitario identità nazionali e vocazione federale europea. È dunque giunto il tempo di accettare che la sopravvivenza nazionale non dipende dalla rivendicazione della signoria dei singoli paesi sull'Unione, ma dalla costruzione degli Stati Uniti d'Europa.

membri. La novità è stata tale da essere definita – con tutte le differenze del caso – come *Hamilton Moment*: per tutte le questioni giuridiche, economiche e finanziarie in tema: O. ISSING, *The Covid-19 Crisis: a Hamilton Moment for the European Union?*, in «International Finance», vol. 23, n. 2, 2020, pp. 340-347, spec. p. 340 e pp. 345-346 (va sottolineato come l'A. ridimensioni drasticamente il paragone fra il Piano di Ripresa e Resilienza, il *Next Generation EU* e la vicenda statunitense); interessante, per la varietà di opinioni prospettate da studiosi di diversa formazione, anche il numero monografico *Did Europe Just Experience its "Hamilton Moment"?*, in «The International Economy-TIE», Summer 2020, reperibile all'indirizzo <http://www.international-economy.com/Summer2020archive.htm>. Tutta la documentazione ufficiale sovranazionale relativa ai fondi in questione è invece reperibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_it.



Le implicazioni costituzionali del “Regolamento Condizionalità”: riflessioni a partire dalle sentenze C-156/21 e C-157/21 della Corte di giustizia

di Antonia Baraggia *

Abstract: The contribution, taking inspiration from the judgments of the Court of Justice on the validity of Regulation 2020/2092, is divided into three parts aimed at exploring the possible consequences of using the conditionality mechanism on the nature of the EU. The first part analyzes the issue of the expansion of the instruments of conditionality in the European Union in order to highlight a trend of continuous expansion of the use of conditionality as a constitutional instrument of the Union; the second part deals with an aspect of constitutional importance, namely the relationship between solidarity and conditionality; finally, the third part looks at the impact of conditionality on the future enlargement processes of the Union.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La condizionalità come strumento “costituzionale” dell’Unione. – 3. Condizionalità e solidarietà. – 4. Condizionalità e futuro dell’Unione Europea.

1. Introduzione

Il 16 febbraio 2022, la Corte di giustizia dell’Unione Europea si è espressa nel ricorso di annullamento avviato da Polonia e Ungheria (C-156/21, C-157/21)¹ avverso il Regolamento n. 2020/2092².

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato presso l’Università degli Studi di Milano Statale. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*): versione definitiva ricevuta il 29 novembre 2022.

¹ *Hungary v Parliament and Council* (C-156/21) ECLI:EU:C:2021:974 e *Poland v Parliament and Council* (C-157/21) ECLI:EU:C:2021:975.



Il Regolamento in oggetto introduce un meccanismo di condizionalità alla luce del quale, in caso di violazioni del principio della *rule of law* che impattino sugli interessi finanziari e sul budget dell'Unione, la Commissione può giungere alla sospensione dei fondi europei verso lo Stato inadempiente.

Nota è la storia di questo Regolamento, che è stato approvato, non senza resistenze, nel dicembre 2020, contestualmente al bilancio pluriennale dell'Unione 2021-2027, dopo che una primissima versione dello stesso era stata proposta dalla Commissione nel 2018 e poi significativamente emendata alla luce delle considerazioni critiche del Servizio Legale del Consiglio e del Parlamento Europeo.³

L'approvazione del Regolamento si colloca al crocevia tra dinamiche politiche e aspetti più strettamente giuridici e riguarda una delle questioni più urgenti che l'Unione si trova ad affrontare: la presenza di Stati membri che ignorano o sfidano i valori fondamentali dell'UE, valori ai quali avevano aderito in sede di accesso all'Unione Europea. Si tratta di una questione estremamente delicata, che tocca corde sensibili relative alla natura stessa dell'Unione, alle relazioni tra l'Unione e gli Stati membri e alle tensioni costituzionali che, sebbene sempre presenti nella storia dell'Unione e inevitabili in un ordinamento composito, si sono esacerbate con il deteriorarsi delle relazioni con Polonia e Ungheria.

Sin dalle prime battute della crisi della *rule of law* in Polonia e Ungheria l'Unione ha cercato di adattare i meccanismi preesistenti o di adottare nuove misure capaci di far fronte a tale crisi, inedita nel panorama dell'integrazione. Un compito non facile, che l'Unione ha dovuto esercitare muovendosi sulla linea rossa che divide la protezione dei valori fondamentali dell'UE da un lato, e

² Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget.

³ Sull'*iter* di adozione del regolamento cfr. 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, n. 2, 2020, pp. 131-156. Si veda anche M. FISICARO, *Rule of Law Conditionality in EU Funds: The Value of Money in the Crisis of European Values*, in «European Papers», vol. 4, n. 3, 2019, pp. 695-722 e 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, pp. 101-110.



la sovranità e le identità nazionali degli Stati Membri, dall'altro. Gli strumenti fino ad ora utilizzati, la procedura dell'Art. 7 TUE, la procedura di infrazione ex art. 258 TFUE e i meccanismi di dialogo politico e di *soft law* si sono rivelati, ad oggi, poco efficaci.

Il Regolamento in questione deve essere, dunque, contestualizzato in questo processo giuridico e politico volto a trovare uno strumento legittimo – rientrando cioè nelle competenze conferite all'UE – per affrontare la crisi dello stato di diritto che attraversa alcuni Stati Membri e che potrebbe estendersi ad altri contesti nazionali.

Da un punto di vista giuridico, il testo finale del Regolamento ha introdotto diverse modifiche, accogliendo con favore le preoccupazioni del Servizio giuridico del Consiglio, tra le quali vale la pena menzionare l'introduzione del requisito del "collegamento sufficientemente diretto" tra violazione dello stato di diritto e danno agli interessi finanziari dell'Unione. Tale requisito garantisce che il meccanismo di condizionalità sia strettamente ancorato all'esecuzione del bilancio dell'Unione e non trascenda i limiti di competenza dell'UE. A ciò si aggiunga che l'applicazione del meccanismo di condizionalità è limitata alle violazioni dello Stato di diritto individuate all'articolo 4, paragrafo 2 del Regolamento⁴ e non può estendersi a qualsiasi carenza generalizzata dello stato di diritto.

⁴ Art. 4, par. 2, Reg. 2020/2092: «2. Ai fini del presente regolamento, una violazione dei principi dello Stato di diritto interessa uno o più dei seguenti aspetti:

a) il corretto funzionamento delle autorità che eseguono il bilancio dell'Unione, compresi i prestiti e altri strumenti garantiti dal bilancio dell'Unione, in particolare nell'ambito delle procedure di appalto pubblico o di concessione di sovvenzioni;

b) il corretto funzionamento delle autorità preposte al controllo, alla sorveglianza e all'audit finanziari, nonché il corretto funzionamento di sistemi efficaci e trasparenti di gestione e responsabilità finanziarie;

c) il corretto funzionamento dei servizi responsabili delle indagini e dell'azione penale nelle indagini e nel perseguimento delle frodi, comprese le frodi fiscali, della corruzione o di altre violazioni del diritto dell'Unione che riguardano l'esecuzione del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione;

d) l'effettivo controllo giurisdizionale, da parte di organi giurisdizionali indipendenti, delle azioni od omissioni compiute dalle autorità di cui alle lettere a), b) e c);



Saggi

to in uno Stato Membro. La definizione, non esaustiva, delle violazioni dello stato di diritto ai fini dell'attivazione del Regolamento, se da un lato limita la portata applicativa del meccanismo stesso, dall'altro rappresenta un aspetto cruciale del Regolamento che stabilisce – per la prima volta in una fonte di diritto derivato dell'Unione – diversi principi e norme che contribuiscono a rendere operativo il valore dello stato di diritto dell'articolo 2 TUE, per ciò stesso rendendolo un valore giustiziabile nell'ambito della competenza dell'UE.

Da una prospettiva più politica, la possibilità di attivare il Regolamento è stata ritardata dopo le controverse (sia in termini di legittimità che di opportunità) conclusioni del Consiglio europeo (EUCO). Queste hanno sospeso l'applicazione del Regolamento fino a quando la Corte di giustizia, adita da uno degli Stati membri in un ricorso di annullamento, si fosse pronunciata sulla questione e fino a quando la Commissione, a sua volta a seguito della decisione della Corte di giustizia, non avesse elaborato le linee guida per l'applicazione del Regolamento.⁵

La Corte di giustizia nelle cause C-156/21 e C-157/21 ha confermato la legittimità del Regolamento, affermandone la compatibilità con i trattati e il diritto dell'UE, aprendo così la strada all'adozione delle linee guida della Commissione, emanate nel marzo 2022, le quali rendono il meccanismo pienamente operativo.

e) la prevenzione e la sanzione delle frodi, comprese le frodi fiscali, della corruzione o di altre violazioni del diritto dell'Unione che riguardano l'esecuzione del bilancio dell'Unione o la tutela dei suoi interessi finanziari, nonché l'imposizione di sanzioni effettive e dissuasive nei confronti di destinatari da parte degli organi giurisdizionali nazionali o delle autorità amministrative;

f) il recupero dei fondi indebitamente versati;

g) l'effettiva e tempestiva collaborazione con l'OLAF e, se lo Stato membro interessato vi aderisce, con la EPPO ai sensi degli atti dell'Unione applicabili e conformemente al principio di sincera cooperazione;

h) altre situazioni o condotta di autorità rilevanti per la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o per la tutela dei suoi interessi finanziari».

⁵ Si veda criticamente, K.L. SCHEPPELE, L. PECH, S. PLATON, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *VerfBlog*, 13 dicembre 2020, <https://verfassungsblog.de>; A. ALEMANNO, M. CHAMON, *To Save the Rule of Law you Must Apparently Break It*, in *VerfBlog*, 11 dicembre 2020.



Le due sentenze, simili ma non precisamente sovrapposte, possono essere lette seguendo due percorsi diversi ma intrecciati: da un lato, la risposta precisa – quasi meticolosa – alle singole denunce dei ricorrenti e, dall'altro, le implicazioni più generali di natura costituzionale relative all'introduzione di un regime di condizionalità per le violazioni dello Stato di diritto. L'insolita struttura delle sentenze si riverbera anche da un punto di vista argomentativo, con una sorta di alternanza tra dichiarazioni espansive sui valori dell'Unione - con riferimento ai concetti di identità (identità UE e identità degli Stati membri), solidarietà e fiducia reciproca - e dichiarazioni limitanti, che sembrano riconoscere le tensioni tra l'UE e gli Stati membri e i limiti intrinseci degli strumenti utilizzati per risolvere tali tensioni alla luce del principio di competenza.

La Corte di giustizia nelle sentenze in commento, fornisce inoltre un'istantanea perfetta dello stato attuale delle relazioni tra l'UE e i suoi Stati membri, delle sfide che il sistema dell'UE deve affrontare dopo l'adesione di nuovi membri e, in generale, della natura dell'Unione. Allo stesso tempo, però, la Corte va oltre: basandosi sulla sua precedente giurisprudenza sui principi dell'UE e sull'indipendenza della magistratura (giudici portoghesi⁶, Repubblica⁷, LM⁸) e sulla base del testo del Regolamento sulla condizionalità, ha colto l'occasione per promuovere una comprensione sistemica e normativa dei valori dell'UE di cui all'articolo 2 TUE, definendo l'identità dell'UE e stabilendo un solido precedente per la protezione dei valori europei nei confronti degli Stati membri che deliberatamente sfidano questi valori.

Il presente contributo, prendendo spunto dalle sentenze in parola, si articola in tre parti, volte ad esplorare le possibili conseguenze costituzionali del meccanismo di condizionalità sulla natura dell'Unione. Nella prima parte si analizza il tema del crescente utilizzo degli strumenti di condizionalità nell'Unione Europea al fine di mettere in evidenza un *trend* di continua espansione della condi-

⁶ Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16) ECLI:EU:C:2018:117.

⁷ Repubblica (C-896/19), ECLI:EU:C:2021:311.

⁸ PPU LM, C-216/18 ECLI:EU:C:2018:586.



zionalità come strumento costituzionale dell'Unione. La seconda parte affronta un ulteriore aspetto di rilievo costituzionale, ovvero il rapporto tra solidarietà e condizionalità; infine la terza parte guarda all'impatto della condizionalità sui futuri processi di allargamento dell'Unione.

2. La condizionalità come strumento “costituzionale” dell'Unione

Una piena comprensione della portata del Regolamento relativo alla protezione dello stato diritto, richiede una sua contestualizzazione nell'ambito del più generale tema dell'utilizzo di meccanismi di condizionalità nell'Unione Europea. La condizionalità introdotta dal Regolamento 2020/209 non è, infatti, un nuovo strumento di regolamentazione nell'ambito del diritto dell'Unione.

Originariamente la condizionalità è stata utilizzata dall'UE nelle sue relazioni esterne: i meccanismi di condizionalità politica, infatti, sono stati utilizzati fin dagli anni Novanta negli accordi commerciali e nelle politiche di sviluppo con paesi terzi⁹. Inoltre, a partire dagli anni Novanta, l'Unione europea ha poi messo in atto una solida struttura di condizionalità per la sua politica di allargamento. Sia l'adesione stessa che l'assistenza finanziaria e tecnica durante l'intero processo di adesione sono divenute subordinate al fatto che i paesi candidati compissero continui progressi nell'ambito dei criteri di Copenaghen¹⁰, compresi i criteri politici che richiedono il rispetto della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti umani¹¹. La condizionalità di preadesione è stata un tema

⁹ S. POLI, *The Principle of Conditionality in the EU's Relations with its Neighbours: its Evolution and Reconciliation with the Principle of Consistency*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, n. 3, 2018, p. 525.

¹⁰ E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021.

¹¹ A. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 2005; M. CREMONA, *EU Enlargement: solidarity and conditionality*, in «European Law Review», vol. 30, n. 1, 2005, pp. 3-22.



centrale nella letteratura sull'allargamento dell'UE¹², che ha evidenziato le possibili conseguenze controverse della condizionalità, ovvero la scarsa efficacia nell'ottenere i risultati sperati ma soprattutto la creazione di possibili tensioni tra Unione e Stati. Sempre nel campo delle relazioni esterne, anche la politica europea di vicinato contiene elementi di condizionalità¹³.

Tuttavia, soprattutto nell'ultimo decennio si è assistito a un cambiamento cruciale nel modo in cui la condizionalità viene utilizzata dalle istituzioni europee, poiché l'UE si è sempre più affidata agli strumenti di condizionalità internamente, cioè nei confronti dei propri Stati membri. Lo ha fatto in diversi settori. Per mantenere i benefici della condizionalità di preadesione, ad esempio, l'UE ha incluso clausole di condizionalità negli accordi di adesione e quindi ha collegato informalmente l'adesione a Schengen ai progressi nell'ambito del meccanismo di Cooperazione e Verifica nel caso di Bulgaria e Romania. Un altro uso più generalizzato della condizionalità, che si applica a tutti gli Stati membri senza distinzione, sono i cosiddetti strumenti di condizionalità di spesa, che collegano l'erogazione della maggior parte dei programmi di finanziamento dell'UE al rispetto di un ampio insieme di norme e *standard*.

I primi meccanismi di condizionalità di spesa sono stati introdotti già nel 1990, in particolare per la politica agricola comune (PAC), in cui l'UE ha collegato il finanziamento al raggiungimento di determinati obiettivi ambientali. Da allora i meccanismi di condizionalità di spesa sono cresciuti notevolmente sia in termini di ambito di applicazione, in quanto si applicano a un maggior numero di programmi di finanziamento, sia in termini di contenuto sostanziale, poiché sono state attribuite sempre più condizioni all'erogazione dei finanziamenti.

Dopo le misure già significative adottate nell'ambito del precedente Regolamento "Disposizioni comuni" (*Common Provision Regulation - CPR*) per il Quadro Finanziario Pluriennale 2014-2020, che ha introdotto diverse condi-

¹² F. SCHIMMELFENNIG, U. SEDELMEIER, *The Europeanization of Eastern Europe: the external incentives model revisited*, in «Journal of European Public Policy», vol. 27, n. 6, 2020, pp. 814-833.

¹³ G. SASSE, *The European Neighbourhood Policy: Conditionality Revisited for the EU's Eastern Neighbours*, in «Europe-Asia Studies», vol. 60, n. 2, 2008, pp. 295-316.



zioni ex ante che gli Stati membri dovevano soddisfare per accedere ai fondi europei, il nuovo CPR¹⁴, approvato nel giugno 2021, compie un ulteriore passo avanti. Trasforma il regime di condizionalità ex ante in un sistema di “condizioni abilitanti”, con 4 condizioni orizzontali e 16 tematiche da monitorare durante l’intero periodo di bilancio e la possibilità di sospendere i finanziamenti in qualsiasi fase del processo. Esso rafforza, inoltre, le condizioni relative al rispetto dei diritti fondamentali nell’uso dei fondi europei.

La condizionalità è stata poi uno strumento fondamentale durante la crisi dell’Eurozona. Come ampiamente studiato in dottrina, i memoranda, firmati dagli Stati membri che si trovavano in difficoltà economiche e finanziarie al fine di ricevere assistenza finanziaria, sono stati caratterizzati da un forte regime di condizionalità¹⁵. La condizionalità è diventata anche una caratteristica distintiva del meccanismo europeo di stabilità (MES) ed è stata ufficialmente riconosciuta dalla Corte di giustizia nel caso Pringle¹⁶. Inoltre, è nel settore specifico della governance macroeconomica che la condizionalità ha trovato il suo primo riconoscimento formale nei trattati: l’articolo 136, paragrafo 3, del TFUE, modificato nel 2011, stabilisce che l’assistenza finanziaria dell’UE, per essere compatibile con i trattati, deve essere soggetta a “rigorosa condizionalità”. Più in generale, nell’ambito dell’UEM la condizionalità giuridica è emersa come «the most effective tool for enforcing fiscal constraints»¹⁷.

¹⁴ Regulation (EU) 2021/1060 of the European Parliament and of the Council of 24 June 2021 laying down common provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund Plus, the Cohesion Fund, the Just Transition Fund and the European Maritime, Fisheries and Aquaculture Fund and financial rules for those and for the Asylum, Migration and Integration Fund, the Internal Security Fund and the Instrument for Financial Support for Border Management and Visa Policy.

¹⁵ A.M. GUERRA MARTINS, *Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis – the Portuguese Constitutional Case Law*, in «Maastricht Journal of European and Comparative Law», vol. 22, n. 5, 2015, p. 678.

¹⁶ Thomas Pringle v. Government of Ireland and Others. Case C-370/12 ECLI:EU:C:2012:756.

¹⁷ F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO, *Sanctions in the EMU Economic Pillar*, in S. MONTALDO, F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO (eds.), *EU Law Enforcement - The Evolution of Sanctioning Powers*, Routledge, London 2020, pp. 139-160.



Lo stesso programma *NextGenEU* si avvale di strumenti simili alla condizionalità, in quanto i piani nazionali per la ripresa e la resilienza devono essere presentati alla Commissione e infine approvati dal Consiglio e devono essere in linea con le raccomandazioni specifiche per Paese nell'ambito del semestre europeo. Ai sensi del Regolamento sul meccanismo per la ripresa e la resilienza, l'erogazione concreta delle sovvenzioni dipenderà dall'adempimento di *target* intermedi e compiti specifici e può essere sospesa nel caso in cui uno Stato membro violi i requisiti posti dall'UE.

Mentre è vero che queste forme di condizionalità differiscono dai meccanismi di rigorosa condizionalità del MES, il pacchetto di *NextGenEU* e il nuovo Regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto certamente sono l'emblema del fatto che la condizionalità sia ormai uno strumento costituzionale dell'Unione¹⁸, ovvero sia uno strumento volto a affrontare le tensioni di natura costituzionale che percorrono l'ordinamento Europeo e segnano il rapporto di quest'ultimo con gli Stati membri.

Guardando al quadro più ampio, è chiaro che oggi l'uso della condizionalità nel diritto dell'UE stia diventando sistemico. In particolare, forme di "condizionalità di esecuzione" (ossia meccanismi di condizionalità il cui obiettivo è far rispettare altri obblighi del diritto primario o derivato dell'UE) sono spesso introdotte in ambiti in cui l'utilizzo di altri strumenti ordinari si è rivelato impraticabile o scarsamente efficace, come il rispetto dei requisiti macroeconomici e ora dello Stato di diritto e dei valori comuni dell'articolo 2 TUE¹⁹.

Si tratta spesso di questioni con una forte dimensione "federale", che l'Unione fatica ad affrontare utilizzando i suoi tradizionali meccanismi di *enfor-*

¹⁸ T. TRIDIMAS, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?*, in «Croatian Yearbook of European Law & Policy», vol. 16, n. 1, 2020, pp. VII-XXI.

¹⁹ 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, pp. 1-16; v. anche K.L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in «Yearbook of European Law», vol. 39, n. 1, 2020, pp. 3-121.



cement, e, al contempo manca di strumenti coercitivi tipici delle federazioni. In queste situazioni di autorità limitata, la condizionalità fornisce una valida forma alternativa di esercizio del potere.

Il Regolamento sulla *rule of law conditionality* si colloca dunque in questo trend di costante utilizzo di strumenti di condizionalità, ma vi è di più: le decisioni della Corte che riconoscono la legittimità di un meccanismo di condizionalità orizzontale, da un lato sanciscono in via definitiva la natura costituzionale dello strumento e dall'altro aprono alla possibilità di nuove forme di condizionalità nell'UE, non solo a protezione della *rule of law*, ma di altri valori dell'Unione. Afferma infatti la Corte «i valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori.

Ne consegue che, conformemente al principio di attribuzione delle competenze sancito all'articolo 5, paragrafo 2, TUE, nonché al principio di coerenza delle politiche dell'Unione previsto all'articolo 7 TFUE, il valore comune all'Unione e agli Stati membri costituito dallo Stato di diritto, il quale fa parte dei fondamenti stessi dell'Unione e del suo ordinamento giuridico, è idoneo a fondare un meccanismo di condizionalità rientrante nella nozione di «regole finanziarie» ai sensi dell'articolo 322, paragrafo 1, lettera a), TFUE»²⁰.

3. Condizionalità e solidarietà

Come si evince nelle decisioni in parola, uno degli aspetti più meritevoli di riflessione riguarda il rapporto tra condizionalità e solidarietà.

La solidarietà è un principio fondamentale richiamato nell'art. 2 TUE, che si riflette anche nell'impegno finanziario dell'Unione e la cui attuazione si basa

²⁰ C-157/12 parr. 145-146.



sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri, che a sua volta si nutre del rispetto comune dei valori fondamentali, compreso lo Stato di diritto.

Il dibattito sulla solidarietà nell'UE può essere fatto risalire alle prime fasi del processo di integrazione ed è stato al centro dello sviluppo della politica di coesione dell'UE²¹. La solidarietà è venuta in rilievo durante la risposta dell'UE alla crisi economica²² e, più recentemente, durante la pandemia di Covid-19²³. La solidarietà, dunque, è indubbiamente al centro del processo di integrazione europeo, ma rimane ancora un concetto ambiguo la cui essenza e portata operativa mancano ancora di una compiuta teorizzazione. La solidarietà europea è in particolare intrappolata nelle tensioni sopra menzionate tra Unione e Stati membri: il principio di solidarietà fatica a trovare piena attuazione anche alla luce del fatto che le politiche sociali e fiscali sono ancora radicate a livello nazionale.

Questa debolezza intrinseca nella realizzazione del principio di solidarietà ha un'implicazione più ampia sulle potenzialità dell'Unione come comunità politica: come sottolineato da Maduro, senza solidarietà, «there can be no true social contract capable of legitimizing the emerging European polity, and the consequences would be either a return to a less advanced form of integration... or, if the current model continues to be stretched, a crisis of social legitimacy which may manifest itself in increased national challenges to European policies (whose redistributive effects are not understood and accepted)».²⁴

In assenza di un'unione fiscale e di un meccanismo di perequazione tipico degli Stati federali, uno degli strumenti che permea la redistribuzione dei fondi

²¹ A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, in «Oxford Journal of Legal Studies», vol. 33, n. 2, 2013, pp. 213-241; S. FERNANDES, E. RUBIO, *Solidarity within the Eurozone: how much, what for, for how long?*, in «Notre Europe Policy Paper», n. 51, 2012.

²² V. BORGER, *The Currency of Solidarity: Constitutional Transformation during the Euro Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge 2020.

²³ M. P. MADURO, P. W. KAHN, *Democracy in Times of Pandemic: Different Futures Imagined*, Cambridge University Press, Cambridge 2020.

²⁴ M. POIARES MADURO, *Europe's Social Self: 'The Sickness unto Death'*, in J. SHAW (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Hart, Oxford 2000, p. 347.



nell'Unione è proprio la condizionalità. La realizzazione del principio di solidarietà è, dunque, spesso legata all'uso di schemi condizionali per distribuire fondi. Uno degli esempi più evidenti è la condizionalità di spesa, cui si è già fatta menzione, che collega l'erogazione della maggior parte dei programmi di finanziamento dell'UE al rispetto di un ampio insieme di regole e standard.

Il legame tra solidarietà e condizionalità è, tuttavia, piuttosto controverso se guardiamo ai sistemi di condizionalità attuati durante la crisi dell'Eurozona, che sembrano contraddire il principio di solidarietà.

Guardando ai diversi regimi, dalla condizionalità macro-economica a quello dello stato di diritto, la logica che lega la solidarietà alla condizionalità (una relazione le cui implicazioni concettuali devono ancora essere approfondite) deriva dalla necessità di garantire che l'assistenza finanziaria che proviene dall'UE agli Stati membri in difficoltà – in tal modo attuando il valore della solidarietà – sia utilizzata dallo Stato membro beneficiario in base allo scopo del regime di finanziamento, all'obiettivo politico dell'UE e nel rispetto dei valori dell'Unione. In effetti, nel caso dello Stato di diritto, l'obiettivo è proteggere, attraverso le competenze finanziarie, i valori fondamentali e fondanti dell'UE dalle sfide poste dagli Stati membri, che stanno attuando a loro volta riforme divisive e controverse.

In questo intreccio, il sistema di condizionalità introdotto dal Regolamento diventa non solo uno strumento capace di legare solidarietà e responsabilità ma anche uno strumento efficace per risolvere le rotture e gestire i conflitti in un sistema costituzionale composito, come quello europeo, ma sempre – come ricorda con cautela la Corte – nei limiti dei poteri previsti dai Trattati.

Pertanto, la condizionalità è sancita come strumento di natura costituzionale, chiamato ad attuare i valori fondamentali dell'Unione, che si aggiunge – senza eluderli – ad altri strumenti a disposizione delle istituzioni europee per tutelare i valori fondamentali, tra cui l'articolo 19 TUE, l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali e, naturalmente, l'articolo 7 TUE.



4. Condizionalità e futuro dell'Unione Europea

Le decisioni della Corte di giustizia circa la legittimità del Regolamento 2020/2092 si sono da subito intrecciate con i drammatici eventi legati alla guerra in Ucraina, per almeno due ordini di ragioni.

Da un lato, a seguito dell'aggressione russa, la prospettiva di un accesso dell'Ucraina all'Unione si è fatto sempre più attuale, fino alla formalizzazione della candidatura di Ucraina e Moldavia.

Dall'altro gli eventi ucraini hanno contribuito a rompere il fronte di Visegrad, con particolare riferimento alla posizione di Ungheria e Polonia. Mentre infatti quest'ultima si è fin da subito presentata come importante baluardo dell'Unione a Est, svolgendo un prezioso ruolo in tema di accoglienza dei rifugiati ucraini, la prima ha mantenuto una posizione più ambigua nei confronti della Russia.

In riferimento a quest'ultimo profilo, la diversa posizione di Ungheria e Polonia rispetto alla Russia può essere vista con un certo favore pragmatico, laddove si spezzerebbe quell'alleanza tra paesi che stanno sperimentando una fase di decadimento democratico²⁵ e che fino ad ora hanno fatto da scudo e da linea di resistenza rispetto all'attivazione di meccanismi sanzionatori di violazioni dello stato di diritto. Non solo. La diversa posizione di Polonia e Ungheria avrà ripercussioni anche sull'attivazione del meccanismo di condizionalità. Non a caso, infatti, la Commissione ha avviato la procedura per giungere alla sospensione dei fondi nei confronti dell'Ungheria, mentre in riferimento alla Polonia

²⁵ I casi di Ungheria e Polonia sono da tempo oggetto di studio alla luce delle teorie del decadimento democratico che cercano di identificare i caratteri di queste esperienze costituzionali che si allontanano dal modello delle democrazie liberali. Esse sono state variamente definite come democrazie illiberali, legalismi autocratici, nuove autocrazie, regimi ibridi. Per una approfondita analisi della terminologia utilizzata dalla dottrina si rimanda a T.G. DALY, *Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field*, in «Hague J Rule Law», n. 11, 2019, pp. 9-36. Sul concetto di legalismo autocratico si veda in particolare K.L. SCHEPPELE, *Autocratic Legalism*, in «University of Chicago Law Review», vol. 85, n. 2, pp. 545-583.



ha addirittura approvato il Recovery Plan, pur inserendo delle *milestones* per verificare i progressi nella tutela dello stato di diritto.

Nel caso ungherese, in particolare, la Commissione, dopo aver avviato la procedura prevista dal Regolamento condizionalità, è giunta, il 18 Settembre 2022, a proporre al Consiglio di sospendere il 65% di tre fondi operativi per il periodo 2021-2027, finanziati dallo European Regional Development Fund (ERDF), dal Cohesion Fund (CF), dal Just Transition Fund (JTF) e dall'European Social Fund Plus (ESF+). La Commissione ha inoltre trasmesso al Consiglio le riforme²⁶ che il governo ungherese si è impegnato ad affrontare, in particolare in materia di lotta alla corruzione, per evitare la sospensione di tali fondi. Il Consiglio è chiamato a pronunciarsi sulla decisione di sospendere i finanziamenti, anche alla luce delle riforme approvate dal governo ungherese, entro il 18 Dicembre 2022. Intanto, però, la Commissione ha anche aperto alla possibilità di approvare il Recovery Plan ungherese. L'approvazione del Recovery Plan infatti non sarebbe incompatibile con la contestuale attivazione del Regolamento condizionalità, il quale si applica solo ai fondi già in essere e non potrebbe quindi bloccare l'approvazione del Recovery Plan. Ovviamente su una simile decisione peserebbe una incongruenza²⁷ di fondo: da un lato si propone la sospensione dei fondi per violazioni dello stato di diritto e dall'altro si dà il via libera a nuove erogazioni (ancorché condizionate). I destini del Recovery Plan e del Regolamento condizionalità sono, dunque, di fatto intrecciati. Tale intersezione emerge se si considera il fatto che, ai fini dell'approvazione del Recovery Plan e dell'esborso della prima parte dei fondi previsti dallo stesso, la Commissione ha recentemente posto nei confronti dell'Ungheria come condi-

²⁶ Per un'analisi delle riforme proposte si veda K.L. SCHEPPELE, G. MÉSZÁROS, *Trusting Hungary with Billions of Euros: Still a Big Risk (Hungary's Anti-Corruption Program, Part IV)*, in *VerfBlog*, 18 novembre 2022, <https://verfassungsblog.de/trusting-hungary-with-billions-of-euros/>.

²⁷ Si tratta di un'incongruenza ampiamente rilevata in dottrina: K.L. SCHEPPELE, J. MORIJN, *Are Hungary's EU Funds Being Cut (or Not)? Funding Confusions, Separate Tracks and What May Lie Ahead*, in *VerfBlog*, 14 novembre 2022, <https://verfassungsblog.de/are-hungarys-eu-funds-being-cut-or-not/>.



zione preliminare il raggiungimento di 27 *milestones*: 21 delle quali rispecchiano le 17 *milestones* richieste dalla Commissione in applicazione del Regolamento condizionalità, 4 riguardano l'indipendenza del giudiziario e 2 sono collegate al sistema di audit e di controllo.

Se il destino ungherese è ancora incerto, sia dal punto di vista dell'applicazione del Regolamento condizionalità che del *NextGenEU*, l'apertura della Commissione nei confronti della Polonia, con l'approvazione del Recovery Plan, è stata aspramente criticata in dottrina²⁸, che ha sottolineato la scarsa volontà della Commissione di opporsi con fermezza agli ordinamenti di Ungheria e Polonia²⁹ che sembrano sfidare i valori fondamentali su cui l'Unione si fonda, rimanendo lo stesso piuttosto inerte. Tuttavia chi scrive ritiene che, per ragioni di natura politica, in particolare alla luce del ruolo svolto dalla Polonia nella crisi ucraina, la Commissione ha cercato di instaurare l'ennesimo processo dialogico con le autorità polacche nella speranza di ottenere qualche risultato – anche parziale e graduale – nella lotta alla crisi della rule of law ed evitando di esacerbare le tensioni, già presenti all'interno dell'Unione.

Giova anche ricordare che mentre nel caso ungherese l'attivazione del meccanismo di condizionalità – ovvero la dimostrazione di un link diretto tra la violazione della rule of law e il danno al bilancio dell'Unione – appare meno problematico per via dei problemi di corruzione che affliggono il sistema, nel caso polacco, con riferimento alle riforme giudiziarie, la dimostrazione della sussistenza di un legame diretto con gli interessi finanziari dell'Unione è piuttosto ardua da addurre. La strada di attivazione del Regolamento condizionalità nel caso polacco non solo, dunque, è politicamente poco plausibile nel breve periodo, ma è anche giuridicamente più difficile da portare a compimento con successo.

