

Un possibile “momento costituzionale” per lo Stato di diritto europeo. L'importanza delle linee rosse

di Armin von Bogdandy, Piotr Bogdanowicz,
Iris Canor, Maciej Taborowski and Matthias Schmidt*

(12 luglio 2018)

1. Qual è la posta in gioco?

La crisi dello “Stato di diritto” nell’Unione europea è un fenomeno multiforme.¹ Destano particolare attenzione quegli Stati membri in cui maggioranze di governo attentano volutamente alla separazione dei poteri. L’attuale punto focale è la Polonia. Il governo polacco ha adottato misure ad ampio raggio che hanno compromesso l’indipendenza del Tribunale costituzionale; ha rafforzato la sua influenza sul Consiglio nazionale del potere giudiziario, che ha il compito di selezionare i giudici; ha destituito più di 150 (su 700) presidenti e vicepresidenti di tribunale; ha obbligato quasi il 40% dei giudici della Corte suprema a rassegnare le dimissioni;² ha alzato il numero complessivo dei giudici della Corte suprema, così da rendere necessaria la nomina di almeno 70 nuovi giudici; ha istituito un nuovo comitato disciplinare nonché una procedura straordinaria di appello davanti alla Corte suprema, la quale potrebbe servire a piegare giudici non allineati.³

In tutto questo, non vanno dimenticati altri Stati membri, tra i quali l’Ungheria, che pare ormai essere un caso “disperato” – in qualche misura anche per colpa di un involontario supporto di Bruxelles, ad esempio attraverso l’erogazione di fondi.⁴ Se tali misure dovessero rimanere incontrastate, sarà difficile in futuro sostenere che esse siano in

* Rispettivamente: Direttore del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg; Ricercatore, Facoltà di Giurisprudenza e Amministrazione, Università di Varsavia; Professore, Facoltà di Giurisprudenza, College of Management, Zefat Academic College, Israele; Ricercatore, Facoltà di Giurisprudenza e Amministrazione, Università di Varsavia; Research Fellow, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg. Questo editoriale per *Common Market Law Review* fa parte di una collaborazione in corso tra il Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, e la Cattedra di Diritto europeo della Facoltà di Giurisprudenza e Amministrazione, Università di Varsavia. Gli autori desiderano ringraziare Theodor Shulman per la revisione linguistica. Traduzione dall’inglese di Giacomo Rugge.

1 Editorial Comments, “Safeguarding EU values in the Member States – Is something finally happening?”, 52 CML Rev. (2015), 619, 625-627; Editorial Comments, “The Rule of Law in the Union, the Rule of Union Law and the Rule of Law by the Union: Three interrelated problems”, 53 CML Rev. (2016), 597; Editorial Comments, “About Brexit Negotiations and Enforcement Action Against Poland: The EU’s Own Song of Ice and Fire”, 54 CML Rev. (2017), 1309; on the academic debate: Bonelli, “From a Community of law to a Union of values”, 13 EuConst (2017), 793.

2 COM(2017)835 final, European Commission, Reasoned Proposal in accordance with Article 7(1) of the Treaty on European Union regarding the rule of law in Poland: Proposal for a Council Decision on the determination of a clear risk of a serious breach by the Republic of Poland of the rule of law, at p. 21, para 116.

3 Act on the Supreme Court of 8 Dec. 2017, *Journal of Laws* (2018), item no. 5.

4 For a dire picture, see Charlemagne, “The EU is tolerating - and enabling - authoritarian kleptocracy in Hungary” *The Economist*, 5 April 2018. See also Halmai, “Illiberal constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective”, in Kadelbach (Ed.), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, (Nomos, 2018), p. 85. See also European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, 25 June 2018 (Result of roll-call votes), <www.europarl.europa.eu/committees/en/libe/votes-in-committee.html>.

contrasto con i valori europei di cui all'art. 2 TUE.⁵

Le istituzioni europee hanno iniziato a reagire in maniera assai più determinata di quanto abbiano fatto rispetto al caso ungherese. Ciò va accolto con favore. Al tempo stesso, però, le reazioni europee alzano significativamente la posta in gioco. Potremmo addirittura assistere a un 'momento costituzionale'. Con questo termine, si fa riferimento a una situazione che incide fortemente sullo sviluppo di un ordinamento costituzionale, senza però che ciò avvenga per mezzo di una procedura di revisione costituzionale.⁶ La questione è se le democrazie illiberali abbiano diritto di cittadinanza nell'ordinamento pubblico europeo come previsto dall'art. 2 TUE ovvero siano da questo osteggiate. Quale che sia la risposta a tale quesito, le conseguenze potrebbero essere veramente di vasta portata. Nel primo caso, la tradizionale auto-percezione dell'Europa non potrà più essere salvaguardata, poiché lo Stato di diritto europeo diventerebbe tale da ricomprendere quanto sta succedendo in Polonia. Ciò avrebbe delle conseguenze enormi per il tipo di atteggiamento che l'Unione europea potrà adottare nel caso di sviluppi simili in altri Stati membri oppure per la politica estera europea (si pensi, ad esempio, alla Turchia). Nel secondo caso, lo Stato di diritto europeo imporrebbe delle 'linee rosse'. Anche ciò corrisponderebbe a un momento costituzionale, poiché darebbe sostanza e mordente ai valori europei.

