



Rivista N°: 4/2022  
DATA PUBBLICAZIONE: 07/12/2022

AUTORE: Roberta Calvano\*

## LEGALITÀ UE E STATO DI DIRITTO, UNA QUESTIONE PER TEMPI DIFFICILI

### EU AND THE RULE OF LAW, AN ISSUE FOR DIFFICULT TIMES

*Sommario: 1. Noi, loro, l'Unione. Delimitazione del campo di indagine. - 2. Il regolamento sullo Stato di diritto. - 3. Lo Stato di diritto e l'allargamento ad est. - 4. Polonia e Ungheria, storia di un rapporto difficile con la giurisdizione UE. - 5. L'art. 7 TUE: più che un'opzione nucleare, un'arma spuntata. - 6. Il rispetto dei principi dello Stato di diritto, o di una falla nella costruzione dell'UE. - 7. Le due sentenze del febbraio 2022. - 8. I rischi dell'abbandono dei paradigmi della rule of law anche da parte dell'Unione.*

#### 1. Noi, loro, l'Unione. Delimitazione del campo di indagine

Le dichiarazioni della Presidente della Commissione UE del 22 settembre 2022, con cui, ad una domanda circa i possibili esiti della campagna elettorale allora in atto in Italia, rispondeva che l'Unione dispone dei *mezzi* per far fronte ad eventuali rischi per il rispetto dei principi dello Stato di diritto - chiarendo contestualmente di riferirsi alle misure in cantiere nei confronti di Polonia e Ungheria -, sono rimbalzate sui media italiani aprendo un piccolo incidente diplomatico a tre giorni dalle elezioni politiche<sup>1</sup>.

Pochi giorni prima, uno di tali *mezzi* era stato "rispolverato" quando il Parlamento UE aveva deliberato l'avvio di una procedura ai sensi dell'art. 7 TUE per la constatazione di un rischio di violazione grave dei valori su cui si fonda l'Unione da parte dell'Ungheria. Ben consapevole dell'inadeguatezza della procedura prevista nel primo e soprattutto del secondo

---

\* Ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università degli studi di Roma Unitelma Sapienza.

<sup>1</sup> "L'avviso di Von der Leyen sul voto italiano, mentre rispondeva alle domande degli studenti di Princeton: «Se le cose vanno in una direzione difficile, abbiamo degli strumenti, come nel caso di Polonia e Ungheria», in Huffingtonpost.it, 22 settembre 2022. La rettifica del portavoce della Commissione è poi seguita: "Lavoreremo con ogni governo che uscirà dalle elezioni e che abbia la volontà di lavorare con la Commissione Europea" (in "Von der Leyen non è intervenuta su voto Italia", ADN Kronos.com, 23 settembre 2022).

comma dell'art. 7 rispetto all'obiettivo di distogliere le democrazie illiberali dalle molteplici violazioni dei principi e valori del costituzionalismo europeo consumate nell'arco dell'ultimo decennio, il Parlamento in tale occasione aveva ribadito "l'invito alla Commissione e al Consiglio ad avviare negoziati con il Parlamento su un meccanismo dell'UE per la democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali sotto forma di accordo inter-istituzionale, compreso un ciclo politico permanente tra le istituzioni dell'UE"<sup>2</sup>, ribadendo la necessità di "rafforzare la procedura per la protezione dei valori su cui si fonda l'Unione e di chiarire la determinazione e le conseguenze delle violazioni dei valori fondamentali"<sup>3</sup>.

Quando si parla di Stato di diritto e cioè di uno dei valori fondanti dell'UE, emerge chiaramente dall'architettura del Trattato post Lisbona la debolezza del diritto scritto a fronte dello sviluppo incessante dell'elaborazione giurisprudenziale del giudice UE, come dimostra il quesito che si pone molto autorevolmente<sup>4</sup> proprio chi opera in seno alle istituzioni dell'Unione, quando – in tema di garanzia dell'indipendenza del giudice, uno dei contenuti dello Stato di diritto da ultimo più frequentemente invocati - ricorda che "da una parte, sappiamo da una vasta letteratura che il *rule of law* è una nozione dai confini assai elastici e che non vi è comunanza di vedute sull'individuazione del suo esatto contenuto. Dall'altro, in applicazione del principio di attribuzione, la disciplina dell'ordinamento giudiziario non è affidata all'Unione ma rientra tra le competenze rimaste agli Stati membri. Allora non c'è forse il rischio che, applicando la *rule of law* e il principio di indipendenza, l'Unione esondi dagli argini posti alle sue competenze, pregiudicando l'identità politica e costituzionale degli Stati membri e in conclusione determini piuttosto che una maggiore integrazione una reazione ostile all'integrazione medesima?" La risposta data dall'autore a tale quesito è poi chiaramente negativa alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia (d'ora in poi CGUE), che proprio con riferimento alla questione dell'indipendenza dei giudici ha avuto buon gioco nel costruire una ottima risposta, che trova fondamento come si vedrà nell'art. 19 TUE. Ma come risolvere la questione quando applichiamo il quesito dell'avvocato generale Pitruzzella alle altre questioni che possono venire in rilievo circa il contrasto del diritto interno con i principi dello Stato di diritto?

## 2. Il regolamento sullo Stato di diritto

Questo tema si è posto in occasione della deliberazione di un atto noto come "regolamento sullo Stato di diritto" approvato il 16 dicembre 2020<sup>5</sup>, "relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione", con cui si abilita il Consiglio, su proposta della Commissione, a sospendere l'erogazione dei finanziamenti UE agli Stati membri nel caso di violazioni – o del loro rischio - di principi ed istituti ricollegabili al concetto di Stato di diritto idonee a compromettere l'esecuzione del bilancio UE.

---

<sup>2</sup> Risoluzione del Parlamento UE 2018/0902R(NLE) del 15 settembre 2022.

<sup>3</sup> Rispettivamente punti 8 e 9 della Risoluzione.

<sup>4</sup> G. PITRUZZELLA, *L'integrazione tramite il valore dello "Stato di diritto"*, Editoriale in *Federalismi*, 27/2022, XI.

<sup>5</sup> 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 vigore dal 1° gennaio 2021.

La legittimità del regolamento è stata poi confermata da due decisioni gemelle della CGUE pronunciate a febbraio 2022 sui ricorsi di Polonia e Ungheria che censuravano la violazione di diverse norme del Trattato. Da allora, l'intenso dibattito all'interno dell'Unione circa la legittimità del regolamento continua.

Dopo l'avvio dell'iter di approvazione del regolamento, ed una difformità di vedute tra Consiglio e Commissione, rispettivamente interessati alla tutela del bilancio dell'Unione e alla effettività della "rule of law" all'interno degli Stati, si era poi aperto lo scontro con i due Stati membri, Polonia e Ungheria - protagonisti principali della "rule of law crisis"<sup>6</sup> - già prima dell'entrata in vigore del regolamento, dopo due anni di gestazione, il 1° gennaio 2021<sup>7</sup>. Infine, veniva raggiunto un compromesso politico tra questi due Stati e le istituzioni UE, collegato all'approvazione del Quadro finanziario pluriennale 2021-2027<sup>8</sup>, subordinando l'effettiva entrata a regime del regolamento a due condizioni. Oltre ad un pronunciamento della CGUE su di esso, si sarebbero dovute attendere le successive linee guida, dettate dalla Commissione, relative alla sua interpretazione<sup>9</sup>.

Nonostante il compimento di tutti questi passaggi, molte delicate questioni restano tuttora aperte,<sup>10</sup> come dimostra del resto la vicenda che ha poi portato ad attivare il meccanismo di condizionalità contro l'Ungheria, e di cui non si conoscono ancora gli esiti<sup>11</sup>.

Tra i principali problemi costituzionali coinvolti dalla disciplina introdotta, possono essere ricordati sin da ora il rapporto con l'art. 4 TUE, che sottolinea la necessità di preservare

---

<sup>6</sup> Su cui v. infra, § 3. L'espressione è entrata nell'uso con riferimento alla vicenda di Polonia e Ungheria in seno all'UE, ma si ragiona da tempo ormai - in senso più ampio - di una crisi del principio in ambito internazionale, tema la cui vastità tuttavia deve necessariamente esulare dall'economia di questo contributo e su cui ci si limita a segnalare da ultimo K. CHERRY, *Pluralism, Contestation, and the Rule of Law*, in *Constitutional Forum*, vol. 30, 4/2021, 1ss.

<sup>7</sup> Tante note adesive, tra cui 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; A. BARAGGIA, *Ungheria e Polonia: la Corte Ue ha definito le regole del gioco, ma la partita non è ancora chiusa*, in *Euractiv*, 9 maggio 2020; P. FARAGUNA, T. DRINOCZI, *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *Verfassungsblog.de*, 21 febbraio 2022; Cfr. 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. Parlamento e Consiglio)* in Consulta online, 23 febbraio 2022.

<sup>8</sup> Sul punto v. sinteticamente C. FASONE, *Crisi dello stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quad. cost.* 1/2021, 214 ss.

<sup>9</sup> 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 (2022/C 123/02). Nonostante la condizione i PNRR rispettivi di Polonia e Ungheria risultano essere stati sospesi alla luce delle vicende di cui nel seguito. Sulle linee guida v. 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, 4.

<sup>10</sup> Come ricorda L. PECH, *No more excuses: The Court of Justice greenlights the rule of law conditionality mechanism*, in *Verfassungsblog*, 16 febbraio 2022, 1, Il contenzioso ha visto poi anche il ricorso del Parlamento UE in C-657/21 per omissione avverso Commissione per non aver dato applicazione al Regolamento 2020/2092, poi cancellato dal ruolo con Ordinanza 8 giugno 2022 per rinuncia del Parlamento.

<sup>11</sup> Come annunciato via twitter il 27 aprile dal Commissario Johannes Hahn. V. Sul punto 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*, in *European Constitutional Law Review*, 2022, che ricorda anche alcuni importanti elementi di contorno della vicenda, 3ss. Il 5 dicembre 2022 (da notizie di stampa) il Consiglio avrebbe chiesto ulteriori valutazioni alla Commissione circa gli impegni assunti dal Governo ungherese, che nel frattempo blocca importanti decisioni da assumere all'unanimità da parte del Consiglio stesso.

l'identità costituzionale degli Stati, e il rischio di un ampliamento in via interpretativa delle competenze dell'Unione dettato dall'esigenza di garantire i sacri dogmi dello Stato di diritto, iscritti nel DNA dell'Unione dall'art. 2 TUE. Qualche perplessità sorge non solo in ragione della previsione dell'art. 7 TUE, unico strumento specificamente previsto dal Trattato per arginare le violazioni dello Stato di diritto incidendo sul godimento dei diritti derivanti dalla qualità di Stato membro; ma i dubbi crescono anche alla luce dell'art. 5 TUE, che detta il principio di attribuzione, oltre all'art. 3 comma 6 TUE, secondo cui "l'Ue persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati in ragione delle competenze che le sono attribuite nei trattati".