²⁸ L. PECH, *Covering Up and Rewarding the Destruction of the Rule of Law One Milestone at a Time*, in *VerfBlog*, 21 giugno 2022, <https://verfassungsblog.de/covering-up-and-rewarding-the-destruction-of-the-rule-of-law-one-milestone-at-a-time/>.

²⁹ R.D. KELEMEN, *Appeasement, ad infinitum*, in «Maastricht Journal of European and Comparative Law», vol. 29, n. 2, 2022, pp. 177-181.



Saggi

Per quanto riguarda, infine, il tema di un nuovo processo di allargamento dell'Unione che sembra essersi aperto con le candidature di Ucraina e Moldova e con il fronte dei Balcani occidentali ancora in evoluzione, le sentenze in materia di condizionalità non potevano essere più tempestive: alla luce delle problematiche emerse a seguito dell'allargamento nei paesi dell'Est Europa degli anni 2000, le sentenze in commento suonano infatti come un monito, laddove ci ricordano che «conformemente all'articolo 49 TUE, il rispetto di tali valori costituisce una condizione preliminare per l'adesione all'Unione di qualsiasi Stato europeo che chieda di diventare membro dell'Unione³⁰» e che «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 adesione³¹».

Un monito che, alla luce dei prossimi sviluppi nel processo di integrazione non può che costituire un principio guida per definire i tratti distintivi dello spazio costituzionale europeo che verrà.

³⁰ C-157/21 par. 142; C-156/21 par. 124.

³¹ C-157/21 par. 144; C-156/21 par. 126.



Le sentenze della Corte di giustizia sul Regolamento UE sulla condizionalità relativa alla *rule of law*: gli elementi di novità e le (numerose) questioni aperte

di Cristina Fasone *

Abstract: The contribution provides a reconstruction of the contents of the EU Regulation n. 2020/2092 as well as the main elements of continuity and discontinuity present in the judgements delivered on 16 February 2022 in the framework of the annulment actions brought by Hungary and Poland. The paper focuses, in particular, on the scope and limits of the statements made by the European Court of Justice, on the one hand, regarding the relationship between mutual trust and the rule of law, and on the other hand, on the relationship between solidarity and conditionality. Lastly, it briefly deals with the questionable follow-up ensured so far to the judgements and which questions the effectiveness of the Regulation and of the reconstruction offered by the Court itself.

SOMMARIO: 1. Introduzione. Le incerte sorti del Regolamento UE n. 2020/2092, tra funzione costituzionale del bilancio europeo ed effettività della *rule of law*. – 2. Il *casus belli* e il complesso *iter* di approvazione del Regolamento. – 3. Continuità e discontinuità nelle due sentenze della Corte. – 4. Il complesso rapporto tra solidarietà e condizionalità attraverso il bilancio europeo. – 5. Quale fiducia reciproca rispetto alle attuali violazioni della *rule of law*? – 6. Il controverso seguito dato alle sentenze. – 7. Conclusioni.

1. Introduzione. Le incerte sorti del Regolamento UE n. 2020/2092, tra funzione costituzionale del bilancio europeo ed effettività della *rule of law*

Le sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia il 16 febbraio 2022 sui ricorsi di annullamento proposti da Polonia e Ungheria l'11 marzo 2021¹, contro il

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato presso la LUISS Guido Carli - Roma. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*): versione definitiva ricevuta il 4 dicembre 2022.

¹ Sentenza della Corte (Seduta plenaria) del 16 febbraio 2022, Ungheria c. Parlamento e Consiglio, ECLI:EU:C:2022:97; sentenza della Corte (Seduta plenaria) del 16 febbraio 2022, Polonia c. Parlamento e Consiglio, ECLI:EU:C:2022:98



Saggi

Regolamento UE no. 2020/2092², sono destinate ad alimentare il dibattito europeo per molto tempo. Si tratta di decisioni che, pur non esattamente speculari quanto ai motivi dei ricorsi e ai profili trattati, definiscono alcuni punti fermi nei rapporti tra *rule of law*, quale fondamento dell'identità europea, ruolo del bilancio nello spazio pubblico europeo, condizionalità e principi di solidarietà e di fiducia reciproca. Eppure, allo stesso tempo, per l'immediato seguito avuto, sembrano porre una serie di dubbi sull'effettività del meccanismo di condizionalità che dovrebbe operare in collegamento con le violazioni della *rule of law* che arrecano o rischiano di arrecare un danno alla sana gestione finanziaria dell'Unione³.

Innanzitutto, la Corte ha enfatizzato l'autonomia dell'art. 2 TUE quale parametro di giudizio e, in seno ad esso, della *rule of law* quale elemento caratterizzante dell'identità (costituzionale) europea, un vero e proprio fondamento dell'ordinamento giuridico sovranazionale che l'Unione deve essere in grado di difendere nei limiti delle sue attribuzioni (parr. 127, causa C-156/21, e 145, causa C-157/21)⁴.

Allo stesso tempo, la Corte ha valorizzato la funzione costituzionale del bilancio europeo come «uno dei principali strumenti che consentono di concretizzare [...] il principio di solidarietà» (art. 2 TUE), «a sua volta uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione», sottolineando come l'attuazione del principio di solidarietà «si basa sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri nell'utilizzo responsabile delle risorse comuni» iscritte nel bilancio (parr. 129, causa C-156/21, e 147, causa C-157/21)⁵. Il collegamento che la Corte di giustizia realizza tra *rule of law*, ruolo

² Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, OJ L 433I , 22.12.2020, p. 1–10.

³ Cfr. A. CIRCOLO, *La condizionalità politica nella dimensione esterna e interna dell'azione dell'Unione Europea*, in "Il Diritto dell'Unione Europea", n. 2, 2022, spec. pp. 46 ss. e S. GIANELLO, *Il Regolamento 2020/2092 alla prova concreta dei fatti: alcune indicazioni significative a partire dalla sua attivazione contro l'Ungheria*, in «DPCE online», n. 2, 2022, pp. 661 ss.

⁴ Sul punto, cfr., tra i molti, E. PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?*, in *BLOG DUE*, 16 marzo 2022, pp. 1 ss.

⁵ Sul punto, v. J. ALBERTI, *Adelante, presto, con juicio. Prime considerazioni sulle sentenze della Corte di giustizia che sanciscono la legittimità del "Regolamento condizionalità"*, in «Eurojus», n. 2, 2022, pp. 30-36.



del bilancio europeo, principio di solidarietà e principio della fiducia reciproca è inedito e rappresenta, per chi scrive, il “cuore” delle due sentenze per la capacità di mettere a sistema una serie di valori e principi che, almeno in astratto, consentono di far fare un ulteriore passo in avanti nel processo di integrazione, del suo tono costituzionale, attraverso il bilancio e la protezione dello stato di diritto⁶.

Se queste affermazioni di principio sono significative, si dubita però della loro reale portata applicativa nelle presenti circostanze, in particolare per quanto riguarda l'effettiva esistenza di un sufficiente grado di fiducia reciproca tra gli Stati membri sul rispetto della *rule of law* e circa il complesso rapporto tra condizionalità e solidarietà.

Dunque, dopo una breve ricostruzione dei contenuti del Regolamento impugnato e dei ricorsi nonché dei principali elementi di continuità e discontinuità presenti nelle sentenze, il contributo si soffermerà proprio sui richiamati passaggi delle decisioni, analizzando la portata e i limiti delle affermazioni svolte dalla Corte, da un lato, circa il rapporto tra fiducia reciproca e *rule of law*, e dall'altro, sulla relazione tra solidarietà e condizionalità. Da ultimo, si darà sinteticamente conto del discutibile seguito fornito finora alle sentenze e che mette in dubbio l'efficacia del Regolamento e della ricostruzione offerta dalla Corte di giustizia.

2. Il *casus belli* e il complesso *iter* di approvazione del Regolamento

Le vicende all'origine della due cause sono ben note e affondano le loro radici nella graduale, ma sempre più spiccata presa di distanze di Polonia e Ungheria, tra i vari Paesi dell'Est Europa, dai valori europei del costituzionalismo liberale (art. 2 TUE)⁷. Con tempi e modalità diverse i due ordinamenti nazionali hanno

⁶ A. CIRCOLO, *La condizionalità politica nella dimensione esterna e interna dell'azione dell'Unione europea*, cit., pp. 51 ss. parla una vera e propria mutazione genetica del processo di integrazione europea per effetto dell'interpretazione e applicazione della condizionalità all'interno dell'Unione.

⁷ La letteratura sul punto è sterminata. Tra i tanti contributi, si vedano: F. CASOLARI, *IL rispetto della rule of law nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea: un dramma in due atti*, in «DPCE



adottato e attuato una serie di riforme che rinnegano il principio di separazione dei poteri, in particolare, la garanzia di indipendenza e imparzialità del giudiziario, la tutela delle minoranze, e le libertà fondamentali, come quella di espressione e di informazione⁸. I rimedi proposti, con minore (ad es. l'attivazione dell'art. 7 TUE) o maggiore convinzione (ad es. le procedure per inadempimento, con numerosissime sentenze di condanna da parte della Corte di giustizia) non hanno purtroppo sortito gli effetti sperati⁹. Lo stesso può dirsi per i vari strumenti di *soft law* messi in campo, dal *rule of law dialogue* all'*EU Justice Scoreboard*¹⁰.

L'ultimo ritrovato, in ordine di tempo, è stato allora il citato Regolamento UE n. 2020/2092, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del

online», n. 4, 2016, p. 135 ss.; L. PECH, K.L. SCHEPPELE, *Illiberalism within: rule of law backsliding in the EU*, in «Cambridge Yearbook of European Legal Studies», vol. 19, 2017, pp. 3-47; L. CAPPUCCIO, *Stato diritto e difesa dell'indipendenza della magistratura in una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in «Quaderni costituzionali», n. 2, 2019, pp. 470-472; E. CECCHERINI, *L'indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello stato di diritto. La Corte di giustizia dell'Unione europea esprime un severo monito alla Polonia*, in «DPCE online», n. 3, 2019, pp. 2197-2207; W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Oxford 2019; G. DELLEDONNE, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione europea*, in «DPCE online», n. 3, 2020, pp. 3999-4019; S. GIANELLO, *La riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», n. 2, 2020, pp. 489-498; J. SAWICKI, *La pandemia Covid-19, in Polonia e in Ungheria, come possibile occasione per intensificare la mutazione illiberale delle istituzioni*, in «DPCE online», n. 2, 2020, pp. 1963-1983; A. SAJÓ, *Ruling by Cheating. Governance in Illiberal Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge 2021.

⁸ Sull'Ungheria, cfr., ad esempio, G. HALMAI, *The Fundamental Law of Hungary and the European Constitutional Values*, in «DPCE Online», n. 2, 2019, pp. 1503-1524; sulla Polonia, cfr. M. GRANAT, K. GRANAT, *The Constitution of Poland. A Contextual Analysis*, Hart, Oxford 2019, cap. 9. Per una comparazione, cfr. E. CUKANI, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside?*, ESI, Napoli 2021, pp. 100-154.

⁹ Sull'art. 7 TUE e le procedure per inadempimento, si vedano, rispettivamente, D. KOCHENOV, *Article 7: A Commentary on a Much Talked-About 'Dead' Provision*, in A. VON BOGDANDY e altri (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin, Springer, 2021, p. 127 ss. e K.L. SCHEPPELE, *Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions*, in C. CLOSA. D. KOCHENOV (a cura di), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge 2016, p. 105 ss.

¹⁰ Si veda Commissione europea, *EU's Rule of Law Toolbox – Factsheet*, 20 luglio 2021, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/ruleoflaw2021_toolbox_factsheet_en.pdf.



Saggi

bilancio dell'Unione, che istituisce un meccanismo di condizionalità orizzontale per scoraggiare violazioni della *rule of law* che si riverberino in modo sufficientemente diretto sulla protezione della sana gestione finanziaria e sugli interessi finanziari europei attraverso la sospensione o riduzione degli impegni e dei pagamenti dei fondi europei, dei pre-finanziamenti nonché il divieto di assumere nuovi impegni o di concludere nuovi accordi su prestiti o altri strumenti garantiti dal bilancio dell'Unione (v. dettagliatamente l'art. 5)¹¹. Attraverso questo strumento si aspirerebbe a smantellare il sistema clientelare che i Governi polacco e ungherese, in particolare, hanno consolidato nel corso degli anni e che farebbe leva proprio su sovvenzioni e finanziamenti elargiti sulla base dei fondi europei¹².

Il Regolamento si inserisce nel quadro delle nuove dinamiche europee secondo cui l'Unione utilizza i meccanismi di condizionalità come mezzi di gestione delle sue politiche interne, un *trend* decisamente costante negli ultimi trent'anni¹³. Tuttavia, al contrario degli altri strumenti di condizionalità finora regolati, i quali sono attivati solo con riferimento a un fondo o più *target*, la condizionalità prevista da questo Regolamento si applica a tutti i fondi europei in essere o che saranno istituiti in prospettiva, dal dispositivo europeo per la ripresa e la resilienza ai fondi europei strutturali e di investimento, fino al nuovo Fondo sociale Plus. Inoltre, per la prima volta, nei rapporti tra Unione e Stati membri, il bilancio europeo viene presentato quale scudo per la protezione dello stato di diritto¹⁴ e si tratta del primo caso in cui

¹¹ Cfr. EDITORIAL COMMENTS, *Compromising (On) the General Conditionality Mechanism and the Rule of Law*, in «Common Market Law Review», vol. 48, 2021, p. 267 ss. e B. NASCIBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in «Eurojus», n. 3, 2021, pp. 172 ss.

¹² Cfr. K.L. SCHEPPELE, L. PECH, S. PLATON, *Compromising the Rule of Law While Compromising on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, 13 dicembre 2020, <https://verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law/> (consultato il 1 giugno 2022): occorre considerare che la Polonia, per esempio, è da anni il maggior beneficiario di fondi strutturali nell'Unione.

¹³ A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi: la condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Giappichelli, Torino 2017, p. 67 ss. e V. VITA, *Research for REGI Committee - Conditionalities in Cohesion Policy*, European Parliament, Brussels 2018, p. 16 ss.

¹⁴ Cfr. 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. 105 e M. FISICARO, *Beyond the Rule of Law Conditionality: Exploiting the EU Spending Power to Foster the Union's Values*, in



un atto legislativo europeo codifica una definizione dello stato di diritto emersa dalla ormai copiosa giurisprudenza europea in tema (art. 2)¹⁵, sebbene, come si vedrà, limitatamente all'ambito di applicazione del Regolamento¹⁶.

L'iter legislativo che ha caratterizzato l'atto – la procedura legislativa ordinaria – è stato tutt'altro che semplice¹⁷. Presentato nel 2018 dalla Commissione Juncker, è stato significativamente modificato nei due anni successivi e, infine, approvato il 16 dicembre del 2020 con il voto contrario in Consiglio dei Governi polacco e ungherese, che ha fatto seguito nel medesimo anno ad una loro dura presa di posizione congiunta contro il Regolamento e alla minaccia di opporre il veto all'approvazione del Quadro finanziario pluriennale (QFP) 2021-2027 e della decisione sulle risorse proprie, vista la regola dell'unanimità (artt. 312 e 311 TFUE)¹⁸.

«European Papers», vol. 7, n. 2, 2022, pp. 697 ss., il quale però sottolinea come il bilancio dell'UE ben si presti ad essere usato come strumento di protezione dello stato di diritto anche a prescindere dal Regolamento in esame.

¹⁵ In merito, cfr., in generale, T. KONSTANTINIDES, *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, Oxford, Hart Publishing, 2017 e, rispetto al Regolamento, V. SACCHETTI, *Il nuovo meccanismo di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione europea*, in «Studi sull'integrazione europea», n. 2, 2021, p. 431 ss.

¹⁶ Secondo tale articolo, nello Stato di diritto «[...] rientrano i principi di legalità, in base alla quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali; separazione dei poteri; non-discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge. Lo Stato di diritto è da intendersi alla luce degli altri valori e principi dell'Unione sanciti nell'articolo 2 TUE». Per una ricostruzione della giurisprudenza europea in tema, cfr. N. CANZIAN, *Il principio europeo di indipendenza dei giudici: il caso polacco*, in «Quaderni costituzionali», n. 3, 2020, p. 465 ss. e L. PECH, D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, SIEPS, Stockholm, n. 3, 2021.

¹⁷ Insiste su questo punto M. LANOTTE, *La mancata applicazione del meccanismo di condizionalità: carenza o incoerenza?*, in *Blog DUE*, 16 novembre 2021, pp. 1 ss.

¹⁸ Cfr., in merito, EDITORIAL COMMENTS, *Compromising (on) the general conditionality mechanism and the rule of law*, cit., pp. 268-269; 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. e, volendo, C. FASONE, *Crisi dello stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2021, p. 214 ss.



Saggi

Su istanza degli stessi Governi, nel 2018 era stato richiesto un parere sul Regolamento al servizio giuridico del Consiglio¹⁹, contestandone la compatibilità con l'art. 7 TUE e l'appropriatezza della base giuridica scelta, l'art. 322, par. 1 TFUE²⁰. Se nel parere – circolato nonostante l'opposizione del Consiglio – si argomentava per la legittimità di quest'ultima, essendo l'obiettivo prevalente quello di dare corretta esecuzione al bilancio europeo, si esprimeva invece un parere negativo sul rispetto dell'art. 7 TUE, visto che le due procedure parevano sostanzialmente sovrapponibili per effetti e risultati, oltre ad apparire troppo vago il nesso tra le violazioni dello stato di diritto e il pregiudizio arrecato al bilancio europeo nel testo del Regolamento. Anche per venire incontro a queste obiezioni, la proposta è stata sostanzialmente modificata, ribaltando alla fine la logica ispiratrice di fondo del testo originario, come ben esemplifica il cambio dell'intitolazione: da Regolamento «sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri» (COM(2018)324 final), a quello rivisto, dove la *rule of law* non figura più e tutta l'enfasi è posta sulla tutela del bilancio europeo. Non sono violazioni della *rule of law* in quanto tali ad essere sanzionate, ma solo quelle che determinano un danno agli interessi finanziari europei²¹.

Il meccanismo della maggioranza qualificata invertita in Consiglio per l'attivazione della condizionalità mediante approvazione della proposta di decisione di esecuzione della Commissione, è stato sostituito nel testo finale dalla ordinaria maggioranza qualificata, dando meno autonomia alla Commissione, e si è ribadita

¹⁹ Consiglio dell'Unione europea, *Opinion of the Legal Service, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the protection of the Union's budget in case of generalized deficiencies as regards the rule of law in the Member States*, 13593/18, Brussels, 25 ottobre 2018.

²⁰ Secondo l'art. 322, par. 1 TFUE, «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione della Corte dei conti, adottano mediante regolamenti: a) le regole finanziarie che stabiliscono in particolare le modalità relative alla formazione e all'esecuzione del bilancio, al rendiconto e alla verifica dei conti [...]».

²¹ 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. 714 ss.; M. BLAUBERGER, V. VAN HÜLLEN, *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?*, in «Journal of European Integration», vol. 43, 2021, p. 1 ss.; C. BUZZACCHI, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?*, in «Bilancio, Comunità, Persona», n. 1, 2022, p. 26 ss.



la natura sussidiaria dello strumento rispetto ad altri istituti di diritto europeo che avrebbero potuto conseguire più efficacemente lo stesso fine (art. 6, par. 1).

Nonostante alcuni interventi sul testo possano essere considerati migliorativi – per esempio la precisazione delle ipotesi (tassative) in cui la procedura di attivazione della condizionalità può scattare (art. 4) rispetto al rinvio alla generiche carenze generalizzate della *rule of law*, oppure l'attenzione posta alla garanzia dei diritti dei beneficiari finali (art. 5, parr. 2-5)²² o, infine, il maggior coinvolgimento del Parlamento europeo nella procedura (artt. 6, 8 e 9), per quanto resti abbastanza marginale – per cercare di superare l'impasse nelle negoziazioni del pacchetto *Next Generation EU*, in cui la proposta di Regolamento era ricompresa, ci ha pensato poi il Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020 a smorzare qualsiasi entusiasmo per l'imminente approvazione dell'atto²³.

Laddove le conclusioni del Consiglio europeo non ripetono pedissequamente le disposizioni del Regolamento, cercano di fornirne una interpretazione orientata a ritardarne l'operatività, secondo alcuni, provando a sostituirsi surrettiziamente al legislatore europeo (nonostante il divieto di esercitare la funzione legislativa *ex art. 15 TUE*)²⁴. Le conclusioni, infatti, prevedono – come poi è puntualmente accaduto – che l'attuazione del Regolamento sarebbe avvenuta a seguito dell'adozione di Linee guida sullo stesso da parte della Commissione e che, in caso di presentazione di ricorsi di annullamento, le Linee guida sarebbero state adottate a seguito della sentenza della Corte di giustizia. Così facendo il Consiglio europeo avrebbe interferito tanto con le attribuzioni della Commissione, quanto

²² Anche se, secondo alcuni, la tutela degli interessi dei beneficiari finali può costituire anche un elemento di ambiguità del Regolamento, visto il sistema clientelare nazionale che trae alimento dai fondi europei: cfr. M. DANI, *Crisi dello stato di diritto: un decennio di mancata autorigenrazione costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2021, p. 210 ss.

²³ Al punto che l'approvazione del Regolamento è stata definita da qualcuno come “una vittoria di Pirro”, cfr. EDITORIAL COMMENTS, *Compromising (On) the General Conditionality Mechanism and the Rule of Law*, cit., p. 278 ss.

²⁴ E. CANNIZZARO, *Neither Representation nor Values? Or, “Europe’s Moment?” – Part II*, in «European Papers», n. 3, 2020, p. 1101 ss. e G. DELLA CANANEA, *On Law and Politics in the EU: The Rule of Law Conditionality*, in «Italian Journal of Public Law», n. 1, 2021, p. 1 ss.



con quelle della Corte di giustizia, la sola a poter eventualmente sospendere gli effetti degli atti sottoposti a suo giudizio (art. 278 TFUE)²⁵.

Ad ogni modo, nonostante il compromesso politico al ribasso promosso per giungere all'approvazione del *Next Generation EU*, il pacchetto è stato varato introducendo un meccanismo di condizionalità orizzontale sulla *rule of law* che, per quanto annacquato rispetto alle intenzioni originarie, vincola comunque la Polonia e l'Ungheria²⁶.

3. Continuità e discontinuità nelle due sentenze della Corte

I ricorsi polacco e ungherese, come si diceva, contengono in parte motivi diversi, ma sono coincidenti su alcune questioni di fondo sulle quali si mira a riflettere nel presente contributo, vale a dire la natura del meccanismo di condizionalità istituito in relazione alla *rule of law*. Anche riprendendo una serie di punti evidenziati nel citato parere del servizio giuridico del Consiglio, per esempio, i ricorsi contestavano la natura *ultra vires* del Regolamento per la pretesa violazione dell'art. 7 TUE e dell'art. 269 TFUE (sulla giurisdizione della Corte nei confronti degli atti adottati ex art. 7 TUE) e per l'assenza di una base giuridica appropriata. Allo stesso tempo, per entrambi i ricorsi, il Regolamento violava il principio di certezza del diritto nella misura in cui fa propria e impone una definizione di *rule of law* che non è affatto condivisa e consolidata in seno all'Unione per le ricorrenti e attribuiva una eccessiva discrezionalità alle istituzioni europee nell'uso della condizionalità²⁷.

²⁵ Cfr. A. ALEMANNI, M. CHAMON, *To Save the Rule of Law You Must Apparently Break It*, in *Verfassungsblog*, 11 dicembre 2020, <https://verfassungsblog.de/to-save-the-rule-of-law-you-must-apparently-break-it/> (consultato il 1 giugno 2022).

²⁶ Insiste sul punto C. PINELLI, *Respect for the rule of law as embedded in Article 2 TEU and protection of the Union's financial interests*, in «Nuovi Autoritarismi e Democrazie», n. 1, 2021, p. 97 ss.

²⁷ Cfr. E. PAGANO, *Brevi note sulle sentenze relative al regolamento condizionalità*, in *Blog DUE*, 5 aprile 2022, p. 4.



La Corte ha innanzitutto fornito rassicurazioni (par. 105, sentenza nella causa C-156/21) sull'appropriatezza della base giuridica adottata (il citato art. 322, par. 1 TFUE), che non stabilisce soltanto le regole sull'esecuzione delle spese iscritte nel bilancio europeo, ma anche le condizioni per lo svolgimento del controllo e della revisione di tali spese e degli obblighi che incombono sia sugli Stati membri che sulla Commissione a tal fine, incluso il rispetto della tanto evocata «sana gestione finanziaria» (artt. 310, par. 5 e 317 TFUE). Il fine autentico del Regolamento, dunque, non sarebbe quello di sanzionare violazioni dello Stato di diritto in quanto tali, ma solo quelle collegate in modo sufficientemente diretto ad un pregiudizio arrecato da uno Stato membro agli interessi finanziari europei.

Secondo la Corte, essendo una condizione per l'adesione all'UE (art. 49 TUE) e per il mantenimento della fiducia reciproca tra Stati, il rispetto dei valori, come la *rule of law*, da parte dei Paesi dell'Unione è un requisito essenziale per il loro godimento di tutti gli altri diritti che derivano dall'applicazione dei Trattati²⁸, incluso quello di beneficiare di fondi europei. Stabilendo che i valori dell'art. 2 TUE «definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune» e che «l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori» (par. 127, sent. causa C-156/21 e par. 145, sent. causa C-157/21)²⁹, la Corte ha riconosciuto all'art. 2 un'autonomia di effetti inedita³⁰ e il rango di fonte normativa direttamente applicabile.

²⁸ Sul punto si vedano, tra le tante sentenze: Corte di giustizia, 20 aprile 2021, Repubblica, C-896/19, EU:C:2021:311, par. 63; 18 maggio 2021, Asociația «Forumul Judecătorilor din România», cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, EU:C:2021:393, par. 162.

²⁹ Nel prosieguo si farà riferimento al testo della sentenza nella causa C-156/21, dal momento che le argomentazioni della Corte e, in larga parte, i paragrafi delle due sentenze, al di là della diversa numerazione, mostrano contenuti e conclusioni analoghi sui profili esaminati in questo contributo.

³⁰ Sullo *status* e il valore dell'art. 2 TUE, cfr. A. VON BOGDANDY, L.D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges*, in «European Constitutional Law Review», vol. 15, 2019, p. 319 ss. e W. SCHROEDER, *The Rule of Law As a Value in the Sense of Article 2 TEU: What Does It Mean and Imply?*, in A. VON BOGDANDY e altri (a cura di), cit., p. 105 ss. Si veda, invece, la copiosa giurisprudenza sullo stato di diritto in cui l'art. 2 TUE è sempre richiamato in combinato disposto con l'art. 19, par. 1 TUE e con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali.



Saggi

Proprio per questo, il valore fondamentale dello stato di diritto, in conformità al principio delle competenze di attribuzione (art. 5, par. 2 TUE) e al principio di coerenza delle politiche europee (art. 7 TFUE), può legittimamente costituire il fondamento di un meccanismo di condizionalità orizzontale basato sulla possibilità di disciplinare “regole finanziarie” ai sensi dell’art. 322 TFUE. Infatti, per la Corte, il bilancio europeo rappresenta l’architrave di questa ricostruzione: è senz’altro uno strumento cruciale per redistribuire risorse dall’Unione agli Stati membri e tra essi, ma tenuto conto che delle condizioni vadano da tutti osservate - in particolare rispetto alla *rule of law* – per rendere sostenibile e responsabile l’utilizzo condiviso delle risorse e, ora, anche del debito comuni (par. 129). In altre parole, secondo la Corte, se manca quel minimo comune denominatore rappresentato dalla garanzia dello stato di diritto a livello nazionale non è neppure possibile mantenere a livello sovranazionale un grado sufficiente di fiducia reciproca per la co-gestione del bilancio e il godimento dei fondi europei³¹.

E’ naturale, per la Corte, che esistano condizioni per il finanziamento delle spese a carico del bilancio europeo e che il controllo sul rispetto di tali condizioni richieda, anche a livello di Stati membri, un sindacato giurisdizionale effettivo da parte di corti indipendenti, nonché un sistema di audit e controllo e la prevenzione di situazioni di conflitto di interesse. Tutte le condizioni fissate all’art. 4 del Regolamento, quindi, in quanto connaturate allo stato di diritto, sono coerenti con il funzionamento di un meccanismo di condizionalità orizzontale a tutela del bilancio dell’Unione.

Da questo punto di vista, l’operatività del Regolamento rientra nell’ambito di applicazione del diritto europeo, in quanto la condizionalità può essere attivata dalla Commissione solo quando le situazioni e le condotte contestate alle autorità pubbliche nazionali siano tali da pregiudicare o da rischiare di pregiudicare in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria o gli interessi finanziari dell’Unione. Che vi sia un nesso va effettivamente accertato da parte della Commissione con obiettività, ossia in modo oggettivo, equo e imparziale.

³¹ In merito, v. diffusamente B. NASCIMBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in «Eurojus», n. 2, 2022, p. 114 ss.



Saggi

La Corte passa poi ad esaminare la questione dell'elusione degli artt. 7 e 269 TFUE da parte del Regolamento. Rispetto al primo e al suo rapporto con il nuovo meccanismo di condizionalità orizzontale, la Corte ha precisato che l'art. 7 TUE non prefigura l'unico meccanismo contro le violazioni dell'art. 2 TUE e dello stato di diritto (par. 159). Basti pensare al ruolo assegnato all'art. 19 TUE dalla giurisprudenza della Corte³², anche in collegamento con l'art. 47 della Carta, e al ricorso per inadempimento *ex art.* 258 TFUE³³. Ugualmente, la Corte ha contraddetto i ricorrenti sulla supposta duplicazione dell'art. 7 TUE ad opera del Regolamento. Le due procedure, infatti, differiscono quanto all'iniziativa, all'oggetto del procedimento, alla natura delle misure che possono essere adottate, alle condizioni per la modifica o la revoca delle misure.

Infine, sul ruolo della Corte e la presunta violazione dell'art. 269 TFUE, la Corte stessa ha ritenuto che il Regolamento ricade nell'ambito di applicazione di un'altra previsione, l'art. 263 TFUE, che consente un controllo di legittimità sugli atti adottati alla luce del Regolamento: dunque, non si estendono le competenze della Corte, ma neppure la si assoggetta ai vincoli dell'art. 269 TFUE, che riguarda soltanto i procedimenti dell'art. 7 TUE.

L'ultimo motivo dei ricorsi presentati da Polonia e Ungheria qui rilevante³⁴ riguarda invece la violazione del principio della certezza del diritto, sostenendo che non esiste una definizione di stato di diritto concettualmente precisa e che non è determinabile in modo uniforme nell'Unione senza contravvenire

³² V., in tal senso, Corte di giustizia, sentenza del 2 marzo 2021, A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorsi), C-824/18, EU:C:2021:153, par. 108-109;

³³ Cfr. Corte di giustizia, sentenze del 24 giugno 2019, Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema), C-619/18, EU:C:2019:531, par. 58-59, e del 5 novembre 2019, Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari), C-192/18, EU:C:2019:924, par. 106-107. Su un uso più strutturato e sistematico del ricorso per inadempimento contro le violazioni della *rule of law*, cfr. K.L. SHEPPELE, *Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions*, cit., p. 105 ss.

³⁴ La Polonia ha presentato ulteriori motivi di ricorso, ad esempio, sulla violazione del principio di proporzionalità, del protocollo n. 2 annesso al trattato di Lisbona, del rispetto dell'identità nazionale, del principio di uguaglianza tra gli Stati membri, delle competenze di attribuzione e dell'art. 296 TFUE, che però esulano dalla discussione che qui si intende svolgere nel prosieguo sul rapporto tra *rule of law* and fiducia reciproca, da un lato, e tra condizionalità e solidarietà, dall'altro.



all'obbligo di rispettare le identità costituzionali nazionali³⁵. La definizione proposta dall'art. 2 del Regolamento sarebbe pertanto arbitraria, né il rapporto tra questo articolo e i successivi sarebbe chiaramente determinabile, lasciando così completamente alla discrezione della Commissione e del Consiglio la scelta di quali misure adottare e quando.

La Corte ha respinto anche quest'ultimo motivo dei ricorsi chiarendo non solo che vi è un generale consenso a livello sovranazionale, sui contenuti della *rule of law*, citando anche la Commissione di Venezia³⁶, ma che la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia in merito ha fornito chiare indicazioni, anche ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni (parr. 231-236)³⁷. Inoltre, la formulazione dell'art. 2 del Regolamento, che proprio alla giurisprudenza europea si ispira, deve essere valutata tenendo in considerazione che la sua portata applicativa non è generale, ma finalizzata a quell'atto e serve a fornire una guida per identificare le violazioni dello stato di diritto che possono compromettere l'esecuzione del bilancio europeo. Né si può pretendere dal legislatore che prefiguri con esattezza tutte le ipotesi concrete in cui il Regolamento sarà applicato in futuro. Allo stesso tempo, il combinato disposto degli artt. 2, 3 e 4 del Regolamento collega in modo sufficientemente determinato l'ambito di attuazione del Regolamento alle sole violazioni dello stato di diritto che sono rilevanti per gli interessi finanziari europei, prevenendo scelte arbitrarie della Commissione e del Consiglio³⁸.

³⁵ Sulle tante definizioni di "Stato di diritto", si vedano, tra i molti, R. BIN, *Lo Stato di diritto*, il Mulino, Bologna 2004; LORD BINGHAM, *The rule of law*, Penguin books, London 2011; T. KONSTADINIDES, *The Rule of Law in the European Union. The Internal Dimension*, cit.; G.M. SALERNO, "European Rule of Law": un principio in cerca d'autore, in «Federalismi.it», n. 19, 2020, pp. 4 ss.