Questo testo esprime una netta preferenza per il secondo scenario e sostiene che le istituzioni europee vadano encomiate per aver reagito con determinazione. Le azioni della Commissione, in particolare la proposta motivata a norma dell'art. 7(1) TUE sullo Stato di diritto in Polonia,⁷ devono essere supportate, non da ultimo per buone ragioni giuridiche. Tuttavia, molto dipenderà anche dal potere giudiziario. Un'importante occasione per tracciare delle linee rosse la offre il caso *LM*.⁸ Naturalmente, non vi sono decisioni europee, politiche o giudiziarie che siano, capaci da sole di ristabilire la separazione dei poteri in uno Stato membro. Esse possono al più contribuire all'autorigenerazione polacca, la quale potrà compiersi però solamente attraverso il processo costituzionale interno. Tuttavia, l'importanza di decisioni politiche o giudiziarie europee non si esaurisce in questo: quest'ultime sono, infatti, essenziali alla tutela del costituzionalismo liberale nel resto dell'UE.

⁵ See for a comprehensive description Matczak, "10 Facts on Poland for the Consideration of the European Court of Justice", *VerfBlog*, 13 May 2018, <verfassungsblog.de/10-facts-on-poland-for-the-consideration-of-the-european-court-of-justice>. Opinion on the Draft Act amending the Act on the National Council of the judiciary; on the Draft Act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the President of Poland, and on the Act on the organisation of ordinary courts, adopted by the Venice Commission at its 113th Plenary Session (Venice, 8-9 Dec. 2017), <www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2017)031-e>.

⁶ Ackerman, *We the People: Foundations*, Vol. 1, (Belknap, 1991), p. 6. Note that the original articulation of this term by Ackerman has a more specific meaning. For further analysis, see Klarman, "Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments", 44 *Stanford Law Review* (1992), 759-797.

⁷ Reasoned Proposal cited *supra* note 2.

⁸ Case C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality v. LM*, (pending), Reference for a preliminary ruling from the High Court (Ireland) made on 27 March 2018: <www.courts.ie/Judgments.nsf/0/FD843302847F2E228025825D00457F19>. This case is based on a decision of the Irish High Court 2013 295 EXT;2014 8 EXT; 2017 291 EXT *The Minister for Justice and Equality v. Celmer*, [2018] IEHC 119, <www.courts.ie/Judgments.nsf/0/578DD3A9A33247A38025824F0057E747>. See also Opinion of A.G. Tanchev in Case C-216/18 PPU, *LM*, EU:C:2018:517.

2. Come rendere operativo il valore dello Stato di diritto

Sono ormai successe molte cose che impongono di rendere operativo – nel senso di interpretare, applicare e casomai imporre – il valore dello Stato di diritto. Diversamente da quanti sostengono che il valore dello Stato di diritto previsto dall'art. 2 TUE sia solamente una vaga dichiarazione politica, i guardiani dei Trattati lo hanno sviluppato in modo da consentirne l'utilizzo per valutare giuridicamente le attività degli Stati membri. Per essere chiari, le istituzioni non hanno intenzione di delimitare il valore dello Stato di diritto attraverso definizioni che possano essere applicate in maniera formalistica, ma hanno piuttosto ricondotto il valore dello Stato di diritto a principi giuridici ormai consolidati. La loro applicazione richiede contestualizzazione e cautela e conterrà elementi politici, ossia elementi discrezionali, valutativi e opportunistici. Tuttavia, questo fa parte del diritto, soprattutto quando ci si trova di fronte a momenti costituzionali.

Un contributo innovativo che permette di tradurre in azioni concrete il valore dello Stato di diritto si ritrova nella recente decisione della CGUE sul caso *Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP)*. L'interpretazione dell'art. 19 TUE fornita dalla Corte di giustizia è tale da ricomprendere anche la dimensione istituzionale dell'indipendenza dei giudici nazionali.⁹ In questo modo, lo Stato di diritto europeo è divenuto azionabile nei confronti degli Stati membri.¹⁰ Da parte sua, la Commissione s'è occupata di elaborare una serie di principi a tal fine rilevanti e di inserirli in un tutt'uno coerente, soprattutto nell'ambito del "Quadro per rafforzare lo Stato di diritto".¹¹ A tal fine, la Commissione ha fatto affidamento su fonti differenti: le sentenze della Corte, ma anche le decisioni e i pareri di altre istituzioni, in particolare la Corte EDU e la Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (la Commissione di Venezia). Uno spettro così ampio contribuisce significativamente nel dare legittimità all'operato della Commissione.