Infine, in connessione con tali profili va segnalato un tema centrale, su cui si tornerà più diffusamente nell'esaminare le due richiamate decisioni. Il regolamento sullo stato di diritto è stato approvato in forza dell'art. 322 TFUE, in materia di esecuzione del bilancio, prevedendo l'applicazione ai legislatori nazionali di condizionalità molto ampie<sup>12</sup> e tutto sommato alquanto indeterminate<sup>13</sup>, dietro la minaccia di sanzioni di tipo finanziario (art. 5).

Prescindendo per ora dal problema dell'ampiezza della clausola sullo Stato di diritto su cui si tornerà, va evidenziato come, nelle richiamate linee guida relative all'applicazione del regolamento 2020/2092, si preveda - sulla scorta di quanto affermato dal giudice UE -, che non si ritenga sufficiente "limitare l'adozione di opportune misure nei casi in cui si accertino pregiudizi per la suddetta sana gestione finanziaria o per i suddetti interessi finanziari, *occorre pertanto dimostrare che esiste una probabilità elevata che il rischio si verifichi*". Per potersi adottare misure sanzionatorie, insomma, la lesione dei principi e degli istituti ricollegabili al concetto dello Stato di diritto non deve aver prodotto un danno concreto all'esecuzione del bilancio o alla sana gestione finanziaria di risorse messe a disposizione dall'Unione, ma è sufficiente il mero rischio che ciò si verifichi<sup>14</sup>.

L'introduzione di questo ampio dispositivo, con cui si costruisce un meccanismo di condizionalità ("stato di diritto - a fini di sana esecuzione del bilancio - contro finanziamenti"), avviene in una stagione in cui il concetto di condizionalità, già presente principalmente in materia

---

<sup>12</sup> Per introdurre al tema si veda l'art. 2 del Regolamento, intitolato "Definizioni" in base al quale nel concetto di «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 arbitrarità 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; b) «soggetto pubblico»: un'autorità pubblica a qualsiasi livello di governo, comprese le autorità nazionali, regionali e locali, nonché le organizzazioni degli Stati membri ai sensi dell'articolo 2, punto 42, del regolamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento europeo e del Consiglio (16) («regolamento finanziario»). Sempre ai sensi del regolamento (art. 3) sono considerate violazioni dello Stato di diritto, oltre alle minacce all'indipendenza della magistratura, *"l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche, incluse le autorità di contrasto, la mancata assegnazione di risorse finanziarie e umane a scapito del loro corretto funzionamento o il fatto di non garantire l'assenza di conflitti di interesse; c) la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive e la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, delle azioni penali o delle sanzioni per violazioni del diritto"*.

<sup>13</sup> Sul punto mi pare concordi A. GUAZZAROTTI, *Tutela dei valori e democrazie illiberali nell'UE: lo strabismo di una narrazione "costituzionalizzante"*, in *Costituzionalismo* 2/2022, 39, che intravede "potenzialità di gerarchizzazione dell'UE rispetto agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, i quali rischiano di trovarsi sottoposti a una lettura e un'applicazione "centralizzata", verticale e altamente discrezionale dei valori fondamentali comuni".

<sup>14</sup> Linee guida, cit., par. 31.

di misure di sostegno alla stabilità finanziaria<sup>15</sup>, ha fatto più prepotentemente ingresso sia nel rapporto tra Ue e Stati membri<sup>16</sup> che nell'armamentario concettuale del dibattito pubblico italiano proprio a causa del *Recovery fund* stanziato per il PNRR<sup>17</sup>. Il tema della condizionalità, con misure che vengono richieste in cambio dell'erogazione di finanziamenti si affaccia più decisamente in questa fase all'esperienza del processo di integrazione, mentre gli interventi normativi erano stati sin qui lo strumento principe per il perseguimento delle politiche UE<sup>18</sup>. Appare allora utile provare ad offrire un contributo alle riflessioni sul tema, alla luce del dato per cui la stagione che si sta aprendo potrà vedere una diversa configurazione del rapporto tra Unione e Stati, che sembra evidenziare alcuni dei nodi irrisolti della costruzione "eurounitaria".

Dato il tema, sembra imprescindibile evitare l'ingannevole e semplicistica dicotomia tra il sovranismo più o meno latente delle voci levate contro l'UE per atti ritenuti *ultra vires* e, sull'opposto versante, l'incalzante atteggiamento interpretativo della dottrina internazionalistica, schierata come un sol uomo a difesa del patrimonio costituzionale europeo, ma non sempre attenta a meditare le possibili implicazioni (e ripercussioni) politico-costituzionali. Premessa la necessaria condanna per le "nefandezze"<sup>19</sup> dei regimi illiberali, si rigetterà un europeismo "facile", che si accontenti di un costituzionalismo limitato negli angusti limiti dettati dal funzionalismo, che lo relega da decenni alla sfera della tutela del bilancio e delle libertà economiche, per indagare sulla ricomposizione del rapporto tra principio di attribuzione, principio cardine del Trattato dell'Unione, e paradigmi del costituzionalismo europeo. Si potrà così individuare la linea di confine invalicabile del principio di legalità idonea a proteggere l'Unione stessa dalla delegittimazione e dalla frammentazione cui essa è ora esposta, e che le preoccupanti vicende geopolitiche cui assistiamo rischiano di aggravare.

---

<sup>15</sup> Sul tema v. in particolare il caso Florescu, C-258/14, sentenza del 13 giugno 2017, su cui A. MIGLIO, *La condizionalità di fronte alla Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, vol. 11, 763 ss.

<sup>16</sup> V. tra gli altri C. PINELLI, *Conditionality and Economic constitutionalism in the Eurozone*, in *Italian journal of public law*, 2019, 23 ss. E Id., C. PINELLI, *Conditionality*, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2015), 1 ss.

<sup>17</sup> Sul tema, criticamente, v. 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*, 2/2021, 237 ss.

<sup>18</sup> Considera che ciò si possa collegare in qualche misura ad un'implementazione della garanzia dei diritti sociali tramite il *Recovery fund* (che giustificherebbe quindi una connessione dell'Ue al concetto di Stato di diritto e non più solo a quello di *rule of law*) C. BUZZACCHI, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?* in *Diritto & Conti*, 4 aprile 2022. Sul tema v. i saggi riuniti nel fascicolo 2/2021 della rivista *Passaggi costituzionali*, che raccoglie gli atti del convegno di Napoli 21--22 ottobre 2021, *L'attuazione nazionale del recovery fund e il futuro dell'Europa*. Analogamente, intravede qualche segnale di svolta "sociale" dell'Unione nel *Recovery fund*, A. VERNATA, *La Costituzione e l'Europa alla prova del Recovery plan*, in *Politica del diritto*, 2/2022, 225 ss.

<sup>19</sup> Come le definisce giustamente J. SAWICKI, *Il rispetto*, cit. 245, sulle quali ci si soffermerà *infra*, § 3.

### 3. Stato di diritto e allargamento ad est

Una riflessione sul tema richiede preliminarmente di inquadrare brevemente la vicenda in una prospettiva di storia del processo di integrazione europea. Il 13 ottobre 1999, nel discorso al Parlamento svolto dopo la sua investitura come Presidente della Commissione UE, Romano Prodi si soffermava sulla storica importanza dell'imminente allargamento dell'UE a dieci nuovi stati membri. La prospettiva in cui il discorso si collocava era quella di celebrare il ricongiungimento di quei paesi alla "famiglia democratica", tramite il realizzarsi per gli stessi ed i loro cittadini di una epocale opportunità di emancipazione politica e giuridica in termini di tutela dei diritti fondamentali e garanzia dello stato di diritto, ma anche di crescita economica, giacché per i settantacinque milioni di abitanti dei paesi candidati il reddito medio allora rappresentava il 40% di quello degli abitanti degli stati membri. Per quanto riguarda la situazione di Polonia e Ungheria, principali protagonisti dell'allargamento del 2004, si deve segnalare come il PIL pro capite dei due Paesi risultava nel 2018 ancora significativamente inferiore a quello di stati UE come la Germania e persino l'Italia, pur essendo segnalato come esso si mostrasse in salita negli ultimi dieci anni, tanto quanto quello italiano appariva in discesa<sup>20</sup>.

Vent'anni dopo la delibera del Consiglio relativa all'ingresso di dieci nuovi stati membri<sup>21</sup> è agevole constatare come il realizzarsi dell'allargamento ad est, pur nella sua storica importanza per l'Unione e per i nuovi membri, abbia portato in seno alle istituzioni UE forti tensioni, oggi avvertibili più che mai.

La prospettiva dell'ultimo presidente italiano della Commissione prometteva "di creare un'Europa in cui tutti i popoli del continente possano vivere insieme in pace, in sicurezza, in libertà, nella giustizia e nella parità dei diritti. Un'Europa democratica nella quale i diritti umani sono rispettati e nella quale vige lo stato di diritto. Un'Europa economicamente integrata che offre crescita e prosperità attraverso un mercato unico e una moneta unica". La sottolineatura in quella sede del ruolo dello *Stato di diritto* evocava la centralità del concetto nell'ambito delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e la sua rilevanza tra i principi fondativi dell'Unione e prima ancora della Comunità, che la CGCE aveva definito una "Comunità di diritto", nell'ambito di una ricca giurisprudenza con la quale si traslavano in sede sovranazionale i paradigmi di due secoli di costituzionalismo europeo, convertendoli in *acquis communautaire*<sup>22</sup>.

Da un punto di vista metodologico nel discorso del Presidente della Commissione UE si evidenziavano i due confliggenti obiettivi di tale processo: rapidità, per "mantenere la spinta al cambiamento nei paesi candidati", e qualità. Con il secondo criterio Prodi si riferiva alla necessità di garantire il rispetto dei cosiddetti "criteri di Copenhagen" stabiliti nel Consiglio europeo del 1993, in base ai quali i nuovi candidati all'adesione avrebbero dovuto assicurare "istituzioni stabili capaci di garantire la democrazia, lo *stato di diritto*, i diritti umani e il rispetto

---

<sup>20</sup> V. il documento su Adesione di un nuovo Stato all'Unione, ISPI online (fonte ISPI su dati IMF).

<sup>21</sup> Il Consiglio Ue ha deliberato nel dicembre 2002 l'allargamento a Polonia, Ungheria, Slovacchia, Repubblica Ceca, Lettonia, Estonia, Lituania, Slovenia, Cipro e Malta. Seguirono poi le adesioni di Bulgaria e Romania ammesse all'adesione nel 2004, e della Croazia nel 2011.

<sup>22</sup> Sugli orientamenti particolarmente orientati a tale scopo, sia consentito rinviare a R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova 2004, 167 ss.

e la protezione delle minoranze”. C’era poi il rispetto di criteri economici, in base ai quali i paesi candidati dovevano garantire di avere un’economia di mercato funzionante, la capacità di resistere alla pressione della concorrenza ed alle forze del mercato, così come il criterio istituzionale, inerente al recepimento dell’*acquis communautaire*.

Oggi, mentre un’accelerazione ancor più netta si evidenzia col proporre - nonostante la contrarietà di metà degli Stati membri - il passaggio a decisioni prese a maggioranza in nuovi importanti ambiti di intervento dell’Ue, si può riflettere se non sia un destino tragico delle élite politiche europee quello di non voler guardare al passato ed apprendere dai propri errori<sup>23</sup>.