³⁶ Commissione di Venezia, «Lista dei criteri dello Stato di diritto», Studio n. 711/2013, del 18 marzo 2016.

³⁷ Sulla condivisione del significato della *rule of law* nell'Unione, cfr. L. PECH, *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law*, in «Hague Journal on the Rule of Law», vol. 14, 2022, p. 107 ss.

³⁸ Come suggerito dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona (par. 311 delle conclusioni), ai fini del Regolamento rilevano tanto i pregiudizi attuali arrecati alla sana gestione finanziaria, tanto le situazioni di rischio, in cui i pregiudizi «pur non essendo ancora appurati, possono nondimeno essere ragionevolmente previsti, stante l'elevata probabilità che essi si verifichino» (par. 262, sent. causa 156/21).



Saggi

A tal proposito, la Corte precisa che la lista di misure da adottare nell'ambito del meccanismo di condizionalità è chiusa e tassativa (art. 5 Regolamento), rinviando alle condizioni altrettanto tassative fissate dall'art. 4, e che l'azione della Commissione e del Consiglio è vincolata a stringenti requisiti procedurali *ex art.* 6 del Regolamento e al rispetto di criteri come quello di proporzionalità, non discriminazione, parità di trattamento e obiettività. L'onere della prova per l'attivazione della condizionalità è a carico della Commissione, che deve svolgere una valutazione «diligente» delle informazioni in possesso e dell'affidabilità delle fonti (parr. 283-288)³⁹.

Alla luce di questa breve ricostruzione, si può senz'altro sostenere che le due sentenze sono state oggetto di reazioni eterogenee⁴⁰. Da una parte, infatti, tra le righe si legge chiaramente il tentativo della Corte di 'salvare' il Regolamento, parte integrante del pacchetto *Next Generation EU* e del nuovo QFP, anche a rischio di una certa ridondanza e ripetitività delle argomentazioni, in tutti i numerosi passaggi in cui si enfatizza la natura strumentale di una violazione dello stato di diritto rispetto al pregiudizio che questa può arrecare alla sana gestione finanziaria, obiettivo qualificante dell'atto. Certo, da un lato, a mo' di rassicurazione per i più scettici, a partire dalle ricorrenti; dall'altro, perché l'inversione di priorità a seguito del citato parere del servizio giuridico del Consiglio di quattro anni fa ha comunque svilito la portata dello strumento rispetto alla protezione della *rule of law* in quanto tale⁴¹, è difficile che la Corte avrebbe potuto fare diversamente.

³⁹ Per le stesse ragioni anche le richieste, alternative e subordinate rispetto all'annullamento integrale del Regolamento, di annullare selettivamente gli artt. 4, 5, par. 2 e 3 e 6, par. 3, sono state respinte.

⁴⁰ Cfr. J. ALBERTI, *Adelante, presto, con juicio. La Corte di Giustizia sancisce la legittimità del Regolamento condizionalità*, in «Eurojus», n. 1, 2022, p. 25 ss.; 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. 1, 2022, p. 371 ss.; S. BARTOLE, P. FARAGUNA, *La condizionalità nell'Unione, i carrarmati fuori dall'Unione*, in *Blog di Diritti Comparati*, 17 marzo 2022; A. CIRCOLO, *La condizionalità politica nella dimensione esterna e interna dell'azione dell'Unione europea*, cit., p. 39; B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, cit., p. 114 ss.; E. PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?*, cit., p. 1 ss.

⁴¹ L. FROMONT, A. VAN WAEYENBERGE, *Trading rule of law for recovery? The new EU strategy in the post-Covid era*, in «European Law Journal», early view, 2022, p. 1 ss.



Dall'altra parte, però, non si può svalutare la portata innovativa della sentenza⁴². Non si tratta certo del primo caso in cui la Corte di giustizia ha affrontato il tema della condizionalità. Già in passato la Corte aveva avallato clausole di condizionalità che collegavano il finanziamento al rispetto di obblighi sostanziali rilevanti da parte degli Stati per le finalità perseguite dal fondo in questione⁴³ nonché clausole di condizionalità orizzontale di natura procedurale che contribuivano a fissare condizioni per una sana gestione del bilancio. Così, per esempio, erano stati validati meccanismi di condizionalità connessi al sistema nazionale di gestione e controllo dei fondi⁴⁴, come è in qualche misura nel caso commentato.

La Corte ha confermato, sì, che quello impugnato resta, ai sensi del Regolamento (art. 6, par. 1), un meccanismo sussidiario⁴⁵, che la Commissione può attivare, «a meno che non ritenga che altre procedure previste dalla legislazione dell'Unione le consentano di proteggere più efficacemente il bilancio dell'Unione», e non, si badi bene, lo stato di diritto. Altresì, la Corte ha escluso che le clausole di condizionalità nel Regolamento e le misure che in esito ad esse possono essere adottate abbiano «carattere di misura sanzionatoria di violazioni dello stato di diritto» (par. 279, sent. causa C-156/21), a differenza di quelle dell'art. 7 TUE.

È comunque vero, però, che la Corte per la prima volta, da un lato, stabilisce espressamente uno stretto collegamento tra *rule of law* come cardine dell'identità costituzionale europea⁴⁶ – incluso il carattere prescrittivo e autonomo dell'art. 2

⁴² Cfr. B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, cit., spec. p. 128 ss.

⁴³ Cfr. Corte di giustizia, sentenza del 7 febbraio 1979, Francia c. Commissione, cause riunite C-15/76 and C-16/76, EU:C:1979:29, par. 21 e ss. Un altro esempio è fornito dalla sentenza dell'11 gennaio 2011, Grecia c. Commissione, causa C-247/98, EU:C:2001:4, par. 11 e ss. nonché il par. 22 del già citato parere del servizio giuridico del Consiglio.

⁴⁴ Cfr. la sentenza del 26 febbraio 2013, Spagna c. Commissione, cause riunite T-65/10, T-113/10 e T-138/10, EU:T:2013:93, par. 91.

⁴⁵ Insistono su questo punto A. NATO, M. SIMONCINI, *Innovazioni e criticità nel rilancio del processo di integrazione attraverso l'economia e la moneta*, in «Rivista di diritto costituzionale», n. 2, 2022, p. 20 ss., in corso di pubblicazione.

⁴⁶ Cfr. M. BONELLI, *Has the Court of Justice embraced the language of constitutional identity?*, in *Blog di Diritti Comparati*, 26 aprile 2022 e P. FARAGUNA, T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *Verfassungsblog*, 21 febbraio 2022, <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-in-and->



Saggi

TUE, che non fornisce aspirazioni programmatiche, ma un vero e proprio obbligo di risultato, anche per gli Stati – e le condizioni per il godimento di diritti e fondi europei da parte dei Paesi membri; dall'altro, individua nel bilancio europeo e nella protezione degli interessi finanziari dell'Unione, anche mettendo in relazione gli artt. 2 TUE, 317 e 322, par. 1 TFUE, gli strumenti sia per la garanzia dei principi dello stato di diritto sia del principio di solidarietà, diventando il meccanismo di condizionalità orizzontale del Regolamento UE n. 2020/2092 un'assicurazione per il mantenimento di un livello adeguato di fiducia reciproca tra gli Stati per la condivisione di risorse comuni⁴⁷.

Se la sentenza rappresenta forse l'approdo finora più avanzato nella giurisprudenza europea sulla *rule of law*, l'esito di una serie di tappe giurisprudenziali 'messe a sistema', si fornisce qui una lettura innovativa anche del ruolo costituzionale del bilancio e della condizionalità collegata all'uso delle risorse europee⁴⁸.

Al tempo stesso, però, la sentenza lascia sullo sfondo alcuni interrogativi senza risposta⁴⁹, che auspicabilmente potrebbero essere affrontati in futuro dalla Corte stessa o dal legislatore ("ordinario", con modifiche del Regolamento medesimo, o "costituzionale", con una revisione dei Trattati). Ad esempio, la sentenza sembrerebbe implicitamente ammettere l'esistenza di una gerarchia tra le disposizioni dei Trattati (in particolare, sulla possibile preminenza dell'art. 2 TUE rispetto ad altre previsioni) e l'esistenza di valori e principi – tra tutti, quelli dello stato di diritto e della solidarietà – che ispirano orizzontalmente tutte le norme di diritto primario e derivato. Così, per esempio, non è chiaro se il riferimento all'identità

on-eu-terms/ (entrambi consultati il 1° giugno 2022); v. ora anche, P. FARAGUNA, T. DRINÓCZI, *The constitutional identity of the EU as a counterbalance for unconstitutional constitutional identities of the Member States*, in corso di pubblicazione in «European Yearbook of Constitutional Law», 2022.

⁴⁷ Sul rapporto tra condizionalità orizzontale e (carente) fiducia reciproca, che questo meccanismo di condizionalità vorrebbe rinsaldare, cfr. T. TRIDIMAS, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?*, in «Croatian Yearbook of European Law and Policy», vol. 16, 2020, p. XVI.

⁴⁸ Sul punto, sia consentito rinviare a P. LINDSETH, C. FASONE, *Rule-of-Law Conditionality and Resource Mobilization – the Foundations of a Genuinely 'Constitutional' EU?*, in *Verfassungsblog*, 11 dicembre 2020, <https://verfassungsblog.de/rule-of-law-conditionality-and-resource-mobilization-the-foundations-of-a-genuinely-constitutional-eu/> (consultato il 1° giugno 2022).

⁴⁹ Cfr. A. BARAGGIA, *La condizionalità a difesa dei valori fondamentali*, cit., p. 371 ss.



Saggi

europea, di cui la *rule of law* sarebbe un elemento caratterizzante, sia volto a riconoscere nell'ordinamento dell'Unione l'esistenza di principi costituzionali-sovrannazionali supremi e in quale relazione, eventualmente, essi si pongano con le identità nazionali di cui all'art. 4, par. 2 TUE, invocate nei ricorsi. Ciò pone anche una questione di riparto delle competenze tra UE e Stati membri, considerato che, per la Corte, l'Unione deve essere in condizione di poter difendere i propri valori «nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati» (par. 127, sent. causa C-156/21)⁵⁰. Qual è il margine effettivo di intervento per l'UE – posto che il nuovo meccanismo di condizionalità orizzontale è stato ritenuto legittimo – e quale il grado di discrezione di cui le sue istituzioni godono per difendere (indirettamente) la *rule of law* attraverso il Regolamento?

4. Il complesso rapporto tra solidarietà e condizionalità attraverso il bilancio europeo

Uno degli elementi caratterizzanti le sentenze è la relazione che la Corte istituisce tra solidarietà e condizionalità, le quali, però, sono apparentemente in tensione tra loro, come si proverà a sostenere.

L'aspirazione alla solidarietà è in qualche modo immanente al processo di integrazione, essendo stata invocata sin dalla famosa Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, per cui «L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una *solidarietà di fatto*» (enfasi aggiunta)⁵¹. Nell'ordinamento europeo, tuttavia, ha assunto presto un carattere ambiguo, essendo utilizzata in diverse accezioni⁵²: solidarietà tra popoli, come nel Preambolo del Trattato di Maastricht; solidarietà tra

⁵⁰ Trai vari contributi che hanno evidenziato tale questione, v. M. FISICARO, *Rule of Law Conditionality in EU Funds*, cit., p. 711 ss.

⁵¹ Il testo integrale in italiano della Dichiarazione è disponibile qui: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_it.

⁵² F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, Giappichelli, Torino 2020, p. 7.



Stati Membri, come definita dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, prima, e codificata nei Trattati, poi (ad es. negli artt. 122, 194 e 222 TFUE)⁵³; solidarietà tra Stati membri e cittadini di altri Stati membri; solidarietà in senso orizzontale, tra privati, e solidarietà tra l'Unione e i Paesi terzi.

Ugualmente discussa è stata la sua natura, di valore (secondo il Preambolo della Carta dei diritti fondamentali, ma non ex art. 2 TUE, per esempio)⁵⁴, di principio generale o di obiettivo, come nell'accezione della solidarietà inter-generazionale (di cui all'art. 3, par. 3 TUE)⁵⁵. Sebbene assuma un carattere trasversale alle varie politiche europee, non è facile definire il suo grado di vincolatività – che pare variare da settore a settore – e il suo margine di applicazione.

Per i profili che qui più rilevano, ovvero quelli collegati alla solidarietà tra Stati membri, essa richiama la necessaria prevalenza dell'interesse comune, generale, su quelli particolaristici nazionali⁵⁶, e la stessa Corte di giustizia, nel primo caso in cui l'ha menzionata, nel 1969, ha fatto riferimento alla solidarietà quale base per l'assolvimento degli obblighi da parte dei Paesi membri e per l'intera costruzione del sistema comunitario, in coerenza con il principio di leale

⁵³ I. DOMURATH, *The Three Dimensions of Solidarity in the EU Legal Order: Limits of the Judicial and Legal Approach*, in «Journal of European Integration», vol. 35, 2013, spec. p. 466 ss.

⁵⁴ Dove, seppur menzionata, non sembra assumere un rango equivalente alla lista di valori lì elencati. Infatti, nel secondo periodo dell'art. 2 TUE la solidarietà è usata per descrivere la società su cui si fonda il sistema dei valori fondamentali. Cfr. B. BÖHM, *Solidarity and the values of Art. 2 TEU*, in A. BERRAMDANE, K. ABDEREMANE (a cura di), *Union européenne, une Europe sociale et solidaire?*, LGDJ, Paris 2015, p. 67 ss. e M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, 2ª ed., Université de Bruxelles, Bruxelles 2008, spec. p. 37. Secondo il Preambolo della Carta, invece, la solidarietà assurgerebbe al rango di valore: «L'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà [...]».

⁵⁵ Come obiettivo, tuttavia, la solidarietà non sarebbe in grado di creare obblighi giuridici per gli Stati né diritti in capo ai privati, essendo gli obiettivi privi di efficacia diretta, pur condizionando l'azione dei Paesi membri e delle istituzioni UE. Cfr., ad esempio, Corte giust., 29 settembre 1987, causa 126/86, Giménez Zaera c. Instituto Nacional de la Seguridad Social e Tesorería General de la Seguridad Social, ECLI:EU:C:1987:395, spec. par. 10 s.; Corte giust., 24 gennaio 1991, causa C-339/89, Alsthom c. Sulzer, ECLI:EU:C:1991:28, spec. par. 9.

⁵⁶ P. PESCATORE, *International Law and Community Law – A Comparative Analysis*, in «Common Market Law Review», vol. 7, 1970, spec. p. 169. ss.



collaborazione⁵⁷: il mutuo rispetto degli obblighi europei da parte degli Stati quale sacrificio da accettare per beneficiare di un progetto comune. Pur riconosciuto dalla successiva giurisprudenza europea come principio del diritto, non è però stato frequentemente usato dalla Corte per fondare le sue decisioni. A tal punto che – si è sostenuto – «uno dei tratti salienti del principio di solidarietà tra Stati membri» consisterebbe nella «discrasia – molto spesso ravvisabile – tra l’affermazione a livello astratto della centralità di tale principio e la sua effettiva incidenza in concreto»⁵⁸.

Per esempio, nelle celebri cause proposte da Slovacchia e Ungheria sulla decisione relativa al “ricollocaimento” dei migranti nel 2015, mentre l’Avvocato Generale Bot nelle sue conclusioni aveva indugiato a lungo sulla centralità del «valore della solidarietà tra Stati»⁵⁹, la Corte non ha ripreso questo spunto nella sentenza, se non per menzionare la funzionalità del “principio” di solidarietà alla equa ripartizione della responsabilità tra Paesi⁶⁰.

Ancor più recentemente una sentenza del Tribunale dell’Unione in tema di solidarietà energetica (art. 194 par. 1 TFUE) ha direttamente affrontato la questione della natura della solidarietà, visto che la ricorrente, la Polonia, riteneva che il principio prevenisse l’adozione di misure, come la contestata decisione della Commissione, che mettessero a repentaglio la sicurezza energetica di regioni o Paesi europei⁶¹. In contrasto con quanto dichiarato dalla Commissione, il Tribunale ha

⁵⁷ Corte giust., 10 dicembre 1969, cause riunite 6/69 e 11/69, Commissione c. Francia, ECLI:EU:C:1969:68.

⁵⁸ F. CROCI, *Solidarietà tra Stati membri dell’Unione europea*, cit., p. 17. Sul punto, in particolare sulla protezione dei diritti sociali, cfr. diffusamente S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, il Mulino, Bologna 2012.

⁵⁹ Conclusioni dell’avvocato generale Bot presentate il 26 luglio 2017 nelle cause riunite C-643/15 e C-647/15, Slovacchia e Ungheria c. Consiglio, cit., par. 16-19.

⁶⁰ Cfr. Corte di giustizia, 6 settembre 2017, cause riunite C-643/15 e C-647/15, Slovacchia e Ungheria c. Consiglio, ECLI:EU:C:2017:631, in particolare i par. 252, 253, 291, 293, 304.

⁶¹ Tribunale dell’Unione europea, 10 settembre 2019, causa T-883/16, Polonia c. Commissione, ECLI:EU:T:2019:567. Per un commento cfr., ad esempio, A. BOUTE, *The principle of solidarity and the geopolitics of energy: Poland v. Commission (OPAL pipeline)*, in «Common Market Law Review», vol. 57, 2020, p. 889 ss.; P. MENGOZZI, *Note sul principio di solidarietà nel diritto comunitario*, in “Il Diritto dell’Unione Europea», n. 1, 2020, spec. p. 120 ss.



Saggi

qualificato la solidarietà come principio generale dell'Unione, che si attua tanto in tempi di crisi quanto in tempi ordinari, idoneo a produrre, in via autonoma (senza essere combinato con altre previsioni), effetti giuridici vincolanti e diritti ed obblighi sia per l'Unione che per gli Stati membri. La sentenza è stata poi impugnata dinanzi alla Corte di giustizia, la cui Grande Sezione ha confermato la decisione del Tribunale valorizzando il principio di solidarietà energetica⁶².

Forse, più interessante ai fini delle decisioni in commento rispetto alla sentenza sulla solidarietà energetica in sé, sono le conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona nel caso, lo stesso Avvocato dei ricorsi sulla condizionalità collegata alla *rule of law*, per il legame che introduce tra solidarietà e bilancio europeo. Dopo aver ricostruito le varie declinazioni della solidarietà nell'Unione, nelle diverse disposizioni di diritto primario che la richiamano, e aver confermato la sua natura di principio fondamentale trasversale, l'Avvocato Generale ha fatto riferimento, seppur in una nota, alla risposta finanziaria alla pandemia, in particolare alla contrazione del debito comune e all'assistenza finanziaria prestata agli Stati, secondo le rispettive necessità, come incarnazione vivente del principio di solidarietà:

L'adozione nel Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020 del Quadro finanziario pluriennale 2021-2027 e dello strumento dell'Unione europea per la ripresa (*Next Generation EU*) è forse il più grande progresso nella storia dell'Unione in termini di solidarietà. Per la prima volta, l'Unione contrarrà debiti raccogliendo fondi sui mercati dei capitali per finanziare con sovvenzioni e prestiti su vasta scala la ripresa economica degli Stati membri, a seconda del grado di incidenza su di essi del COVID-19⁶³.

Si tratta di un collegamento importante e inedito, posto che, nelle numerose decisioni che hanno riguardato il bilancio dell'Unione, il tono costituzionale di quest'ultimo non è mai stato messo in relazione diretta prima d'ora con il

⁶² Sentenza del 15 luglio 2021, Germania c. Polonia, C-848/19 P, EU:C:2021:598, par. 38

⁶³ Germania c. Polonia, C-848/19P, Conclusioni dell'Avvocato Generale Campos Sánchez Bordona, 18 marzo 2021, nota 43.



principio di solidarietà⁶⁴. Ciò non stupisce affatto, vista la assai limitata portata redistributiva del bilancio europeo⁶⁵, molto modesto finora nelle sue dimensioni, se si escludono i fondi collegati alla politica di coesione. Più che la solidarietà, sul bilancio europeo e i documenti ad esso collegati (la Decisione sulle risorse proprie e il QFP) tradizionalmente sono prevalsi invece gli egoismi nazionali, come dimostrato dal serrato dibattito su compensazioni e *rebates*, tuttora presenti⁶⁶.

Se questo è il quadro, allora, il citato richiamo della Corte nelle sentenze sul Regolamento UE n. 2020/2092 al bilancio quale principale strumento per l'attuazione del principio di solidarietà nell'Unione merita decisamente attenzione per la funzione che esso riveste nella realizzazione di uno dei principi generali e valori fondamentali dell'Unione⁶⁷. L'affermazione – evidentemente stimolata anche dalla risposta economica dell'UE alla pandemia⁶⁸ –, però, impone anche di interrogarsi

⁶⁴ Diverse decisioni sul bilancio hanno riguardato le competenze delle istituzioni europee e l'equilibrio interistituzionale sul bilancio (cfr., ad esempio, Corte di giustizia, causa 34/86, Consiglio c. Parlamento, 3 luglio 1986, [1986] ECR 2155 e causa 41/95 Consiglio c. Parlamento, 7 dicembre 1995, ECR I-4411) oppure la sua valenza democratica, valorizzando il ruolo del Parlamento europeo nella sua adozione (cfr., ad esempio, causa C-73/17, Francia c. Parlamento europeo, 2 ottobre 2018, ECLI:EU:C:2018:787, e causa C-77/11, Consiglio c. Parlamento europeo, 17 settembre 2013, ECLI:EU:C:2013:559). Sul punto, si v. P. ZICCHITTO, *La forma di governo europea alla prova dei fatti: equilibri democratici e procedura di bilancio*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2014, p. 161 ss. e, volendo, C. FASONE, N. LUPO, *The Union Budget and the Budgetary Procedure*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (a cura di), *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford 2018, p. 809 ss.

⁶⁵ Cfr. M. POIARES MADURO, *A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice*, in «RSCAS Policy Papers», 2012/11, Robert Schuman Center, EUJ, Florence, p. 12 ss. e P. PASIMENI, S. RISO, *An assessment of the redistributive function of the EU budget*, in *Voxeu.org*, 19 gennaio 2017 (consultato il 1° giugno 2022).

⁶⁶ Cfr. R. CROWE, *The European Budgetary Galaxy*, in «European Constitutional Law Review», vol. 13, 2017, p. 450 s.

⁶⁷ Sulla differenza nel trattare la rule of law come principio o come valore, cfr., da ultimo, E. PERRILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?*, cit., pp. 3-4.

⁶⁸ Sull'uso del bilancio dell'Unione per il finanziamento del *Next Generation EU* cfr., ad esempio, B. DE WITTE, *The European Union's COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift*, in «Common Market Law Review», vol. 58, n. 3, p. 635 ss e F. FABBRINI, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, il Mulino, Bologna 2022, capp. 1-6. Per una lettura molto critica, cfr. F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Cedam, Padova 2021.



su quali siano le caratteristiche che tale bilancio, con tutti i suoi fondi, deve mostrare per soddisfare l'ambizioso compito assegnato e quale sia la realtà delle cose.

Per supportare la solidarietà europea, presumibilmente il bilancio dell'Unione deve essere un mezzo di sostegno reciproco per gli Stati nell'attuazione delle politiche europee, deve essere rivolto al conseguimento di finalità e programmi comuni e, con ogni probabilità, deve anche mirare a riequilibrare disparità e asimmetrie tra Paesi dal punto di vista economico e sociale.

Tuttavia, il *trend* inaugurato da qualche decennio ormai nell'utilizzo della condizionalità come strumento di governo delle politiche interne dell'Unione e dei suoi rapporti tra Stati membri mette forse in discussione lo spirito solidaristico che promana dai Trattati e, ora, anche dalla giurisprudenza⁶⁹. Rendere le spese a carico del bilancio europeo condizionate al rispetto di una serie di parametri e criteri sembra a prima vista entrare in conflitto col principio di solidarietà nei rapporti tra Stati e tra Unione e Paesi membri. In altri termini, i meccanismi di condizionalità rendendo per gli Stati l'accesso alle risorse subordinato ad una serie di obiettivi e *target* qualitativi e quantitativi o, viceversa, impedendo l'accesso ad un certo beneficio economico in caso di loro violazione, costringono in qualche misura la funzione redistributiva del *budget* e, con essa, la concretizzazione del principio di solidarietà. Anche l'impianto del Regolamento n. 2020/2092 segue questa logica.

Nei fatti, la solidarietà che va realizzata attraverso il bilancio europeo, specie in quanto fa leva in misura prevalente sull'esecuzione che ne danno i Paesi membri, non è assoluta, ma incontra un limite evidente nella responsabilità reciproca degli Stati per un utilizzo condiviso, sostenibile e misurato delle risorse comuni. Questa «solidarietà condizionata», come è stata definita⁷⁰, trova senz'altro la sua ragion d'essere nelle attuali dinamiche europee, con 27 Stati membri assai diversi tra loro, nonché nella necessità di rispettare principi ulteriori, per esempio quello della sana gestione finanziaria (art. 310, par. 5 TUE), che impone di vigilare

⁶⁹ Sul controverso rapporto tra solidarietà e condizionalità e le tensioni da esso create, cfr., in particolare, S. SCIARRA, *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge 2018, p. 133 ss.

⁷⁰ V. VITA, *Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU: The Case of EU Spending Conditionality*, in «Cambridge Yearbook of European Legal Studies», vol. 19, 2017, p. 143.



contro possibili comportamenti da *free rider*. La crisi dell'Eurozona, del decennio passato, ha mostrato in tutta la sua drammaticità tanto il rischio di condotte nazionali fiscalmente irresponsabili, quanto l'evidente difficoltà di assicurare il principio di solidarietà in presenza di una condizionalità estremamente rigorosa⁷¹.

Per certi versi, come si è sostenuto, l'estensione della condizionalità, quanto meno nel modo in cui ci si aspetta sia praticata oggi, in senso settoriale e orizzontale, protetta da una serie di regole scritte anche per sospendere o ridurre i fondi promessi, si può porre in contrasto con lo spirito originario della costruzione europea basata su una crescente solidarietà (non condizionalità)⁷² tra Comunità e Paesi membri, tra questi ultimi e tra cittadini di Stati diversi. L'affermazione svolta dalla Corte nelle sentenze in commento, dunque, resta al momento una petizione di principio. Per evitare allora che persista la menzionata discrasia tra la teoria e la prassi della solidarietà in Europa, nel prossimo futuro è necessaria una attenta opera di bilanciamento tra condizionalità e solidarietà attraverso il bilancio europeo da parte del legislatore e della Corte di giustizia dell'Unione.

5. Quale fiducia reciproca rispetto alle attuali violazioni della *rule of law*?

Se il rapporto tra solidarietà e condizionalità attraverso il bilancio europeo è da specificare ulteriormente rispetto a quanto affermato dalla Corte di giustizia sinora, lo stesso vale anche per la relazione che sussiste tra *rule of law* e fiducia reciproca tra Stati membri⁷³.

In qualche misura, il principio della fiducia reciproca è alla base dell'operatività della «solidarietà condizionata»⁷⁴ di cui si diceva. È proprio a causa della mancanza di fiducia tra gli Stati che forme sempre più invasive di condizionalità

⁷¹ A. BARAGGIA, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi*, cit., 2017, p. 83 ss. e M. MARKAKIS, *Accountability in the Economic and Monetary Union: Foundations, Policy, and Governance*, Oxford University Press, Oxford 2020, pp. 85-102.

⁷² V. VITA, *Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU*, cit., p. 143.

⁷³ Cfr., ancora, B. NASCIBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, cit., p. 134 ss.

⁷⁴ V. VITA, *Revisiting the Dominant Discourse on Conditionality in the EU*, cit. p. 143.



sulle spese sono state introdotte⁷⁵. L'assenza di credibilità per alcune promesse fatte e non mantenute dagli Stati – si pensi all'altalenante rispetto delle norme del Patto di Stabilità e Crescita – ha indotto i c.d. Paesi “frugali”, per esempio, a spendersi per l'attivazione di forme di condizionalità macroeconomica⁷⁶.

Ciò vale, a maggior ragione, per quanto riguarda un valore come la *rule of law* che, per la Corte, definisce l'identità europea. L'aspettativa è, quindi, quella per cui, in condizioni di reciprocità, gli Stati si conformano agli obblighi stabiliti dai Trattati, inclusi quelli di cui all'art. 2 TUE: cosa, accade, però, quando una simile aspettativa è sistematicamente frustrata? Evidentemente, la costruzione della Corte di giustizia non regge più.

Comprensibilmente, la Corte è stata anche piuttosto *tranchant* rispetto alle obiezioni di Polonia e Ungheria sull'assenza di condivisione in Europa circa i principi della *rule of law*, sostenendo al contrario che vi è una nozione uniforme di stato di diritto, definita sia attraverso la sua giurisprudenza, sia attingendo alle tradizioni costituzionali comuni e alle attività della Commissione di Venezia (cfr. il par. 3 *supra*). L'adesione a questa nozione di base di *rule of law* – che fa leva, per esempio, sull'indipendenza della magistratura e sulla garanzia di rimedi giurisdizionali effettivi – e il suo rispetto da parte degli Stati rappresentano la condizione minima affinché essi possano accedere ad una serie di diritti e prerogative riconosciuti dal diritto dell'Unione, come quella di beneficiare, tra gli altri, dei fondi europei. Tuttavia, come dimostrato dalla prassi degli ultimi anni, specialmente alcuni Paesi nell'UE apertamente non condividono questa concezione di base della *rule of law* e si pongono decisamente in rotta di collisione con essa

⁷⁵ La prova di ciò si ha, per converso, guardando ad alcuni ordinamenti federali “maturi”, come quello canadese, dove proprio l'elevato grado di fiducia reciproca raggiunto tra le province ha indotto ad una riflessione sull'opportunità di abbandonare meccanismi di condizionalità stringenti: GOVERNMENT OF CANADA, *Response to the Standing Committee on Public Accounts – House of Commons, Chapter 1. A study of federal transfers to provinces and territories of the December 2008 Report of the Auditor General of Canada*, agosto 2009.

⁷⁶ M. IOANNIDIS, *EU Financial Assistance Conditionality after the “Two Pack”*, in «ZaoRV», vol. 74, 2014, pp. 61 ss.



Saggi

promuovendo il paradigma antitetico delle democrazie illiberali⁷⁷ e della *rule by law*.⁷⁸ In tali circostanze è evidente che l'architrave rappresentato dal principio della fiducia reciproca si sgretola irrimediabilmente e con esso anche l'impianto del Regolamento n. 2020/2092 rischia di essere compromesso.

Quello della fiducia reciproca è un principio non espressamente codificato nei Trattati, risultando implicitamente dal fatto che le parti contraenti, avendo aderito ai Trattati, si impegnano reciprocamente a rispettarne i contenuti⁷⁹. Tuttavia, in parallelo, con il progredire del processo di integrazione e con le successive adesioni si è avvertita, da un lato, la necessità di mettere per iscritto una serie di condizioni, dai criteri di Copenhagen nel 1993 alla procedura dell'articolo 7 TUE, inizialmente nel Trattato di Amsterdam, che potessero mettere al riparo dal rischio di incrinature nella fiducia reciproca tra Stati; dall'altro, la Corte di giustizia ha iniziato ad articolare l'idea di fiducia reciproca anche nella sua giurisprudenza⁸⁰.

Il principio del mutuo riconoscimento che si è legato indissolubilmente a quello di fiducia reciproca ha iniziato poi gradualmente ad apparire nell'ambito di alcune politiche europee, come per il completamento del mercato interno⁸¹ e per l'area di libertà, sicurezza e giustizia⁸², postulando la sostanziale equivalenza degli effetti della legislazione e delle sentenze di uno Stato membro nel territorio degli altri,

⁷⁷ Come nel discorso, tristemente noto, pronunciato da Viktor Orban presso il XXV° Bálványos Free Summer University and Youth Camp, 26 luglio 2014, Băile Tușnad (Tusnádfürdő),

⁷⁸ M. KRYGIER, *Rule of Law*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, pp. 233 ss.

⁷⁹ Così E. REGAN, *The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law*, in "Il Diritto dell'Unione Europea", n. 2, 2018, p. 231.

⁸⁰ Innanzitutto, nel parere 1/75 (*OECD Understanding on a Local Cost Standard*), 11 novembre 1975, EU:C:1975:145, sulla necessità di uniformità delle posizioni degli Stati membri nelle relazioni con in Paesi terzi e, qualche anno dopo, nel caso Bauhuis, 25 gennaio 1977, causa 46/76, EU:C:1977:6, par. 20-23, in cui la Corte collega per la prima volta la fiducia reciproca al mutuo riconoscimento delle norme nazionali.

⁸¹ Libro bianco della Commissione al Consiglio europeo sul completamento del mercato interno, COM(85) 310 final, 28-29 giugno 1983, par. 63.

⁸² Cfr. le Conclusioni del Consiglio europeo di Tampere, 15-16 ottobre 1999, Verso un'Unione di libertà, sicurezza e giustizia e, ampiamente, S. PRECHAL, *Mutual Trust before the Court of Justice of the European Union*, in «European Papers», n. 2, 2017, p. 75 ss.



anche favorendo l'approssimazione delle norme nazionali⁸³. Ciò è avvenuto specie in alcuni settori, come quello della politica di asilo e, segnatamente, nei procedimenti penali, in tema di mandato di arresto europeo, su cui si tornerà a breve.

È però soltanto con il parere 2/13 sull'adesione (negata) dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti umani che la Corte di giustizia articola compiutamente il significato del principio della fiducia reciproca e il suo collegamento con i valori dell'art. 2 TUE⁸⁴. Per la Corte, la costruzione giuridica dell'Unione Europea, «poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua (par. 168)». La Corte prosegue poi affermando che il principio della fiducia reciproca presuppone di ritenere che «tranne in circostanze eccezionali, [...] tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo» (par. 191).