Il "Quadro della Commissione per rafforzare lo Stato di diritto" è un passo importante con riguardo non solo all'interpretazione, ma anche eventualmente all'imposizione dello Stato di diritto. Ancorché non privo di debolezze, non da ultimo in quanto quasi indifferenziabile rispetto a valori quali la democrazia e i diritti umani, il Quadro appare un metodo convincente per rendere operativo il valore dello Stato di diritto, in sintonia con *l'acquis* del diritto pubblico europeo. La Commissione ha ribadito l'interpretazione del Quadro all'interno della proposta motivata di cui all'art. 7(1) TUE in merito allo Stato di diritto in Polonia.¹² In aggiunta, ha fatto riferimento al valore dello Stato di diritto nel suo *Justice Scoreboard* del 2018 quale strumento di "valutazione delle riforme dei sistemi giudiziari a livello UE" nonché nel suo ultimo *Country Report* sulla Polonia nell'ambito del Semestre europeo.¹³ La recente proposta di regolamento della Commissione in materia di "carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto" prevede addirittura una definizione della soglia oltre cui è legittimo parlare di "carenze generalizzate" dello Stato di diritto.¹⁴ L'attuazione

⁹ Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, EU:C:2018:117.

¹⁰ Case C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, EU:C:2016:861; Case C-452/16 PPU, *Poltorak*, EU:C:2016:858.

¹¹ COM(2014)158 final/2, European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: A new EU framework to strengthen the rule of law, p. 4, and Annex I.

¹² Reasoned Proposal cited *supra* note 2, p. 1, para 1.

¹³ SWD(2018)219 final, Commission Staff Working Document, Country Report Poland 2018 accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank and the Eurogroup: 2018 European Semester: Assessment of progress on structural reforms, prevention and correction of macroeconomic imbalances, and results of in-depth reviews under Regulation (EU) No 1176/2011, p. 3, 29.

¹⁴ COM(2018)324 final, European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of the Union's budget in case of generalised deficiencies as regards the rule

del valore dello Stato di diritto può essere ulteriormente favorita attraverso una nuova proposta di Fondo “Giustizia, diritti e valori”, dotato di un budget totale di 947 milioni di Euro.¹⁵ Già in vigore – seppur non ancora attuato — è il regolamento dell’Unione sui partiti politici europei, che permette di valutare se un partito europeo rispetta i valori di cui all’art. 2 TUE.¹⁶

A prescindere da alcune questioni di dottrina che rimangono aperte, quantomeno il fondamento per valutare giuridicamente gli Stati membri facendo uso del valore dello Stato di diritto può a questo punto dirsi assodato. Dalla lettura del “*White Paper on the Judiciary*”, si può inferire che neppure il governo polacco mette in dubbio tale fondamento, dal momento che giustifica le misure da esso adottate proprio in riferimento allo Stato di diritto europeo.¹⁷ Anche la replica dell’Associazione dei giudici polacchi e della Corte suprema polacca al “*White Paper*” dà prova dell’esistenza di un vincolo giuridico stabile tra il vago valore dello Stato di diritto e le caratteristiche essenziali dei poteri giudiziari nazionali.¹⁸ Lo Stato di diritto europeo è pertanto divenuto un principio operativo per controversie di natura politica e giuridica.

3. Il potere politico in cattive acque

La scelta di contrastare le misure polacche è una scelta estremamente delicata, in quanto richiede di opporsi a un governo democraticamente eletto che sta trasformando elementi essenziali del suo ordinamento costituzionale. Per questa ragione, è apprezzabile che il potere politico europeo si sia attivato. Alla luce dell’insegnamento dell’infelice azione intrapresa dai governi nazionali contro l’Austria nel 2000, le attività istituzionali si sono questa volta svolte nel Consiglio d’Europa e nelle istituzioni dell’Unione. In particolare, la Commissione europea sta provando a presentarsi come la paladina dei valori europei, rispondendo così alle dure critiche che le sono state mosse per il suo iniziale indugio. Nel caso polacco, la Commissione ha deciso d’impiegare per la prima volta due strumenti essenziali. Ciò è di per sé rilevante, se si considera che il primo utilizzo di uno strumento spesso ne condiziona in maniera determinante l’ulteriore, futuro impiego. Purtroppo, però, v’è un alto rischio d’insuccesso, cui si accompagna un impatto potenzialmente catastrofico sullo Stato di diritto europeo.

Uno strumento è il già menzionato “Quadro per rafforzare lo Stato di diritto” del 2014, che è stato concepito come strumento la cui rapida applicazione può evitare un aggravamento della situazione tale da ricondurla nell’ambito dell’art. 7 TUE. Inteso come un approccio “a

of law in the Member States, at Art. 2(b).

15 COM(2018) 321 final, Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A modern budget for a Union that protects, empowers and defends: The multiannual financial framework for 2021-2027, p. 48.

16 Regulation (EU, EURATOM) No. 1141/2014 of the European Parliament and of the Council of 22 Oct. 2014 on the statute and funding of European political parties and European political foundations, O.J. 2014, L 317/1, at Art. 3(1)c, Art. 6(1).

17 Chancellery of the Prime Minister of Poland, “White Paper on the Reform of the Polish Judiciary”, 7 March 2018, <www.premier.gov.pl/files/files/white_paper_en_full.pdf>, para 166.