Ulteriori accelerazioni dettate dalla politica contingente andrebbero evitate se si riflette in particolare sulla direzione in cui si sono orientate, dopo l’allargamento, le dinamiche politiche europee, una direzione fotografata da elezioni del Parlamento europeo nelle quali partiti populistici ed euroscettici si sono affermati con forza, in particolare nella legislatura del 2014, ma anche nel 2019, e si è assistito ad un indebolimento dei due principali gruppi (PPE e S&D) favorevoli all’integrazione. Parallelamente, mentre nelle elezioni politiche nel cuore dell’Unione si affermavano sempre più le cosiddette “democrazie illiberali”, mostrando in molti paesi ampie sacche di resistenza ai processi in atto nella sfera sovranazionale, le ripercussioni economiche della crisi che dal 2008 ha aggredito l’economia mondiale hanno evidenziato sempre più l’insufficienza della redistribuzione delle risorse derivante dall’appartenenza ad un’Unione allargata ad est.

Sebbene non sia questa la sede per tentare un’analisi di fronte a tali processi, si può almeno rilevare come a minare la fiducia nel processo di integrazione sia stato un concorso di fattori. Non va sottovalutata tuttavia ad avviso di chi scrive la disaffezione prodotta dalla stessa incapacità delle istituzioni dell’Unione di abbandonare il volto tecnocratico, la bandiera neoliberista, i rigidi parametri nel rapporto deficit/PIL, per rendersi più trasparenti e ricercare una più robusta legittimazione democratica, oltre naturalmente agli effetti prodotti dalle impopolari scelte di politica economica pro-cicliche dominanti per oltre due decenni, rivelatesi anche alla luce della pandemia fallimentari<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Tra gli altri leader, pronunciava queste parole in seduta plenaria al Parlamento europeo Mario Draghi: “Dobbiamo superare il principio dell’unanimità, da cui origina una logica fatta di veti incrociati, e muoverci verso decisioni prese a maggioranza qualificata. Un’Europa capace di decidere in modo tempestivo, è più credibile di fronte ai suoi cittadini e di fronte al mondo”. Analogamente si è pronunciato il cancelliere tedesco “Scholz: l’allargamento dell’Ue deve essere legato al superamento del voto all’unanimità”, in Euractiv, 23 giugno 2022. *Nonostante il dissenso di ben tredici stati membri*, si è dato il primo avvio alle eventuali modifiche del Trattato con voto del parlamento UE del 9 giugno, con il quale si è sottoposta al Consiglio Ue una proposta per accrescere le competenze dell’UE in diversi settori (salute, energia, politiche sociali ed economiche), ottenere il conferimento del potere di iniziativa legislativa, rafforzare la procedura di protezione dei valori fondamentali dell’Ue nei confronti degli Stati membri. La plenaria del Parlamento ha proposto poi la modifica di due articoli specifici del Trattato, al fine di consentire che le decisioni sulle sanzioni economiche verso paesi terzi siano adottate a maggioranza qualificata e non più all’unanimità in Consiglio, e che si abbandoni l’unanimità per l’attivazione delle cosiddette “clausole passerella”.

<sup>24</sup> Cfr. R. INGLEHART and P. NORRIS, *Trump, Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash*, Faculty Research Working Paper Series, August 2016 RWP16-026. Sul populismo, in relazione alla diffidenza verso le corti sovranazionali, v. M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Democrazia, oggi*, Atti del XXXII Convegno annuale Aic, Modena 10-11 novembre 2017, Napoli, 2018, 11; C. PINELLI, *The populist challenge to Constitutional Democracy*, in *European Constitutional Law Review*, 7/2011, 5 ss. In tema, lucide le riflessioni di A. GUAZZAROTTI, *Tutela dei valori e democrazie illiberali nell’UE: lo strabismo di una narrazione “costituzionalizzante”*, cit., 48-49, analizza la deriva dei regimi ungherese e polacco.

Nel mentre si irrobustiva e si diffondeva l'euroscetticismo, tra gli altri problemi, va ricordato sicuramente un dato importante, tramite il quale l'Unione scontava il peccato originale della propria costruzione: a partire dal 1993 si chiedeva il rispetto dei criteri di Copenaghen agli Stati candidati all'adesione, ma non ci si era posti il problema di come l'Unione avrebbe potuto imporre l'osservanza agli Stati membri, oltre che *in primis* a se stessa<sup>25</sup>.

Quest'ultimo tema evoca in qualche misura il cuore della risalente critica sul cosiddetto *deficit democratico* dell'Unione, concernente l'assenza o debolezza del ruolo disegnato per il *demos* europeo nella costruzione del processo di integrazione

Più in generale, si può brevemente ricordare come l'impronta funzionalista delle origini del processo di integrazione ha consentito di non sciogliere mai chiaramente il nodo della sovranità, lasciando l'UE vivere due vite diverse, sulla carta e nella concreta prassi politica. Stando alla lettera del Trattato, essa è ente a competenze enumerate, priva tra l'altro del potere di sindacare il rispetto dei criteri di Copenaghen da parte degli Stati membri, ed anche limitata - nella sua capacità di ingerenza nelle loro vicende interne - dall'art. 4 TUE.

Nella concreta prassi essa invece agisce e spesso "parla", ancor più dopo la crisi pandemica e quella ucraina, a fasi alterne e con alterne vicende, a nome degli stati, come ente politico a competenze tendenzialmente generali.

Le clausole del Trattato e gli strumenti giuridici che hanno permesso all'UE di crescere in direzioni ed ambiti nuovi sono spesso stati indagati in passato, e qualche giudice costituzionale ha efficacemente individuato, anche nel passato più recente, linee di confine invalicabili e lanciato avvertimenti molto chiari - basti in proposito evocare le *doctrines Solange* per quanto riguarda il BVg, o presso la nostra Corte i controlimiti, da ultimo nel caso Taricco<sup>26</sup> -, ma mai era successo che due Stati membri si collocassero in rotta di collisione con le istituzioni dell'Unione in maniera così netta e costante nel tempo come Polonia e Ungheria.

#### 4. Polonia e Ungheria, storia di un rapporto difficile con la giurisdizione UE

Vicende politiche simili hanno caratterizzato il percorso di Polonia e Ungheria negli ultimi due decenni.<sup>27</sup> I due Paesi, guidati rispettivamente dal partito Fidesz, il cui leader Viktor Orbán è capo del governo ungherese dal 2010, e da diversi esponenti del partito polacco di estrema destra Diritto e giustizia al governo dal 2015, sono similmente caratterizzati per aver prima cavalcato in chiave liberale la svolta post comunista, e successivamente essersi affermati come regimi politici sovranisti ed anti-liberaldemocratici, adottando riforme che hanno via via aggredito le principali garanzie costituzionali, l'indipendenza dei giudici ed *in primis* delle

---

<sup>25</sup> Evidenzia il nesso tra questo tema e l'art. 7 TUE, C. PINELLI, *Protecting the fundamentals, Article 7 of the treaty on the european union and beyond*, 25 settembre 2012, in *Foundation for European progressive studies*, 3.

<sup>26</sup> La letteratura è sterminata in materia. Tra i tanti, si v. lo studio monografico di P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano 2015.

<sup>27</sup> G. HALMAI, *Second grade constitutionalism? The cases of Hungary and Poland*, in CSF - SSSUP Working paper series 1/2017. M. A. ORLANDI, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in DPCE, 1/2019, 167ss



Corti costituzionali, le libertà fondamentali, tra cui quella di espressione, la libertà religiosa, la garanzia dell'indipendenza dell'informazione ed i diritti delle minoranze. Il problema del progressivo allontanamento dai paradigmi del costituzionalismo si è peraltro via via esteso per molti versi ad altri Stati membri tra cui Slovacchia, Bulgaria, Repubblica Ceca, Romania e Croazia, ma la situazione più grave si riscontra, nell'ambito del "gruppo di Visegrad", nelle due richiamate Repubbliche<sup>28</sup>.

Sin dai primi anni successivi al suo ingresso nell'Unione, ed in particolare dopo essersi dotata di una nuova Costituzione nel 2012, l'Ungheria è stata ripetutamente nel mirino della CGUE in quanto oggetto di numerose procedure di infrazione, tra cui alcune particolarmente significative. Si ricordano le sentenze relative ad una procedura di infrazione circa la disciplina sull'età pensionabile dei giudici, giudici costituzionali compresi (C-286/2012), che portò ad una sorta di "repulisti" nella magistratura, nonostante la sentenza di condanna della CGUE. La decisione fu poi seguita da una condanna dell'Ungheria per inadempimento in relazione alla anticipata cessazione dell'autorità garante per i dati personali (C-288/12), seguita poi dalla decisione concernente la procedura di infrazione (C-78/18) circa la legge ungherese sulla trasparenza che sanziona le associazioni che ricevono finanziamenti dall'estero; ed infine dalla decisione sulla procedura di infrazione circa la legge ungherese sul diritto di asilo che criminalizza il sostegno ai richiedenti asilo (C-821/19).<sup>29</sup>

Il tema centrale di questo contenzioso tuttavia è sicuramente quello dell'indipendenza dei giudici, su cui è intervenuta da ultimo la decisione del 23 novembre 2021 (C-564/19), nella quale si evidenziano le drammatiche condizioni in cui operano i giudici ungheresi<sup>30</sup>. Particolarmente rilevante poi la decisione con cui il giudice Ue, nel giugno 2021 (C-650/18), ha respinto il ricorso con cui l'Ungheria chiedeva l'annullamento della risoluzione del Parlamento UE recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'art. 7, paragrafo 1, TUE, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'UE. Il contenzioso si è svolto tuttavia invano, non avendo poi avuto alcun seguito la procedura avviata dal Parlamento<sup>31</sup>.

Anche il contenzioso con la Polonia dinanzi alla CCGUE è stato ed è tuttora intenso e vede spesso al suo centro la questione dell'indipendenza dei giudici. Ed è proprio nel corso di questo contenzioso che il giudice UE, alla luce del combinato disposto degli artt. 2 e 19 TUE e 47 della CDFUE, a fronte dell'attacco inferto all'indipendenza del giudiziario da parte delle

---

<sup>28</sup> La diversa posizione assunta dalla Polonia nel conflitto tra Russia e Ucraina, e la disponibilità mostrata nell'accogliere un gran numero di profughi ucraini all'esplosione del conflitto hanno portato l'Ue ad allentare la pressione e le istituzioni polacche a revocare alcune delle misure più discusse.

<sup>29</sup> Tuttora pendente risulta la procedura di infrazione in C-719/17 riguardante il "regolamento di Dublino", promossa nei confronti di Polonia, Ungheria e Repubblica Ceca per la mancata disponibilità ad accogliere richiedenti asilo.

<sup>30</sup> Analogamente drammatica la vicenda relativa alle garanzie dei giudici della Corte costituzionale polacca, ripercorsa in N. MAFFEI, *cit.*, 135. Sulla vicenda costituzionale polacca si v. C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello Stato di diritto nell'Unione*, in *Federalismi*, 12/2016, 17 ss.