Ed è stata proprio la protezione dei diritti fondamentali il “grimaldello” che ha consentito alla Corte di derogare al mutuo riconoscimento e all'aspettativa della fiducia reciproca tra Stati. Così, nell'applicazione del Regolamento Dublino II (n. 343/2003), nel caso *N.S. e altri*, la Corte ha consentito che gli Stati membri potessero rifiutarsi di trasferire un richiedente asilo verso lo Stato responsabile laddove fossero a conoscenza di carenze sistemiche in tale Paese nelle procedure di esame delle domande di asilo e in quelle di accoglienza tali per cui si poteva

⁸³ Cfr. The Hague Programme: *Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union* (OJ 2005, C 53, p. 1) e The Stockholm Programme: *An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens* (OJ 2010, C 115, p. 1).

⁸⁴ Corte di giustizia, seduta plenaria, Parere 2/13, del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454. In merito, cfr. F. CHERUBINI, *In merito al parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE: qualche considerazione critica e uno sguardo de jure condendo*, in «Osservatorio costituzionale», maggio 2015, p. 5.



ritenere che il richiedente potesse essere soggetto a trattamenti inumani e degradanti in violazione dell'art. 4 della Carta⁸⁵.

Questo approccio, che è stato poi codificato nell'art. 3, par. 2 del Regolamento Dublino III, ha spinto alcuni commentatori a parlare di «fiducia reciproca, ma non cieca»⁸⁶ ed è stato poi seguito anche in un altro ambito, quello dell'esecuzione del mandato di arresto europeo, tema assai sensibile oggi quanto al rapporto con le violazioni della *rule of law*⁸⁷.

La Decisione quadro sul mandato di arresto europeo, n. 2002/584, all'art. 4 prevede una serie di circostanze al ricorrere delle quali il mandato non deve o può non essere eseguito. Tuttavia, in *Aranyosi e Căldăraru*⁸⁸, la Corte di giustizia è andata oltre e, appoggiandosi al precedente citato, seppur in materia di asilo, e al parere 2/13 che rinvia a circostanze eccezionali collegate al rispetto dei diritti fondamentali, ha attribuito ai giudici nazionali il compito di svolgere un test in due *step*⁸⁹ per valutare se il soggetto destinatario del mandato di arresto possa rischiare di subire trattamenti inumani e degradanti vietati dall'art. 4 della Carta nel Paese che ha spiccato l'ordine (al di là delle deroghe previste dal citato art. 4

⁸⁵ Corte di giustizia, N.S e altri, sentenza del 21 dicembre 2011, C-411/10 and C-493/10, EU:C:2011:865, par. 94. Cfr. anche E. REGAN, *The role of the principles of mutual trust and mutual recognition in EU law*, cit., pp. 240 ss.

⁸⁶ K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in «Common Market Law Review», vol. 54, 2017, p. 829, il quale cita V. MITSILEGAS, *The limits of mutual trust in Europe's area of freedom, security and justice: From automatic inter-state cooperation to the slow emergence of the individual*, in «Yearbook of European Law», vol. 31, 2012, p. 358.

⁸⁷ In merito, si v. ampiamente S. MARINO, *La mutua fiducia ai tempi della crisi dei valori: il caso del mandato d'arresto europeo*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», n. 4, 2018, p. 633 ss. e L. MANCANO, *You'll never work alone: A systemic assessment of the European Arrest Warrant and judicial independence*, in «Common Market Law Review», vol. 58, n. 3, 2021, p. 683 ss.

⁸⁸ Per un'attenta analisi della sentenza, cfr. N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in «Diritti umani e diritto internazionale», n. 2, 2016, p. 445 ss.

⁸⁹ Si veda, dettagliatamente, L. CAPPUCIO, *Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali. Un percorso giurisprudenziale*, in «Quaderni costituzionali», n. 2, 2022, pp. 300 ss.



della Decisione)⁹⁰. Nel primo *step* il giudice nazionale responsabile per l'esecuzione del mandato deve accertare, sulla base di «elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati» se le condizioni di detenzione vigenti nello Stato membro emittente presentino carenze sistemiche o generalizzate⁹¹. Nel secondo *step* (mancante nella sentenza *N.S. e altri*), invece, occorre verificare se, in concreto, il soggetto in questione rischia di subire trattamenti inumani e degradanti lesivi della dignità umana, in conseguenza dell'esecuzione del mandato⁹².

Questo ragionamento della Corte sul mandato di arresto europeo per la prima volta ha messo in relazione la tensione tra fiducia reciproca e mutuo riconoscimento nella cooperazione giudiziaria in materia penale, da un lato, e rispetto della *rule of law*, dall'altro, nel caso *Minister for Justice and Equality*, del 2018⁹³. Qui l'*High Court* irlandese dubitava della compatibilità dell'esecuzione del mandato di arresto europeo emesso dai giudici polacchi con il diritto ad essere giudicato da un tribunale indipendente e imparziale (artt. 6 CEDU e 47 della Carta), a seguito delle riforme della magistratura messe in atto in Polonia. La Corte di giustizia ha ricordato che il funzionamento del mandato di arresto europeo si basa sulla presunzione che in tutti i Paesi membri si assicuri una tutela giurisdizionale effettiva ex art. 19 TUE, che garantisce il valore dello stato di diritto secondo l'art. 2 TUE⁹⁴. Il test elaborato in *Aranyosi e Căldăraru* viene adattato per verificare se l'ordinamento giudiziario del Paese in questione mostri carenze sistemiche e generalizzate tali da mettere a repentaglio l'indipendenza dei magistrati; in secondo luogo, per accertare che tali carenze affliggano in concreto anche l'operato dei giudici che

⁹⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Aranyosi e Căldăraru*, Cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, 5 aprile 2016, ECLI:EU:C:2016:198. Qui, piuttosto, la Corte ha utilizzato la clausola generale dell'art. 1, par. 3 della Decisione quadro, secondo cui la Decisione stessa non può comunque alterare gli obblighi esistenti in virtù dell'art. 6 TUE sul rispetto dei diritti fondamentali.

⁹¹ Sentenza nella causa *Aranyosi e Căldăraru*, par. 89.

⁹² Ivi, par. 94.

⁹³ Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2018, C-216/18, ECLI:EU:C:2018:586, annotata, tra gli altri, da T. KONSTADINIDES, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM*, in «Common Market Law Review», vol. 56, 2019, p. 743 ss.

⁹⁴ Ivi, par. 50.



conosceranno del caso in cui è coinvolto il soggetto ricercato: se la presunzione di fiducia reciproca viene meno, anche l'obbligo di esecuzione del mandato decade⁹⁵.

Considerato che, ai sensi del Regolamento n. 2020/2092, tra le violazioni della *rule of law* che possono venire in rilievo per le loro conseguenze sugli interessi finanziari europei, e dunque, per l'attivazione della condizionalità, si menzionano proprio "le minacce all'indipendenza della magistratura" (art. 3), specialmente il precedente del caso *Minister for Justice and Equality* evidenzia come, in realtà, il principio di fiducia reciproca menzionato dalla stessa Corte nelle sentenze del 16 febbraio 2022 quale architrave del funzionamento del nuovo meccanismo tenga fino ad un certo punto, se gli stessi giudici di Lussemburgo consentono di derogarvi, a determinate condizioni, quando i diritti e i valori fondamentali siano messi a repentaglio.

Purtroppo, quantunque ne dica la Corte di giustizia, l'esistenza di fatto di differenti interpretazioni della *rule of law* in seno all'Unione⁹⁶, specie per quanto riguarda l'indipendenza dei giudici, fa sì che la presunzione di fiducia reciproca si stia sgretolando e ciò cambia i presupposti su cui dare applicazione al nuovo Regolamento; forse, ne mina anche la sua effettività in partenza.

Come si è giustamente sostenuto, infatti, l'ambito di applicazione del meccanismo di condizionalità potrebbe risultare ambiguo e sarebbe necessario ricercare «un forte nesso tra il rispetto della *rule of law*, da un lato, e la fiducia reciproca su cui si fonda la solidarietà finanziaria tra gli Stati membri e tra l'UE e gli Stati membri, dall'altro: laddove la violazione della *rule of law* colpisca direttamente (ma anche in maniera potenziale) la fiducia reciproca, allora si innescherebbe la procedura»⁹⁷. Tuttavia, siamo già di fronte ad una situazione in cui, a prescindere

⁹⁵ Cfr. ancora L. CAPPUCCIO, *Mandato di arresto europeo*, cit., p. 303.

⁹⁶ Cfr., diffusamente, A. PIN, *La Rule of law come problema*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021. L. PECH, *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law*, cit, p. 107 ss., invece, pur sostenendo che nell'Unione vi sia ormai una nozione consolidata di *rule of law*, sostiene che se un divario esiste nella sua interpretazione, questo non si riscontra tra Paesi, ma tra élites liberali e autoritarie in Europa.

⁹⁷ Cfr. A. NATO, M. SIMONCINI, *Innovazioni e criticità nel rilancio del processo di integrazione attraverso l'economia e la moneta*, cit., p. 24, in corso di pubblicazione, appoggiandosi a T. TRIDIMAS, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?*, cit., p. XVI.



dalle conseguenze finanziarie di una certa violazione da parte delle autorità nazionali, la fiducia reciproca è venuta meno, come dimostrato dal caso del mandato di arresto europeo e come è stato avallato dalla Corte medesima.

6. Il controverso seguito dato alle sentenze

A dispetto di questi chiari segnali sulla messa in discussione della fiducia reciproca tra Stati sul rispetto della *rule of law*, sono passati mesi prima di dare applicazione al Regolamento. Peraltro, mentre pendevano i ricorsi per annullamento, vista la perdurante assenza di attuazione del Regolamento da parte della Commissione e dopo numerosi solleciti, il Parlamento europeo ha deciso di agire richiamando la Commissione alle sue responsabilità: il 29 ottobre 2021, ha proposto un ricorso in carenza *ex art. 265 TFUE* (causa C-657/21, Parlamento europeo c. Commissione europea), che però non ha sortito nell'immediato l'effetto sperato⁹⁸. Infatti, la questione dell'applicazione della condizionalità collegata, seppur in modo indiretto, alla tutela dello stato di diritto è stata affrontata, in modo alquanto controverso, solo dopo l'intervento della Corte di giustizia europea che ha fatto salva la validità del Regolamento.

Come richiesto dalle citate conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, a cui la Commissione europea si è strettamente attenuta sospendendo di fatto l'attuazione del Regolamento per un anno e mezzo, per dare finalmente applicazione al meccanismo di condizionalità dopo le sentenze, il 2 marzo 2022, sono state adottate le Linee guida interpretative⁹⁹.

⁹⁸ Cfr. S. PLATON, *Bringing a Knife to a Gunfight. The European Parliament, the Rule of Law Conditionality, and the action for failure to act*, in *Verfassungsblog*, 11 giugno 2021, <https://verfassungsblog.de/bringing-a-knife-to-a-gunfight/> (consultato il 1 giugno 2022) e M. LANOTTE, *La mancata applicazione del meccanismo di condizionalità: carenza o incoerenza?*, cit., p. 4 ss.

⁹⁹ Cfr. Comunicazione della Commissione europea, *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 fina, Bruxelles, 2 marzo 2022.



Ci si potrebbe subito domandare quali siano il valore e la funzione di tali “Orientamenti” della Commissione in rapporto alle decisioni della Corte, visto che queste ultime entrano nel dettaglio delle dinamiche del meccanismo di condizionalità. In qualche misura, dalla loro lettura si desume il tentativo di valorizzare l’effettività del Regolamento, in linea con quanto stabilito dai giudici europei, fornendo anche una serie di chiarimenti utili e rassicurazioni agli Stati membri e ai destinatari finali dei fondi¹⁰⁰.

Così, ad esempio, si rimarca di nuovo che le violazioni dello Stato di diritto elencate all’art. 3 del Regolamento sono puramente indicative e altre non menzionate potrebbero aggiungersi. L’allegato I alla Comunicazione contiene una serie di esempi di tali violazioni per guidare anche gli Stati nell’attuazione della previsione.

Ancora, il par. 13 precisa che oggetto di valutazione da parte della Commissione sono sia violazioni individuali delle condizioni poste dal Regolamento, sia violazioni sistematiche dello stato di diritto che si riverberano sul bilancio europeo, che si configurino come azioni o omissioni illegittime ai sensi dell’atto, in particolare del richiamato art. 4. Ovviamente la natura sistematica, diffusa e ripetuta nel tempo di una violazione da parte di uno Stato membro inciderà sulla proporzionalità delle misure proposte dalla Commissione (par. 49).

Quanto all’ambito di applicazione, secondo la Commissione, la portata del Regolamento è particolarmente ampia in quanto si riferisce a tutti i fondi europei, già esistenti e nuovi, oltre che, come chiarito dalla Corte di giustizia, alle violazioni della *rule of law* che incidano sulla riscossione delle risorse proprie dell’Unione (par. 25) e sull’attuazione dell’art. 325 TFUE sulle frodi (par. 29). In aggiunta a ciò, la Commissione ha segnalato che, sebbene le misure per l’attivazione della condizionalità, per quanto possibile, debbano essere collegate alle «azioni dell’Unione interessate dalle violazioni» (art. 5, par. 3, del Regolamento),

¹⁰⁰ Sull’utilità di tali Linee guida, cfr. A. CIRCOLO, *La condizionalità politica nella dimensione esterna e interna dell’azione dell’Unione europea*, cit., p. 40. Il par. 4 delle Linee guida chiarisce che «Scopo dei presenti orientamenti è spiegare cinque aspetti del regolamento sulla condizionalità: i) le condizioni per l’adozione di misure; ii) il rapporto tra il regolamento sulla condizionalità e altri strumenti; iii) la proporzionalità delle misure da proporre al Consiglio; iv) la procedura e il processo di valutazione; v) la tutela dei diritti dei destinatari finali o dei beneficiari».



Saggi

esse potranno anche intervenire su fondi diversi rispetto a quelli su cui la violazione è stata commessa, per esempio nel caso di fondi già erogati e che non possano essere restituiti (par. 52 e punto 275, sent. causa C-561/21) per non snuare l'effettività dello strumento¹⁰¹.

Ad integrazione dell'art. 6 del Regolamento, la Commissione si riserva anche di avviare contatti preliminari di carattere informale con le autorità dello Stato interessato, prima di trasmettere l'eventuale notifica ufficiale sull'avvio della procedura (par. 71). Ciò per arginare problemi già in una fase precoce, chiedere chiarimenti iniziali e istituire una «cooperazione rafforzata» per far cessare quanto prima eventuali violazioni (par. 72).

Per valutare comparativamente il grado di effettività prevista dai vari strumenti a tutela della sana gestione finanziaria, la Commissione farà riferimento ad una «serie aperta di criteri» (par. 40), da valutare caso per caso, restando sempre possibile l'applicazione del regolamento sulla condizionalità in via parallela o successiva, a rinforzo, rispetto ad una di queste altre procedure¹⁰². Il primo di questi criteri si ravvisa nella portata attesa dell'effetto della violazione o del rischio di una violazione sul bilancio europeo, cosicché le misure previste da altre norme finanziarie europee, in quanto legate ad un programma di spesa specifico potrebbero essere insufficienti a contrastare carenze sistemiche e diffuse nella protezione della *rule of law* come, per esempio, la mancanza di un controllo giurisdizionale indipendente ed effettivo (par. 42). Un secondo criterio riguarda i mezzi di ricorso disponibili a fronteggiare la violazione che potrebbero essere ben più deboli se si guarda ad uno strumento settoriale di governo della spesa europea rispetto all'ampio armamentario di misure stabilite dal regolamento sulla condizionalità (par. 43).

La Comunicazione della Commissione stabilisce inoltre che, sebbene il regolamento in esame non preveda azioni correttive o diritti di ricorso avverso le violazioni dello Stato di diritto, soggetti terzi interessati possono trasmettere denunce

¹⁰¹ Vedi dettagliatamente 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 *Blog di Diritti Comparati*, 24 marzo 2022.

¹⁰² Cfr., ancora, A. CIRCOLO, *La condizionalità politica nella dimensione esterna e interna dell'azione dell'Unione europea*, cit., p. 41 ss.



debitamente motivate che possono preludere all'attivazione del meccanismo sulla condizionalità. I servizi competenti della Commissione valuteranno la fondatezza delle informazioni e delle prove circostanziate fornite, le quali, naturalmente, non possono limitarsi ad un generico rinvio alla violazione della *rule of law*, ma dovranno anche indicare l'effetto o i rischi sulla sana gestione delle finanze europee (par. 68). I servizi della Commissione interessati possono anche incontrare il denunciante, al quale devono fornire riscontro entro un termine indicativo di otto mesi dalla denuncia, nonché devono tenerlo informato sulla procedura, se attivata (parr. 69 e 70). Peraltro, l'allegato II alla Comunicazione contiene anche un formulario per il denunciante con l'inclusione delle informazioni attese.

Nonostante gli utili chiarimenti forniti, una serie di dubbi sull'efficacia del regolamento, per come “maneggiato” dalla Commissione, tuttora persistono, visto anche il ritardo accumulato. Il par. 9 degli Orientamenti si riferisce a «un approccio globale, proattivo, basato sul rischio e mirato» della Commissione che non si comprende bene in che direzione tenda. Guardando, infatti, agli sviluppi più recenti, non si possono non ravvisare delle ambiguità nell'atteggiamento delle istituzioni europee. Così, nonostante l'assenza di progressi compiuti sul fronte delle riforme dell'ordinamento giudiziario e, in particolare, dell'indipendenza della magistratura da parte del Governo polacco, prima la Commissione, il 1° giugno 2022¹⁰³, ha fornito una valutazione positiva del PNRR e, poi, il Consiglio Ecofin il 17 giugno ha adottato la decisione di esecuzione proposta dalla Commissione per il finanziamento alla Polonia di 35,4 miliardi di euro (23,9 in sovvenzioni e 11,5 in prestiti), da distribuire in più *tranche*¹⁰⁴.

¹⁰³ Nonostante la Commissione europea si sia divisa al suo interno tra chi supportava il piano polacco e chi si è espresso contro la sua approvazione, inclusi i Vicepresidenti Timmermans e Vestager: v. M. DE BELLIS, *I compromessi della Commissione nella difesa della rule of law: l'approvazione del piano di ripresa della Polonia*, in «Quaderni costituzionali», n. 4, 2022, p. 921.

¹⁰⁴ *Proposal* di decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza della Polonia, COM (2022) 268 final, Bruxelles, 1.6.2022. Assai duro sul punto è L. PECH, *Covering Up and Rewarding the Destruction of the Rule of Law One Milestone at a Time*, in *Verfassungsblog*, 21 giugno 2022, <https://verfassungsblog.de/covering-up-and-rewarding-the-destruction-of-the-rule-of-law-one-milestone-at-a-time/> (consultato il 1° giugno 2022).



Saggi

Il monito del Parlamento europeo del 9 giugno¹⁰⁵, dopo la presa di posizione della Commissione, per non approvare il piano polacco è rimasto inascoltato. L'unica condizione sostanziale posta dalla Commissione riguarda la riforma del sistema di autogoverno della magistratura nel Paese, dopo la mossa, puramente fittizia, di abolire l'illegittima sezione disciplinare della Corte Suprema e di trasferire le sue funzioni disciplinari a un'altra sezione della Corte Suprema, sulla cui indipendenza, però, non vi sono garanzie¹⁰⁶. A tal proposito, giova anche ricordare che finora la Polonia non ha mai onorato il pagamento di 1 milione di euro al giorno dovuto all'Unione secondo l'ordinanza del Vice Presidente della Corte di giustizia del 21 ottobre 2021 per il mancato seguito della precedente ordinanza del 14 luglio 2021 relativa alle riforme del sistema giudiziario¹⁰⁷: l'attivazione della condizionalità sulla base del Regolamento UE n. 2020/2092 avrebbe potuto rappresentare un utile strumento di compensazione rispetto al mancato versamento delle risorse previste.

Viceversa, dopo ripetuti rinvii sull'esame del piano nazionale, la Commissione ha deciso di attivare il meccanismo sulla condizionalità orizzontale contro l'Ungheria pochi giorni dopo le elezioni parlamentari nel Paese, avvenute il 3 aprile 2022. Il 27 aprile la Commissione ha formalmente inviato la notifica al Governo ungherese ai sensi dell'art. 6 del Regolamento UE n. 2020/2092 citando le irregolarità sistemiche, la mancanza di volontà di collaborazione delle autorità nazionali, l'estrema fragilità delle procedure per gli appalti pubblici, l'assenza di attività investigative volte a contrastare frodi a danno dei fondi europei nonché la mancanza di

¹⁰⁵ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 9 giugno 2022 sullo Stato di diritto e la potenziale approvazione del piano nazionale di ripresa (PNR) polacco (2022/2703(RSP)) approvata con 411 voti favorevoli, 129 contrari e 31 astensioni.

¹⁰⁶ Cfr., ancora, criticamente, L. PECH, *Covering Up*, cit.

¹⁰⁷ Cfr. ordinanza del Vice Presidente della Corte del 27 ottobre 2021, causa C-204/21 R, Commissione c. Polonia, per il mancato seguito degli obblighi derivanti dall'ordinanza della vicepresidente della Corte del 14 luglio 2021. Anzi, il Governo polacco ha richiesto, di recente, che la sanzione sia infine sospesa in virtù delle riforme implementate e del mutato quadro giuridico: cfr. W. PREUSSEN, *Poland asks EU to suspend €1M-a-day fine for controversial judicial reform*, in «Politico.eu», 4 novembre 2022, <https://www.politico.eu/article/poland-eu-suspend-fines-judicial-reform-pis/> (consultato il 1° dicembre 2022).



Saggi

effettività nell'azione penale. Il 30 novembre 2022 la Commissione ha confermato la sua proposta del 18 settembre nei confronti dell'Ungheria di sospendere il 65% degli impegni per tre programmi operativi nell'ambito della politica di coesione (per un importo stimato di circa 7.5 miliardi di euro), non considerando conseguite le azioni correttive promesse e, tuttavia, allo stesso tempo, ha proposto l'approvazione del piano nazionale di ripresa e resilienza¹⁰⁸. Ciò significa, sempre che il Consiglio approvi la decisione di esecuzione entro il 19 dicembre, che il Regolamento sulla condizionalità non sarà attivato nei confronti del piano e del fondo nazionale di ripresa e resilienza, ma rispetto ai fondi strutturali, di cui l'Ungheria è tra i principali beneficiari; opzione senz'altro consentita vista la natura orizzontale della condizionalità espressa dal Regolamento n. 2020/2092.

Anche se, al momento in cui si scrive, l'esito finale della procedura è ancora incerto, sembra che la Commissione abbia proceduto all'applicazione di 'due pesi e due misure' tra il caso ungherese e quello polacco anche in virtù del diverso posizionamento geopolitico dei due Paesi nei riguardi del conflitto ucraino¹⁰⁹. Sia ben chiaro, non si tratta qui di rilevare un atteggiamento discriminatorio nei confronti dell'Ungheria¹¹⁰, quanto il fatto che la Polonia avrebbe probabilmente 'meritato' quanto l'Ungheria di ricevere una notifica *ex art.* 6 del regolamento, in altre circostanze. Non è un caso, quindi, che il 18 agosto 2022 quattro associazioni europee di giudici abbiano impugnato dinanzi al Tribunale dell'Unione Europea la decisione di esecuzione del Consiglio con cui il piano nazionale di ripresa e resilienza era stato approvato giacché, così facendo, non si sarebbe

¹⁰⁸ Cfr. Proposta di decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Ungheria, COM(2022) 686 final, Bruxelles, 30.11.2022.

¹⁰⁹ In proposito, cfr. E. PERILLO, *Il rispetto dello "Stato di diritto europeo" alla luce delle sentenze Ungheria e Polonia sulla clausola di condizionalità finanziaria. Quali prospettive?*, cit., p. 3 e A. GRIMALDI, G. GIOIA, *Il senso dello Stato di diritto per l'Unione: l'approvazione del PNRR polacco nelle urgenze della guerra*, in *Blog di Diritti Comparati*, 29 giugno 2022.

¹¹⁰ Al riguardo, vi è persino chi ha proposto che la totalità dei fondi europei destinati all'Ungheria sia subito "congelata": K.L. SHEPPELE, R.D. KELEMEN, J. MORIJN, *Freezing all EU funds to Hungary: A legal analysis of why a 100% suspension is "proportionate" and "appropriate" under Regulation 2020/2092 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget*, Legal Study solicited by Daniel Freund, Member of the European Parliament in the Greens/EFA group, Brussels, 20 maggio 2022.



assicurata adeguata protezione all'indipendenza della magistratura attraverso i *milestone*¹¹¹.

Dunque, la prima applicazione del Regolamento presta il fianco a potenziali critiche, ancora una volta, circa il margine di discrezionalità politica di cui godono le istituzioni europee e il rischio di arbitrarietà delle decisioni assunte¹¹².

7. Conclusioni

Non è agevole fare un primo bilancio sulle sentenze relative al Regolamento n. 2020/2092 e sulla effettiva portata del Regolamento stesso. Senza dubbio, l'Unione oggi dispone di uno strumento in più nel suo armamentario per contrastare il c.d. *rule of law backsliding*, per quanto il Regolamento sia stato depenziato nel corso del suo *iter* di approvazione e dalla lunga attesa per la sua prima applicazione. Ungheria e Polonia possono ora essere soggette al meccanismo di condizionalità orizzontale lì previsto, nonostante le numerose resistenze mostrate.

Eppure, non si può fare a meno di chiedersi quale impatto il Regolamento e le relative sentenze potranno avere nei fatti nel prossimo futuro. Si è detto, infatti, degli importanti elementi di discontinuità che le due decisioni della Corte di giustizia hanno sancito: dalla qualificazione del valore della *rule of law* come elemento cardine dell'identità europea, all'autonomia assegnata all'art. 2 TUE quale parametro di giudizio; dalla valorizzazione del bilancio europeo come mezzo per la realizzazione del principio di solidarietà, al collegamento tra fiducia reciproca tra gli Stati e *conditional spending*.

Tuttavia, occorre ugualmente interrogarsi sulla portata e sul seguito delle sentenze. Innanzitutto, infatti, si è enfatizzato come il rapporto tra condizionalità e

¹¹¹ Cfr. Tribunale dell'Unione Europea, cause T-530/22, Medel v. Council, T-531/22, International Association of Judges v. Council, T-532/22, Association of European Administrative Judges v. Council, e T-533/22, Recthers voor Rechters v. Council)

¹¹² Rischio già paventato, durante l'*iter* di approvazione del Regolamento: cfr. M. FISICARO, *Rule of Law Conditionality*, cit., p. 714 ss.



Saggi

solidarietà sia meno lineare di quanto sostiene la Corte. I due principi sono in tensione reciproca e il bilancio europeo è al centro di questo “conflitto”. La «solidarietà condizionata» che il Regolamento e la Corte propongono necessita di specificazioni per la determinazione del concreto ed effettivo bilanciamento tra i due principi, se si vogliono evitare estremizzazioni, ovvero casi in cui la condizionalità è applicata in modo eccessivamente rigoroso a danno della solidarietà o, come la prima prassi applicativa sembra mostrare, casi in cui la condizionalità resta sospesa, a vantaggio di una lettura forse eccessivamente generosa della solidarietà economica tra Stati, anche se in astratto è sotto gli occhi di tutti che ricorrono le condizioni per bloccare i fondi.

Allo stesso tempo, si è cercata di mettere in luce la difficoltà di usare un meccanismo di condizionalità (indirettamente) collegato alle violazioni della *rule of law* in un contesto in cui la messa in discussione della fiducia reciproca tra Stati non è solo ipotizzata o paventata, ma validata dalla stessa Corte di giustizia, per esempio, nel filone giurisprudenziale sul mandato di arresto europeo e la garanzia dell'indipendenza della magistratura. Dinanzi a simili circostanze appare dubbia l'effettività del Regolamento nel modificare lo status quo, anche per la lunghezza e complessità della procedura istruttoria prevista ai fini dell'attivazione della condizionalità, al di là della protezione degli interessi finanziari europei in specifici casi di frodi e di mancato controllo nazionale sull'uso dei fondi dell'Unione.

Né gli «Orientamenti» della Commissione adottati dopo le sentenze paiono alterare questo quadro. Anzi, la diversa presa di posizione della Commissione e del Consiglio rispetto alla Polonia e all'Ungheria rischia di delegittimare ulteriormente la *ratio* del Regolamento¹¹³. Così l'approvazione del PNRR polacco, da un lato, e l'attivazione della procedura sulla condizionalità nei confronti dell'Ungheria, dall'altro, messe in rapporto tra loro, non sembrano chiaramente giustificabili alla luce del Regolamento UE n. 2020/2092 (ma lo sono per circostanze squisitamente politiche o geopolitiche). Il rischio, specie in questi ultimi casi, è che la discrezionalità impiegata dalle istituzioni europee si riverberi nel medio termine nella mancanza di credibilità del meccanismo di condizionalità in questione,

¹¹³ S. GIANELLO, *Il Regolamento 2020/2092 alla prova concreta dei fatti*, cit., p. 661 ss.



Saggi

quando la credibilità (obiettività, parità di trattamento, comprensibilità delle motivazioni) nella gestione delle condizioni da parte delle istituzioni è stata spesso accostata ad uno dei fondamentali criteri per l'effettività del meccanismo¹¹⁴.

In fondo, sta anche all'Unione assicurarsi, attraverso l'azione delle proprie istituzioni, che la fiducia reciproca tra gli Stati sia ricostruita e alimentata mediante una applicazione obiettiva, non discriminatoria, ragionevole e motivata del Regolamento. Se l'UE è la prima a non rispettare la *rule of law*¹¹⁵, by-passando le regole di cui si è dotata, l'impianto definito dalla Corte di giustizia, mettendo in collegamento condizionalità e solidarietà, da un lato, e *rule of law* e fiducia reciproca, dall'altro, anche per questo rischia di sciogliersi come neve al sole.

¹¹⁴ V. M. BLAUBERGER, V. VAN HÜLLEN, *Conditionality of EU funds*, cit., p. 4 ss.

¹¹⁵ Accusa che, purtroppo, sempre più di frequente viene mossa all'UE, in vari ambiti. Si vedano, ad esempio, D. KOCHENOV, G. BUTLER, *Independence of the Court of Justice of the European Union: Unchecked Member States power after the Sharpston Affair*, in «European Law Journal», early view, 2022, p. 1 ss. sulla composizione della stessa Corte di giustizia e la nomina degli Avvocati generali.



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.



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. NASCIBENE, *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.



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*.



Saggi

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



Saggi

pregevoli tentativi dottrinali volti a calmierarne 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'anteponimento 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.



Saggi

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*.



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 consapevoli, 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.



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 problematiche 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.



Il primato del diritto UE sotto attacco. Brevi cenni sulla crisi del dialogo fra Corti

di Stefania Ninatti e Marco Galimberti *

Abstract: This paper aims to look into the recent strains of the European integration process through the lenses of the Member States' constitutional resistance to the principle of EU law primacy. By focusing on a comparative analysis of the Lisbon saga and the subsequent trend of judicial rebellion, the essay retraces the identity and ultra vires review circulating across a wide variety of national constitutional and supreme courts until the groundbreaking Weiss decision of the BVerfG. The article finally argues that the latest conflict on the rule of law and European values which has been taking place in the CJEU's case law marks a turning point in the judicial dialogue crisis.

SOMMARIO: 1. Il dialogo fra Corti come barometro di una crisi europea. – 2. Prove di resistenza costituzionale: ridisegnando una linea Maginot europea? – 2.1. La prima generazione: tutto nasce da Lisbona. – 2.2. La seconda generazione: il rinvio pregiudiziale come detonatore di un effetto domino. – 3. Un cambio di prospettiva: lo scontro sulla *rule of law* e i valori europei davanti alla Corte di giustizia.

1. Il dialogo fra Corti come barometro di una crisi europea

Verificare lo stato dei rapporti fra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale a partire dalla giurisprudenza è certamente limitativo. Tuttavia, nel processo di integrazione, il dialogo fra Corti ha avuto – e ha tuttora – un peso singolare, costituendo la trama portante delle varie stagioni dell'evoluzione europea stessa. Analizzata attraverso le lenti della giurisprudenza, la crisi del progetto di integrazione europea si rispecchia in una oramai incalzante serie di decisioni delle Corti costituzionali e supreme degli Stati membri in contrasto con i principi

* Stefania Ninatti è professoressa ordinaria di Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano - Bicocca. Marco Galimberti è assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano - Bicocca. Parte delle riflessioni svolte, frutto del lavoro congiunto dei due autori, si trovano in M. GALIMBERTI, S. NINATTI, *Constitutional resistance to EU law: The courts and test of constitutional identity conflicts*, in «Pravni Zapis», n. 2, 2020, pp. 413-460. Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*): versione ricevuta il 29 luglio 2022.



Saggi

fondamentali dell'ordinamento europeo. Non stupisce, come si è detto, che la giurisprudenza segni il territorio dello scontro più aperto.

Fin dai suoi albori, infatti, il sistema dell'Unione Europea ha trovato nella Corte di giustizia e nel dialogo costante con le Corti costituzionali nazionali il proprio motore propulsivo: a partire dalla celeberrima sentenza *Van Gend and Loos* – che ha chiarito gli elementi fondanti dell'ordinamento giuridico europeo e dei suoi rapporti con gli ordinamenti interni – il dialogo fra Corti ha tessuto via via la trama dell'integrazione giuridica europea, gradualmente poi recepita nelle diverse riforme dei Trattati. Non è un caso, perciò, che siano le Corti oggi a decretare per prime la crisi in atto del sistema eurolunitario: una crisi così acuta da intaccare alla radice uno dei principi fondanti l'ordinamento *sui generis* dell'Unione Europea, ossia il primato del diritto UE.