18 Iustitia (Polish Judges Association), “Response to the White Paper Compendium on the reforms of the Polish justice system, presented by the Government of the Republic of Poland to the European Commission”, 17 March 2018, <twojsad.pl/wp-content/uploads/2018/03/iustitia-response-whitepaper.pdf>; Gersdorf (First President of the Supreme Court), “Opinion on the White Paper on the reform of the Polish judiciary”, 16 March 2018, <archiwumosiadynskiego.pl/images/2018/04/Supreme-Court-Opinion-on-the-white-paper-on-the-Reform-of-the-Polish-Judiciary.pdf>.

maior ad minus”, assolutamente lecito a norma degli artt. 7(1) TUE e 292 TFUE,¹⁹ esso fornisce alla Commissione una procedura attraverso cui entrare in dialogo – con un parere ed, eventualmente, delle raccomandazioni – con uno Stato membro nel caso di minaccia “sistematica allo Stato di diritto”. A oggi, l’uso del Quadro non ha ancora prodotto risultati tangibili, circostanza che mette in forte dubbio l’efficacia dello strumento. Le autorità polacche non hanno intrapreso alcuna azione volta a rimediare la situazione; si sono limitate a fare concessioni minori, di natura illusoria e spesso prive di conseguenze pratiche.

Per segnalare che “faceva sul serio”, la Commissione ha quindi attivato il secondo strumento. Il 20 dicembre 2017, ha dato per la prima volta avvio alla procedura di cui all’art. 7(1) TUE. La Commissione ritiene, infatti, che vi sia un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto in Polonia, indica in termini piuttosto precisi quali passi devono essere intrapresi, e chiede al Consiglio di raccomandare alla Polonia di procedere in tal senso.²⁰ Ne approfitta anche per confutare l’affermazione del precedente Presidente della Commissione, José Manuel Barroso, il quale aveva definito l’art. 7 TUE come l’“opzione nucleare”,²¹ un’affermazione che evidentemente delegittima l’uso di tale strumento. La legittimità del suo utilizzo è corroborata dal Parlamento europeo²² e dal Comitato delle Regioni,²³ i quali supportano la Commissione e richiedono al Consiglio di dar seguito con prontezza all’azione della Commissione.

La proposta della Commissione merita un attento scrutinio. È dettagliata ed estesa. Integra i rilievi di altre istituzioni, quali il Consiglio d’Europa, le Nazioni Unite e gli organismi della società civile.²⁴ Respinge le accuse secondo cui i rilievi sono di parte. Dimostrando che molte istituzioni condividono i suoi rilievi, la Commissione si fa portavoce di un’ampia alleanza. Al tempo stesso, sottolinea la dimensione giuridica della questione, dando alla propria proposta la forma di un’opinione motivata, alla stregua di quelle utilizzate nelle procedure d’infrazione. La proposta della Commissione mira evidentemente a svolgere due funzioni allo stesso tempo: quella di un convincente giudizio di valore *politico* e quella di un’analisi *giuridicamente* solida. Ciò non è paradossale. Rappresenta piuttosto il modo in cui le istituzioni politiche dovrebbero decidere.

Il ragionamento giuridico della Commissione sul perché esiste un evidente rischio di violazione grave potrebbe apparire in qualche modo ‘sbrigativo’: esso, infatti, non precisa dove vada situata la soglia oltre cui è legittimo parlare di “carenze generalizzate” dello Stato di diritto. Tuttavia, va tenuto in conto che gli sviluppi istituzionali che conducono alla nascita di regimi autoritari sono difficili da cogliere da un punto di vista giuridico: l’analisi giuridica, infatti, è solita occuparsi di singoli atti. Prese singolarmente, le misure sin qui

19 Giegerich, “Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht in der EU: Zum ‘neuen Rechtsstaatsmechanismus’ der Europäischen Kommission” in Calliess (Ed.), *Herausforderungen an Staat und Verfassung: Liber Amicorum für Torsten Stein zum 70. Geburtstag*, (Nomos, 2015), pp. 499, 535-536. For the opposing view, Document 10296/14 of the Legal Service of the Council, “Commission’s Communication on a new EU Framework to strengthen the rule of law: - compatibility with the Treaties”, 27 May 2014, <data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10296-2014-INIT/en/pdf>.

20 Reasoned Proposal cited *supra* note 2.

21 SPEECH/13/684, Barroso (President of the European Commission), “State of the Union address 2013”, 11 Sept. 2013, <europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_en.htm>.

22 P8_TA-PROV(2018)0055, “European Parliament resolution of 1 March 2018 on the Commission’s decision to activate Article 7(1) TEU as regards the situation in Poland (2018/2541(RSP))”.

23 RESOL-VI/30, 6391/18, “Determination of a clear risk of a serious breach by Poland of rule of law - Resolution of the European Committee of the Regions of 22 February 2018”.

24 Reasoned Proposal cited *supra* note 2, para 183 and the respective footnotes.

adottate si prestano più facilmente a essere giustificate (benché la maggior parte delle misure contro il Tribunale costituzionale costituiscono casi piuttosto chiari).²⁵ Invero, il Governo polacco cerca di difendere le proprie misure attraverso una comparazione giuridica con paesi 'insospettabili'.²⁶ Pertanto, al fine di stabilire in maniera convincente un "evidente rischio di violazione grave" dei valori di cui all'art. 2 TUE, le misure polacche contro il potere giudiziario devono essere considerate nel loro insieme, alla luce delle condizioni politiche e sociali del paese. Una tale decisione implica inevitabilmente un'importante dimensione discrezionale e valutativa e non si presta a essere adottata alla luce di argomentazioni puramente dottrinali.