<sup>31</sup> Segnalava le criticità nella procedura seguita C. CURTI GIALDINO, *Il Parlamento europeo attiva l'art. 7, par. 1 TUE nei confronti dell'Ungheria: quando per tutelare lo "Stato di diritto" si viola la regola di diritto*, in *Federalismi* 18/2018.

riforme del legislatore polacco, si è spinto ad imporre la vincolatività del principio dell'indipendenza del giudice derivante dalle suddette norme del Trattato anche al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto UE. Il giudice UE ha infatti rilevato come la potenziale giustiziabilità di controversie in materia di diritto Ue da parte di giudici di cui non fosse garantita l'indipendenza ed imparzialità attragga la garanzia del rispetto dell'indipendenza del giudice nazionale nella competenza della CGUE<sup>32</sup>. Questa importante pronuncia, così come altre successive, hanno consentito alla Corte di aggredire questioni altrimenti destinate a rimanere "zone franche" da ogni censura di legalità<sup>33</sup> a causa della debolezza intrinseca dell'art. 7 TUE. La procedura come è noto richiede, al comma 2, un voto unanime del Consiglio per la constatazione di una violazione grave e persistente dei valori richiamati dall'art. 2 TUE, e solo tale censura è suscettibile di condurre alla sospensione dai diritti derivanti dallo *status* di Stato membro dell'Unione<sup>34</sup>.

Terreno di elezione dello scontro politico con la Polonia, oltre che con l'Ungheria, è stato quindi il contenzioso concernente la garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti.

Nella giurisprudenza della CGUE dell'ultimo decennio concernente la deriva di allontanamento dai paradigmi costituzionalistici della Polonia, appare degna di menzione una decisione pronunciata in relazione ad un quesito pregiudiziale sollevato da un giudice irlandese, la *High Court*, concernente la disciplina del mandato d'arresto europeo<sup>35</sup>. Il giudice irlandese, trovandosi a dover dare esecuzione a tre mandati d'arresto emanati da giudici polacchi nei confronti di un cittadino polacco presente sul territorio irlandese, si vedeva rifiutare dallo stesso l'assenso alla sua consegna in ragione delle recenti riforme legislative del sistema giudiziario polacco che lo privavano del suo diritto ad un equo processo, nonché alla luce della procedura ex art. 7 TUE che era stata avviata nei confronti della Polonia dalla Commissione Ue. I profili strettamente tecnico-giuridici si intersecano in questa decisione<sup>36</sup> con quelli di un procedimento di natura politica<sup>37</sup>, e la CGUE dipana la questione attribuendo rilevanza anche ai secondi, ritenendo che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione debba valutare, "in base a elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati riguardanti il funzionamento del sistema

---

<sup>32</sup> Si vedano in particolare CGUE, grande sezione, C-192/18, su procedura di infrazione vertente sugli artt. 2 e 19 TUE e l'art. 47 della CDFUE in relazione alla nuova disciplina dell'età pensionabile per i giudici dei tribunali ordinari polacchi, che ha previsto in capo al Ministro della Giustizia il potere di autorizzare discrezionalmente la proroga dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali oltre il nuovo limite di età. Analoga questione si è poi riproposta nella pronuncia della CGUE, grande sezione, del 9 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18. Le due pronunce sono da ricollegare al precedente relativo all'indipendenza dei giudici di pace portoghesi, pronunciato il 27 febbraio 2019 in C-64/16.

<sup>33</sup> Sviluppando un vero e proprio "Independence Test": verificando cioè se le condizioni nelle quali l'organo giudicante è istituito, le sue caratteristiche, il modo in cui i suoi membri sono nominati siano tali da generare dubbi circa la sua impermeabilità rispetto ad influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo, oltre che circa la sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti.

<sup>34</sup> La constatazione di un rischio di violazione grave richiede la maggioranza qualificata del 4/5, ma non porta ad alcuna sanzione.

<sup>35</sup> CGUE, grande sezione, sent. 25 luglio 2018, in C-216/2018, su cui v. G. MICHELINI, *Stato di diritto ed integrazione processuale europea. La Corte di giustizia ed il caso Polonia*, in *Questione giustizia*, 27 luglio 2018; nonché A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *Un possibile momento costituzionale per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 855 ss.

<sup>36</sup> Ai punti 61 e 69 della motivazione.

<sup>37</sup> Il profilo politico dello strumento dell'art. 7 TUE è sottolineato da C. PINELLI, *Respect for the Common Values within Member States and Protection of the EU Financial Interests*, in *Europeanrights.eu*, 28 maggio 2022.

giudiziario nello Stato membro emittente (...), l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo, connesso a una mancanza di indipendenza dei giudici di detto Stato membro, a causa di carenze sistemiche o generalizzate in quest'ultimo Stato", aggiungendo infatti che "le informazioni contenute in una proposta motivata recentemente rivolta dalla Commissione al Consiglio in base all'art. 7, par. 1, TUE costituiscono elementi di particolare rilevanza ai fini di tale valutazione".<sup>38</sup>.

Il problema dell'attendibilità di un esame caso per caso si somma a quello della rilevanza che possono avere in un procedimento giurisdizionale elementi di valutazione acquisiti in seno alle istituzioni politiche, come tali inevitabilmente influenzabili da giudizi di parte<sup>39</sup>.

Il problema della giustizia nel paese in questione restava tuttavia aperto, come è apparso anche nel caso di una procedura di infrazione per violazione del principio della inamovibilità e indipendenza dei giudici, in relazione all'introduzione di una riforma che abbassava retroattivamente l'età per il pensionamento dei giudici della Corte suprema polacca, applicabile quindi anche ai giudici già in servizio<sup>40</sup>, così come quello dell'impotenza degli strumenti a disposizione dell'Unione e del giudice Ue a fronte di un'intensa attività legislativa riformatrice illiberale in entrambi gli Stati membri<sup>41</sup>.

Ultimo tassello di questo rissoso percorso, prima di arrivare alle sentenze del febbraio 2022, è rappresentato dalle decisioni della Corte costituzionale polacca.<sup>42</sup> Ha suscitato un certo clamore in particolare la sentenza resa da quel giudice costituzionale nell'ottobre del 2021, sulla base di un ricorso diretto del Presidente del Consiglio Morawiecki, nella quale si esprime un rifiuto radicale rispetto ad uno dei pilastri dell'ordinamento UE, il principio del primato, dichiarando altresì che la pronuncia della CGUE che aveva condannato la Polonia al pagamento di una sanzione di un milione di euro al giorno fosse *ultra vires*<sup>43</sup>. Il rigetto del primato e del ruolo del giudice Ue nel far valere la primazia degli atti normativi dell'Unione si va diffondendo in realtà sempre più negli Stati membri di più recente adesione, al punto di ricollegare frequentemente una responsabilità disciplinare ai magistrati che diano esecuzione

---

<sup>38</sup> Torna ancora sulla questione della inaffidabilità dei mandati d'arresto europeo emanati da giudici polacchi, CGUE (grande sezione), sent. del 22 febbraio 2020 in C-562/21 PPU e C-563/21.

<sup>39</sup> Tra i numerosi casi in cui il problema si era evidenziato v. CGUE (grande sezione), sent. 5 aprile 2016, in C-404/15 e C-659/15 PPU, *Caldararu e Aranyosi* riguardante il rifiuto di eseguire il mandato d'arresto in presenza di carenze sistemiche o generalizzate nei sistemi penitenziari ungherese e romeno tali da sottoporre la persona detenuta al rischio di trattamenti inumani e degradanti.

<sup>40</sup> Il caso fu deciso con sentenza della grande sezione in C-619/18 del 24 giugno 2019.

<sup>41</sup> Ulteriori pronunce in N. MAFFEI, *cit.*, 161 ss.

<sup>42</sup> Sent. del Tribunale costituzionale polacco del 14.7.2021, su cui i rilievi di A. CIRCOLO, *Ultra vires e Rule of Law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, in *I Post di Aisdue*, 2021.

<sup>43</sup> Sent. del Tribunale costituzionale polacco K 3/21, 7 ottobre 2021, in relazione a CGUE 824/18, su cui v. N. MAFFEI, *La sentenza k 3/21 del 7 ottobre 2021 del Trybunał konstytucyjny: l'infausto esito di due crisi dagli sviluppi ancora da definire?*, in *Diritto pubblico europeo online*, 1/2022, 128 ss e L.F. PACE, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, l'illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della "crisi" tra Bruxelles e Berlino*, in *BlogDUE*, 28 ottobre 2021, p. 2.

a tali principi, mentre sembra dilagare come un virus l'ostilità verso un sindacato più penetrante nei confronti delle scelte dei legislatori nazionali sulle garanzie costituzionali<sup>44</sup>.

## 5. L'art.7 TUE: più che un'opzione nucleare, un'arma spuntata

Come già ricordato, l'applicazione dell'art. 7 è stata lungamente considerata una remota ipotesi, mentre lo strumento si è confermato del tutto inefficace in particolare per quanto concerne la constatazione della violazione grave e persistente dei valori di cui all'art. 2 TUE, per via della previsione di una delibera unanime del Consiglio difficilmente raggiungibile in un'Europa in cui diversi Stati appaiono oggi coalizzati nella difesa di una postura "sovranista", a danno delle garanzie dello Stato di diritto.<sup>45</sup>

Dopo una lunga stagione, in cui la richiamata disposizione ha avuto una rilevanza meramente simbolica, come testimonianza della superiorità di certi principi garantiti nel Trattato<sup>46</sup>, l'art. 7 ha conosciuto una prima applicazione solo con riferimento al suo primo comma, concernente la constatazione di "un rischio di violazione grave dei valori di cui all'art. 2". Sono state tuttavia raggiunte unicamente le fasi preliminari della procedura nei casi che si sono avuti nel 2017, nel 2018, ed ora nel 2022, senza che vi sia stato poi un seguito significativo. L'attivazione della procedura è stata chiesta da parte della Commissione nei confronti della Polonia e da parte del Parlamento nei confronti dell'Ungheria negli altri due casi, ma le iniziative, sebbene formalmente pendenti, non hanno ad oggi avuto il seguito previsto nel Trattato, consistente in una deliberazione del Consiglio<sup>47</sup>, confermandosi così ulteriormente la permeabilità dello strumento alle valutazioni politiche, oltre alla sua inadeguatezza come istituto di garanzia del rispetto di valori costituzionali dell'Unione, a fronte delle pur gravi vicende costituzionali

---

<sup>44</sup> Da ultimo v. pronuncia della Corte costituzionale rumena n. 390 dell'8 giugno 2021, nella quale si afferma "il primato riconosciuto al diritto dell'Unione è limitato, nell'ordinamento giuridico rumeno, dall'obbligo di rispettare l'identità costituzionale nazionale" e che la Corte essendo "tenuta a garantire la supremazia della Costituzione rumena nel territorio rumeno. Di conseguenza, essa rileva che, sebbene un giudice ordinario sia competente a esaminare la conformità al diritto dell'Unione di una disposizione della normativa nazionale, un siffatto giudice non è competente a esaminare la conformità al diritto dell'Unione di una disposizione nazionale dichiarata conforme all'articolo 148 della Costituzione rumena dalla Curtea Constituțională (Corte costituzionale)". Così sintetizza la pronuncia la CGUE (grande sezione), sentenza 22 febbraio 2022 in C-430/21, con cui si ripristina il principio del primato.