In questo senso, l'inedita sentenza *Weiss*, con cui la Corte costituzionale tedesca si è pronunciata sul Programma PSPP della Banca centrale europea nel maggio 2020¹, pare segnare uno dei punti più caldi di questa contestazione: non si vuole in questa sede certo affrontare la complessa questione di politica monetaria al centro della decisione né tanto meno il merito della sentenza che, per inciso, ha dichiarato *ultra vires* sia il programma di *quantitative easing* della BCE sia la sentenza della Corte di giustizia che ne aveva confermato la legittimità. È, tuttavia, utile ricordare che la Corte di Karlsruhe è arrivata in questo caso a negare di essere vincolata dalla precedente sentenza della Corte di giustizia sulla materia e ha intrapreso un riesame “*in house*” per determinare se le decisioni dell'Unione Europea sul PSPP rientrino nelle competenze europee. Attivando per la prima volta in assoluto il controllo di atti dell'Unione Europea *ultra vires* – in forza della garanzia del principio democratico e, quindi, della stessa tutela dell'identità costituzionale tedesca – il BVerfG ha chiarito che è pronta ad attivare, anche vigorosamente, i suoi meccanismi di difesa, ove necessario.

Tuttavia, come è stato autorevolmente osservato dal presidente della Corte di giustizia, un tal genere di interventi delle Corti costituzionali nazionali invia un messaggio, in ultima analisi, incompatibile con la struttura portante del sistema

¹ BVerfG, causa 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15, del 5 maggio 2020.



Saggi

comunitario, minando alla radice il principio secondo cui il diritto UE si deve applicare con la stessa forza in tutto il territorio dell'Unione, senza distinzione alcuna a seconda degli Stati². Non c'è bisogno di spiegare, viceversa, come la salvaguardia dell'unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea e la sua integrità rischino così inevitabilmente di incrinarsi.

Ma non è solo questo il punto di interesse della vicenda: volgendo lo sguardo pure al di fuori del territorio tedesco, infatti, non si può non avvedersi che la decisione *Weiss* è ben lungi dall'essere un episodio isolato e imprevedibile. Essa, viceversa, rappresenta una pietra (sia pur miliare) di un fenomeno più complesso e di vasta portata in aperto contrasto col processo di integrazione europea: come vedremo meglio nel seguito del lavoro, infatti, si sta via via sviluppando una decisa narrativa di resistenza a tale processo ad opera delle Corti costituzionali, che tendono in tal modo a ridisegnare criticamente quello speciale costituzionalismo di matrice sovranazionale. Al dilatarsi di tale narrativa si accompagna inevitabilmente una battuta d'arresto del cammino – invero non scevro di luci e ombre – di costituzionalizzazione dell'Unione Europea. A riguardo di quest'ultimo, pare utile ricordare come la Corte di giustizia abbia dall'inizio riconosciuto il principio secondo cui la Comunità economica europea è una Comunità basata sullo stato di diritto, che si concretizza nel principio secondo cui né i suoi Stati membri né le sue istituzioni possono sfuggire alla verifica di conformità con quella "Carta costituzionale fondamentale" che sono i Trattati: sul rispetto di tale Carta da parte degli Stati membri e delle istituzioni comunitarie vigila attentamente la Corte di giustizia³.

² Più precisamente K. LENAERTS, *No Member State is More Equal than Others. The Primacy of EU law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, in *VerfBlog*, 8 ottobre 2020, osserva come tali decisioni comportino che «EU law does not apply with the same force throughout the EU and that "some Member States are more equal than others"».

³ Non è questa la sede per ripercorrere questo dibattito amplissimo che da tempo anima la dottrina. Esemplarmente può essere utile ricordare come sia la giurisprudenza stessa della Corte di giustizia a usare questa grammatica: si veda per tutti la celeberrima sentenza della Corte del 23 aprile 1986, causa C-294/83, *Parti écologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo*, par. 23 (versione inglese): «it must first be emphasized in this regard that the European Economic Community is a community based on the *rule of law*, inasmuch as neither its member States nor its institutions can avoid a review of the question



Nel tempo gli Stati membri – e più precisamente le loro Corti costituzionali/supreme – hanno, tuttavia, affinato un potente arsenale per contrastare il sistema euro-unitario e le sue dinamiche volte “alla creazione di una unione sempre più stretta tra i popoli dell’Europa” (art. 1 TUE): oltre alla più tradizionale possibilità di dichiarare un atto dell’Unione Europea come *ultra vires* e, pertanto, incompatibile con le costituzioni nazionali (nonché con gli stessi trattati eurounitari), si è via via affermato un secondo strumento, più raffinato, per opporsi a quella sempre più stretta integrazione europea posta in apertura dei Trattati. Esso affonda le sue radici nel concetto di identità costituzionale, che comprende il rispetto inalienabile di alcuni principi fondamentali su cui si fonda la struttura stessa di quello Stato.

Non è certo questa la sede per ripercorrere a livello sovranazionale, da un lato, l’evoluzione delle tradizioni costituzionali comuni fino ad arrivare, da un lato, alla enucleazione della Corte di giustizia di una “identità organica” fra il livello domestico e quello sovranazionale⁴ e, dall’altro, all’inserimento nei Trattati dell’art. 4, comma 2 TUE sull’identità costituzionale nazionale. Nel contempo, a livello interno, si può notare un progressivo utilizzo del controllo di identità costituzionale, inaugurato dalla Corte costituzionale tedesca e poi via via circolato fra le altre corti europee. In quest’ambito si può, dunque, rintracciare un ricco e vivace dialogo fra Corti, grazie anche all’utilizzo sempre più frequente del rinvio

whether the measures adopted by them are in conformity with the *basic constitutional charter*, the treaty. In particular, in articles 173 and 184, on the one hand, and in article 177, on the other, the treaty established a complete system of legal remedies and procedures designed to permit the court of justice to review the legality of measures adopted by the institutions». (c.vo nostro).

⁴ Esemplarmente, si vedano le osservazioni dell’Avvocato Generale Poiares Maduro nel caso *Arcelor* del 2008 (conclusioni del 21 maggio 2008, causa C-127/07, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e altri c. Premier ministre e altri*, par. 16 in particolare), secondo cui l’art. 6 TUE avrebbe ormai stabilito una sorta di «identità sistemica» – ovvero «una congruenza strutturale che può essere garantita solo su un piano sistemico e solo a livello comunitario» – tra i valori costituzionali nazionali e comunitari, identità che esige di per sé stessa un unico parametro per il giudizio (chiaramente da svolgersi a livello sovranazionale). Questo passaggio potrebbe essere l’ultima evoluzione dell’utilizzo del criterio delle tradizioni costituzionali comuni, le quali nel tempo, come è noto, si sono trasformate nella giurisprudenza della Corte da strumento interpretativo per colmare le lacune dei Trattati – basandosi sulle differenti espressioni delle tradizioni costituzionali nazionali – a criterio fondativo dei valori comuni europei.



pregiudiziale da parte delle corti costituzionali e allo sviluppo di diverse narrative costituzionali che da esso si dipanano.

Tra le numerose corti interne progressivamente intervenute in quest'ambito, l'indagine condotta nel presente scritto prenderà in esame *in primis* la giurisprudenza con cui il BVerfG, il *Conseil Constitutionnel* francese e i tribunali costituzionali di Repubblica Ceca e Polonia si sono pronunciati sulla legittimità costituzionale del Trattato di Lisbona, per poi soffermarsi sui noti casi *Gauweiler* e *Taricco* come pionieri di un nuovo fronte di resistenza che, sovrapponendo controllo identitario e controllo *ultra vires*, ha visto protagonisti nell'ultimo decennio anche i giudici costituzionali cechi, la Corte suprema danese, la Corte costituzionale ungherese e, di nuovo, i giudici di Karlsruhe nella già citata sentenza *Weiss*, sino ad arrivare infine all'attuale conflitto che vede Polonia, Ungheria e Romania contrapposte alla Corte di giustizia sul terreno dello stato di diritto.

Una delle questioni interessanti sollevate da questa ricca giurisprudenza è che, a differenza dei vecchi casi degli anni Settanta, l'opposizione tra le Corti poste su diversi livelli di governo non si svolge più, o non più solamente, intorno all'adeguato livello di tutela dei diritti fondamentali offerto da sistemi in competizione, ma smaschera questioni strutturali di identità costituzionale dello Stato e di confini invalicabili da parte dell'Unione; più che profili strettamente giuridici, tali questioni di identità costituzionale e/o di competenze ultime dello Stato coinvolgono inevitabilmente anche scelte politiche fondamentali, che le Corti interne possono essere indisponibili a lasciare all'apprezzamento delle Corti sovranazionali. Le Corti costituzionali e supreme finiscono così per diventare la voce del «national (legal) dissent»⁵ anche rispetto a fenomeni di integrazione sovranazionale latamente intesi. In tal modo, le Corti costituzionali si incamminano, però, in un terreno dove difficilmente potranno avvalersi dei classici strumenti elaborati dalla giurisprudenza multilivello nel tempo (protezione equivalente, controlimiti, interpretazione conforme ecc.), e di cui solo ora si iniziano a intravedere le reali potenzialità.

⁵ Tale osservazione rientra all'interno di un quadro più generale riguardante il ruolo svolto dalle corti costituzionali: a riguardo si veda R.G. TEITEL, *Reactionary Constitutional Identity*, in «Cardozo Law Review», vol. 14, 1992, p. 747 ss.



Sulla base di questa premessa, l'obiettivo del presente lavoro è di far emergere le crescenti dinamiche di resistenza, più o meno espresse, delle Corti costituzionali e supreme degli Stati membri in particolare rispetto al primato dell'Unione Europea, in modo da valutare lo stato attuale del processo di integrazione europea alla luce di uno dei suoi principi fondanti e il suo dovuto rispetto, principi che si pongono alla base anche della stessa definizione di *rule of law* fornita in sede europea.

2. Prove di resistenza costituzionale: ridisegnando una linea Maginot europea?

Se il tema della resistenza al primato attraverso la difesa dell'identità costituzionale nazionale ha avuto la propria genesi (dirompente) nel noto *Lissabon-Urteil*, esso ha altresì rappresentato, al di fuori dei confini tedeschi, un vero e proprio *leitmotiv* nelle giurisprudenze costituzionali di diversi altri Stati membri, le quali si sono contestualmente interrogate sulla legittimità costituzionale interna del Trattato di Lisbona.

In via preliminare può risultare, quindi, utile riassumere per brevi cenni il percorso argomentativo svolto dalla Corte costituzionale tedesca nella famosa sentenza *Lissabon-Urteil* sulla compatibilità del nuovo Trattato di Lisbona con la Costituzione tedesca, che ha, di fatto, individuato il controllo sull'identità costituzionale come l'ultimo punto evolutivo del dialogo fra Corti: prima di questa storica decisione, infatti, il controllo della Corte di Karlsruhe sul diritto dell'Unione Europea era limitato alla revisione degli atti *ultra vires*, così come già ampiamente illustrato nella precedente sentenza *Maastricht-Urteil* del 1993⁶.

Sebbene i due tipi di controllo vengano espressamente distinti, è intuitivo tuttavia rilevare come le Corti costituzionali nazionali ricorrono poi a entrambi senza soluzione di continuità, a volte distinguendoli e a volte sovrapponendoli. Del resto, l'eccesso di (certe) competenze da parte degli organi sovranazionali può

⁶ BVerfG, causa 2 BvR 2728/13, par. 121. Più in generale, sulle fasi del controllo di costituzionalità in rapporto alla dimensione internazionale e sovranazionale, può essere utile la lettura di D. LUSTIG, J.H.H. WEILER, *Judicial review in the contemporary world – Retrospective and prospective*, in «International Journal of Constitutional Law», vol. 16, n. 2, 2018, pp. 315 ss.



Saggi

essere giudicato incompatibile con le costituzioni nazionali sia in quanto possibile atto *ultra vires* sia in quanto contrario all'identità costituzionale. In ogni caso, al concretizzarsi di queste ipotesi le Corti costituzionali non possono che ribadire l'esistenza di un confine invalicabile, una sorta di linea Maginot, a difesa di una indebita espansione del sistema sovranazionale, richiamando in tal modo gli organi sovranazionali al rispetto delle competenze e alla salvaguardia dell'identità nazionale, così come prevista anche dall'art. 4, comma 2, TUE.

Non meno interessante risulta l'osservazione del BVerfG nel *Lissabon-Urteil*, secondo cui sia il controllo sull'identità che quello sugli atti *ultra vires* – pur costituendo, appunto, strumenti giuridici differenti⁷ – discendano direttamente dall'art. 79, comma 3 GG: in tal modo si ancora questa tipologia di controlli ai classici limiti alla revisione costituzionale, così come enucleati nella legge fondamentale tedesca dalla suddetta norma. Conscio della delicatezza della materia, che viene a fornire un'ultima garanzia del nucleo duro delle costituzioni nazionali, il giudice di Karlsruhe sottolinea ulteriormente come la competenza in capo alla Corte per entrambi i controlli deve essere esercitata con cautela e in modo aperto all'integrazione europea (*europarechtsfreundlich*)⁸.

⁷ Più specificamente si veda BVerfG, 2 BvR 2728/13, par. 153, nel momento in cui la Corte specifica che «the *ultra vires* review constitutes a particular case [...] of the application of the general protection of the constitutional identity by the Federal Constitutional Court. When conducting *ultra vires* review, the Federal Constitutional Court examines whether EU acts transgress the competences' boundaries. Considering that these latter can be transferred to the EU only within the limits set by Art. 79, sec. 3, GG, the *ultra vires* review is without fail joined by the identity review [...]. Unlike the *ultra vires* review, the identity review “examines the respective act of the European Union in a substantive sense as to whether the “ultimate limit” of the principles of Arts. 1 and 2 GG has been exceeded [...]». Sull'utilizzo dei due tipi di controllo a volte in aperta sovrapposizione si veda, da ultimo, V. SALESE, *The EU integration through the lenses of domestic Constitutional/Supreme Courts: the material scope of constitutional clashes*, in «Diritti Comparati», n. 3, 2022, in corso di pubblicazione.

⁸ Può essere interessante ricordare che il concetto di identità costituzionale non è sorto *ex abrupto* nel *Lissabon-Urteil*. Infatti, il BVerfG aveva già piantato i semi della *Verfassungsidentität* nella sua decisione *Solange II* (1986), che indicava l'identità costituzionale come «l'architettura fondamentale, le strutture costitutive» della Legge fondamentale tedesca. È interessante anche notare che la Corte di Karlsruhe ha sostenuto questa affermazione con un riferimento esplicito a “limiti simili” stabiliti dalla Costituzione italiana e dalla giurisprudenza costituzionale, che a sua volta aveva interpretato i principi



Saggi

La nuova frontiera della nota teoria dei controlimiti assume, ora, la forma della clausola dell'identità costituzionale ora degli atti *ultra vires*, ampliando così le competenze della Corte costituzionale dal regno dei diritti fondamentali ad altre questioni essenziali che riguardano il nucleo dello Stato. Inutile aggiungere che in tal modo si rafforza il controllo giurisdizionale esercitato dalle corti costituzionali, che mostrano la ferma volontà di erigersi ad arbitro ultimo del rapporto con l'Unione Europea, in forza del ruolo di custode della costituzione.

Molte sono le questioni lasciate aperte dal controllo sul rispetto dell'identità costituzionale così come esemplarmente disegnate dalla storica sentenza *Lissabon-Urteil*. In estrema sintesi, dal punto di vista sostanziale questa tipologia di controlli risulta ben più ampio di quello dei controlimiti, ed è singolare che venga legato dalla Corte tedesca all'art. 79 GG sui limiti alla revisione costituzionale (*Ewigkeitsklausel*). In un certo senso, i confini fissati per l'integrazione europea vengono a coincidere, secondo la corte tedesca, con quelli della revisione costituzionale: a questo punto sorge spontaneo chiedersi, però, in cosa consista l'autonomia dell'ordinamento sovranazionale. Non a caso Cassese critica questa scelta operata dal BVerfG come una disfunzione funzionale: proprio quei limiti invalicabili posti a difesa contro possibili ritorni di totalitarismi (i limiti alla revisione costituzionale, secondo la dottrina classica) vengono ora eretti a confine invalicabile di un ordinamento che originalmente nasceva con lo stesso fine⁹. In realtà, dietro a tale argomentazione sembra celarsi (non troppo nascosta) la volontà di identificare uno strumento giuridico con cui misurare la compatibilità del sistema comunitario con quello costituzionale interno, finendo così con il condizionare l'integrazione europea alle condizioni poste dalla clausola di eternità. Inutile dire che questo passaggio dalla teoria dei controlimiti a quella dell'identità costituzionale (e degli atti *ultra vires*) nasconde delle potenzialità che solo a distanza di anni (e di sentenze, come vedremo nel prossimo paragrafo) si iniziano a intravedere.

fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale come una sorta di linea invalicabile, che il diritto comunitario non deve osare oltrepassare in alcun modo.

⁹ S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 9, 2009, p. 1004.



Saggi

Un secondo punto di interesse, dal punto di vista procedurale, può essere visto nell'uso che le corti costituzionali iniziano sempre più frequentemente a fare del rinvio pregiudiziale, strumento ora divenuto necessario per garantire l'identità costituzionale. Come osserva autorevole dottrina a proposito di una sentenza che analizzeremo successivamente, quel canale di comunicazione fra Corti originariamente destinato a favorire un dialogo giudiziario sincero e cooperativo, viene a trasformarsi in una sorta di canale destinato a definire dei limiti ultimi, quasi degli ultimatum: il diritto comunitario va (comunque) letto alla luce dell'irrinunciabile nucleo dei principi fondamentali sanciti dalle costituzioni interne. Potremmo avere l'impressione di affrontare, quindi, un caso di c.d. «primazia invertita»¹⁰.

Tali osservazioni ci conducono inevitabilmente a leggere questa nuova linea di giurisprudenza delle Corti costituzionali come una sorta di “sentenza-manifesto politico”¹¹, come un ultimo avvertimento per le istituzioni dell'Unione Europea e per il legislatore nazionale. Dietro quest'ultima evoluzione giurisprudenziale ci si potrebbe chiedere che tipo di teoria di pluralismo si possa individuare: così, si è anche osservato che in questa nuova fase si intravede il passaggio da un “pluralismo costituzionale difensivo” (come era nel periodo della teoria dei controlimiti) a un “pluralismo costituzionale aggressivo”¹².

2.1. La prima generazione: tutto nasce da Lisbona

È in questo senso interessante richiamare in chiave comparata, in estrema sintesi, la posizione assunta *in primis* da parte del *Conseil Constitutionnel*. Pur ravvisando indirettamente nella tutela dell'identità costituzionale un possibile argine alla primazia del diritto dell'Unione, la decisione francese sul Trattato di Lisbona ha lasciato intendere che la suddetta limitazione non costituisse, per così dire, un

¹⁰ A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2017, p. 112.

¹¹ Per tutti si veda M.P. CHITI, *Am deutschen Volk*, in «Giornale di diritto amministrativo», n. 9, 2009, p. 1011.

¹² M. MADURO, G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», n. 2, 2009, p. 527.



confine invalicabile. Secondo tale pronuncia, eventuali ipotesi di conflitto tra il principio della *primauté* e la Costituzione francese – e, in particolare, i diritti ivi garantiti e le condizioni essenziali per l'esercizio della sovranità nazionale – troverebbero infatti una via di risoluzione nel ricorso alla revisione del testo costituzionale¹³. A differenza del BVerfG, i giudici di *Palais-Royal* hanno dunque accuratamente evitato di individuare quali specifici valori o principi ricadessero effettivamente nella nozione di identità costituzionale, optando al contrario per un'operazione di *self-restraint* e dimostrando, di riflesso, una maggiore deferenza verso il legislatore costituzionale, al quale è affidato il compito di delineare le frontiere di matrice identitaria da opporre alla primazia del diritto dell'Unione¹⁴.

Un approccio per certi versi affine a questa impostazione adottata dal *Conseil Constitutionnel* riecheggia peraltro, *mutatis mutandis*, nelle due decisioni pronunciate dalla Corte costituzionale ceca in relazione al Trattato di Lisbona¹⁵. In aperto contrasto con l'attivismo giudiziale che, come si è detto, aveva caratterizzato il *Lissabon-Urteil*, l'*Ústavní Soud* di Brno ha respinto la richiesta dei ricorrenti di redigere un catalogo puntuale di competenze statali non trasferibili all'Unione¹⁶. Nel giustificare tale rifiuto, la Corte costituzionale ceca ha demandato in primo luogo alla discrezionalità politica del Parlamento la responsabilità di stabilire eventuali controlimiti al processo di integrazione europea,

¹³ *Conseil Constitutionnel*, decisione 2007-560 del 20 dicembre 2007, par. 9. Sul punto, E. VRANES, *Constitutional Foundation of, and Limitation to, Integration in France*, in «European Public Law», n. 3, 2013, pp. 541-542.

¹⁴ Per una comparazione tra il *Lissabon-Urteil* e la decisione francese sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona, si veda J.H. REESTMAN, *The Franco-German Constitutional Divide: Reflection on National and Constitutional Identity*, in «European Constitutional Law Review», vol. 5, n. 3, 2009, pp. 374-390.

¹⁵ Si fa riferimento alle sentenze PI. ÚS 19/08 del 26 novembre 2008 (Trattato di Lisbona I) e PI. ÚS 29/09 del 3 novembre 2009 (Trattato di Lisbona II).

¹⁶ Per un raffronto delle decisioni sulla legittimità costituzionale del Trattato di Lisbona pronunciate rispettivamente dal *Bundesverfassungsgericht* e dall'*Ústavní Soud* si rinvia a R.U. KRAMER, *Looking through Different Glasses at the Lisbon Treaty: The German Constitutional Court and the Czech Constitutional Court*, in A. FISCHER-LESCANO, C. JOERGES, A. WONKA (eds.), *The German Constitutional Court's Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives*, «ZERP Discussion Paper», n. 1, 2010, pp. 11-19.



riservandosi comunque la facoltà di intervenire *ex post* in ordine ai vincoli materiali al trasferimento di sovranità così come identificati dal legislatore¹⁷.

Un'ulteriore tappa della progressiva accettazione del Trattato di Lisbona all'interno degli ordinamenti nazionali vede protagonista, infine, il Tribunale costituzionale polacco. A contraddistinguere quest'ultimo episodio della saga giurisprudenziale in esame è l'ambigua argomentazione messa in campo in tale circostanza dai giudici di Varsavia. Come una sorta di Giano Bifronte, il *Trybunał Konstytucyjny* professa, da una parte, il proprio *favor* nei confronti dell'integrazione europea, rievocando anche lungo le rive della Vistola la c.d. "*Europarechtsfreundlichkeit*" tedesca¹⁸; dall'altra parte, tuttavia, sempre nel solco del *Lissabon-Urteil*, oltre a predisporre un elenco (pur non esaustivo) di poteri inalienabili su cui si innestano le fondamenta della sovranità statale, viene posto l'accento sul ruolo fondamentale delle corti costituzionali a presidio delle identità degli Stati membri, le quali a loro volta concorrono a determinare l'identità dell'Unione¹⁹: una potenziale "chiamata alle armi", quest'ultima, che sembra quasi sottintendere

¹⁷ *Ústavní Soud*, decisione PI. ÚS 19/08 del 26 novembre 2008 (Trattato di Lisbona I), par. 109. Sull'intenzione della Corte costituzionale ceca, analogamente al *Conseil Constitutionnel*, di rimettere tale responsabilità *in primis* all'arena politica, M. WENDEL, *Lisbon before courts: comparative perspectives*, in «European Constitutional Law Review», vol. 7, n. 1, 2011, p. 14. Un certo grado di deferenza nei confronti del legislatore emerge altresì dalla sentenza 143/2010 (VII. 14.) del 12 luglio 2010, con cui la Corte costituzionale ungherese, richiamando anche la giurisprudenza di altre corti costituzionali nazionali, ha sancito la costituzionalità della legge interna di ratifica del Trattato di Lisbona. I giudici di Budapest hanno precisato che un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità del Trattato non avrebbe comunque messo in discussione gli obblighi derivanti dall'adesione all'Unione, e che in tal caso sarebbe spettato al legislatore individuare una soluzione per adempiervi senza violare la Costituzione. Pur sostenendo che la clausola di apertura all'Unione non possa interpretarsi in modo da privare della loro sostanza le clausole sulla sovranità e sulla *rule of law* contenute nella Costituzione, la Corte costituzionale ungherese non ha menzionato alcun profilo di intangibilità né alcun limite intrinseco all'integrazione europea, in quanto ambiti riservati al legislatore nazionale.

¹⁸ Trybunał Konstytucyjny, Judgment K 32/09 of 24 November 2010, par. III.2.2.

¹⁹ In particolare, la Corte costituzionale polacca ha precisato che «una caratteristica comune a tali giudizi è l'enfasi sull'apertura dell'ordinamento costituzionale all'integrazione europea e l'attenzione al significato dell'identità costituzionale e sistemica – e quindi della sovranità – degli Stati membri» (ivi, par. III.3.8.).



tra le righe l'affermarsi di un fronte comune di resistenza costituzionale al primato del diritto eurounitario e al suo impatto a livello nazionale²⁰.

E in effetti, a ben vedere, è proprio in virtù della circolazione del paradigma identitario che le giurisprudenze nazionali sul Trattato di Lisbona contribuiscono a consolidare il ruolo strategico delle corti costituzionali nella veste di arbitri della validità e dell'applicazione del diritto dell'Unione negli ordinamenti domestici, rafforzando in tal modo l'incidenza delle medesime sul progresso dell'integrazione europea²¹. In quest'ottica, già nella *Lissabon-Urteil*, il BVerfG (e, in parallelo, altri tribunali costituzionali nazionali) aveva posto una particolare enfasi sulla "responsabilità" dei parlamenti rispetto al processo di integrazione: tuttavia, in quest'analisi, essa pare *in primis* confermare la convinzione secondo cui a conservare l'ultima parola debbano nondimeno essere le corti (interne), nella misura in cui le stesse sono chiamate a vigilare in ultima analisi sull'operato del legislatore²².

2.2. La seconda generazione: il rinvio pregiudiziale come detonatore di un effetto domino

A distanza di pochi anni dalla giurisprudenza relativa al Trattato di Lisbona, lo scenario che preannunciava più o meno implicitamente il germogliare di un fronte sempre più vasto ed eterogeneo di resistenza alla *primauté* ha trovato nuova linfa in una serie di pronunce susseguitesi tra loro in una sorta di effetto domino. Due tra i casi più emblematici in questione – i noti *Gauweiler* e *Taricco* – si inquadrano, peraltro, in un ambito *sui generis* come quello del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ad opera delle corti costituzionali nazionali. È esattamente il recente

²⁰ In tal senso anche K. KOWALIK-BAŃCZYK, *Sending smoke signals to Luxembourg: the Polish constitutional tribunal in dialogue with the ECJ*, in M. CLAES, M. DE VISSER, P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING (eds.), *Constitutional conversations in Europe: actors, topics and procedures*, Intersentia, Cambridge 2012, p. 273.

²¹ A. DYÈVRE, *European Integration and National Courts: Defending Sovereignty under Institutional Constraints?*, in «European Constitutional Law Review», vol. 9, n. 1, 2013, p. 139.

²² F.C. MAYER, *Rashomon in Karlsruhe: A reflection on democracy and identity in the European Union: The German Constitutional Court's Lisbon decision and the changing landscape of European constitutionalism*, in «International Journal of Constitutional Law», vol. 9, n. 3-4, 2011, p. 762.



superamento della tradizionale reticenza da parte di queste ultime a servirsi di tale strumento dialogico a testimoniare l'emergere di un nuovo polo di resistenza costituzionale al primato del diritto dell'Unione. Sotto il profilo procedurale, questa nuova "generazione" di decisioni è, inoltre, connotata da un diffuso utilizzo dell'argomento comparatistico, il quale appare principalmente destinato a rinsaldare lo *status* delle singole corti dinanzi ai giudici del Lussemburgo.

Questa tecnica argomentativa risulta particolarmente evidente nella vicenda *Gauweiler* in materia di *Outright Monetary Transactions* e controllo *ultra vires*: nel suo primo rinvio pregiudiziale il BVerfG, riconducendosi in modo estensivo alla giurisprudenza dei propri omologhi stranieri, ha precisato che "una larga maggioranza delle corti costituzionali e supreme degli altri Stati membri condivide il punto di vista della Corte costituzionale federale secondo cui la precedenza [di applicazione] del diritto dell'Unione non si applica illimitatamente, ma è limitata dal diritto [costituzionale] nazionale"²³. In tale occasione la Corte costituzionale federale ha temperato la rigida presa di posizione che ne aveva contrassegnato il *Lissabon-Urteil*, riconoscendo nei controlimiti un'opzione del tutto residuale, attivabile esclusivamente dopo aver effettuato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, alla quale deve essere sempre consentito di esprimersi e neutralizzare in via preventiva eventuali conflitti di competenza. Se questa pronuncia può considerarsi, da un lato, una versione più mite del *Lissabon-Urteil*, il rinvio pregiudiziale ivi promosso dai giudici di Karlsruhe si è rivelato, dall'altro lato, assai meno *europarechtsfreundlich* di quanto si potesse credere, rimarcando

²³ BVerfG, causa 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014, par. 140. Questa argomentazione, di pari passo con il dialogo instaurato per la prima volta con la Corte di giustizia in *Gauweiler*, viene poi riproposta anche in BVerfG, causa 2 BvR 2735/14, 15 dicembre 2015, par. 47. Questa seconda pronuncia, inerente all'ambito della protezione dei diritti fondamentali, e più precisamente la violazione della dignità umana tutelata ai sensi dell'art. 1 del Grundgesetz, ha richiamato questioni peraltro già dibattute nel celebre caso *Melloni*, tanto è vero che, come è stato osservato in dottrina, "letti congiuntamente, questi casi rivolgono un forte monito alla Corte [di giustizia] al fine di evitare un'eccessiva intrusione nelle tradizioni costituzionali in materia di tutela dei diritti fondamentali" (G. ANAGNOSTARAS, *Solange III? Fundamental Rights Protection under the National Identity Review*, in «European Law Review», vol. 42, n. 2, 2017, p. 245).



specialmente la netta distinzione tra il controllo identitario svolto da parte della Corte costituzionale federale e quello posto in essere dalla Corte di giustizia²⁴.

Ciò nonostante, *Gauweiler* può nel suo complesso reputarsi un proficuo esempio di interazione giudiziale, dal momento che la successiva replica della Corte del Lussemburgo, astenendosi dall'addentrarsi nel terreno accidentato della primazia del diritto UE, è rimasta strettamente circoscritta alle questioni sostanziali sollevate dal caso di specie e ha finanche aderito in parte ad alcune delle riflessioni proposte dal giudice del rinvio; da parte sua, nel 2016 il BVerfG ha scritto il capitolo conclusivo di questo acceso confronto giurisdizionale mediante quella che ha la parvenza di un'altra "sentenza-manifesto politico", dove si è riconosciuto come il programma di *Outright Monetary Transactions* non ecceda le competenze attribuite alla BCE e si è riscontrata nel principio di leale cooperazione ai sensi dell'art. 4, c. 3, TEU la naturale cornice per una rinnovata armonia tra il controllo identitario svolto da Karlsruhe e il rispetto dell'identità nazionale sancito nei trattati²⁵. Come osservato in dottrina, questo passaggio potrebbe sollevare il dubbio che la Corte tedesca suggerisca in realtà una lettura dell'art. 4, comma 2, TUE tale da permettere ad uno Stato membro di discostarsi dal diritto dell'Unione – e, segnatamente, dalla *primauté* – ove ritenga che esso sia contrario alla propria identità nazionale²⁶.

²⁴ BVerfG, causa 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014, par. 29: «[...] il controllo di identità condotto dalla Corte costituzionale federale è sostanzialmente difforme dal controllo realizzato ai sensi dell'art. 4 par. 2 TUE da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea. L'art. 4 par. 2 TUE impone alle istituzioni dell'Unione Europea di rispettare le identità nazionali. Ciò si fonda su una nozione di identità nazionale che non corrisponde alla nozione di identità costituzionale a norma dell'art. 79 par. 3 GG, ma che va ben oltre [...]». A testimonianza di come questo tema cruciale rappresenti il campo di battaglia di un costituzionalismo europeo in divenire, nelle sue conclusioni del 14 gennaio 2015 l'Avvocato Generale Cruz Villalón avrebbe poi esplicitamente affermato che «[...] un ben inteso atteggiamento di apertura al diritto dell'Unione dovrebbe dare luogo, nel medio e lungo periodo, a una convergenza sostanziale, in linea di principio, tra l'identità costituzionale dell'Unione e quella di ciascuno degli Stati membri» (par. 61).

²⁵ BVerfG, causa BvR 2728/13, 21 giugno 2016. Ciò nondimeno, tale sentenza della Corte di giustizia non risulta esente da (esplicite e talvolta anche aspre) critiche: per tutti, P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in «Diritti Comparati Working Paper», n. 1, 2016, p. 10.

²⁶ M. PAYANDEH, *The OMT Judgment of the German Federal Constitutional Court. Repositioning the Court within the European Constitutional Architecture*, in «European Constitutional Law Review», vol. 13, n. 2, 2017, p. 415.