Ora tocca al Consiglio agire. A tal fine è richiesta l'approvazione dei quattro quinti dei suoi membri, ossia 22 Stati membri. Il Consiglio ha discusso la questione nel Consiglio "Affari generali".²⁷ Tuttavia, è verosimile che il Consiglio decida di non dar seguito all'azione della Commissione, al fine, per esempio, di mantenere una certa coesione tra gli Stati membri in un momento politico piuttosto difficile per l'Unione (si consideri soltanto la Brexit!). Tuttavia, una tale omissione potrebbe essere usata come argomento per sostenere che il Consiglio – e quindi gli Stati membri – non ritengono le politiche del governo polacco, in particolare i cambiamenti al sistema giudiziario identificati nella proposta della Commissione, una violazione dell'art. 2 TUE. Di conseguenza, tali politiche potrebbero essere ritenute conformi ai valori fondamentali dell'Unione europea. O addirittura potrebbero essere considerate un'espressione dello Stato di diritto europeo. Non va tuttavia dimenticato che ci sono anche le corti. Come spesso succede nelle crisi europee, molto dipenderà dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nonché dalle corti nazionali – in breve, dall'intero potere giudiziario dello spazio giuridico europeo.

4. Il potere giudiziario: "I love you, like I love Ireland"

A differenza del Consiglio, le corti non possono sottrarsi dal prendere una decisione. Ciò che potrebbe aiutare le corti è la consapevolezza che il loro operato sarà pesantemente criticato in ogni caso, a prescindere da come giudicheranno la situazione polacca.²⁸ Sicché, le corti dovrebbero sfruttare ogni opportunità che si presenti loro per tracciare delle linee rosse a tutela dello Stato di diritto europeo.²⁹ All'interno del complesso sistema giudiziario dell'UE, tocca alla Corte di giustizia decidere se la Polonia ha violato un principio europeo; le corti nazionali dovrebbero assumere una decisione solo qualora la CGUE non lo faccia.

La Corte di giustizia potrebbe essere adita attraverso una procedura d'infrazione avviata

²⁵ Iustitia, op. cit. *supra* note 18, p. 92; Venice Commission, "Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland", Opinion No. 833/2015, CDL-AD(2016)001, paras. 126, 137, 138.

²⁶ White Paper on the Reform of the Polish Judiciary, cited *supra* note 17. But see also the rebuttal cited *supra* note 18.

²⁷ General Affairs Council, "Rule of law in Poland", 17 April 2018: <www.consilium.europa.eu/en/meetings/gac/2018/04/17/>.

²⁸ The new Vice President of the Polish Constitutional Tribunal has already stated that he would consider any ECJ decision against Poland illegitimate, Muszyński, "Polski Trybunał w unijnej rzeczywistości", <www.rp.pl/Opinie/303229983-Polski-Trybunał-w-unijnej-rzeczywistosci---Mariusz-Muszynski-o-mocy-wyrokow-TSUE-w-Polsce.html> (in Polish only).

²⁹ The Advocate General in Case C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality v. LM*, indeed addresses the Polish situation. However, he does so only in terms of human rights and thereby fails to fully meet the challenge, see para 39.

dalla Commissione o attraverso dei rinvii pregiudiziali operati dalle corti nazionali, vale a dire in procedure di natura discendente (top-down) o ascendente (bottom-up). Lo strumento tipico di supervisione giudiziaria degli Stati membri è la procedura d'infrazione. Si tratta, infatti, della normale modalità d'interazione tra i due guardiani dei Trattati. Pertanto, anche la procedura d'infrazione dovrebbe giocare un ruolo di primo piano nella crisi dello Stato di diritto. I valori dell'art. 2 TUE sono soggetti allo scrutinio della Corte e pertanto ricadono nel suo mandato di "assicurare il rispetto del diritto" (art. 19(1) TUE), e ora la Corte sembra pronta a far pieno uso dei propri poteri.³⁰ L'art. 7 TUE non preclude la possibilità di avviare parallelamente delle procedure d'infrazione, come testimonia il caso *Van Gend en Loos*.³¹ Come presentare e strutturare un possibile caso è più problematico: in fin dei conti, la situazione polacca è alimentata da una commistione di misure tanto diverse quanto numerose. Tuttavia, la Corte ha già affermato che si può servire di una procedura d'infrazione per fare rilievi riguardanti mancanze generali e persistenti in uno Stato membro,³² andando oltre la normale attenzione per il caso individuale e concreto.