<sup>45</sup> Fu il presidente Barroso a definire lo strumento "l'opzione nucleare" (Speech/13/684, José Manuel Durão Barroso, Discorso sullo stato dell'Unione 2013, 11 settembre 2013.); che esso rappresenti un'arma spuntata è noto da tempo, v. tra gli altri K.L. SCHEPPELE, L. PECH, *Is article 7 really the EU's "Nuclear option"?*, in *Verfassungsblog.de*, 6 marzo 2018. Si sottolineava "la scarsa probabilità di ipotesi applicative" in R. CALVANO, *La Corte di giustizia e ...*, cit., 113.

<sup>46</sup> In tal senso A. MANZELLA, *L'identità costituzionale dell'Unione europea*, in *Studi in onore di L. Elia*, Milano 1999, vol. II, 939.

<sup>47</sup> Si vedano le *Reasoned proposal* della Commissione, 20-12-2017 COM(2017) 835 nei confronti della Polonia; nonché la Risoluzione del Parlamento nei confronti dell'Ungheria del 12 settembre 2018, ai sensi dell'art. 7 c. 1, su cui, rispettivamente, C. CURTI GIALDINO, *Il Parlamento europeo attiva l'art. 7*, cit.; G. RAGONE, *La Polonia sotto accusa. Brevi note sulle circostanze che hanno indotto l'Unione Europea ad avviare la c.d. opzione nucleare*, in *Osservatorio cost.* 1/2018, 1; successivamente si v. Risoluzione del Parlamento UE 2020/2513(RSP), sulle audizioni in corso a norma dell'art. 7, par. 1, TUE, concernenti Polonia e Ungheria.

che avevano portato all'attivazione delle due procedure rispetto ai due Stati membri "incriminati"<sup>48</sup>.

Alla base di tale criticità si colloca poi un aspetto concernente la clausola di cui all'art. 7 che, seppure evidente, non è forse adeguatamente stato messo al centro della riflessione e che merita di essere sottolineato. La disposizione infatti è la sola che consente espressamente all'UE di intervenire nei confronti degli Stati anche per le violazioni dello Stato di diritto *che avvengano al di fuori dall'ambito di applicazione del diritto Ue*<sup>49</sup>. Questo avrebbe dovuto consentire alla clausola di rappresentare, tramite il procedimento che essa disciplina, una sorta di tassello di chiusura nel complicato disegno dei rapporti tra sovranità nazionali e competenze dell'Unione. Ma appunto la chiusura di questo irrisolto disegno è ancora lontana, come sembrano dire le vicende applicative ricordate.

Proprio tale disegno si rispecchia poi nel rapporto tra la clausola dello Stato di diritto di cui all'art. 2 e quella dell'identità costituzionale (art. 4, c. 2, TUE). Se l'art. 4 consente di delimitare il primato del diritto Ue, a tutela dell'identità costituzionale degli Stati, che rimangono signori dei controlimiti<sup>50</sup>, con tale "movimento" gli Stati non potrebbero tuttavia mai giungere alla deroga dell'art. 2,<sup>51</sup> che nella sua ampia formulazione concerne anche il rispetto dell'ordinamento dell'Unione, della cittadinanza dell'Unione oltre che di quella degli Stati, ma i cui confini appaiono d'altro canto indeterminati.

Se insomma l'art 4 consente agli Stati di tutelare il "come" della loro organizzazione costituzionale, i modi di organizzarsi dello stato di diritto in essi, si potrebbe dire, l'art 2 sembrerebbe rappresentare il "se", il limite esterno, della loro identità costituzionale liberale e democratica.

Ciò che sembra emergere nei ricorsi di Polonia e Ungheria che si esamineranno è quanto il confine sia labile tra queste due diverse clausole, e come il determinare se la modalità di disciplina di uno dei profili di organizzazione costituzionale interna di uno Stato non possa sfociare in ciò che, nell'interpretazione delle istituzioni UE coinvolte, rappresenta una violazione dei valori dello Stato di diritto ai sensi dell'art. 2 TUE comporti valutazioni ampiamente discrezionali. Se l'esempio delle democrazie cosiddette illiberali può far apparire *prima facie* sicuramente auspicabile l'adozione di interventi a tutela dello Stato di diritto da parte dell'UE, immaginare una diversa ipotesi, nella quale si ipotizzi di contestare ad esempio le modalità di organizzazione della magistratura requirente (che non la rendano indipendente dal potere esecutivo, come ad esempio avviene in Francia<sup>52</sup>), o quelle della giustizia costituzionale (funzione

---

<sup>48</sup> Sul problema v. tra gli altri L. BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives* (January 15, 2016). *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Ed. by A. JAKAB - D. KOCHENOV, Oxford University Press, 2016, Amsterdam Centre for European Law and Governance Research Paper No. 2016-01, Amsterdam Law School Research Paper No. 2016-02.

<sup>49</sup> Come evidenziato da C. PINELLI, *Protecting the fundamentals*, cit., 4.

<sup>50</sup> Analoga posizione in M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 72; R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i controlimiti 2.0*, in *Federalismi* 1/2016; F. SALMONI, *Unità nella diversità o diversità nell'unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* 2/2019, 532, che tuttavia nelle conclusioni sembra distinguere tra diritti e diritti tutelati costituzionalmente, dei quali solo alcuni sarebbero fondamentali.

<sup>51</sup> C. PINELLI, cit. 7.

<sup>52</sup> Sul punto v. di recente G. MICHELINI, *Esiste un modello europeo di pubblico ministero?* in *Questione giustizia*, 2/2021.

non esistente per una lunga fase della sua storia nella patria del *Rule of law* quando era stato membro), sembra rendere più macroscopicamente visibile la delicatezza della questione<sup>53</sup>.

Da un lato si segnala insomma la congerie ampia degli istituti che possono ritenersi implicati all'interno delle espressioni recate nell'art. 2 TUE, dall'altro si deve sottolineare l'elevato tasso di politicità insito nelle valutazioni coinvolte nelle procedure di cui all'art. 7, dimostrato anche dalla restrizione del sindacato giurisdizionale, ex art. 269 TFUE, alle sole questioni procedurali disciplinate dall'art. 7, nell'ambito del sindacato di legittimità azionabile dal solo Stato "incriminato" dinanzi alla CGUE.<sup>54</sup>

In proposito può essere utile ricordare lo scalpore suscitato per l'avvio (per la prima volta da parte del Parlamento UE) il 12 settembre 2018 della richiamata procedura ex art. 7, comma 1, TUE nei confronti dell'Ungheria. Essa fu promossa sulla base del rapporto Sargentini, che aveva alla radice motivi legati a tematiche ampie e generali, diversamente da quelle poste a fondamento della stessa procedura avviata dalla Commissione Ue nel 2017<sup>55</sup>. L'iniziativa avviata nei confronti della Polonia infatti, si fondava sulla contrarietà ai valori fondanti dell'UE di una pluralità di provvedimenti, tutti orientati a ledere l'indipendenza della magistratura ed il ruolo della Corte costituzionale. Nel rapporto Sargentini era invece al centro della censura nei confronti del Governo e del Parlamento ungherese un coacervo di misure inerenti diritti della persona e delle minoranze, garanzie costituzionali riferite a tematiche diverse, oltre a quella della tutela giurisdizionale dei diritti, con una diffusa e generalizzata violazione insomma dei parametri dello Stato di diritto.

A fronte di una situazione così compromessa, se viene inevitabile chiedersi come mai la Commissione abbia taciuto così a lungo riguardo a ciò che avveniva in Ungheria<sup>56</sup>, pare evidente come si sia atteso molto meno per attivarsi in relazione alle misure "illiberali" introdotte in Polonia. Le linee di frattura in seno al Parlamento Ue corrispondono a quelle entro la politica parlamentare degli Stati membri,<sup>57</sup> ed il diverso trattamento nei confronti dei due Stati

---

<sup>53</sup> Sul punto si v. Comunicazione della Commissione "Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto", del 2014, in base alla quale "La democrazia è tutelata se la funzione fondamentale della magistratura, comprese le corti costituzionali, può garantire la libertà di espressione e di associazione e il rispetto delle norme che disciplinano il processo politico ed elettorale". Nei documenti che elaborano la nozione di stato di diritto per il Consiglio d'Europa, si fa riferimento alla nozione di giustizia costituzionale "là dove prevista" ("if applicable", Cherklist della Commissione di Venezia, cit., 27). ma potrebbe un domani l'Unione far riferimento alla necessaria presenza di una Corte costituzionale accentrata, ad esempio, o alla funzione di garanzia costituzionale da essa esplicata, come elemento indefettibile dello Stato di diritto? Potrebbero esserlo la subordinazione del pm alle indicazioni ministeriali? La non obbligatorietà dell'azione penale? Le disciplina della prescrizione? Un procedimento legislativo che assicuri tempi di discussione adeguati...almeno sulla legge di bilancio?

<sup>54</sup> Sul punto v. M. COLI, *La Corte di Giustizia si pronuncia sull'art. 7, par., 1, TUE e sui limiti alla propria competenza nelle procedure "nucleari" a tutela dei valori europei: la sentenza Ungheria c. Parlamento europeo* (C-650/18), in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021.

<sup>55</sup> Relazione presentata da J. SARGENTINI il 4-7-2018 (2017/2131(INL)).

<sup>56</sup> Ed infatti parte del PPE si astenne o votò contro (116 a favore) in sede di deliberazione della risoluzione in seno al Parlamento Ue.

<sup>57</sup> Ad esempio, con riferimento al voto parlamentare sulla questione ungherese, si può segnalare che il M5S ha votato contro il rapporto Sargentini. Alcune forze politiche italiane hanno simpatizzato con il regime di Orban e il partito *Fidesz*, che è stato per lungo tempo componente del Partito Popolare Europeo e poi del gruppo parlamentare PPE, prima dell'uscita nel marzo 2021, dopo essere stato sospeso dal PPE nel 2019 per le sue leggi illiberali.

membri in relazione all'attivazione delle procedure ex art. 7 evidenzia la difficoltà di considerare le minacce e il rischio di violazioni dello Stato di diritto come eventi nettamente identificabili e valutabili in modo imparziale nei diversi casi da parte delle istituzioni politiche UE, insomma: “sebbene attualmente l'UE disponga di una base giuridica per poter reagire di fronte alla violazione dei valori di cui all'art. 2 da parte di uno Stato membro, essa non sembra tuttavia in grado di sostenere politicamente tale azione”<sup>58</sup>.