Il rischio che una siffatta interpretazione porta con sé appare di tutta evidenza, implicando la possibilità di determinare unilateralmente il significato dell'art. 4, comma 2, TUE dal punto di vista statale e, di conseguenza, violare lo spirito di collaborazione di cui all'art. 4, comma 3, TUE.

Le luci e ombre proiettatesi sui rapporti di forza tra le corti in *Gauweiler* si sarebbero di lì a breve ripresentate nell'altrettanto celebre saga *Taricco*, in cui la Corte costituzionale italiana ha invocato, per la prima volta nel contesto di un rinvio pregiudiziale, un potenziale conflitto tra il diritto eurounitario e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale²⁷. Se il dialogo instaurato tra i due interlocutori era apparso *prima facie* espressione d'un costituzionalismo cooperativo, esso ha gradualmente assunto toni che finiscono per sopraffare l'iniziale prospettiva europeista.

Senza voler entrare nelle pieghe della ben nota fattispecie, avente ad oggetto la complessa questione della prescrizione dei reati fiscali in materia di IVA²⁸, basti qui ricordare che ogniqualvolta siano in gioco norme sovranazionali e parametri di rango costituzionale, questi ultimi godranno di una inevitabile preminenza sulle prime, in ragione della visione dualistica delle relazioni inter-ordinamentali fatta propria dalla Consulta. Tanto è vero che il tagliente quesito rivolto alla Corte di giustizia se «i giudici nazionali debbano applicare la norma anche laddove in contrasto con un principio supremo dell'ordinamento italiano» di per sé riceve già risposta affermativa all'interno dell'ordinanza di rinvio: nonostante la strenua difesa del primato da parte del giudice del Lussemburgo, l'art. 4, comma 2, TUE impone «di abbracciare il livello minimo di diversità necessario per preservare l'identità nazionale inerente alla struttura fondamentale degli Stati membri»²⁹.

²⁷ Corte costituzionale italiana, ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017.

²⁸ Come è noto, in *Taricco I*, Causa C-105/14, 8 settembre 2015, la Grande Sezione della Corte di giustizia aveva stabilito l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la normativa interna laddove essa precluda allo Stato italiano di adempiere il dovere di assicurare efficace tutela agli interessi finanziari dell'Unione ai sensi dell'art. 325 TFUE in materia di frodi fiscali.

²⁹ Sul punto, vale la pena richiamare per esteso la tesi della Corte costituzionale secondo cui «[...] Il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. Esso riflette piuttosto il convincimento che l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi



Saggi

In termini ancor più espliciti, quanto alla controversa interpretazione dello stesso art. 4, comma 2, TUE, la Corte costituzionale puntualizza che, mentre la Corte di giustizia è legittimata a definire la portata del diritto dell'Unione, l'obbligo di valutarne nel dettaglio la compatibilità con l'identità costituzionale di ciascuno Stato membro debba spettare alle autorità nazionali³⁰. Come si è già anticipato, si arriva così a usare il rinvio pregiudiziale come una sorta di *ultimatum*: il diritto eurounitario non può che essere letto alla luce del nucleo inalienabile di principi sanciti dalla Costituzione, ponendo così in essere una lettura del rapporto fra sistemi a "primazia invertita"³¹.

Questo peculiare utilizzo del rinvio pregiudiziale a cui si è assistito in *Gauweiler* e *Taricco* rappresenta un inedito *fil rouge* nella resistenza da parte delle corti costituzionali nazionali al primato del diritto dell'Unione. Se questi due casi di studio, anche per effetto di una sostanziale convergenza raggiunta nella fattispecie concreta con i giudici del Lussemburgo, si inseriscono comunque all'interno di un fecondo (benché, in alcuni tratti, aspro) schema dialogico³², il contemporaneo moltiplicarsi

di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri [...]» (Corte costituzionale, ordinanza n. 24 del 26 gennaio 2017, par. 6).

³⁰ E infatti la Corte costituzionale ha chiuso il proprio *iter* argomentativo osservando che «se questa interpretazione dell'art. 325 del TFUE e della sentenza resa in causa *Taricco* fosse corretta, cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta» (ivi, par. 7).

³¹ *Supra*, nota n. 10.

³² In *M.A.S. and M.B.*, Causa C-42/17, 5 dicembre 2017, la Corte di giustizia, prendendo in seria considerazione i dubbi sollevati dal giudice del rinvio, ha affinato la propria interpretazione della questione in oggetto. In particolare, la Corte si è preoccupata di sottolineare come l'obbligo ai sensi dell'art. 325 TFUE di adottare tutte le misure necessarie per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione debba adempiersi nel modo più rispettoso possibile dell'autonomia procedurale dello Stato membro, alla luce dell'identità nazionale insita nella struttura costituzionale fondamentale. Con sentenza n. 115 del 31 maggio 2018, la Corte costituzionale ha poi chiuso la saga *Taricco* affermando che «L'inapplicabilità della 'regola *Taricco*', secondo quanto riconosciuto dalla sentenza M.A.S., ha la propria fonte non solo



di decisioni di diverse corti costituzionali e supreme nazionali che pure hanno messo in discussione, a vario titolo, la *primauté* è stato accolto con un certo grado di allarme³³.

A tale proposito, tra gli episodi più flagranti di “disobbedienza” al diritto eu-rounitario, un aperto rifiuto di dare attuazione ad una pronuncia resa in via pregiudiziale dalla Corte di giustizia ha accomunato sia la Corte costituzionale ceca che la Corte suprema danese. Nella sentenza *Holubec* intervenuta nel 2012 nella saga delle c.d. “pensioni slovacche”, oltre a lamentare la presunta violazione del principio di attribuzione, il bellicoso iter logico-argomentativo seguito dall’*Ústavní Soud* ha indicato di attendersi che la Corte di giustizia «acquisisse familiarità con le motivazioni rispettose [...] dell’identità costituzionale della Repubblica ceca»³⁴. Quanto invece al caso *Ajos*, in cui la Corte suprema di Copenaghen (*Højesteret*) nel 2016³⁵ ha dichiarato *ultra vires* una decisione della Corte di giustizia sull’applicazione orizzontale di principi generali (non scritti) dell’Unione³⁶, possiamo ivi cogliere altresì i segni di uno scontro incentrato ancora una volta sul tema dell’identità: un principio distintivo dell’ordinamento costituzionale danese (certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento del singolo) confligge direttamente con un altro principio (non discriminazione in base all’età), che la giurisprudenza del Lussemburgo pone al cuore dell’identità costituzionale *in fieri* dell’Unione³⁷. Tale contrapposizione conduce ad un esito ambivalente: se, per un verso, la sentenza

nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell’Unione» e deducendo l’infondatezza di tutte le questioni di costituzionalità sollevate.

³³ A. HOFMANN, *Resistance against the Court of Justice of the European Union*, in «International Journal of Law in Context», vol. 14, n. 2, 2018, p. 258.

³⁴ Si fa riferimento alla decisione della Corte costituzionale ceca Pl. ÚS 5/12 del 31 gennaio 2012, che ha dichiarato *ultra vires* la sentenza della Corte di giustizia, causa C-399/09, *Marie Landtová v Česká správa sociálního zabezpečení*, 22 giugno 2011.

³⁵ Corte suprema danese, causa 15/2014, *DI acting for Ajos A/S vs. The estate left by A*, 6 dicembre 2016.

³⁶ Corte di giustizia, causa C-441/14, *Dansk Industri (on behalf of Ajos A/S) v. Estate of Karsten Eigil Rasmussen*, 19 aprile 2016.

³⁷ La dottrina a commento di queste sentenze è amplissima e non è in questa sede ripercorribile: per tutti si veda G. ZACCARONI, *Is the horizontal application of general principles ultra vires? Dialogue and conflict between supreme European courts in Dansk Industri*, in «Federalismi.it», n. 9, 2018 (25 aprile).



Saggi

dell'*Højesteret* trae origine da un'interazione giudiziaria con la Corte di giustizia (come del resto in *Gauweiler* e in *Taricco*) sulla base di un rinvio pregiudiziale, è pur vero che la Corte suprema danese si avvale, più o meno espressamente, del *refrain* della protezione dell'identità costituzionale nazionale per ribellarsi ad una pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia.

Tale binomio dai contorni sempre più sfumati composto da controllo *ultra vires* e controllo identitario si è riaffacciato, nel contempo, all'interno della dibattuta sentenza con cui la Corte costituzionale ungherese (*Alkotmánybíróság*) ha contestato la decisione n. 2015/1601 del Consiglio europeo del 22 settembre 2015 sul ricollocamento dei richiedenti asilo tra gli Stati membri dell'Unione³⁸. Più precisamente, il fulcro attorno al quale si è strutturata in tale occasione la resistenza dei giudici magiari si articola in un controllo sui diritti fondamentali e in una verifica sugli atti *ultra vires*, quest'ultima costituita a sua volta da un controllo sulla sovranità e uno di stampo identitario³⁹. Brandendo per la prima volta un'arma ormai sempre più in voga come quella dell'identità, anche attraverso un massiccio ricorso alla comparazione quale fonte di ulteriore legittimazione per la propria contro-reazione al primato⁴⁰, l'*Alkotmánybíróság* ha allo stesso tempo lasciato intendere la propria disponibilità ad un dialogo giudiziale: oltre che sull'art. 4, comma 2, TUE, la difesa dell'identità costituzionale poggia su quella che viene descritta come una «cooperazione informale con la Corte di Giustizia, fondata sui principi di uguaglianza e collegialità, nel rispetto reciproco»⁴¹.

Malgrado questo suo proclamato – almeno *expressis verbis* – spirito cooperativo, non possiamo però trascurare, come sottolineato da diversi studiosi, il “lato oscuro” della pronuncia in esame. L'equiparazione tra la nozione di identità costituzionale radicata nell'art. 4, comma 2, TUE e l'identità costituzionale ungherese, il cui

³⁸ Corte costituzionale ungherese, sentenza 22/2016 (XII.5.) AB, 30 novembre 2016.

³⁹ Ivi, par. 46. Su questo punto si segnalano gli interessanti contributi di G. HALMAL, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2017, p. 152, e K. KELEMEN, *The Hungarian Constitutional Court and the concept of national identity*, in «Ianus», n. 15-16, 2017, pp. 23-33.

⁴⁰ Corte costituzionale ungherese, sentenza 22/2016 (XII.5.) AB, 30 novembre 2016, parr. 32-44.

⁴¹ Ivi, parr. 62-63.



Saggi

contenuto deve essere interpretato su base casistica alla luce dell'intera Costituzione, ha indotto parte della dottrina a definire questa operazione, senza mezzi termini, come «un abuso dell'identità costituzionale», ovvero, in altre parole, come «nient'altro che un campanilismo costituzionale nazionale, un tentativo di abbandonare l'insieme costituzionale comune europeo»⁴²; l'interpretazione dell'identità costituzionale accolta da Budapest risulterebbe infatti «talmente generica da potersi considerare un tentativo di concedere carta bianca al potere esecutivo e legislativo per derogare agli obblighi dell'Ungheria ai sensi del diritto dell'Unione»⁴³; e ancora, secondo alcuni, si sarebbe fatto un uso selettivo del diritto comparato al fine di «giustificare una politica migratoria nazionalista, per non dire xenofoba»⁴⁴.

Tenendo in debito conto tali note critiche, soprattutto nel quadro dell'attuale dibattito sullo stato di diritto che coinvolge *in primis*, oltre a Polonia e Romania, proprio l'ordinamento ungherese, è più che lecito domandarsi in quale misura l'applicazione di questa nuova versione dei controlimiti, sotto le spoglie di una nozione giuridica di identità costituzionale in costante divenire e difficilmente decifrabile, non rappresenti in realtà un'arma politica idonea ad erodere la primazia del diritto dell'Unione, e, pertanto, suscettibile di minare il progetto di integrazione europea alle sue stesse fondamenta⁴⁵. E, di fatto, anche la successiva

⁴² G. HALMAI, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E (2) of the Fundamental Law*, in «Review of Central and East European Law», vol. 3, n. 1, 2018, p. 41.

⁴³ D. KOCHENOV, P. BARD, *Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU. The Pitfalls of Overemphasising Enforcement*, in «RECONNECT Working Paper», n. 1, 2018, p. 12. In questo senso, G. HALMAI, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E (2) of the Fundamental Law*, cit., p. 25, ha affermato che la decisione della Corte costituzionale ungherese «rubberstamped the government's constitutional identity defense».

⁴⁴ R.D. KELEMEN, L. PECH, *Why autocrats love constitutional identity and constitutional pluralism: Lessons from Hungary and Poland*, in «RECONNECT Working Paper», n. 2, 2018, pp. 14-15.

⁴⁵ A questo riguardo, in G. HALMAI, *The Hungarian National(ist) Constitutional Identity*, cit., p. 154, si sottolinea come curiosamente, nel caso di specie, l'estensivo ricorso all'argomento comparativo da parte della Corte costituzionale ungherese fosse diretto ad abbassare gli *standard* di tutela dei diritti fondamentali, a differenza ad esempio della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, dove l'invocazione dell'identità costituzionale mira a promuovere standard più elevati rispetto a quelli previsti dal



giurisprudenza costituzionale ungherese, lungi dal gettare acqua sul fuoco, ha dato prova di continuare a concepire la tutela dell'identità costituzionale nazionale come un limite all'integrazione europea⁴⁶.

Facendo infine un passo indietro al punto di partenza del nostro scritto, non si può certamente sottovalutare l'inevitabile eco prodotta, anche al di fuori dell'ordinamento tedesco, dalla nota decisione *Weiss* del maggio 2020 sul *Public Sector Purchase Program* (PSPP) da parte della BCE. In considerazione dell'auto-revolezza di cui la giurisprudenza del BVerfG gode storicamente anche al di fuori dei confini tedeschi, non è da escludere il rischio che un novero sempre più esteso di corti costituzionali e supreme nazionali oppongano *ad libitum* la difesa dell'identità e il controllo *ultra vires* ogniqualvolta si giunga a trattare tematiche sensibili sul piano politico, le quali possano essere percepite come un'intrusione nella sfera di sovranità degli Stati membri. L'insorgere di tali timori è peraltro alimentato dal fatto che rispetto agli altri casi in precedenza analizzati, dalla portata materiale indubbiamente più circoscritta, *Weiss* risulta foriera di un ulteriore grado di complessità: come attenta dottrina ha a ragion veduta rilevato, «the BVerfG is going well beyond its Czech and Danish counterparts, stepping into the shoes of the Luxembourg judge and directly reviewing the legality of an EU act in an area of exclusive EU competence»⁴⁷.

diritto dell'Unione. Similmente, in T. DRINÓCZI, *Hungarian Constitutional Court: The Limits of EU Law in the Hungarian Legal System*, in «ICL Journal», vol. 11, n. 1, 2017, p. 149, il controllo di matrice identitaria viene descritto come una sorta di «circolo vizioso».

⁴⁶ Basti citare, in via esemplare, Ordinanza 3199/2018 (VI. 21.) AB e Ordinanza 3198/2018 (VI. 21.) AB del 4 giugno 2018; Decisione 9/2018 (VII. 9.) AB del 26 giugno 2018 sull'interpretazione dell'Articolo E) paragrafi (2) e (4), Articolo Q) paragrafo (3) e Articolo 25 della Legge Fondamentale; Decisione 2/2019 (III. 5.) AB del 25 febbraio 2019; Decisione 11/2020 (VI. 3.) AB del 21 maggio 2020.

⁴⁷ D. SARMIENTO, *An Infringement Action against Germany after its Constitutional Court's ruling in Weiss? The Long Term and the Short Term*, in «EU Law Live», 12 maggio 2020. In questo senso, in J. ZILLER, *L'insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemande a propos de l'arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne*, in «Eurojus.it», n. 2, 2020, si è sottolineato che «Contrairement aux précédents des arrêts de la Cour constitutionnelle tchèque di 31 janvier 2012, Pl. ÚS 5/12 et de la Cour suprême Danoise dans l'affaire 15/2014, Ajos, qui n'avaient d'effet que dans des cas d'espèce à portée



Sebbene ciò che accadrebbe concretamente qualora altre corti percorressero un iter argomentativo simile a quello intrapreso dal BVerfG – non ultima la possibilità di avviare nuove procedure di infrazione – sia ad oggi una pagina in via di scrittura, è difficile negare che l'impatto politico e costituzionale di una siffatta reazione a catena potrebbe mettere irrimediabilmente a repentaglio il progetto di integrazione europea. E in tal caso, per riprendere le parole del presidente della Corte di giustizia, uno Stato membro che, imboccando una linea d'azione unilaterale, metta in discussione il primato del diritto dell'Unione «shows disrespect towards the other Member States and their peoples that continue to honour the Treaties on a reciprocal basis»⁴⁸.

3. Un cambio di prospettiva: lo scontro sulla *rule of law* e i valori europei davanti alla Corte di giustizia

Se questa è, dunque, la strada percorsa nel dialogo fra Corti a partire dal Trattato di Lisbona, più recentemente si è assistito ad una nuova svolta, rappresentata dall'utilizzo dell'argomento identitario in ambito sovranazionale. Il vocabolario utilizzato dalla Corte di giustizia in risposta ad alcune gravi violazioni all'interno degli Stati membri, infatti, (apparentemente) sembra svilupparsi in parallelo con quello analizzato nel precedente paragrafo, ma il panorama in cui viene ambientato è radicalmente mutato.

limitée(les pensions retraites des citoyens slovaques en République tchèque et l'application d'un principe général du droit de l'Union à des relations spécifiques entre personnes privées), l'arrêt du 5 mai a de graves conséquences systémiques sur le droit de l'Union et sur l'Union elle-même». Così pure, in S. POLI, *The German Federal Court and its first ultra vires review: a critique and a preliminary assessment of its consequences*, in «Eurojus.it», n. 2, 2020, p. 237, si è osservato che «although other constitutional courts in Denmark and in the Czech Republic have challenged the Court of Justice's authority by declaring ultra vires one of its rulings, in the present case the BVerfG jeopardises the spirit of comity and loyal cooperation between a domestic court and the Court of Justice that inspired its decision in Honeywell and threatens the functioning of the euro area».

⁴⁸ K. LENAERTS, *No Member State is More Equal than Others. The Primacy of EU law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, cit.



Saggi

Tale svolta si annida nella natura stessa di tale argomentazione giuridica: è evidente che il richiamo svolto dalle Corti nazionali volto alla salvaguardia dell'identità costituzionale o al controllo sugli atti *ultra vires* dell'Unione Europea, sia in ultimo di difficile interpretazione, andando a intaccare il delicato equilibrio fra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale. La stessa problematica si ripropone, specularmente, davanti all'interpretazione della clausola sull'identità, così come confluita nello stesso Trattato (art. 4, comma 2, TUE): sia esso interpretato restrittivamente come rispetto per l'autonomia istituzionale degli Stati membri⁴⁹ sia più generosamente come spesso sembra fare la giurisprudenza (non solo domestica), esso comunque rimanda alla questione cruciale di «what it means to have an independent and separate Member State legal order while the power exercised within it is so often determined by the Union of which it is a member and constitutive element»⁵⁰.

La giurisprudenza costituzionale interna analizzata nel corso di questo lavoro fa emergere nitidamente questo dilemma e la grammatica dell'identità costituzionale dovrebbe porsi come un suo snodo cardinale, sia pur da usare con cautela se non si vuole che si trasformi in una sorta di lasciapassare per sottrarsi a politiche europee poco gradite⁵¹.

E così si arriva all'ultima evoluzione di questo dibattito, rappresentato dai casi polacchi, ungheresi e rumeno e dall'entrata in scena dell'altro attore del dialogo, la Corte di giustizia. È innegabile che con questi casi si sia raggiunto un tipo di dialogo fra corti costituzionali/supreme interne – se si può limitare il conflitto alle corti, visto che per i primi due casi i ricorsi sono stati promossi dai ministri dei rispettivi governi – e Corte di giustizia strutturalmente diverso da quelli

⁴⁹ Esemplarmente si veda B. DE WITTE, *Art. 4(2) TEU as a protection of the Institutional Diversity of the Member States*, in «European Public Law», vol. 27, n. 3, 2021, p. 559 ss.

⁵⁰ L. F.M. BESSELINK, *The Persistence of a Contested Concept: Reflections on Ten Years Constitutional Identity in EU Law*, in «European Public Law», vol. 27, n. 3, 2021, p. 599. L'Autore osserva acutamente anche che la formulazione dell'art. 4, comma 2, TUE «may give the misleading impression that there are areas of sovereign Member State power that are immune to EU law, by speaking of 'essential State function' [...]» (p. 608).

⁵¹ Per tutti si veda J. SCHOLTES, *Abusing Constitutional Identity*, in «German Law Journal», vol. 22, n. 4, 2021, p. 534 ss.



precedentemente analizzati. Senza voler entrare nel merito delle sentenze, già ampiamente commentate all'interno del presente volume monografico, i casi di Ungheria e Polonia (così come quello della Romania, a cui si accennerà a breve) – pur partendo dal classico richiamo alla tutela delle identità costituzionali – ricadono all'interno di un vero e proprio scontro con i valori dell'UE e con quelle che vengono chiamate violazioni “perduranti e sistemiche” dei principi fondamentali dell'Unione, intaccando direttamente le radici costitutive dell'integrazione europea (artt. 1, 2, 4, comma 3 e 19, comma 1 TUE). Sebbene il lessico utilizzato dalla Corte di Lussemburgo sia effettivamente simile alle controparti nazionali, l'ambientazione descritta porta ad un cambiamento radicale della narrativa identitaria rispetto ai precedenti casi analizzati, tanto da far prefigurare un possibile scontro di identità (domestica ed europea).

Innanzitutto, in questi casi emerge una nuova prospettiva attraverso cui rileggere il discorso identitario, basato sul delicato rapporto fra art. 2 e art. 4, comma 2 TUE. Nell'ottica dei redattori del Trattato, identità e valori non sono concetti identici, anche se sicuramente alcuni valori formano la base delle identità costituzionali stesse; in tale prospettiva, tuttavia, i due articoli non erano pensati in contraddizione⁵². Certo, la formulazione dell'art. 7 TUE dimostrava che si era coscienti del rischio di una possibile violazione di quei valori, ma l'ambiguo intreccio fra art. 2 e art. 4, comma 2 TUE non era (forse) stato pienamente considerato nell'impianto dell'ordinamento euro-unitario: non era, cioè, stata contemplata la possibilità di usare l'identità costituzionale per un più generale *ultimatum* del genere «taking back control from EU», e non – come nei casi precedentemente richiamati – per un sia pur complesso dialogo su specificità costituzionali interne a confronto con l'ordinamento giuridico europeo.

Il successivo passaggio argomentativo che la Corte di giustizia svolge di fronte a questi specifici conflitti, consiste nel definire i valori europei come il proprio punto di non ritorno, ossia quell'elemento di rigidità costituzionale europea che

⁵² Più ampiamente si veda Z. KÖRTVÉLEYESI, B. MAJTÉNYI, *Game of Values: the Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary*, in «German Law Journal», vol. 18, n. 7, 2019, in particolare pp. 1724-1726.



Saggi

non può essere superato, sia pur esso nella forma – secondo autorevole dottrina – di “*red line*”: in altri termini, l’art. 2 TUE andrebbe a tracciare i confini delle diversità nazionali potenzialmente ammesse dall’art. 4, comma 2 TUE⁵³. Ad una rigidità costituzionale interna (quella fissata, esemplarmente, dalla Corte tedesca nella *Ewigkeitsklausel*)⁵⁴ si viene così ad opporre una sorta di rigidità costituzionale europea, fissata nel rispetto dei valori *ex art. 2 TUE*.

Avendo fissato nei valori europei il confine ultimo del bilanciamento nei rapporti fra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale, quasi naturalmente la Corte di giustizia è portata a interrogarsi sul c.d. “dilemma di Copenaghen”, ossia sulle ragioni ultime dell’adesione all’Unione Europea e su come nel tempo esse possano rimanere valide: si affronta, così, la garanzia del principio di non regressione, secondo la cui lettera quei valori che erano posti a condizione della partecipazione all’esperienza euro-unitaria non possono con il tempo sfuggire al controllo delle istituzioni europee, né tanto meno “regredire”. L’art. 2 – cui si lega, come si è appena visto l’art. 4, comma 2 – viene in tal modo riletto (anche) alla luce dell’art. 49 TUE sulle condizioni di ammissione all’Unione Europea⁵⁵.

⁵³ Questa la tesi sostenuta in più articoli dal prof. A. VON BOGDANDY: per una sintesi si veda esemplarmente ID., *Fundamentals on Defending European Values*, in *VerfBlog*, 12 novembre 2019.

⁵⁴ Come abbiamo analizzato nel corso del precedente paragrafo, il giudice delle leggi, interpretando senza incertezze il ruolo di guardiano della costituzione (nazionale), avverte ripetutamente le istituzioni europee che superare il confine fra ordinamento interno e sovranazionale significherebbe intaccare il nucleo duro della costituzione, ossia quell’ambito della materia costituzionale che risulta escluso dalla stessa revisione costituzionale e che ne circoscrive la suprema rigidità.

La questione si fa, quindi, oltremodo interessante proprio per il genere di richiamo “ultimo” con cui le Corti costituzionali mettono in guardia la controparte sovranazionale. E che, qui, sembra trovare un corrispettivo nel richiamo della Corte di giustizia a un equivalente confine ultimo a livello sovranazionale costituito dai valori europei.

⁵⁵ Esemplarmente si può leggere la sentenza della Corte di giustizia, causa C-896/19, *Republika c. Il-Prim Ministru*, 20 aprile 2021, par. 63- 64: «Ne consegue che il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori sanciti dall’articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall’applicazione dei trattati a tale Stato membro. Uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare, nell’articolo 19 TUE. Gli Stati membri sono quindi tenuti a provvedere affinché sia evitata qualsiasi regressione, riguardo a detto valore, della loro



Esemplarmente, nella storica sentenza sulle sezioni disciplinari dell'ordinamento polacco, la Corte di giustizia può ben osservare come la riforma avvenuta «costituisc[a] una regressione nella tutela del valore dello Stato di diritto ai sensi della giurisprudenza della Corte» (par. 112) e, di conseguenza, una violazione degli obblighi incombenti sullo Stato polacco (par. 113).

Nelle due sentenze gemelle sulla condizionalità, questo impianto viene poi saggiato con l'argomento identitario (a livello sovranazionale): nella sentenza sulla condizionalità riguardante lo Stato ungherese, si arriva a infatti a esplicitare che «i valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori»⁵⁶.

Ancora più precisamente, nella sentenza gemella sul meccanismo di condizionalità riguardante la Polonia, si osserva che «l'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenti di natura politica, ma contiene valori che [...] fanno parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune, valori che sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri. Orbene, anche se, come risulta dall'articolo 4, paragrafo 2, TUE, l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, cosicché tali Stati dispongono di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto, ciò non comporta in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro»⁵⁷.

Solo pochi giorni più tardi, i profili di problematicità richiamati in relazione alle due pronunce sul meccanismo di condizionalità sono riemersi nella replica

legislazione in materia di organizzazione della giustizia, astenendosi dall'adottare qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici».

⁵⁶ Sentenza della Corte di giustizia, causa C-156/21, 16 febbraio 2022 (Ungheria), par. 127.

⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia, causa C-157/21, 16 febbraio 2022 (Polonia), par. 264-265. Può essere utile riportare anche il seguito (par. 266), secondo cui «pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di "Stato di diritto" che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo».



Saggi

della Grande Sezione al rifiuto della Corte costituzionale rumena di ottemperare, anche sulla base di argomentazioni di carattere identitario, ad una precedente sentenza del Lussemburgo in tema di riforma dell'ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura, mettendo in discussione il primato del diritto UE sulla Costituzione interna e quindi imputando alla stessa Corte di giustizia di aver agito *ultra vires*⁵⁸.

Ribadendo di essere l'unica autorità competente a verificare, ai sensi dell'art. 4, comma 2 TUE, che un obbligo di diritto europolitano non attenti all'identità di uno Stato membro, la Corte di giustizia ha affermato *apertis verbis* che «tale disposizione non ha né lo scopo né l'effetto di autorizzare la Corte costituzionale di uno Stato membro, in violazione degli obblighi ad essa incombenti in forza, in particolare, dell'articolo 4, paragrafi 2 e 3, nonché dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, a disapplicare una norma del diritto dell'Unione, con la motivazione che tale norma non rispetti l'identità nazionale dello Stato membro interessato come definita dalla Corte costituzionale nazionale»⁵⁹.

Laddove sorgano dubbi circa possibili violazioni dell'identità costituzionale nazionale, non vi è altra strada se non quella di ricorrere, secondo la Corte, allo strumento del rinvio pregiudiziale: il giudice del Lussemburgo, pur all'interno di un vibrante conflitto con la Corte costituzionale di Bucarest, tenta pertanto di ricondurre i rapporti tra Corti (e dunque tra ordinamenti) lungo i binari di quello che viene espressamente definito come un dialogo «mirante ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la

⁵⁸ Si fa riferimento alla decisione dell'8 giugno 2021, con cui la Corte costituzionale rumena ha rifiutato di dare esecuzione alla sentenza della Corte di giustizia, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» e a. contro Inspecția Judicială e a.*, 18 maggio 2021. Per un'analisi più approfondita della vicenda e della più recente pronuncia della Corte di giustizia qui in discussione si segnalano, *ex plurimis*, N. HOGIC, *Supremacy of EU Law and Judicial Independence in Romania*, in «Diritti Comparati», 7 marzo 2022; D. GALLO, *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, in «Quaderni costituzionali», n. 2, 2022, pp. 374-378.

⁵⁹ Corte di giustizia, causa C-430/21, *RS*, 22 febbraio 2022, par. 69-70.



coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati⁶⁰.

Questa attrazione del parametro identitario *ex art. 4, comma 2, TUE* nell'orbita del monopolio interpretativo della Corte di giustizia come contro-reazione all'attacco alla *primauté* e ai valori dell'Unione nei casi ungherese, polacco e rumeno trova un ultimo (per ora) tassello nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Emiliou a seguito di un rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte costituzionale lettone⁶¹. Lo spunto più interessante offerto da queste conclusioni è l'ampia riflessione ivi svolta sul ruolo e sul contenuto dell'art. 4, comma 2, TUE: si riconosce infatti che «ad oggi, la Corte non ha approfondito la nozione di “identità nazionale”, né la natura o la portata della “clausola d'identità nazionale” [...]»⁶², da cui discende che non è ancora chiaro se e in che misura tale disposizione possa interpretarsi «nel senso che introduce una clausola orizzontale o generale che gli Stati membri possono invocare per giustificare validamente deroghe alle norme dell'Unione»⁶³.

Ciò premesso, le conclusioni dall'Avvocato Generale puntualizzano che se, da un lato, non spetta certo all'Unione (e in particolare alla Corte di giustizia) stabilire quali elementi rientrino nel nucleo dell'identità nazionale, dall'altro gli Stati membri (e, in primo luogo, le rispettive corti costituzionali/supreme) dispongono di un ampio margine di discrezionalità; tuttavia, tale margine deve anche essere confinato, poiché se così non fosse l'art. 4, comma 2, TUE si tradurrebbe inevitabilmente in una pericolosa *escape clause* unilaterale dai Trattati⁶⁴. In

⁶⁰ Ivi, par. 71-73. Al riguardo, la Corte ha altresì precisato che «il giudice nazionale [...] deve quindi eventualmente discostarsi dalle valutazioni di un organo giurisdizionale nazionale di grado superiore qualora esso ritenga, in considerazione dell'interpretazione fornita dalla Corte, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione [...]» (par. 75).

⁶¹ Conclusioni dell'8 marzo 2022, causa C-391/20, *Boriss Cilevičs e a.*

⁶² Ivi, par. 81.

⁶³ Ivi, par. 84.

⁶⁴ Secondo l'Avvocato Generale, «[...] non spetta all'Unione determinare, per ciascuno Stato membro, gli elementi che fanno parte di tale nucleo dell'identità nazionale. Gli Stati membri dispongono, al riguardo, di un ampio margine di manovra. Tuttavia, la discrezionalità degli Stati membri non può



Saggi

questo senso, in armonia con le recenti pronunce della Corte di giustizia relative a Ungheria, Polonia e Romania, viene di nuovo rimarcata la preminenza della tutela dei valori comuni dell'Unione *ex art. 2 TUE* rispetto alla clausola identitaria di cui all'art. 4, comma 2 TUE⁶⁵.

Sensibilizzando la Corte circa l'importanza strategica di far luce sul significato e la portata di tale clausola, l'Avvocato Generale muove quindi egli stesso i primi passi nella direzione di una progressiva razionalizzazione del (fin qui alquanto frammentario) discorso identitario⁶⁶. Tuttavia, come si è detto, la natura del conflitto di questi casi⁶⁷ è profondamente diverso dai precedenti e finisce per mutare in radice i contorni del dibattito sull'identità costituzionale finora svolto.

In ultima analisi, questa spinta propulsiva della Corte di giustizia verso una più sistematica costruzione del concetto di identità costituzionale dell'Unione Europea – usato (anche, ma non solo) come grimaldello per scardinare quei confini ultimi via via tracciati dalle corti costituzionali/supreme interne nei confronti del primato – conferma che ci troviamo oggi dinanzi a un ineludibile confronto tra i valori europei (posti a fondamento dell'identità stessa dell'Unione) e l'identità costituzionale dei suoi Stati membri. Se, come è stato autorevolmente sostenuto, questa occasione possa costituire un *constitutional moment* per rileggere con

essere illimitata. Diversamente, l'articolo 4, paragrafo 2, TUE si configurerebbe come una clausola di esonero totale troppo agevole dalle norme e dai principi dei trattati dell'Unione, che potrebbe essere attivata in qualsiasi momento da qualsiasi Stato membro. Un obbligo per l'Unione di "rispettare" l'identità nazionale degli Stati membri non può equivalere a un diritto dello Stato membro di ignorare a suo piacimento il diritto dell'Unione» (ivi, par. 86).