Ancorché le procedure d'infrazione siano giuridicamente percorribili, si dovrebbe tuttavia tenere in considerazione che è un onere significativo per la CGUE dover decidere se le misure polacche costituiscono una violazione dello Stato di diritto europeo. Tuttavia, se la questione fosse affrontata per mezzo della procedura di rinvio pregiudiziale, quest'onere potrebbe essere ripartito tra più corti. In tale ipotesi, infatti, la Corte di giustizia si limiterebbe a rispondere a timori sollevati da giudici nazionali. Inoltre, se si decidesse la questione attraverso un rinvio pregiudiziale, si continuerebbe quella tradizione europea secondo cui la maggior parte delle decisioni con un profondo impatto costituzionale sono prese all'interno del *Gerichtsverbund* europeo, ossia l'unione europea delle corti. Invero, il caso *LM*,³³ che è stato rinviato alla CGUE dall'High Court irlandese, potrebbe costituire un primo banco di prova. Come dimostrano le vivide reazioni polacche a tale rinvio,³⁴ esso ha tutto il potenziale per divenire una decisione storica in materia.

"I love you, like I love Ireland" è stata un grande hit del rock polacco negli anni '90. Come affermato dal cantante principale del gruppo "Kobranocka", "l'Irlanda [...] ha avuto una storia simile alla nostra, come noi hanno lottato per l'indipendenza. Li amavamo per questo. Li amavo e li amo ancora oggi".³⁵ In polacco, "amare qualcuno come l'Irlanda" significa amare qualcuno profondamente. Questa speciale relazione tra Polonia e Irlanda è particolarmente significativa in questa vicenda giudiziaria. Più in generale, il rinvio nel caso *LM* dimostra come l'intervento delle corti nazionali al fine di far rispettare lo Stato di diritto nello spazio giuridico europeo sia inevitabile.³⁶

30 Case C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, and Case C-452/16 PPU, *Poltorak*. In the infringement proceedings against Hungary concerning judicial independence, (Case C-286/12, *Commission v. Hungary*, EU:C:2012:687) the Commission and the Court were criticized for framing and deciding the case on the grounds of discrimination rather than Art. 2 TEU: Halmay, "The early retirement age of the Hungarian judges", in Nicola and Davies (Eds.), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence* (Cambridge University Press, 2017), p. 471.

31 Case 26/62, *Van Gend en Loos v. Administratie der Belastingen*, EU:C:1963:1. See, in detail, Scheppele, "Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions" in Clossa and Kochenov (Eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* (Cambridge University Press, 2016), p. 105.

32 Case C-494/01, *Commission v. Ireland*, EU:C:2005:250, para 36.

33 Case C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality v. LM*, (pending).

34 See in this respect the statement of the Association of Judges of Ireland in defence of the referring judge <aji.ie/communications/press-release-2018-03-15/>.

35 Interview with the leader of "Kobranocka", Andrzej Kraiński, <gazetapraca.pl/gazetapraca/1,68946,3425292.html> (in Polish only).

36 Canor, "My brother's keeper? Horizontal *Solange*: 'An ever closer distrust among the peoples of

Il caso concreto solleva la questione se l'Irlanda, a causa delle deficienze sistemiche nello Stato di diritto in Polonia, possa rifiutarsi di dare esecuzione a un mandato d'arresto europeo (MAE) nei confronti di un cittadino polacco.³⁷ L'High Court irlandese considera che le misure polacche violino alcuni valori fondamentali, tra i quali "l'indipendenza del sistema giudiziario e il rispetto per la costituzione", ed equivalgano a "violazioni sistemiche dello Stato di diritto" nonché a "vizi fondamentali nel sistema giudiziario".³⁸ Pertanto, essa intravede un rischio reale per la protezione del diritto fondamentale dell'individuo (a un giusto processo). La Corte di giustizia potrebbe – e dovrebbe – sfruttare quest'occasione per tracciare delle linee rosse, dichiarando i cambiamenti al sistema giudiziario polacco una violazione dell'art. 2 TUE e una deficienza sistemica.

È importante che sia la Corte di giustizia a decidere la questione, poiché queste linee rosse dovrebbero essere tracciate attraverso un processo che a sua volta rispetti i valori fondamentali dello Stato di diritto europeo. Tra questi valori, v'è anzitutto il principio del contraddittorio, che protegge anche lo Stato membro oggetto di scrutinio. Pertanto, la Polonia dovrebbe avere un ruolo formale nella procedura ed essere rappresentata dal proprio governo. Una corte nazionale può difficilmente offrire questa condizione. Inoltre, l'autonomia dei giudici è un altro "elemento chiave" per il funzionamento della procedura di rinvio pregiudiziale. Infine, in termini più generali, un problema sistemico con riguardo allo Stato di diritto e, in particolare, all'indipendenza del sistema giudiziario mette a repentaglio l'effettività dell'intero sistema giuridico dell'Unione; s'impone, pertanto, una valutazione complessiva della questione a livello europeo. Alla luce di ciò, la CGUE dovrebbe valutare l'effetto delle modifiche legislative polacche sull'indipendenza dei giudici, fondando il proprio giudizio sulla decisione nel caso *ASJP* e sulla giurisprudenza in materia di tutela giudiziaria effettiva.