Di fronte all'inadeguatezza dell'art. 7, a giusto titolo definito un “*coup d'épée dans l'eau*”<sup>59</sup>, l'UE ha allora tentato di istituire, sulla base del vigente trattato, alcuni strumenti, che sembrano tuttavia essersi mostrate altrettanto inefficaci. La presentazione al Parlamento di un annuale *Rule of law report*, la relazione periodica lanciata nel 2020 dalla Commissione europea, nell'ambito della Strategia dell'UE non sembra aver indotto gli Stati membri a recedere dalle riforme incriminate<sup>60</sup>.

Nella comunicazione della Commissione dell'11 marzo 2014 su “Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto”<sup>61</sup> si era dato atto di come “i diversi ordinamenti costituzionali e giudiziari degli Stati membri dell'UE sono adeguatamente strutturati e attrezzati per proteggere i cittadini da qualsiasi minaccia allo Stato di diritto. Tuttavia, avvenimenti recenti in alcuni Stati membri dimostrano che lo scarso rispetto dello Stato di diritto e, di conseguenza, dei valori fondamentali che questo si prefigge di tutelare, può diventare causa di grave preoccupazione. In tali occasioni l'opinione pubblica ha sollecitato esplicitamente l'UE, e in particolare la Commissione, a prendere iniziative, che hanno portato a risultati concreti”. Il 17 novembre 2020 ad esempio si è avuto un primo dibattito in seno al Consiglio, relativo alla situazione di cinque specifici Stati membri, Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Danimarca ed Estonia.

Tali iniziative della Commissione non sembrano aver portato tuttavia ad un mutamento di orientamento negli stati interessati, per non dire che esse hanno suscitato qualche perplessità a causa della mancanza di una attribuzione chiara di competenza nel TUE su cui fondarle, e probabilmente più di tutto, rappresentando occasione di attrito istituzionale laddove esse si sono svolte escludendo il Consiglio<sup>62</sup>. Sembra rendersi evidente insomma che solo una modifica del Trattato che rafforzi gli strumenti attualmente disponibili, ed in particolare quelli previsti

---

<sup>58</sup> M. P. IADICICCO, *Il rispetto del principio democratico da parte degli Stati europei: quale ruolo per l'Unione europea?*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 24-7-2012, 12.

<sup>59</sup> Così la chiama H. LABAYLE in *Winter is coming: la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'Etat de droit* in *ELSJ*, 26 settembre 2018.

<sup>60</sup> COM(2014) 158 dell'11 marzo 2014. Su tali procedure v. S. TROILO, *La tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea post Covid-19*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2021, 80.

<sup>61</sup> COM(2014) cit.

<sup>62</sup> SHEPPELE PECH E KELEMEN, cit., ritengono vi sia stato un conflitto (documentato nel cd. “*non paper*” del servizio giuridico del Consiglio) tra Consiglio e Commissione circa la competenza a sindacare il rispetto da parte degli stati della *rule of law*, mirando il Consiglio ad escludere la Commissione da una simile prerogativa. N. Maffei, cit., 154, ricorda come “sul piano della legittimità dubbi sono stati sollevati in merito alla sussistenza di una competenza da parte della Commissione ad intervenire rispetto a situazioni potenzialmente di carattere interno agli Stati membri. Lo stesso Consiglio, subito dopo l'adozione della comunicazione del 2014, ha domandato un parere al proprio Servizio giuridico (10296/14 del 27 maggio 2014) che ricorda come l'UE basi la propria azione sul principio di attribuzione. Esercitando solo le competenze attribuite dal Trattato, ha osservato che solo l'art. 7 costituisce una base legale per verificare il rispetto dello Stato di diritto. Pertanto, il Servizio giuridico del Consiglio si è espresso affermando l'incompatibilità della procedura prevista dal «nuovo quadro» con il principio di attribuzione.

dall'art. 7 c. 1 e 2, sarebbe realmente in grado di rappresentare un punto di svolta nella complessa questione, che non può essere affrontata unicamente tramite l'apporto di una *judge made law* della CGUE.

È in questo quadro che si colloca la discussione su quello che diventerà poi il regolamento "sullo stato di diritto", con il quale si tenta inizialmente di costruire uno strumento operativo di *enforcement* dei principi di cui all'art. 2 del Trattato.

## 6. Il rispetto dei valori-principi dello Stato di diritto, o di una falla nella costruzione dell'UE

Prima di passare ad esaminare le decisioni con cui la CGUE ha respinto i ricorsi di Polonia e Ungheria circa la legittimità del regolamento sullo Stato di diritto, è necessario ricordare almeno brevemente lo spazio che a tale principio è attribuito nella costruzione dell'ordinamento UE, quale sia stata la matrice del suo ingresso nell'*acquis communautaire* e del suo successivo inserimento tra i principi fondamentali nel Trattato di Lisbona, nel quadro di un ordinamento nato su basi totalmente diverse.

Ricordare l'impronta mercatistica e la matrice funzionalista del processo d'integrazione non appare infatti inconferente, e dovrebbe offrire un elemento utile a comprendere meglio l'impatto e la portata dei principi oggi accolti tra i valori fondamentali del Trattato. Analizzando questo tra gli altri elementi da cui deriva quello che oggi appare un innesto infelice, quanto meno nei suoi risultati, può infatti essere fondamentale a comprendere il mal riuscito connubio tra integrazione economica e garanzie costituzionalistiche, alla ricerca dei possibili strumenti per rinsaldare la valenza dei principi di cui all'art. 2 TUE.

La dottrina ha sovente sottolineato quali siano stati i punti salienti del percorso di "consacrazione" dello stato di diritto nel processo di integrazione, a partire dalla giurisprudenza fondativa della CCGUE che ha voluto ricostruire un concetto di "Comunità di diritto" sin dal celebre caso *Les Verts*<sup>63</sup>, per arrivare, in epoca più vicina a noi alla centralità dell'idea di legalità e di diritti fondamentali in *Kadi*<sup>64</sup>. Nel TUE si è passati da un riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, ai diritti garantiti dalla CEDU nell'art. 6, all'attuale versione con cui si prefigura nell'art. 2 TUE una UE fondata su dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto e rispetto dei diritti umani, ed "una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini". L'attuale versione del TUE prevede come è noto un quadro articolato di valori dell'UE oltre che di garanzie per gli Stati, previste in particolare agli art. 4 e 5, che enucleano il vero e proprio cardine dei rapporti tra essi nel principio di attribuzione sulla base del quale "qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri", e

---

<sup>63</sup> CGUE, sentenza 23 aprile 1986, *Parti écologiste Les Verts*, causa C-294/83, punto 23.

<sup>64</sup> Così I. SPADARO, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, in *Federalismi*, 14/2021, 183. La sent. Kadi (grande sezione) è del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P.



quello dell'intangibilità dell'identità costituzionale nazionale, "insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali".

Un ulteriore tassello va ora aggiunto per offrire un quadro di riferimento più compiuto. Se il principio di attribuzione rappresenta il fondamento per la collocazione della linea di confine tra gli interventi degli Stati e dell'UE, l'obbligo di motivazione degli atti giuridici dell'Unione<sup>65</sup> consente la costante vigilanza circa il rispetto di quella linea di confine. Una base giuridica, diversa da quella rappresentata dal procedimento di cui all'art. 7, che consenta di intervenire sul tema delle garanzie che riteniamo comprese nell'ampia formula di "Stato di diritto" pare difficilmente individuabile nel Trattato. Non solo non esiste in effetti una base giuridica che consenta all'UE di intervenire a disciplinare lo Stato di diritto all'interno degli Stati membri, ma è lo stesso art. 4 comma 2 TUE, come anche l'art. 7 TUE ad escludere chiaramente tale possibilità. Ciò pare così evidente alla lettura delle prime norme del TUE, che la posizione è stata fatta propria in un citatissimo parere dal servizio giuridico del Consiglio dell'Unione<sup>66</sup>, mentre la dottrina internazionalistica non ha mai cessato di affermare che "l'organizzazione e il funzionamento degli organi costituzionali e della forma di governo, su cui si fonda la tenuta dello Stato di diritto, non figurano tra le materie attribuite alla competenza normativa dell'Ue (art. 2 ss. TFUE) e, anzi, a norma dell'art. 4, § 2 TUE debbono ritenersene esclusi".<sup>67</sup>

Esaminando più da vicino la nozione europea di Stato di diritto recata nel TUE, l'identificazione dei contenuti compresi nella formula (oggi rilevanti nel regolamento se suscettibili di incidere sul bilancio dell'Unione) solleva più di qualche difficoltà. La già richiamata comunicazione della Commissione del 2014 tipizza sei contenuti fondamentali del concetto, elaborati nel regolamento 2092 alla luce del *soft law* del Consiglio d'Europa.<sup>68</sup> Tali principi sono a loro volta evocativi però di numerosi istituti disciplinati nelle costituzioni degli stati membri con norme di principio, la previsione di procedimenti, seguiti poi da norme di dettaglio che compiono scelte discrezionali che si potrebbe definire le più disparate sulle modalità attuative dei diversi principi ed istituti<sup>69</sup>.

Passando alla legislazione derivata dell'UE, e cioè al regolamento 2020/2092, si deve constatare come il mero raffronto delle versioni italiana ed inglese del regolamento, sin dal primo considerando vede il riferimento ai due concetti distinti di "Stato di diritto" e di "*rule of*

---

<sup>65</sup> Nelle precedenti versioni (art. 190 CEE e art. 253 CE) il suddetto obbligo si applicava soltanto a regolamenti, direttive e decisioni.

<sup>66</sup> Parere del servizio giuridico del Consiglio del 27 maggio 2014, p. 7 "there is no legal basis in the Treaties empowering the institutions to create a new supervision mechanism of the respect of the rule of law by the Member States, additional to what is laid down in Article 7 TEU, neither to amend, modify or supplement the procedure laid down in this Article. Were the Council to act along such lines, it would run the risk of being found to have abused its powers by deciding without a legal basis."

<sup>67</sup> I. SPADARO, *cit.*, 198.

<sup>68</sup> I contenuti del principio dello Stato di diritto sono catalogati nella *Rule of law checklist* deliberata dalla Venice Commission, 11-12 marzo 2016.

<sup>69</sup> "Si tratta dei principi di legalità (secondo cui il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico); certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; indipendenza e imparzialità del giudice; controllo giurisdizionale effettivo, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali; uguaglianza davanti alla legge".

*law*’, evocando le numerose difficoltà cui si va incontro nella ricognizione dei contenuti o meglio nella costruzione di un chiaro e condiviso concetto comune ai ventisette stati membri di quale sia l’ambito tutelato.<sup>70</sup>

Alla luce delle linee guida dettate ad integrazione del Regolamento<sup>71</sup> pare un dato abbastanza rilevante quello per cui *non risulta incluso nella nozione di stato di diritto il rispetto dei diritti fondamentali* (sovente al centro come si è visto del contenzioso dinanzi alla CGUE con Polonia e Ungheria), mentre può essere fatta valere la sola violazione del principio di eguaglianza formale. Le linee guida, nel voler rassicurare gli stati ricorrenti circa la portata del regolamento, ne consentono tuttavia il pieno dispiegarsi, non risolvendo la lamentata questione circa una potenziale portata espansiva a danno della sovranità degli stati membri. All’estremo opposto sembra collocarsi chi ritiene che la dichiarazione concernente l’applicabilità del regolamento, sebbene formalmente rappresenti una fedele esecuzione del principio di attribuzione, ad un esame più approfondito apparirebbe “*technically wrong and politically perverse*”<sup>72</sup>, in quanto avendo l’Ue il compito di promuovere i principi del trattato, ciò non potrebbe non influenzare l’ampiezza delle competenze dell’Unione stessa. Un argomento questo potenzialmente in grado di consentire all’Unione di intervenire virtualmente in qualsiasi materia.