⁶⁵ Nelle sue conclusioni l'Avvocato Generale ha precisato che, avendo gli stessi Stati membri accettato i valori fondanti dell'Unione come valori ad essi «comuni», la clausola identitaria in oggetto non può infatti legittimare eventuali deroghe agli artt. 2 e 3 TUE (ivi, par. 87).

⁶⁶ Sull'accento posto dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia sul concetto di identità costituzionale UE, si rinvia, tra gli altri, a M. BONELLI, *Has the Court of Justice Embraced the Language of Constitutional Identity?*, in «Diritti Comparati», 26 aprile 2022; P. FARAGUNA, S. BARTOLE, *La Condizionalità nell'Unione, I Carrarmati Fuori dall'Unione*, in «Diritti Comparati», 17 marzo 2022.

⁶⁷ Non è possibile approfondire in questa sede il tema dell'importanza del caso concreto per rileggere i rapporti fra ordinamenti: in questo senso, per tutti, si veda le interessanti osservazioni svolte nel volume E. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA (a cura di), *L'era dell'interlegalità*, il Mulino, Bologna 2022.



nuove lenti il delicato equilibrio fra Stati membri e Unione Europea è una domanda ancora in sospenso⁶⁸.

⁶⁸ A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law: The Importance of Red lines*, in «Common Market Law Review», vol. 55, n. 4, p. 983 ss., così rileggendo la nota teoria di Ackerman alla luce dello stato attuale dell'integrazione europea.



Osservatori



Le trasformazioni della guerra: la rarefazione del diritto internazionale e la conseguente sovrapposizione dei concetti di terrorismo e guerra ibrida

di Gianluca Tirozzi *

Abstract: The contribution, through an examination of the current socio-political literature, also trying to define the main threats for the nations of the Atlantic Alliance, as originated from the Russian invasion of Ukraine, hints at a comparison between special operations and terrorism by identifying an important element in common for their execution in the rarefaction of the International Law and the Law of War.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Corsi e ricorsi storici nei modelli di conflitto bellico. – 3. *Black Ops* e Terrorismo: medesima violazione del diritto internazionale. – 4. Conclusione.

1. Introduzione

L'evoluzione dei conflitti bellici sembrava inarrestabile verso una sempre maggiore dematerializzazione del campo di battaglia, coinvolgendo un numero sempre minore di militari nelle azioni di combattimento. Nella prima modernità il concetto di sicurezza e il motivo della contesa politica erano intrinsecamente legati a quello di territorio, riconducendo i moventi più disparati ad azioni che investivano specifiche aree, secondo schemi e valori propri di quella che Bauman ha definito come "era dello spazio". Scriveva in tale quadro Maria Grazia Galantino: «Oggi l'era dello spazio è oramai chiusa, sigillata dall'attacco dell'11 settembre che ha mostrato in modo drammatico e spettacolare quanto da tempo

* Dottore di ricerca in Scienze sociali applicate (titolo ottenuto presso la Sapienza Università di Roma). Contributo sottoposto a doppio referaggio cieco (*double blind peer review*): versione definitiva ricevuta il 26 settembre 2022.



intuito dagli studiosi sociali ossia che gli “eventi” si collocano oramai in uno spazio planetario e sembrano rendersi indipendenti dal luogo in cui avvengono e dalla popolazione direttamente coinvolta: il loro impatto simbolico sul sistema mondiale scardina le coordinate spazio-temporali (Melucci e Diani, 1992, p.185)¹.

Lo scoppio della guerra in Ucraina il 24 febbraio 2022 ha riportato apparentemente le lancette del tempo indietro di diversi decenni, sancendo come la speculazione dottrinale, in politica, non può che rimanere un esercizio analitico per chi non dispone dei dati riservati alle componenti Esecutive in carica. Come solitamente accade nella scienza ciò che pare una tendenza inarrestabile inverte la propria rotta e scompagina ogni paradigma preesistente, nonostante, forse, la globalità dello scontro permene anche in presenza di un teatro ben preciso, secondo quella che già qualche anno fa veniva definita come una nuova forma di guerra moderna². Nonostante l'evidente progresso tecnologico, dalle operazioni multi-dominio ai missili ipersonici, la storia contemporanea ci sta riproponendo una guerra fatta di grandi manovre di truppe di terra, bombardamenti aerei e carriarmati confermando la visione dello scienziato post-sovietico G. Potseptsov che affermava: «la guerra non cambia, il mondo cambia e con esso la guerra si trasforma»³.

L'apertura di un fronte simmetrico nel cuore dell'Europa pareva impensabile fino alla fine di febbraio 2022 ed oggi è invece un tragico fatto di attualità che potrebbe potenzialmente assumere portata globale. Stiamo seguendo, passo, passo, le evoluzioni del fronte, con truppe preponderanti da un lato e formazioni ibride, civili/militari, dall'altro, fortemente sostenute dall'azione di rifornimento apportata dalle potenze occidentali. Il fronte di terra in territorio ucraino, però, non appare l'unico fronte. Vi è un fronte mediatico, fatto di informazione,

¹ M.G. GALANTINO, *Il volto multiforme della sicurezza. teorie, concetti, ricerche*, in F. BATTISTELLI (a cura di), *La fabbrica della Sicurezza*, FrancoAngeli, Milano 2015, p. 56.

² T. POIARKOVA, *Ukrainian Fronts of «New Modern War»*, in «Вісник Маріупольського Державного Університету Серія: Історія. Політологія», n. 18, 2017, pp. 304-313.

³ T. POIARKOVA, *Migratio flows at occupied territories of Ukraine as a means of «new» warfare*, in «Вісник Маріупольського Державного Університету Серія: Історія. Політологія», n. 21, 2018, pp. 2018-227.



contro-informazione e disinformazione da ambo le parti⁴. Vi è poi un fronte cibernetico, forse attualmente più oggetto della narrazione di speculatori che teatro di concrete manovre di attacco e difesa informatica ed elettronica (Mashmeyer, Dunn Caveltly, 2022)⁵. Ed infine vi è il fronte economico con cui Stati Uniti, UK ed Unione Europea, cercano di indebolire dall'interno la leadership di Vladimir Putin, correndo però seriamente il rischio di indebolire la tenuta dei 27 Paesi membri dell'Unione Europea, stante le profonde differenze di vulnerabilità rispetto all'azione intrapresa (Redeker, 2022)⁶. Ecco che lo spazio riprende dunque nuovamente a rarefarsi, proiettando lo scontro verso teatri improvvisi e puntiformi, esattamente come seppero proiettarsi in Europa il conflitto siriano, ma anche essendo quel campo di battaglia esso stesso la proiezione di un conflitto terzo tra potenze terze rispetto a quei confini.

Insomma, la guerra pare esser rimasta fedele a sé stessa seppur contraddistinta da un dinamismo operativo multidimensionale con a disposizione modalità di scontro ben collaudate negli anni: scontro simmetrico, asimmetrico e ibrido. Ed è proprio nell'ottica dell'aggressione ibrida che s'inserisce la minaccia del Ministro della Difesa russo Sergej Shoigu di coinvolgere nella guerra in Ucraina 16.000 volontari dal Medio Oriente⁷.

Nel quadro appena tracciato possiamo inquadrare la possibile minaccia di uno stato di guerra ibrida che si espanda a macchia d'olio con il perdurare del conflitto ucraino. Ciò a prescindere dall'adesione o meno al pensiero dominante tra i media e politici occidentali che tendono a far coincidere la nozione di guerra ibrida proprio con una strategia di azione internazionale adottata dalla Russia ormai da

⁴ N. HERASYMCHUK, A. YAKOVETS, *The role of Internet in Informational Counteracting between Ukraine and Russia during the war in the East*, in «International Journal of Innovative Technologies in Social Sciences», vol. 18, n. 6, 2019, pp. 37-42.

⁵ L. MASHMEYER, M. DUNN CAVELTY, *Goodbye Cyberwar: Ukraine as Reality Check*, in «Policy Perspective», vol. 10, n. 3, 2022.

⁶ N. REDEKER, *Same Shock, Different Effects EU member States' exposure to the Economic consequences of Putin's War*, Hertie School Jacques Delors Centre – Policy Brief, March 2022.

⁷ https://www.ansa.it/sito/notizie/mondo/2022/03/11/mosca-16.000-volontari-dal-medio-oriente-per-il-donbass_2cdc5bfa-cb81-4aa8-b692-ca1691012d36.html.



anni⁸. In tale quadro si inserisce il presente lavoro, orientato ad illustrare l'aderenza del terrorismo alle nuove tattiche di confronto militare in piena violazione del diritto internazionale. Si cercherà col presente contributo di presentare uno scenario possibile di evoluzione anche del terrorismo islamista come forma di guerra ibrida e come strumento criminale per perpetuare azioni di guerra psicologica orientate all'evoluzione del conflitto in corso attraverso la distruzione della fiducia sociale tra le popolazioni dei Paesi NATO⁹. Scopo del saggio, sorretto anche dal portato etnografico dell'autore, per oltre dieci anni impegnato in attività d'*intelligence* per conto del Ministero della Difesa in Italia e all'estero, è quello di aprire una riflessione orientata a nuove *policy* di sicurezza interne agli Stati democratici le più sceve possibili dalle influenze della propaganda.

2. Corsi e ricorsi storici nei modelli di conflitto bellico

Appare evidente come la comunicazione sia un elemento centrale dei nuovi conflitti, prima, durante e dopo la fase di vero e proprio scontro militare. Un sempre maggior predominio delle "influenze" e del "pensiero indotto" o almeno ritenuto tale, come testimoniato qualche anno fa dallo scandalo di *Cambridge Analytica*, e la consapevolezza di una superiorità tecnologica indiscutibile, bellica e non, degli Stati dominanti rispetto al resto del mondo, hanno fatto ritenere a leader più concentrati sulla tecnologia che sull'uomo, di poter perpetuare un'opera di neo-colonizzazione mediante l'uso, in continuità col passato, dello strumento militare. Ciò tanto vale per gli Americani quanto per la Russia di Putin che ha la responsabilità di aver annichilito, con questo suo ultimo atto di aggressione a uno Stato confinante, un equilibrio mondiale che era iniziato con "l'ultimo Soviet" Michael Gorbaciov.

⁸ A.P. TSYGANKOV, P.A. TSYGANKOV, H. GONZALES, *Putin's "Global Hybrid War": U.S. Experts, Russia, and the Atlantic Council*, in «Russia in Global Affairs», vol. 19, n. 1, 2021, pp. 146-172.

⁹ A. GODEFROIDT, A. LANGER, *How fear drives us apart: Explaining the relationship between terrorism and social trust*, in «Terrorism and political violence», vol. 32, n. 7, 2020, pp. 1482-1505.



Dall'una e dell'altra parte la valutazione strategica ha sempre prevalso sulle speculazioni tattiche dimostrando, poi, nei fatti quanto un simile approccio bellico sia fragile e inefficace. Lo si è visto in Iraq prima e in Afghanistan poi. Ciò che è stato trascurato nella prima fase di questo nuovo modello di influenza e applicazione militare, nonostante la costante attenzione posta alle attività di *intelligence*, intrusive e non, e alla componente CIMIC¹⁰, è stato proprio il non aver tenuto conto del confronto con l'alterità prima ancora che con l'apparato militare, in molti casi inesistente e laddove esistente battuto in poche settimane. Di certo, nella maggioranza delle operazioni di *peace-keeping* del dopo URSS, «stabilizzare gli Stati burocratici che vacillano con la forza militare è apparso quantomeno inadeguato dato il confronto con sistemi di governo basati, per lo più, su assetti tribali supportati da gruppi armati irregolari»¹¹.

Di tali operazioni restano intere nazioni nel caos, Somalia, Afghanistan, Iraq e Libia, centinaia di morti tra le compagini militari schierate, migliaia di civili morti, in fuga o piombati in condizioni estreme di indigenza ed un perdurante stato di insicurezza e minaccia che nel biennio 2015/2017 ha colpito le Potenze dominanti con una innumerevole serie di attacchi terroristici legati a fronti esteri in cui erano impegnate le potenze Europee. Una simile *escalation* andava a contraddire quella interpretazione per la quale «il conflitto *esterno* (la guerra) tende a manifestarsi nelle forme di una violenza selvaggia¹² (attua la “ascesa agli estremi” di cui parla Clausewitz 1982), mentre il conflitto *interno* (le contese tra i cittadini) tende a manifestarsi nelle forme di una violenza (relativamente) regolamentata^{13,14}.

¹⁰ *Civil Military Co-operation*.

¹¹ R. JOHNSON, *The Changing Character and Enduring Nature of War: The Collision of State and Substate Politics*, in J.C. TORPEY, D. JACOBSON (eds.), *Transformations of Warfare in the Contemporary World*, Temple University Press, Philadelphia (PA) 2016, p. 20.

¹² L'avversario è il nemico – con cui non è possibile intrattenere relazione se non contrapposizione estrema.

¹³ L'antagonista è un avversario – con cui è possibile interagire e stringere patti.

¹⁴ F. BATTISTELLI, *La sicurezza e la sua ombra. Terrorismo, panico, costruzione della minaccia*, Donzelli, Roma 2016, p. 60.



La Russia di Putin non pare proprio aver fatto tesoro delle lezioni apprese in Occidente da quei contesti¹⁵ tanto da lanciarsi in un tentativo di invasione del territorio ucraino che, a fronte di oramai molti mesi di “operazione militare speciale”, non pare certamente incline ad un diverso epilogo rispetto a quelli sopracitati se non in chiave decisamente più tragica con la possibilità di una escalation mondiale. Anche in questo caso la fragilità istituzionale ucraina ha trovato nella radicalizzazione di parte della sua popolazione, ispirata al nazismo di Bandera¹⁶, il proprio punto di forza per instaurare uno stato di conflitto perdurante nel tempo. L’attacco all’Ucraina rispolvera, perciò, quel concetto di violenza selvaggia verso il nemico tipica del *conflitto esterno*, almeno stando alla narrazione del *mainstream*: corridoi umanitari fatti bersaglio dalle truppe russe e azione unilaterale ispirata a «una nuova internazionale antidemocratica»¹⁷.

Le manovre russe di accerchiamento delle città ucraine hanno proposto ancora una volta la centralità della dimensione urbana del conflitto bellico contemporaneo¹⁸, questa volta con uno scontro che si svolge in modo simmetrico tra forze regolari ucraine e forze regolari russi, ma anche in modo asimmetrico con *insurgent* ucraini che attaccano le forze regolari russe mentre commando clandestini ceceni danno la caccia ad autorità ucraine, nel corso di operazioni speciali di uccisioni mirate (un bersaglio su tutti il presidente ucraino Zelensky)¹⁹.

Infatti, «mentre alcuni studiosi sociali hanno sostenuto che il mondo post-Guerra Fredda ha inaugurato un’era di “nuove guerre” – definite dal processo di radicalizzazione della globalizzazione e l’ascesa della politica dell’identità – la storia

¹⁵ T. ABBOTT, *Putin’s war and the lessons of history*, in «Quadrant», vol. 66, n. 4, 2022, pp. 12-15.

¹⁶ Il riferimento è a Stepan Andrijič Bandera, politico ucraino nato nel 1909 (e morto a Monaco di Baviera il 15 ottobre 1959), guida dell’Organizzazione dei Nazionalisti Ucraini (OUN) e fondatore dell’Esercito Insurrezionale Ucraino (UPA).

¹⁷ A. KOZYREV, *The War in Ukraine: Why Putin Must Be Defeated*, in «Journal of Democracy», vol. 33, n. 3, 2022, pp. 14-22.

¹⁸ K. LJUNGKVIST, *A New Horizon in Urban Warfare in Ukraine?*, in «Scandinavian Journal of Military Studies», vol. 5, n. 1, 2022.

¹⁹ F. SANDOR, *Modern Resistance—Learning From Non-Western Examples*, in «Journal on Baltic Security», 2022.



dimostra oggi più che mai continuità con il passato»²⁰, evidenziando come la guerra continui a uccidere e dividere in vincitori e vinti. E mentre i colpi di artiglieria contro gli ospedali seminano morte al sociologo non sfugge come vi sia ancora una volta una tragica urbanizzazione della guerra, ove sia dall'interno delle città, disagio, emarginazione e povertà spingono verso il conflitto, che dall'esterno della città con l'invasore intento nella conquista ad alimentare lo scontro.

La violenza, in cui sfocia il conflitto quando genera la guerra, ha cambiato nuovamente forma, passando da un modello accentrato ad uno diffuso. In questo quadro di minaccia diffusa si è poi assistito a una prima trasformazione con la caduta del muro di Berlino, il conflitto «da potenziale (guerra nucleare)» si è fatto «attuale (guerra asimmetrica)» modificando il quadro strategico e «spostando l'epicentro del conflitto dal fronte esterno (guerra tra Stati) al fronte interno (terrorismo)»²¹. Con l'invasione dell'Ucraina vi è stata una ulteriore, improvvisa evoluzione, pur permanendo un modello di scontro diffuso tra Stati antagonisti, attraverso una multidimensionalità degli scenari (economico, tecnologico, narrativo), si è aggiunto allo «scontro attuale», per ora apparentemente contenuto entro i confini ucraini, fatte salve le azioni di guerra economica che sono oramai su scala globale, lo «scontro virtuale», tra *cyber* e *psychological warfare*²² e registrando il ritorno sulla scena dello «scontro potenziale», tornando prepotente e ansiogena la concreta minaccia nucleare.

Quello che pareva essere un cambiamento definitivo, pur lasciando invariati gli effetti della guerra, era il tipo di protagonisti della stessa, gli attori sociali che fino ad oggi parevano decisamente differenti rispetto a qualche decennio fa. Il cittadino-soldato pareva aver lasciato il passo ad altre forme di cittadinanza militarizzata, dunque non cambiando di molto la sostanza, così come lo scontro simmetrico tra nazioni pareva essersi evoluto sempre più in un confronto asimmetrico tra uno Stato, o ancor più spesso una coalizione di Stati, contro uno «Stato Canaglia» in prima battuta e contro un «non Stato» poi, gruppi di insorti e organizzazioni

²⁰ R. JOHNSON, *The Changing Character and Enduring Nature of War*, cit., pp. 20-21.

²¹ Ivi, p. 76.

²² M. TURUNEN, *The Cyber Eras Character of War*, in «European Conference on Cyber Warfare and Security», vol. 21, n. 1, 2022.



terroristiche (Al-Qaida, Daesh, ecc.). E ancora, scontri tra Stati e consorterie criminali (come fu con Reagan per i *Narcos* o la mafia nell'Italia dei “Vespri Siciliani”²³) e così via. Lo scontro tra lo Stato e le autorità non statali ha però, come sempre, come nei modelli di guerra tradizionali, coinvolto le popolazioni in modo massiccio e duraturo nel tempo. Proprio questo effetto appare un tratto caratteristico e invariato del conflitto bellico, sia esso simmetrico o asimmetrico, e che potrebbe profilarsi in uno scenario di Ucraina sotto il tiro incessante dell'artiglieria russa prima e di occupazione perdurante di truppe russe poi. Negli Stati, come avviene oggi in Russia e come avveniva ieri negli USA durante le manovre in Iraq e Afghanistan, vengono coinvolte nella guerra anche le famiglie, gli affetti in genere, dei militari inviati verso un fronte ben poco definito, spesso non a combattere ma a divenire “vittime” di azioni di guerra asimmetrica, attacchi IED o imboscate; così come, nel caso di un eventuale Stato sotto attacco, a divenir bersaglio della sovrastante tecnologia distruttiva degli attaccanti, missili terra/aria lanciati da sottomarini contro aeroporti militari e caserme, bombe sganciate da aerei supersonici su infrastrutture strategiche, così come appare avvenire oggi in Ucraina a fronte della martellante offensiva russa.

Ecco che il modello di conflitto bellico tradizionale, ritenuto ormai superato, è ricomparso in tutta la sua spaventosa manifestazione di grande attualità pur inserito in una spazialità postmoderna decisamente meno contraddistinta da confini. Ciò che è oggi caratteristico è lo svolgersi degli eventi, veloce, scandito da tecnologie 4.0, ove un conflitto, che inizia come scontro simmetrico tra forze armate di due stati antagonisti, si trasforma, talvolta anche rapidamente come avvenuto in Ucraina, in uno scontro asimmetrico dove da un lato emerge la superiorità tecnologica, la Russia, e dall'altro quella ideologica, la difesa della propria terra e della propria cultura, l'Ucraina che resiste con tutte le forze e tutti i mezzi a disposizione (emblematico il lancio di molotov contro le pattuglie russe da parte di comuni cittadini ucraini).

²³ Operazione militare che vide coinvolto negli anni '90 l'Esercito Italiano per concorrere al controllo del territorio della Sicilia e della vigilanza di obiettivi sensibili (tra cui magistrati e alti funzionari di polizia) dopo le stragi di Capaci e Via d'Amelio.



Appare evidente come, al di là di qualsivoglia analisi sociologica circa l'evoluzione dei conflitti, c'è una natura duratura della guerra che dà continuità alla propria natura, come ha ammesso Rob Johnson.

E da tale idea di una guerra caratterizzata da una inesorabile trasformazione verso una sorta di “operazione di polizia internazionale”, forse galvanizzata dal trionfo di un sistema, quello capitalista, sul proprio antagonista economico e sociale ma anche militare, quello comunista, che fino all'invasione russa dell'Ucraina si individuava, in Occidente, nel fattore culturale, più che in quello politico, il nuovo movente per le guerre del terzo millennio. L'economia, le relazioni e le informazioni apparivano i nuovi modelli di confronto, anche distruttivo, tra gli Stati dominanti e industrializzati, riservando il confronto militare per far fronte a minacce reali (ad es. il terrorismo di Al-Qaida) o potenziali (ad es. le “armi di distruzione di massa” di Saddam Hussein) provenienti, appunto, da “Stati Canaglia”, quasi sempre in via di sviluppo, o da entità non statali o «quasi statali»²⁴ (come fu per lo Stato Islamico dal 2014 al 2019). Ed è proprio questo il senso della dichiarazione d'intenti fatta da Putin nell'annunciare la guerra e nel presentare l'Ucraina come una nazione da “denazificare”, attribuendo all'intervento un valore superiore, quasi un come un confronto tra “bene e male”.

A questo tipo di modello si è appunto ispirata fortemente la retorica di Putin, già alfiere orientale di una guerra al terrorismo globale decisamente legata alle mire geopolitiche della Russia (islamisti in Cecenia, Georgia e Siria e neonazisti in Ucraina). Tra gli Stati NATO così come per la Federazione Russa pare essersi fatta strada un'idea che fatica a tramontare nonostante numerosissime contro-evidenze: quella per cui le forze armate dominanti sarebbero in grado di abbattere le organizzazioni nemiche, in particolare i loro sistemi di comando e controllo, sradicando l'errore delle emozioni umane e dello stress dalla propria parte mediante lo schieramento di forze preponderanti (150.000 soldati russi hanno mosso varcando il confine ucraino) e tecnologie all'avanguardia (es. bombardieri e droni). Purtroppo la realtà non è stata aderente alle aspettative, infatti, i conflitti

²⁴ Soggetti avventi organizzazione e connotazione di tipo statale ma privi di riconoscimento internazionale.



recenti indicano che la superiorità tecnologica non garantisce la sconfitta della volontà di resistenza del nemico (Mack, 1975)²⁵. Come apparso evidente in Afghanistan per oltre venti anni e in Ucraina sin dalle prime battute dell'invasione, al netto della propaganda dell'una e dell'altra parte.

«La vittoria tecnologica non può sradicare un'identità anche quando può causare una temporanea perdita di volontà a combattere»²⁶. Ecco che assume un ruolo fondamentale la componente ibrida, sfruttando capacità cyber, sia per quanto attiene l'offensiva militare che quella d'Intelligence ma ancor più, attraverso i social network, permettendo la diffusione e la gestione di influenze, suggestioni e inganni volti ad orientare l'opinione pubblica e indebolire le forme di resistenza all'offensiva militare sovrastante (Bergh, 2019)²⁷. In tale quadro, ampliando la portata del conflitto, s'inserisce il possibile uso dello strumento terroristico, avviando modelli di radicalizzazione impostati ad hoc e sfruttando quei network terroristici pronti ad utilizzare la guerra Russo-Ucraina per colpire l'Occidente.

3. *Black Ops* e Terrorismo: medesima violazione del diritto internazionale

Quello che al cittadino comune potrebbe sembrare assurdo se non proprio criminale, ovvero l'utilizzo di azioni terroristiche per colpire uno Stato nemico, magari facendo uso di procedure consolidate nell'ambito dell'*intelligence* come gli attacchi *false flag*²⁸, in modo occulto e non manifesto, così come rivendicando apertamente l'attacco, a seconda della strategia che vi sottende, per ripercussione

²⁵ A. MACK, *Why big nations lose small wars: The politics of asymmetric conflict*, in «World politics», vol. 27, n. 2, 1975, pp. 175-200.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ A. BERGH, *Social network centric warfare—understanding influence operations in social media*, in «Norwegian Defence Research Establishment (FFI)», 2019.

²⁸ Un'operazione *false flag* è un atto commesso con l'intenzione di dissimulare l'effettiva fonte di responsabilità e addossarne la colpa a un'altra parte. Il termine «falsa bandiera» è nato nel XVI secolo come espressione puramente figurativa per indicare una deliberata rappresentazione ingannevole dell'affiliazione o delle motivazioni di un soggetto.



o vendetta, per compiere una specifica azione diretta, per eliminare un preciso bersaglio o sobillare una rivolta di un popolo verso l'ordine costituito del momento, è prassi consuetudinaria tra le pieghe della storia²⁹.

Nella prima parte del XX secolo, «gli eserciti occidentali non hanno esitato a seguire la dottrina avviata tra le guerre mondiali dal generale italiano e aviatore Giulio Douhet, secondo il quale “l’attentato terroristico” era la chiave di una rapida vittoria»³⁰, una filosofia che ispirò gran parte della tragedia europea dei due conflitti mondiali, trovando la sua apoteosi nella seconda guerra e dunque culminando nel discorso di Himmler contro la pietà³¹ e nella bomba sganciata dagli americani su Nagasaki dopo che i giapponesi, sconvolti da “Little Boy”³², avevano già presentato formalmente la propria resa: 186.000 vite, nella quasi totalità civili. Evidentemente la cognizione che seminare il terrore tra i civili assume carattere prioritario e non collaterale delle guerre di nuovo corso, ha iniziato già da un pezzo a divenire il sommo principio dell’azione militare, cancellando ogni forma di cavalleria nei ranghi che la guerra la governano e la vedono da lontano, guardando un pannello LCD che trasmette le immagini “remotizzate” da un drone o da un satellite. Furono proprio le atomiche sul Giappone a dare il *la* alle dinamiche di deterrenza di tutta l’epoca successiva, fino ai giorni nostri.

«Secondo il quadro di Douhet, il morale delle nazioni è ferito se i civili vengono uccisi in massa. L’ipotesi più contemporanea però circa il comportamento di coloro i cui parenti o concittadini vengono uccisi durante la guerra, tuttavia, è risultato esattamente l’opposto»³³, come dimostra la strenua resistenza ucraina. Ecco che in questo gioco delle parti s’inserisce lo strumento della comunicazione

²⁹ C. FIJNAUT, *The Normalization of Undercover Policing in the West: Historical and Contemporary Perspectives*, in ID., *The Containment of Organised Crime and Terrorism*. Brill Nijhoff, Leiden 2016, pp. 111-138.

³⁰ J.C. TORPEY, D. JACOBSON (eds.), *Transformations of Warfare in the Contemporary World*, cit., p. 135.

³¹ Cfr. A. BURGIO, *Eroici Massacri. La giustificazione degli omicidi di massa sul fronte orientale nella Seconda Guerra mondiale*, Mimesis, Milano 2017.

³² Nomignolo goliardico data alla bomba H sganciata su Hiroshima.

³³ J.C. TORPEY, D. JACOBSON (eds.), *Transformations of Warfare in the Contemporary World*, cit., p. 137.



e della propaganda tesa a instillare il terrore tra le masse, anestetizzare l'opposizione interna alle scelte dei Governi, a sostenere lo scontro incitando i combattenti³⁴.

In linea con quanto detto si è osservato negli ultimi venti anni un graduale sdoganare, nell'ambito delle così dette *black ops*³⁵ svolte senza formali dichiarazioni di guerra verso uno Stato, di pratiche considerate un tempo criminali: uccisioni mirate e sequestri di persona. Elemento comune alle due tattiche qui nominate è la precisione; le uccisioni mirate, infatti, rappresentano per le operazioni di terra, in termini discriminatori dell'obbiettivo e di sorpresa, quello che le bombe intelligenti rappresentano per le operazioni aeree e necessitano di una capacità di comando e supporto tattico, infiltrazione ed esfiltrazione, che le relega a strumento disponibile, in linea di massima e salvo eccezioni, alle sole organizzazioni militari più avanzate. Differentemente il rapimento è un elemento essenziale e maggiormente spendibile anche dalle forze minori sebbene richieda comunque una precisione estrema.

A tale riguardo, la presa degli ostaggi differisce radicalmente dagli attacchi terroristici indiscriminati, come erano quelli sollecitati nel recente passato dalla propaganda islamista rivolta ai c.d. terroristi *homegrown*, ma decisamente più assimilabili, invece, a quelli effettuati a New York e Washington nel 2001 oppure agli attacchi complessi che hanno scosso l'Europa a gennaio e novembre 2015 e marzo 2016 (*Charlie Hebdo*, Bataclan e Bruxelles – aeroporto e metropolitana). In quest'ultimo caso il punto in comune tra le due modalità operate dai terroristi, attacco multiplo e sequestro di persona, fatti salvo in quest'ultimo caso i sequestri accorsi casualmente, frutto di valutazione e decisione momentanea dei rei nell'imbattersi nella potenziale vittima (si pensi a molti sequestri di tecnici

³⁴ Cfr. S.P. HUNTINGTON, *The Clash of Civilization and the Remaking of the World Order*, Simon & Schuster, New York 1996.

³⁵ Si definisce *black operation* o *black op* ("operazione nera") un'operazione segreta intrapresa da un governo, un'agenzia governativa o un'organizzazione militare, operata in clandestinità e che implica eventuali azioni illegali o *border line* secondo il diritto internazionale; da ultimo, la sua realizzazione non è quasi mai imputabile all'organizzazione che vi è davvero coinvolta. Si precisa che una *black operation* che comporti un livello rilevante di dissimulazione di ciò che in effetti si cela dietro a questa, magari imputandola a una diversa entità o nazione, è definita con il richiamato concetto di *false flag*.



occidentali impiegati nel Sahel, spesso intercettati casualmente dalle bande di predoni locali), sta nella necessità di pianificazione preventiva delle azioni. Una sorveglianza più o meno prolungata sul bersaglio e il passaggio all'azione secondo tempi e modalità prestabilite in base all'analisi delle acquisizioni. Insomma un metodo che appare speculare a quello messo in atto per le uccisioni mirate. Entrambi richiedono informazioni sugli obiettivi che devono essere eliminati o rapiti, richiedendo competenze e amalgama di tipo militare. Caratteristiche quelle menzionate che erano espresse sia da Al-Qaida prima dell'11 settembre, quando la sua struttura non era stata ancora annichilita dall'azione Alleata per poi trasformarsi in un *brand* del terrore, e in Daesh prima che la Coalizione antiterrorismo, con la Russia in testa ne disarticolasse l'organizzazione mediante eliminazione sul campo dei suoi organici.

La violazione del diritto, contrariamente a come siamo stati abituati dalla retorica diffusa dopo il secondo conflitto mondiale, diviene sistematica nella guerra offensiva contemporanea che forse proprio per questo, per questa sua palese illegalità, diviene abissognevole di giustificazione. Appare qui naturale il richiamo al lavoro di François Dubet³⁶, ossia la constatazione di come ciascun individuo sia proteso a raggiungere l'equilibrio di tre logiche fondanti l'azione sociale: appartenenza; integrazione; soggettivazione. Questo rappresenta il costante sforzo dell'individuo nella società, una fatica per l'attore che così costruisce la propria soggettività. La necessità di gestire logiche diverse diviene un processo etico che caratterizza un'esperienza sociale critica perché tenta di rendere sempre conto delle proprie pratiche, come è evidente in ogni video divulgato, oggi sempre più raramente, dai terroristi, ove vi è sempre una giustificazione di fondo alla barbarie, la stessa barbarie a cui non si possono sottrarre raid aerei, attacchi mirati con droni, operazioni di eliminazione mirata o sequestri di persona, a prescindere di chi sia l'estensore di tali azioni, sia esso inglese, russo o ucraino. Proprio in questo senso è rivolta la propaganda e la censura messe in atto dagli apparati a sostegno

³⁶ Cfr. F. DUBET, *L'expérience sociologique*, La Découverte, Paris, 2007; ID., *La préférence pour l'inégalité: Comprendre la crise des solidarités*, Ed. du Seuil, Paris, 2014.



dell'una o dell'altra parte nel confronto russo-ucraino sin dalle prime fasi del conflitto³⁷.

È proprio intorno ad un ben preciso *frame* giustificativo che vengono ricondotte la barbarie e le violazioni del diritto. L'azione deve apparire “giusta” grazie ad una narrazione ben precisa, elemento essenziale nella comunicazione che le parti in conflitto diffondono verso l'esterno, tesa a sedurre il pubblico, trasformando oppositori e osservatori in simpatizzanti, e verso l'interno, confortando quel pubblico e incitandolo a spendersi per il buon esito del conflitto, curando al pari la censura della controparte (Cosentino, 2020)³⁸.