Tuttavia, la corte irlandese non ha rinviato questa questione alla CGUE, giacché essa stessa giunge alla conclusione che, nel caso di specie, sussiste una violazione sistemica dello Stato di diritto (come previsto dall'art. 2 TUE). Tuttavia, questo modo di procedere non appare convincente: infatti, ancorché vi siano molti elementi che inducono a presumere l'esistenza di una violazione, essa non presenta quei caratteri d'evidenza che, secondo la giurisprudenza CILFIT, consentono di prescindere dall'interrogare la CGUE, il che significa che tocca alla CGUE decidere la questione. Infatti, nella decisione *Identitätskontrolle I*, il Tribunale costituzionale federale tedesco è stato convincentemente criticato per non aver effettuato un rinvio pregiudiziale.³⁹ La CGUE dovrebbe pertanto riformulare la domanda pregiudiziale e fornire alla corte irlandese una risposta (seppur non richiesta).⁴⁰

Europe", 50 CML Rev (2013), 383.

37 Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, O.J. 2002, L 190/1, as amended by Council Framework Decision 2009/299/JHA amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, thereby enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principle of mutual recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial, O.J. 2009, L81/24.

38 Joined Cases C404/15 & C659/15 PPU, *Aranyosi and Căldăraru*, EU:C:2016:198, para 140.

39 Order 2 BvR 2735/14 of 15 December 2015; See, e.g., Burchardt, "Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht", 76 *Heidelberg Journal of International Law/ZaöRV* (2016), 527, 547-550; Rugge, "Bundesverfassungsgericht e Corte di giustizia dell'UE: quale futuro per il dialogo sul rispetto dell'identità nazionale?", *Il Diritto dell'Unione Europea* (2016), 789-812.

40 Case C-303/15, *Naczelnik Urzędu Celnego I w Ł. v. G.M. and M.S.*, EU:C:2016:771, para 16.

Certamente una tale riformulazione potrebbe essere criticamente valutata come una forma di attivismo giudiziario. Tuttavia, la domanda sul se esiste una violazione dello Stato di diritto in Polonia e sul se tale violazione costituisce un deficit sistemico è di un'importanza costituzionale così elevata per lo spazio giuridico europeo, che la Corte non dovrebbe sottrarsi dal rispondervi (direttamente, per mezzo di una procedura d'infrazione, o indirettamente, per mezzo di un rinvio pregiudiziale). Se, tuttavia, la CGUE decidesse di rimanere neutrale e non esprimersi sul se effettivamente sussiste una deficienza sistemica in Polonia, dovrebbe per lo meno sostenere la corte nazionale, fornendole i criteri per stabilire una violazione sistemica nello Stato di diritto. A quel punto, toccherebbe alle corti nazionali, guidate dalle istituzioni europee, decidere la direzione costituzionale dello spazio giuridico europeo.

Se la Corte dovesse effettivamente riscontrare una violazione dello Stato di diritto, la domanda successiva da porsi è che cosa ciò implichi. Il possibile impatto della decisione nel caso *LM* è dirompente e potrebbe ben superare quello dei casi *N.S.*⁴¹ o *Aranyosi*.⁴² Questi due ultimi casi riguardavano una particolare violazione di uno specifico diritto umano in circostanze particolari. Diversamente, il caso *LM* concerne una violazione di vasta portata del valore dello Stato di diritto. Riguarda uno Stato membro che manifesta una deficienza sistemica nel garantire il rispetto dello Stato di diritto, in quanto l'indipendenza del potere giudiziario è stata compromessa. Ciò potrebbe avere implicazioni molto vaste e potrebbe mettere a repentaglio il principio fondamentale della reciproca fiducia, sul quale si fonda tutta la cooperazione giudiziaria nello spazio giuridico europeo. Non solo i criminali non saranno più consegnati in forza di un MAE, ma i richiedenti asilo non saranno più trasferiti sulla base del meccanismo di Dublino; inoltre, le sentenze civili provenienti dalla Polonia potrebbero non ricevere più esecuzione negli altri Stati membri.

Riducendo in termini significativi la cooperazione giudiziaria orizzontale, il caso *LM* potrebbe condurre a un isolamento della Polonia nello spazio giuridico europeo, ancorchè – si spera – solo temporaneamente. Si tratta di una conseguenza grave, ma vi sono diverse ragioni che militano a favore di misure di questo tipo. Il rispetto del valore dello Stato di diritto è un requisito indispensabile per l'adesione (art. 49 TUE), per la fiducia reciproca,⁴³ per tutti i diritti fondamentali e per l'intera costruzione europea.⁴⁴ Se ciò non sembrasse sufficiente, è bene tenere a mente che il futuro dello Stato di diritto europeo – per come l'Europa ha creduto di conoscerlo – sarebbe in pericolo se nessuno si opponesse ai recenti sviluppi in Polonia. Tutto questo giustificerebbe una significativa riduzione della cooperazione orizzontale con la Polonia.

Allo stesso tempo, questa soluzione non escluderebbe la cooperazione verticale, in quanto i giudici nazionali potrebbero continuare ad avvalersi della procedura di rinvio pregiudiziale. Ciò è di particolare importanza, poichè, in tal modo, la Corte di giustizia e le corti polacche più impavide potrebbero continuare a battersi insieme per lo Stato di diritto europeo e per i diritti dei cittadini dell'Unione.⁴⁵ In altre parole, il fatto che l'indipendenza

41 Joined Cases C411/10 & C493/10, *N.S. and Others v. Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2011:865.

42 Joined Cases C404/15 & C659/15 PPU, *Aranyosi and Căldăraru*.

43 Opinion 2/13, *on the Draft Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, EU:C:2014:2454, para 168.

44 Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, paras. 41 and 43.