Ad ulteriore conferma delle criticità segnalate, va ricordato che nel regolamento, l’elencazione delle fattispecie “indicative di violazioni” contenuta all’art. 3 non è esaustiva<sup>73</sup>, mentre si sottolinea che valgono sia azioni che omissioni delle autorità statali, un punto questo abbastanza preoccupante per un lettore italiano, che ben conosce un legislatore distratto, spesso inadempiente, o quanto meno ritardatario.

Tema centrale è poi quello secondo cui le violazioni, *per essere sanzionabili*, devono essere “rilevanti per la sana gestione finanziaria del bilancio dell’Unione o per la tutela degli interessi finanziari dell’Unione”, mentre tale *rilevanza è presunta quando ad agire siano “le autorità che eseguono il bilancio dell’Unione e quelle preposte al controllo, alla sorveglianza e all’audit finanziario”*<sup>74</sup>. Il numero delle autorità chiamate a dare esecuzione al bilancio dell’Unione, al controllo sull’impiego a vario titolo delle risorse, e ad attività riconducibili a queste due, pare essere molto esteso se si pensa che tali attività richiedono l’esercizio di funzioni normative di vario rango, esecutive e giurisdizionali.

Da questo punto di vista è utile ricordare la posizione di chi ha segnalato la lettura più corretta del concetto di *rule of law* nell’ambito del processo di integrazione. “La comprensione del principio espresso con la formula *rule of law* che è prescritta e dunque vigente nel diritto positivo dell’Unione, deve tenere conto, innanzitutto, delle motivazioni funzionalistiche che sono alla base del riconoscimento dei principi di libertà economica che sono garantiti a tutti gli individui (prima dalle Comunità e poi) dall’UE in posizione di supremazia rispetto agli Stati

---

<sup>70</sup> Sul punto, sin dalle prime righe G.M. SALERNO, *European Rule of Law: un principio in cerca d’autore*, in *Federalismi*, 19/2020, 3 ss; S. TROILO, *La tutela dello Stato di diritto nell’Unione europea post Covid-19*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2021, 75. V. anche C. BUZZACCHI, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?* cit.

<sup>71</sup> Orientamenti della Commissione (C(2022)1382 final) sul regolamento.

<sup>72</sup> E. CANNIZZARO, *Neither representation nor values? or Europe’s moment part II*, in *European papers*, 2020, vol. 5, 3, 1101 ss.

<sup>73</sup> Punto 11, 3.

<sup>74</sup> Tale indicazione viene tratta dalla sentenza in commento su ricorso dell’Ungheria, punto 143.

membri.”<sup>75</sup> Alla luce di questa considerazione, la centralità nella disciplina posta nel regolamento della questione della corretta esecuzione del bilancio da parte dei destinatari dei finanziamenti europei sembra dimostrare ulteriormente la debolezza e allo stesso tempo l’ampiezza della discrezionalità insita nella disciplina posta a garanzia dell’art. 2 TUE, e rafforza i dubbi circa la schiettezza ed affidabilità della volontà dell’UE di farsi paladina delle acquisizioni di due secoli di costituzionalismo.

Il tema del bilancio è presto entrato nella discussione e nella redazione del regolamento 2092. Più che la preoccupazione degli altri Stati membri per la grave situazione presente nelle democrazie illiberali, *sembra essere stata decisiva la considerazione circa le ingenti risorse ad essi versate dall’Unione, in particolare a Polonia e Ungheria*<sup>76</sup>. Da ciò parrebbe essere derivata la decisione di coniugare i due temi e la possibilità di ricorrere all’escamotage per fondare il regolamento su di una base giuridica salda e virtualmente inattaccabile.

Altro elemento da segnalare del regolamento in questione è la sua tecnica innovativa: infatti non si è più dinanzi alla tipica dinamica di armonizzazione tramite legislazione, ma l’Unione si muove in questo caso - sulla via della prosecuzione del processo di integrazione - tramite il diverso meccanismo delle condizionalità, con cui si indica agli Stati che per ottenere risorse occorre rispettare principi e dettami più o meno stringenti indicati dalle istituzioni UE<sup>77</sup>. L’effetto di trascinamento che questo meccanismo è suscettibile di produrre, facendo scivolare le questioni su di un piano inclinato, in cui, dalla logica delle competenze attribuite si passa inevitabilmente a quella di una strisciante tendenza verso una competenza generale dell’Unione, che si afferma ogni volta che ciò sia reso possibile dalle condizionalità finanziarie, preoccupa nella misura in cui l’impiego di tale tecnica rischia di portare l’Unione a travalicare incessantemente e in modo crescente i confini delle sovranità nazionali, oltre al limite dell’identità costituzionale di cui all’art. 4 TUE.

Oltre a questa non trascurabile e preoccupante prospettiva, sembra di poter affermare che, come emerge nelle pronunce relative ai ricorsi di Polonia e Ungheria, proteggere il bilancio UE usando l’arma dello stato di diritto rischi di diventare operazione ancor meno credibile di quanto possa essere proteggere lo stato di diritto usando il grimaldello (della base giuridica) dell’esecuzione del bilancio<sup>78</sup>. Ed una disciplina nella quale si dichiara di tutelare il principio della “*rule of law*” negando però un ruolo decisionale al Parlamento sembra stridere con la

---

<sup>75</sup> G. M. Salerno, cit. 3.

<sup>76</sup> “Indeed, the Member States in question are significant net recipients of EU money. Poland is by far the largest absolute recipient of EU transfers: Under the current MFF, the country receives 82 billion euros in cohesion spending and another 32 billion euros in agricultural payments. Overall, 15% of total funds that are allocated to all 28 Member States through Cohesion and the Common Agricultural Policy (CAP) go to Poland. Hungary is another major recipient of EU spending, receiving 23 billion euros in cohesion funding and 12 billion euros from the CAP.”, così F. HEINEMANN, *Going for the Wallet? Rule-of-Law Conditionality in the Next EU Multiannual Financial Framework*, in *Intereconomics* (ZBW – Leibniz Information Centre for Economics) 2018, 297.

<sup>77</sup> Su questo tema v. la dura critica di F. SALMONI, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Padova 2021, 25 ss; ID., *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere* in *Costituzionalismo* 2/2021,

<sup>78</sup> Queste le due posizioni rispettive di Consiglio e Parlamento, le istituzioni coinvolte nella procedura di approvazione del regolamento impugnato, come sintetizzate dall’Avvocato generale Campos Sanchez-Bordona nelle sue conclusioni del 2 dicembre 2021 a C-156/21 e 157/21.

credibilità dell'operazione sul piano costituzionale<sup>79</sup>, portandoci ancora una volta dinanzi al paradosso di un'UE che impone agli Stati principi che essa stessa non rispetta. Il regolamento contempla infatti unicamente, agli artt. 6 e 8, dei meri obblighi di informazione del Parlamento da parte della Commissione circa i vari passaggi previsti nella procedura e le iniziative assunte verso singoli stati in base al regolamento. Il parlamento può invero chiedere di aprire un "dialogo strutturato" con la Commissione ai sensi dell'art. 6, quando essa lo informa di aver inviato allo Stato interessato "una notifica scritta in cui espone gli elementi di fatto e i motivi specifici sui quali ha fondato la propria conclusione" circa la violazione dei principi dello Stato di diritto ai sensi dell'art. 4. Questo elemento non sembra tuttavia sufficiente a garantire all'istituzione rappresentativa un reale potere decisionale in merito ai provvedimenti da assumere.

Il regolamento si segnala insomma in quanto "risulta composto da un complesso di principi (...) sindacabili o mediante procedure discrezionali ad alto tasso di politicità o mediante modalità giurisdizionali per lo più contingenti e puntiformi, la stessa *European rule of law* può correre il rischio di divenire a sua volta fonte di decisioni parziali, ingiuste o discriminatorie, e dunque ragione di incomprensione, se non di vero e proprio conflitto tra gli Stati, tra questi e l'UE. Soprattutto, se impiegata in modo del tutto casuale, disorganico o addirittura arbitrario, essa potrebbe volgersi nel suo opposto, e divenire fattore di sfiducia tra i cittadini degli Stati e nei confronti delle istituzioni, nazionali e europee".<sup>80</sup>

Infine va sottolineato che tra le scelte discrezionali previste nel regolamento, oltre quelle relative alla nozione di cosa potrebbe rappresentare un rischio per il bilancio dell'UE, vi è poi quella in capo alla Commissione circa l'attivazione delle misure sanzionatorie in termini di sospensione di finanziamenti.<sup>81</sup> A seguito di tali decisioni discrezionali, la CGUE finirebbe poi col trovarsi arbitro supremo di tale procedura e quindi dello stato di diritto, persino più che nelle procedure ex art. 7 TUE, nelle quali come si è ricordato il suo ruolo è relegato alla verifica del rispetto delle norme procedurali. Una circostanza forse paradossale se si considera che contro le sanzioni previste dal regolamento gli Stati destinatari godrebbero maggiori garanzie rispetto a quelle previste in caso di sospensione dai diritti di Stato membro.

Coloro che hanno valutato favorevolmente il regolamento 2092<sup>82</sup> hanno invece, fatto leva sugli stessi motivi per i quali se ne dà qui una lettura critica, sottolineando come "adottando il regolamento n. 2092, l'Unione europea ha rivendicato un potere di controllo ed indirizzo su scelte politiche ed assetti istituzionali dei singoli Paesi membri tipico degli Stati federali. Per ora si tratta di uno strumento dalla portata circoscritta, che utilizza come strumento di pressione l'accesso alle risorse dell'UE, ma è stata tracciata una chiara linea di tendenza per

---

<sup>79</sup> G. SALERNO, cit., 17, segnala che nella proposta di regolamento non era inizialmente previsto alcun ruolo per il Parlamento europeo nel procedimento.

<sup>80</sup> G. M. SALERNO, cit., 17, che poi conclude rilevando che "alla *European rule of law* è stato attribuito un significato assai composito, delineato in senso finalistico in corrispondenza con gli interessi fondamentali dell'Unione (il mercato interno senza frontiere interne), e declinabile, ed effettivamente declinato, negli specifici contenuti in modo assai flessibile".

<sup>81</sup> Su cui si sofferma in particolare il contributo di 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* 1/2022, 29 ss.