Ed è proprio la comunicazione l'aspetto che unisce le azioni belliche odierne con il terrorismo del recente passato, inquadrato dopo l'11 settembre come una vera e propria modalità di guerra (Crelinsten, 2002)³⁹ e le nuove forme di guerra ibrida sviluppate a partire dagli '60 del novecento. Agire, comunicare, agire, paiono ripercorrere l'adagio delle Brigate Rosse: prassi, teoria, prassi. Si pensi alle uccisioni mirate tipo quelle dei principali leader Jihadisti: Al Zarqawi, Osama Ben Laden, Al Zawahiri, tanto per citarne alcuni. Pianificate in segreto, eseguite in barba ad ogni forma di diritto internazionale e annunciate trionfalmente con conferenze stampa approntate ad hoc. Per poi far seguire approfondimenti giornalistici, documentari e l'immane industria dell'intrattenimento (film, fiction e videogame), così da reclutare nuovi aspiranti operatori speciali (o terroristi) e compiere nuove azioni ardite. Le operazioni mirate di uccisione richiedono spesso l'uso di droni, missili guidati con precisione o, in alcuni casi, dispositivi esplosivi miniaturizzati inseriti nei telefoni cellulari utilizzati dagli obiettivi, evidenziando non solo la supremazia motivazionale del vincitore, presentato come il “giusto”, ma anche la sua proverbiale “intelligenza” alla base del suo

³⁷ O. BRUSYLOVSKA, *Russian-Ukrainian conflict. First stage: propaganda war*, in «Вісник ОНУ. Серія: Соціологія і політичні науки», vol. 20, n. 2 (23), 2015, pp. 59-64.

³⁸ G. COSENTINO, *Social media and the post-truth world order*, Palgrave Pivot, London-Cham 2020.

³⁹ R.D. CRELISTEN, *Analysing terrorism and counter-terrorism: A communication model*, in *Terrorism and political violence* 14.2, pp. 77-122, 2002.



predominio tecnologico (Löfflmann, 2015)⁴⁰. A volte queste operazioni vengono anche filmate, come fatto sovente dall'Israeli Defense Force (IDF), per trasmettere le immagini come esempi di operazioni riuscite che colpiscono i loro obiettivi senza uccidere i civili⁴¹. Di tutt'altra pompa è la propaganda allestita in Occidente mediante fiction televisive e industria cinematografica. E ancora, «la presa di ostaggi richiede l'uso dei media e di Internet per comunicare con i familiari di coloro che sono stati rapiti e, più in generale, con i loro dirigenti, i concittadini e altri pubblici rilevanti» (Farwell, 2014)⁴². I video Internet di Daesh sulle decapitazioni, in continuità con quanto sdoganato da Ansar al Islam in Iraq nel 2004 con l'esecuzione del ventiduenne americano Nicolas Berg, sono solo l'ennesimo macabro sviluppo di questa evoluzione che oggi passa per la grave violazione della convenzione di Ginevra⁴³ che vede soldati russi fatti prigionieri da forze di sicurezza ucraine esposti in interviste verosimilmente illegali a meri fini propagandistici.

Pertanto, da entrambi i lati, il ventaglio delle comunicazioni svolte mediante l'uso di quella che la tradizione eversiva nazionale ha definito «propaganda armata»⁴⁴ appare decisamente variegato, dalla diffusione del timore nell'avversario alla divulgazione di un'immagine volta a reclutare quanti più combattenti

⁴⁰ G. LÖFFLMANN, *Leading from behind—American Exceptionalism and President Obama's post-American vision of hegemony*, in «Geopolitics», vol. 20, n. 2, 2015, pp. 308-332.

⁴¹ K. FISCHER, *You Tube-Broadcast yourself!... and your propaganda?: freedom of expression and the new media in armed conflict*, Global Campus Europe - Dissertation in European Master's Degree in Human Rights and Democratisation, 2009.

⁴² J.P. FARWELL, *The media strategy of ISIS*, in «Survival», vol. 56, n. 6, 2014, pp. 49-55.

⁴³ Art.17: «[...] Nessuna tortura fisica o morale né coercizione alcuna potrà essere esercitata sui prigionieri di guerra per ottenere da essi informazioni di qualsiasi natura. I prigionieri che rifiuteranno di rispondere non potranno essere né minacciati, né insultati, né esposti ad angherie od a svantaggi di qualsiasi natura. / I prigionieri di guerra che, a cagione del loro stato fisico o mentale, si trovino nell'incapacità di indicare la propria identità, saranno affidati al servizio sanitario. L'identità di questi prigionieri sarà accertata con tutti i mezzi possibili, con riserva delle disposizioni del precedente capoverso [...]. Viene da pensare che le dichiarazioni fatte dinanzi alle telecamere da parte dei prigionieri russi non abbiano una origine spontanea attese le possibili ripercussioni che le autorità russe, non certi brillanti in quanto a rispetto dei diritti umani, potrebbe fare alle di loro famiglie in patria».

⁴⁴ Cfr. A. LAGAZZI, *Applying findings from the Red Brigades to the fight against global terrorism*, University of Economics in Prague - Faculty of International Relations – Bachelor thesis, 2017.



possibili e quant'altro. In tale quadro, per esempio, «le potenze occidentali usano la precisione come un modo per giustificare l'uso della forza nelle guerre combattute su cause dubbie, specialmente nel caso delle guerre preventive»⁴⁵. In tale quadro anche il modo di raccontare al pubblico la propria azione si diversifica a seconda della visione dominante nel pubblico di riferimento. Infatti, “uccisioni mirate” è l'espressione più consensuale impiegata per designare queste operazioni nel mondo anglosassone dove il rapporto tra l'interesse del popolo, dello Stato e la guerra è diretto e assolutamente approvato e condiviso dalla stragrande maggioranza di quelle società. Altre *audience* richiedono terminologie addirittura più aggressive come «assassini mirati» o al contrario più annacquate come, per esempio nel caso dell'Italia, «esecuzioni mirate»⁴⁶. Lo stesso dicasi per l'operazione “speciale” russa lanciata da Putin per “denazificare” l'Ucraina. In quest'ottica si rileva che «il Dipartimento di Stato USA ha anche cercato di convincere il pubblico più ampio che le uccisioni mirate sono una risposta legittima ai mali del terrorismo globale»⁴⁷.

Da un punto di vista prettamente giuridico, del diritto naturale, «le uccisioni mirate sono inquietanti perché, per definizione, colpiscono le persone in contesti che non rientrano nel regno tradizionalmente coperto dalla tradizione di “guerra giusta” e dai dettami del diritto internazionale»⁴⁸.

Si inquadri a questo punto, giuridicamente, la regina delle uccisioni mirate, l'operazione *Neptune Spear*. Il 02 maggio 2011, in una cittadina di provincia pakistana fino ad allora sconosciuta al mondo, Abbottabad, dalle ore 2 circa del mattino atterravano (uno in realtà si schiantava urtando un traliccio della luce) due elicotteri invisibili della marina degli Stati Uniti d'America con a bordo organici del Team Six dei Navy Seals e dello Special Operation Group della Cia che davano l'assalto a un casolare anonimo e fortificato a ridosso della locale accademia di polizia. Sempre in un'area del territorio pakistano, pochi minuti di volo distante dal sito obiettivo atterrava un elicottero Chinook con a bordo il

⁴⁵ J.C. TORPEY, D. JACOBSON (eds.), *Transformations of Warfare in the Contemporary World*, cit., p. 140.

⁴⁶ P. DI MOTOLI, *Le esecuzioni mirate: i casi di Israele e Stati Uniti*, FrancoAngeli, Milano, 2004.

⁴⁷ J.C. TORPEY, D. JACOBSON (eds.), *Transformations of Warfare in the Contemporary World*, cit., p. 140.

⁴⁸ Ivi, p. 140.



grosso della forza d'assalto. In tutto erano entrati in Pakistan senza autorizzazione tre vettori militari a pala rotante, un commando di 79 uomini e un cane particolarmente aggressivo. Tantomeno i pakistani avevano autorizzato i militari americani a commettere una strage, 5 morti tra cui il nemico pubblico numero uno e capo indiscusso di Al-Qaida Osama bin Laden, e il sequestro di ben 17 tra amici e familiari del terrorista. Nell'azione rimaneva gravemente ferito anche un minore.

Dunque, come avvenuto in Siria nella primavera 2018, le operazioni si svolgono a sorpresa, senza alcuna formale dichiarazione di guerra consegnata da ambasciatori a governi o viceversa, senza alcuna autorizzazione a operare entro i confini di Stati esteri con cui gli Stati Uniti non sono in guerra, come lo Yemen o, appunto, il Pakistan.

Secondo Weber, uno Stato è un'organizzazione che ha il monopolio sull'uso della forza nel proprio territorio⁴⁹. Questa definizione politica dello stato alimenta una visione di sovranità secondo cui, in effetti, nessuno stato o attore privato è autorizzato a fare uso di forza sul territorio di un altro Stato. Nel caso di uccisioni mirate, il governo dello Yemen o del Pakistan può autorizzare segretamente gli Stati Uniti a colpire nel suo territorio, tuttavia, dal punto di vista della sovranità, bisogna differenziare un governo dallo Stato, rendendo tale pratica comunque illegittima dal punto di vista dei popoli.

L'aberrazione del diritto. prima ancora che della tradizione e della cavalleria, ha trasformato rapidamente la pratica del mestiere delle armi e sta cambiando altresì i suoi valori. La prevenzione è diventata una delle principali giustificazioni dell'intervento militare e, più in generale, dell'uso della forza.

Se, come visto, vi è una sistematica violazione del diritto nel dichiarare la guerra e nel praticarla dalle grandi potenze anche gli attori militarmente più deboli di quello che è il conflitto asimmetrico contemporaneo, hanno conformato la loro azione al medesimo principio di violazione del diritto, essendo prevalente l'odio per il nemico e la pratica della violenza per il semplice fatto che non vi è

⁴⁹ Cfr. T. PARSONS, *Max Weber and the contemporary political crisis*, in «The Review of Politics», vol. 4, n. 2, 1942, pp. 155-172.



alcun settore della società da tutelare dalla stessa. «Nel ventunesimo secolo, gli ostaggi non vengono trattati umanamente, e non servono più come mezzo per trovare accordi nei conflitti tra coloro che rapiscono soldati e civili e quei paesi da cui provengono i rapiti»⁵⁰. Sia le uccisioni mirate che le prese di ostaggi hanno una forte «dimensione punitiva e sono probabilmente motivate dalla vendetta»⁵¹ quando non configurano meri reati mossi dal lucro. Una conferma di ciò la si ha dall'uccisione, il 20 agosto 2022, in pieno territorio russo, di Darya Dugina, figlia dell'intellettuale Aleksandr Dugin, definito dai *media* occidentali come l'ideologo di Putin, ma comunque non certo un obiettivo strategico. La giovane donna sarebbe stata colpita in luogo del padre, da parte di un agente ucraino, riconducibile, secondo lo FSB, al battaglione Azov. Un attacco terroristico in piena regola, dall'alto valore simbolico, una sorta di vendetta, più che un'azione strategica di portata militare. Narrato in occidente anche come un possibile stratagemma sanguinoso dell'Intelligence russa per animare l'opinione pubblica interna forse fiaccata dai troppi caduti.

4. Conclusione

Il lungo ragionamento sin qui esposto, a metà tra strada tra la riflessione sociologica e quella giuridico-politologica, dimostra come vi sia una concreta possibilità che il confronto per la libertà in Ucraina possa sconfinare se non in una terza guerra mondiale, di portata inimmaginabile, in un conflitto diffuso per lo più ibrido e occulto capace di sfruttare anche le forme più abiette di scontro come quella terroristica. Una simile prospettiva non può non animare il dibattito interno delle democrazie contemporanee la cui forma di governo, ispirata, almeno etimologicamente, alla volontà del popolo non può ignorare come esso venga esposto tragicamente alla barbarie dalle élite che muovono guerra a loro dire nel tentativo di proteggere gli interessi del popolo di riferimento.

⁵⁰ J.C. TORPEY, D. JACOBSON (eds.), *Transformations of Warfare in the Contemporary World*, cit., p. 143.

⁵¹ Ivi, p. 144.



Si è visto quanto la logica dell'azione terroristica non sarebbe nuova nella pratica militare, passata (si pensi alla strategia della tensione) e presente (si pensi all'uccisione di Daryna Dugina), e quanto essa sia aderente, in termini di assoluta illegalità, alla più diffuse pratiche belliche nell'ambito delle operazioni TIER 1⁵² dei principali paesi della NATO.

Per tale ragione appare del tutto verosimile immaginare una rediviva stagione del terrore in Europa, simile a quanto già avvenuto nei così detti anni di piombo, ove USA e URSS sfruttarono il dissenso giovanile per un confronto armato clandestino in quei paesi dal valore strategico come Italia e Germania ma non solo. Ecco che in quest'ottica chi volesse approfittare dell'odio verso l'Occidente di certi circuiti criminali, del rientro in Europa di migliaia di *foreign fighter* con considerevole esperienza di combattimento, maturata nei più disparati teatri, dall'Asia, al Medio Oriente all'Africa, detentori di una motivazione granitica, legata a profondi processi di radicalizzazione, e odio cogente, avendo magari perso in quei teatri fraterni amici di una vita e congiunti, troverebbe sicuramente un impianto ben più pronto all'azione di quello che offrivano le università e le fabbriche degli anni '70.

La possibilità che il conflitto sfoci in un duraturo stato di insicurezza per le popolazioni civili anche al di là dei confini territoriali dei contendenti nella disputa tra Ucraina e Russia, configura una cogente minaccia per tutti quei Paesi già coinvolti dalle conseguenze della guerra attraverso delle inattese battute d'arresto alle loro economie, con l'apertura di una crisi energetica senza precedenti dal secondo conflitto mondiale⁵³ che non potrà che avere delle ulteriori derivate. Ma ancor più la scomparsa *de facto*, trasversalmente accettata da tutti gli attori "dominanti", di

⁵² La classificazione delle forze speciali e per operazioni speciali avviene secondo tre modelli di riferimento: TIER 1, riferito alle capacità di condotta di operazioni sotto copertura oltre linee nemiche con perdurante capacità di permanenza in clandestinità ed elevati livelli offensivi e di autonomia, spendibili in azioni di comando, incursione sabotaggio nell'ambito di operazioni simmetriche, asimmetriche ed ibride; TIER 2, forze con capacità di supporto delle forze TIER 1 sia tattico che logistico, capaci di operazioni di soccorso ed esfiltrazione degli assetti avanzati, altamente qualificate per il confronto sia simmetrico che asimmetrico; TIER 3, forze altamente qualificate nell'ambito delle operazioni simmetriche e di confronto diretto col nemico.

⁵³ T.G. BENTON, A. FROGGATT *et al.*. *The Ukraine war and threats to food and energy security*, in *Chatham House - International Affairs Think Tank*, 12 aprile 2022, <https://www.chathamhouse.org/>.



qualsiasi forma di aderenza al diritto internazionale e di guerra, volto ad arginare il dilagare della violenza tra le popolazioni inermi, espresse per lo più dai civili ma anche dai militari fatti prigionieri, rappresenta un'ancora peggiore minaccia, specie con all'orizzonte la possibilità di un confronto atomico tra più potenze. Senza rispetto per il diritto non può esserci conservazione della specie!

È pertanto questa la vera sfida, da un lato le Intelligence occidentali, devono saper individuare i terminali nei territori di competenza di un network oramai capillare e molto pericoloso di soggetti preparati alla guerra, *foreign fighter* di ritorno tanto dai teatri asiatici e mediorientali quanto dal fronte del Donbass, oggi divenuto il fronte ucraino, siano essi islamisti, neonazisti, marxisti-leninisti o anarco-insurrezionalisti, rendendo difficoltoso per le agenzie di spionaggio antagoniste la possibilità di connettersi con costoro e offrire ciò di cui questi hanno bisogno: logistica, strumenti e TTP⁵⁴ avanzate. Al pari però deve ritornare centrale lo sforzo diplomatico nel ricondurre le azioni militari entro i confini, internazionalmente condivisi, di un impianto normativo volto a regolare la guerra, e di fronte al quale nessuno può prescindere in virtù neppure della vittoria, missione questa decisamente più complessa della prima.

Un'attività, nell'uno e nell'altro caso, che come si è fatto rapidamente cenno nel corso del presente contenuto, metta al centro l'uomo e il confronto con l'alterità al di là delle ideologie, della tecnologia e dei neo-nazionalismi. È forse questo lo sforzo maggiore demandato alle scienze sociali, la definizione di un "bene" e di un "male" che sia attinente prima di tutto alla conservazione dell'Umanità, relegando, forse per la prima volta nella storia, il terrorismo a semplice espressione criminale e riconducendo la pratica bellica entro un impianto di regole condivise da cui nessuno possa dirsi estraneo.

⁵⁴ *Tactical Technical Procedures.*



Recensioni



Lucia Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 112

In questa monografia Lucia Riscato affronta uno dei temi centrali della letteratura penalistica: la sicurezza, che da oggetto di tutela marginale e obiettivo generale del diritto punitivo, è diventata lo strumento di anticipazione della punibilità e base di una politica criminale di matrice populista in tensione con i principi costituzionali e convenzionali dello Stato democratico e di diritto.

La sicurezza è un concetto liquido, indeterminato, onnivoro che sgretola gli assi portanti del diritto penale di matrice illuministica e liberale, creando un modello di difesa della “percezione”, che va oltre la tutela di una sicurezza

oggettiva. La penalità tarata sull’allarme sociale (come l’intera normativa antiterrorismo), spinto dal populismo, converge nel penale dell’odio, dell’intolleranza, dell’etica criminalizzando le persone e non i fatti, e trasformando emergenze umanitarie come il soccorso in mare in emergenze criminali.

La sicurezza negli ultimi decenni è diventata: un bene rifugio di tipo emotivo; un interesse mediatico; un valore etico; un oggetto di tutela penale; uno strumento di difesa di una presunta identità nazionale; un *fluttuante* diritto. Si è sviluppato così un nuovo sistema securitario finalizzato alla messa in sicurezza, non solo di diritti e beni giuridici, ma anche di segmenti del vivere civile come i





Recensioni

fenomeni migratori e la marginalità sociale. Si ripropone così il tema della difficile convivenza tra sicurezza e libertà e del loro fluttuante rapporto nell'universo punitivo, riassunto in modo efficace nella formula dell'ossimoro invincibile, che ha visto negli ultimi anni il prevalere sul polo garantista del diritto penale, quello potestativo-sovranista di limitazione dei diritti e delle libertà. Ad un modello punitivo c.d. antropocentrico, che dirige l'intervento punitivo a tutela dei diritti, si sostituisce un modello statocentrico vincolato alla sovranità statale, ai confini nazionali, con la sicurezza intesa come ordine pubblico che, declinata in senso ideale, perde la sua peculiare connotazione di oggetto di tutela giuridica per divenire strumento di politiche emergenziali e delle diseguglianze ispirate alla neutralizzazione del nemico.

Nelle cinque sezioni della monografia l'Autrice muove dalla ricostruzione della categoria della sicurezza, per diffondersi nell'approfondimento delle sue componenti genetiche ed evolutive, a partire dal dato storico e giuridico, per giungere allo studio dello Stato penale securitario contemporaneo con la sua alluvione legislativa che rischia di generare frane nell'impianto normativo.

All'indomani del secondo dopoguerra lo Stato sociale, attraverso i principi di eguaglianza sostanziale e di solidarietà, aveva delegato ai diritti sociali il compito di garantire l'ordinato, pacifico e tranquillo andamento della vita sociale: in funzione preventiva si recuperavano sacche di marginalità, garantendo sicurezza collettiva, una maggiore omogeneità del tessuto sociale e redistribuzione dei beni. Indebolitosi il Welfare State, il millennio si apre con una nuova stagione politica, law and order, concepita in un clima più da democrazia di opinione mediaticamente manipolata che da democrazia critica.

Nella lettura della normativa analizzata dalla Risicato si assiste nella filigrana al passaggio dalla sicurezza penale al penale della sicurezza. Con la particolarità che sulla componente oggettiva di sicurezza intesa come strumento di difesa da un pericolo reale, prevale la dimensione soggettiva ed emotiva di sicurezza percepita. Quella che, secondo i canoni del diritto penale, essendo un bene "immaginario" va relegata allo studio sociologico, e quindi esclusa dall'universo penale. Al contrario, nell'epoca della postmodernità si enfatizza il sentirsi sicuro, l'esigenza di rimuovere la paura sul piano culturale prima ancora che su quello



reale, offrendo sicurezze etiche ed etniche, ad esempio, contrastando l'armonizzazione dei fattori multiculturali.

L'Autrice sottolinea inoltre, come l'illecito securitario si allontani anche dai principi del diritto punitivo liberale ossia il penale del fatto e la colpevolezza per il fatto. La normativa sull'immigrazione, ad esempio, tipizza autori di reati più che fatti: non si selezionano tipi di fatto, ma tipi di autore. Con la figura del clandestino si assiste ad un processo di rieticizzazione del diritto penale: la sanzione non si basa sulla realizzazione di illeciti, ma su una presunzione di pericolosità sociale. Infatti, nella prospettiva sovranista il migrante è un invasore, un estraneo che attenta all'identità nazionale e dunque va neutralizzato senza attendere la commissione di un reato. Siamo nella prospettiva del diritto dell'amico/nemico: il migrante va condannato per quello che è, e non per quello che fa. Si arriva persino alla criminalizzazione dell'accoglienza, al mancato soccorso in mare: il migrante è una non persona, ritorna il *bannitus medioevale* privato di tutti i diritti. Analogo è il trattamento riservato al delinquente di sussistenza, il c.d. sottoproletariato criminale. Lo Stato securitario dichiara guerra alla microcriminalità, trascurando le reali emergenze criminali della postmodernità: si garantiscono con cappe di immunità i protagonisti economici e politici della grande crisi della postmodernità, si puniscono le sue vittime.

L'analisi affrontata da Risicato conduce ad una amara riflessione sull'interrogativo posto nel titolo della monografia: con una nuova definizione di sicurezza, il diritto penale è diventato mero slogan e strumento a cui delegare il conflitto sociale e le disfunzioni economiche. Si sostituisce allo Stato sociale, assolvendo alla sola funzione simbolica di assicurazione come, ad esempio, nella legittima difesa domiciliare, mostrando inadeguatezza e contrarietà ai principi costituzionali e convenzionali.

Lucia Risicato con la sua opera ci fornisce, tramite l'esame puntuale di numerose normative, i mezzi per comprendere il significato onnivoro di sicurezza, ma allo stesso tempo come l'attivismo del legislatore penale non sorretto da adeguate politiche sociali volte al recupero delle sacche di marginalità, oltre a generare conflitti con il dettato costituzionale, conduce al cortocircuito della massima sicurezza promessa e la minima sicurezza percepita.



Democrazia e Sicurezza – Democracy and Security Review
ISSN: 2239-804X

anno XII, n.2, 2022
data di pubblicazione: 9 dicembre 2022

Recensioni

Gianluca Ruggiero

(Dottorando di ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo
presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" – Dipartimento Jonico)

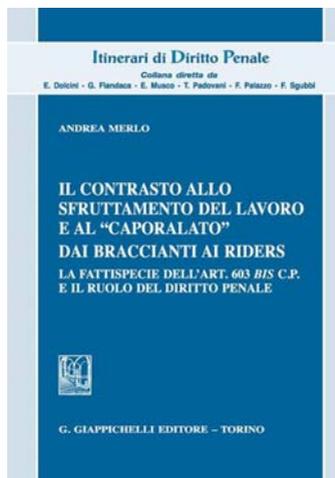


Andrea Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato". Dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art.603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 135

Con il Report del 1999, intitolato *Decent work*, Juan Somavia, in qualità di direttore generale dell'ILO, sostenendo che l'obiettivo principale dell'organizzazione fosse quello di promuovere «opportunities for women and men to obtain decent work and productive work in conditions of freedom, equity, security and dignity», orientava l'attenzione del legislatore italiano verso forme di tutela più efficaci delle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa e della persona-lavoratore.

Nella sua recente opera monografica l'Autore così evidenzia come il ricorso alla comminatoria penale si palesava, ad un certo punto, necessario rappresentando la risposta più severa contro forme di lavoro prestate in stato di sfruttamento e sopraffazione che comprimono in modo considerevole la dignità individuale del lavoratore.

La tutela penale da forme di sfruttamento lavorativo, tuttavia, si fa attendere: «per un approccio che mettesse al centro la persona e la dignità del lavoratore» (p. 4) si è dovuto attendere il 2011, con l'introduzione nel Codice penale del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: sin dalla sua





introduzione, la fattispecie delittuosa dell'art. 603-*bis* c.p. si prefiggeva il dichiarato obiettivo di fronteggiare il c.d. fenomeno del caporalato, una forma di sfruttamento del lavoro consolidato soprattutto nei settori dell'edilizia e dell'agro-industria.

Eppure, progressivamente, l'esigenza della tutela penale dallo sfruttamento lavorativo si avvertì in svariati settori lavorativi, da quello dei braccianti ai lavori razionalizzati «vincolati a fattori tecnici ed organizzativi», a quelli a qualificazione medio-bassa e ad alta intensità di manodopera (c.d. *labour intensive jobs* o *low-skill jobs*) che sono «lavori non razionalizzati né razionalizzabili con le tecniche dell'organizzazione scientifica» e si caratterizzano per «una vigorosa tendenza alla compressione dei salari e una altissima fungibilità della manodopera, a sua volta implicante un bassissimo potere contrattuale del lavoratore» (p. 6).

Anche nel campo della c.d. *service and knowledge economy*, incentrata sulla erogazione di servizi e sull'utilizzo della conoscenza come fattore competitivo, o in quello della *gig economy* – modello economico che si basa sul lavoro a chiamata, occasionale e temporaneo gestito tramite piattaforme digitali che fungono da intermediarie nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro – o, ancora, nel campo del lavoro intellettuale, dove «la forte competizione e l'esigenza di perfezionare sempre di più il proprio curriculum per ottenere un impiego adeguato non di rado espone i giovani ad esperienza di lavoro sottopagato con orari e ritmi insostenibili», si rese necessaria una azione di estensione della tutela penale, per evitare di «circoscriverne l'applicazione solo nell'ambito di specifici settori produttivi» (p. 55).

Così nel 2016, a partire, innanzitutto, veniva riformulata la condotta tipizzata dall'art. 603-*bis* c.p.: le due fattispecie-base prescindono dall'uso di violenza, minaccia o intimidazione, l'una consistente nel reclutamento di manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, l'altra nell'utilizzo della stessa, anche mediante l'attività di intermediazione. Risponde, inoltre, del reato il soggetto datoriale, sia nelle situazioni in cui la stessa sia fornita da terzi sia che egli stesso se la procuri.

La riforma ha riguardato anche gli indici di sfruttamento, vero termine sostanziale dell'inferenza induttiva, che guidano nella valutazione *case by case* del



Recensioni

grado di «significatività che la situazione tipologica raggiunge nella vicenda concreta e in relazione ad esso stabilire se ritenerla da sola idonea a dimostrare lo sfruttamento» (p. 75).

Se, da una parte, il requisito intrinseco dello “stato di bisogno” non è sovrapponibile al concetto di “vulnerabilità”, di matrice sovranazionale, presente nell’art. 600 c.p., poiché la situazione di sfruttamento descritta dall’art. 603 bis c.p. fa riferimento a lesioni meno incisive della libertà di autodeterminazione, non certo riconducibili alla dimensione del *forced labour*, quello dell’approfittamento, è «espressione dell’abuso di una condizione conosciuta e intenzionalmente strumentalizzata dall’agente per instaurare o consolidare un rapporto di dipendenza al ribasso».

Tale requisito avrebbe la funzione di selezionare, tra le condotte di sfruttamento, proprio quelle meritevoli di pena, per evitare che nel caporalato finiscano sia mere irregolarità che le condotte invece dotate di disvalore penale. Inserire, dunque, nel fatto tipico tale elemento consente di selezionare quelle condotte meritevoli di stigmatizzazione a prescindere da un abuso delle condizioni esistenziali della persona, quale modalità di realizzazione dello sfruttamento.

Nel solco della estensione della tutela del lavoratore, la riforma del 2016 ha poi inserito la fattispecie penale del caporalato nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità amministrativa “da reato” delle persone giuridiche e degli altri enti ai sensi del d.lgs. 231/2001.

Nel quadro delle sanzioni dell’ente, è innovativa l’introduzione del controllo giudiziario dell’azienda disposto qualora l’interruzione dell’attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale. In presenza di tali circostanze, dunque, il giudice penale, in sostituzione di un provvedimento di sequestro preventivo, può disporre il controllo giudiziario dell’azienda che prevede la nomina di un amministratore giudiziario di affiancamento all’imprenditore titolare.

Tra le misure di bonifica aziendale si inserisce anche quella dell’amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle



aziende, prevista dall'art. 34, comma 1 d.lgs. 159/2011, sostituito dalla l. n. 161/2017, disposta quando ricorrono indizi che rilevano come il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, abbia carattere ausiliario ed agevolatorio rispetto all'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione ovvero di persone sottoposte a procedimenti penali per alcuni delitti.

«A uno sguardo d'insieme, va preso atto, quindi, che in materia di contrasto allo sfruttamento del lavoro in contesti aziendali il paniere dei possibili strumenti di intervento è assai assortito, con opzioni diversificate in ragione dei rispettivi presupposti applicativi, ma tendenzialmente convergenti rispetto all'obiettivo di decontaminare l'attività imprenditoriali da pratiche criminali, salvaguardandone al contempo la continuità e la capacità produttiva» (p. 102): benché le aree di intervento delle due misure siano anche suscettibili di sovrapporsi, la loro natura giammai può dirsi repressiva ma solo preventiva.

Tra i casi giurisprudenziali relativi all'applicazione di tali misure, menzionati dall'Autore, merita attenzione il recente caso della società Uber Italy srl. sottoposta alla misura dell'art. 34 per un caso di "caporalato digitale" della attività di distribuzione dei riders.

Qui l'esigenza di tutela penale incontra il mondo dei servizi e della terziarizzazione delle imprese e, come sottolineato da Merlo, «l'istituto mostra una speciale attitudine a divenire un importante strumento per il contrasto allo sfruttamento del lavoro particolarmente congeniale a tutti quei casi in cui questo non sia semplicemente esito della condotta di una persona fisica ma costituisca espressione di una politica d'impresa, se non addirittura di un modo di produzione» (p. 108).

L'adozione di misure di rivitalizzazione della virtuosa attività d'impresa consente di affrancare lo strumento del diritto penale da un paradigma di intervento esclusivamente punitivo o sanzionatorio, guardando, invece, alla capacità dell'impresa di individuare le proprie attività aziendali più esposte al rischio di condotte di sfruttamento e bonificare - nel senso di rimuovere - le situazioni di illecito già esistenti e introdurre sistemi preventivi in grado di neutralizzarne il rischio di verifica futura.



Recensioni

Il diritto penale, dunque, si fa carico per la prima volta della tutela del lavoratore come persona e non (solo) come forza lavoro, ripudiando livelli inaccettabili di compressione della sua libertà e della sua dignità.

La percezione del caporalato non più quale fenomeno «microeconomico», ma inserito all'interno di un vero e proprio sistema di criminalità di impresa, impone al legislatore l'introduzione di strumenti di bonifica aziendale, la previsione di strumenti di compliance aziendale in grado di individuare le aree sensibili alle condotte di sfruttamento, di adeguate misure di prevenzione e correlate misure sanzionatorie in caso di inosservanza e, infine, di efficaci sistemi di controllo interni dell'efficacia delle stesse.

I dubbi dell'autore sulla sufficienza dello strumento penale nella lotta contro il caporalato rimangono sullo sfondo: «una vera strategia di contrasto allo sfruttamento del lavoro non va circoscritta alla risposta penalistica, che pur sempre interviene per colpire i sintomi della patologia, senza agire sulle cause che la determinano» (p. 116): se il diritto penale può rappresentare uno strumento utile sul piano della repressione, sarebbe in ogni caso inefficace limitarsi ad invocare l'intervento della sanzione, rimanendo al contempo inermi sul piano della prevenzione.

Filomena Pisconti

(Dottoressa di ricerca in Diritti, Economie e Culture del Mediterraneo presso l'Università degli Studi di Bari "Aldo Moro" – Dipartimento Jonico)

EDITORIALE

Salvatore Bonfiglio e Claudio Martinelli

Condizionalità europea e Stato di diritto: riflessioni a margine delle sentenze della Corte di giustizia del 16 febbraio 2022

SAGGI

Monica Bonini

La costruzione degli Stati Uniti d'Europa fra condizionalità, Stato di diritto e identità costituzionale

Antonia Baraggia

Le implicazioni costituzionali del "Regolamento Condizionalità": riflessioni a partire dalle sentenze C-156/21 e C-157/21 della Corte di giustizia

Cristina Fasone

Le sentenze della Corte di giustizia sul Regolamento UE sulla condizionalità relativa alla *rule of law*: gli elementi di novità e le (numerose) questioni aperte

Simone Gianello

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

Stefania Ninatti e Marco Galimberti

Il primato del diritto UE sotto attacco. Brevi cenni sulla crisi del dialogo fra Corti

OSSERVATORI

Gianluca Tirozzi

Le trasformazioni della guerra: la rarefazione del diritto internazionale e la conseguente sovrapposizione dei concetti di terrorismo e guerra ibrida

RECENSIONI

Gianluca Ruggiero

Lucia Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 112

Filomena Pisconti

Andrea Merlo, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato". Dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art.603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 135