45 In detail, von Bogdandy, Kottmann, Antpöhler, Dickschen, Hentrei and Smrkol, "Reverse *Solange* – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States" 49 CML Rev. (2012) 489.

del potere giudiziario polacco è sistematicamente compromessa non è tale da escludere l'indipendenza di singoli giudici.

La differente logica funzionale della procedura di rinvio pregiudiziale, da una parte, e della cooperazione giudiziaria orizzontale, dall'altra, consente una distinzione di questo tipo. In un rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia può valutare l'indipendenza del giudice remittente alla luce della sua giurisprudenza sull'indipendenza dei giudici, uno scrutinio che è più difficile nel caso della cooperazione orizzontale. In aggiunta, in una procedura di rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia si limita ad interpretare, lasciando al giudice nazionale il compito di applicare la massima ai fatti in causa. Diversamente, la cooperazione orizzontale interessa direttamente gli individui: infatti, mentre la cooperazione orizzontale può condurre all'assoggettamento di un individuo all'autorità di un altro Stato membro, una procedura di rinvio pregiudiziale può costituire per l'individuo un valido aiuto contro l'autorità cui questi è già assoggettato.

Ciò conduce alla questione problematica della soglia. L'Avvocato generale nel caso *LM* suggerisce di seguire la giurisprudenza *Aranyosi*.⁴⁶ A sua detta, quindi, la non-cooperazione richiederebbe "motivi gravi e comprovati di ritenere" che il diritto a un equo processo della persona oggetto di un MAE "correrà un rischio concreto", del quale però non v'è riscontro nella procedura giudiziaria nel caso *LM*. Tuttavia, la proposta dell'Avvocato generale è inadeguata a rispondere alla natura e alla gravità della crisi polacca dello Stato di diritto. Visto che le misure del Governo polacco compromettono l'indipendenza dell'intero potere giudiziario, non c'è ragione per condurre una valutazione individuale e specifica dei rischi concreti affrontati dalla persona interessata. Allo stato attuale, infatti, il pericolo che un caso finisca a un certo punto di fronte a un giudice compromesso è alto. Questa circostanza è di per sé sufficiente a giustificare l'applicazione del test sviluppato dalla Corte di giustizia nel caso *N.S.*,⁴⁷ secondo cui il rischio astratto per l'individuo interessato dovrebbe comportare il rifiuto della consegna. Da un punto di vista sistematico, il rifiuto di consegnare sulla base di un rischio meramente astratto è giustificato dall'urgente bisogno di tracciare delle linee rosse.

5. Conclusioni

Per più di vent'anni, gli sviluppi costituzionali nell'Europa centro-orientale sono stati considerati essenzialmente come uno spettacolo secondario che vedeva un blocco di paesi tutti tesi a "mettersi al passo" con dei vicini più fortunati, che non avevano mai dovuto fare i conti con l'occupazione sovietica. Ora, questi paesi sono al centro della ribalta: molto del futuro cammino del costituzionalismo europeo dipenderà da come i loro popoli decideranno.

Il resto d'Europa non può fare molto per il costituzionalismo di quei Paesi. Dall'impiego degli strumenti politici e giudiziari analizzati in questo testo non ci si può aspettare una "soluzione" della crisi. Solo i cittadini di questi Paesi possono ristabilire la separazione dei poteri tra le loro istituzioni. Le decisioni assunte dalle istituzioni europee possono al più contribuire a "creare una situazione in cui un'autorigenerazione per mezzo di processi nazionali è ancora possibile".⁴⁸

46 Opinion of A.G. Tanchev in Case C-216/18 PPU, *LM*, para 5.

47 Joined Cases C411/10 & C493/10, *N.S.*

48 Sonnevend, "Preserving the acquis of transformative constitutionalism in times of constitutional crisis:

Tuttavia, per capire l'importanza di questi strumenti in questo preciso momento storico, si deve guardare oltre i Paesi dell'Europa centro-orientale. Le decisioni con cui l'Europa farà fronte al governo polacco saranno cruciali per preservare un'auto-percezione liberale e democratica del costituzionalismo europeo in tutto il Continente. Altrimenti, l'attuale indebolimento dell'indipendenza del potere giudiziario polacco rischia di divenire un elemento caratterizzante dello Stato di diritto europeo, facilitando simili sviluppi in altre parti dell'UE e compromettendo ampi segmenti della politica estera europea. La posta in gioco è alta. Eppure, come dice l'inno polacco: "la Polonia non è ancora perduta"; neppure lo è il progetto costituzionale europeo, se le istituzioni agiranno con buon senso.

Forum di Quaderni Costituzionali

Lessons from the Hungarian case" in von Bogdandy, Ferrer Mac-Gregor, Morales Antoniazzi and Piovesan (Eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America* (OUP, 2017) p. 123, 145.

stituzionali