<sup>82</sup> TROILO, cit., 86.

il futuro”, aggirando verrebbe da aggiungere il procedimento di revisione del TUE. Pare innegabile la legalità UE sia stata in qualche misura minata, contribuendo ad indebolire la credibilità delle istituzioni UE in una epoca di diffuso euroscetticismo, Ciò preoccupa soprattutto in quanto la misura entra a regime proprio nel momento in cui i principi fondamentali del TUE e la stessa legalità eurounitaria sono vivamente contestati da un numero crescente di Stati membri.

Già prima dell’approvazione del regolamento 2092<sup>83</sup> era stato evidenziato il rischio per la *rule of law* europea che esso rappresenta. “Affinché non ne soffra il principio di legalità europea, infatti, non può che rimanere ben salda la regola, sancita nell’art. 7 del TUE, secondo cui misure incidenti sui diritti nascenti dai Trattati europei possono essere deliberate dal solo Consiglio europeo, ove risulti accertata una grave e persistente violazione dei valori in cui si riconosce l’ordinamento europeo”. In questo senso, se obiettivi come quelli che ci si è posti nella discussione sul regolamento dello stato di diritto “appaiono certamente meritevoli nella prospettiva del rafforzamento delle basi giuridico-costituzionali dell’Unione europea, occorre avvertire, tuttavia, che *ciò non può prescindere dall’osservanza, anche nell’esecuzione delle politiche di bilancio da parte della comunità di diritto sovranazionale, del medesimo principio di legalità il cui rispetto viene richiesto fermamente all’interno dei paesi membri.*”<sup>84</sup>

“È di tutta evidenza, infatti, che per mezzo di una normativa di rango secondario non possono essere intaccati diritti nascenti dalla partecipazione all’ordinamento”<sup>85</sup>.

## 7. Le due sentenze del febbraio 2022

Come già ricordato, le due sentenze gemelle pronunciate dalla CGUE in seduta plenaria nel febbraio 2022<sup>86</sup> decidono due ricorsi di annullamento del regolamento 2020/2092 che fanno leva su numerose istanze in larga parte coincidenti sollevate dai due Stati membri. Dati i numerosi motivi di ricorso, che non sarebbe possibile né utile esaminare tutti analiticamente e nelle due differenti articolazioni, si tenterà una breve disamina di quelli salienti, per offrire un quadro dei problemi lasciati aperti dalle due pronunce che renda poi possibile elaborare qualche riflessione conclusiva.

I ricorsi contestano *in primis* il difetto della base giuridica impiegata, che renderebbe illegittimo il regolamento 2092, fondato sull’art. 322 TFUE relativo all’esecuzione del bilancio, ma secondo le ricorrenti dall’oggetto differente. La ricorrente Ungheria, pur riconoscendo l’esistenza di un nesso tra l’esecuzione del bilancio e i principi dello Stato di diritto, lamenta che se le violazioni dei valori compresi all’interno dell’art. 2 TUE possono incidere sì sulla gestione finanziaria e danneggiare potenzialmente il bilancio UE, tuttavia segnala come la disciplina

---

<sup>83</sup> E. CASTORINA, in *Federalismi*, 29/2020, che molto perspicuamente intitola il suo par. 8 “stabilire su base regolamentare le modalità procedurali mediante le quali far valere eventuali carenze generalizzate riguardanti i principi dello Stato di diritto negli Stati membri viola il principio di “legalità europea”, p. 58.

<sup>84</sup> Ancora E. CASTORINA, *cit.*, 58. Il corsivo è stato aggiunto da chi scrive.

<sup>85</sup> E. CASTORINA, *cit.*, 58.

<sup>86</sup> La CGUE si riunisce in seduta plenaria, come avvenuto nelle già richiamate sentenze del 16 febbraio 2022 in C-156/21 (Ungheria c. Parlamento e Consiglio) e C-157/21 (Polonia c. Parlamento e Consiglio), quando ritiene che una causa rivesta un’eccezionale importanza. Degno di nota poi che tra i dieci Stati membri costituiti nei due giudizi, l’Italia fosse l’unico paese fondatore ad essere assente.

riguardi nella sostanza ambito diverso (e molto più ampio) da quello dell'esecuzione del bilancio. Nell'argomentare tale doglianza, il ricorso del governo magiaro lamenta che il concetto di stato di diritto sarebbe nozione ampia e indeterminata, e da ritenere meta mai definitivamente raggiunta, nell'ambito del percorso della democrazia nel continente europeo. A fronte di simili obiezioni l'argomento del giudice UE secondo cui la tutela dello stato di diritto costituirebbe un obbligo di risultato<sup>87</sup> posto nella normativa UE appare riduttivo e semplicistico, data la vastità dei contenuti implicati nella formula, frutto – come si è detto - di una ricca elaborazione del Consiglio d'Europa oltre che della Commissione Ue a partire dal 2014.

Quanto alla censura mossa in relazione al rispetto della struttura fondamentale, politica e costituzionale di cui all'art. 4, c. 2, l'Ungheria lamenta che "il meccanismo creato dal regolamento impugnato non sarebbe conforme a tale garanzia fondamentale, poiché la procedura da esso stabilita consentirebbe di esaminare la legislazione o la prassi di uno Stato membro anche qualora questa non rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione." Anche la Polonia aveva lamentato, innanzitutto, la violazione del principio di attribuzione e dell'art. 4<sup>88</sup>, ritenendo che l'UE non disporrebbe "di alcuna competenza in ordine a numerosi aspetti dello Stato di diritto quale definito all'articolo 2, lettera a), del regolamento impugnato, tra cui il requisito di un processo legislativo trasparente, responsabile, democratico e pluralistico". Un simile requisito consente di tornare a riflettere sul problema già segnalato, per cui persino l'Italia potrebbe avere difficoltà nel mostrare pieno ossequio ad esso. Basti pensare alle modalità di approvazione della legge di bilancio nell'ultima legislatura, o anche all'affrettata conversione in legge di taluni decreti relativi all'attuazione del PNRR<sup>89</sup>.

Si deve segnalare invero che il regolamento 2092 prevede che la condizionalità in esso prevista svolga una funzione sussidiaria rispetto ad altri strumenti come l'art. 7 TUE. È pur vero tuttavia che, essendo l'art. 7 inutilizzabile per i problemi già segnalati, il regolamento parrebbe in base a questa clausola destinato ad imporsi come strumento principale di reazione alle presunte violazioni dell'art. 2, dato che sembra giustificare la reazione preoccupata delle ricorrenti a fronte di una tipologia di violazioni molto estesa. Ai sensi del regolamento sono considerate infatti violazioni "le minacce all'indipendenza della magistratura", "l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche", "la mancata assegnazione di risorse finanziarie e umane" che pregiudichi il funzionamento di dette autorità, "la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso", le "norme procedurali restrittive", ma anche "la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, delle azioni penali o delle sanzioni per violazioni del diritto"<sup>90</sup>.

La mente dell'interprete italiano corre ancora una volta ai problemi del nostro ordinamento. I problemi di organico della magistratura, o l'annosa questione della durata dei processi

---

<sup>87</sup> CGUE, sentenza Polonia, punto 169.

<sup>88</sup> Punto 80 della motivazione.

<sup>89</sup> Nel capitolo italiano del rapporto sullo stato di diritto del 2022 l'attenzione è posta soprattutto ai temi della giustizia, l'indipendenza della magistratura, l'efficienza del sistema giustizia, i problemi della corruzione e della libertà dei mezzi di informazione. Tuttavia, come ricordato, all'interno dello Stato di diritto rientrano anche lotta alla corruzione, procedimento legislativo trasparente, certezza del diritto, temi che non sempre vedono l'Italia ergersi a caso esemplare di legalità.

<sup>90</sup> Come sottolinea B. NASCIBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *Eurojus*, 3/2021, 177.

o quella della prescrizione nel processo penale potrebbero in futuro essere ascritti ai fenomeni previsti nel regolamento come violazioni sanzionabili?<sup>91</sup> Sulla base di quale norma del Trattato abbiamo autorizzato l'UE ad entrare a sindacare aspetti che non solo involgono la tutela dei *controlimiti*, ma nei quali talvolta il rispetto della discrezionalità legislativa non li rende aggredibili neanche dalla Corte costituzionale nell'esercizio del sindacato di costituzionalità...?

Tra le altre considerazioni svolte dalla Polonia nel suo ricorso, oltre all'incompetenza dell'UE ad adottare il regolamento sulla base dell'art. 322, c'è quindi quella concernente l'ampia discrezionalità che il meccanismo di condizionalità circa il rispetto dello Stato di diritto previsto dal regolamento implica. In relazione a misure come la sospensione dei finanziamenti UE, infatti, la ricorrente ritiene che "non si potrebbe escludere che tale valutazione dipenda da considerazioni politiche, sia arbitraria o sia effettuata in violazione del principio di uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati." Una simile preoccupazione emerge alla luce del dato per cui l'applicazione del regolamento è affidata alle istituzioni politiche che non potrebbero che esercitare la loro discrezionalità in merito alle misure da adottare ai sensi del regolamento, come già è avvenuto in relazione all'applicazione dell'art. 7 TUE.

Per entrambi gli Stati ricorrenti il regolamento costituisce uno sviamento di potere, in quanto "adottato allo scopo esclusivo, o quantomeno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dallo stesso dichiarati o di eludere una procedura appositamente prevista dal trattato", quella prevista dall'art. 7 TUE.

Come si vede le istanze dei due Stati ricorrenti non appaiono prive di qualche pregio, e corrispondono alle preoccupazioni che parte della dottrina costituzionalistica aveva già avanzato in relazione alla bozza di regolamento. A fronte di tali criticità, le due sentenze mostrano una certa tendenza all'utilizzo di un argomentare tautologico nella motivazione. Si afferma ripetutamente che le violazioni dello stato di diritto possono comportare danni per il bilancio Ue, quando esse incidono sull'esecuzione del bilancio e degli strumenti finanziari UE. Un maggiore sforzo argomentativo sarebbe stato necessario per dimostrare che far rientrare nel meccanismo di condizionalità finanziaria un controllo sul rispetto dello stato di diritto sia esercizio di una competenza prevista dal Trattato. In alternativa, si dovrebbe ritenere (come pure entrambe le ricorrenti argomentano nelle loro censure) che una revisione del Trattato sarebbe stata la modalità più idonea per accrescere i compiti dell'Unione e meglio tutelare il portato di duecento anni di costituzionalismo in una sfera e in un'epoca così delicate.

## **8. I rischi dell'abbandono dei paradigmi della *rule of law* anche da parte dell'Unione**

Da questo punto di vista sarebbe forse stato necessario usare come base giuridica del Regolamento l'art. 2, ma naturalmente la norma non pare ad oggi idonea a costruire una nuova

---

<sup>91</sup> Su questi problemi si sofferma il capitolo italiano del rapporto sullo Stato di diritto della Commissione, (Relazione sullo Stato di diritto 2022. Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Italia che accompagna il documento Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Relazione sullo Stato di diritto 2022, La situazione dello Stato di diritto nell'Unione europea) presentato il 13 luglio 2022. I due temi sono menzionati rispettivamente alle pagine 8-9 e 11.

competenza dell'Unione, che del resto andrebbe a confliggere con quanto previsto dagli articoli 4 e 5 TUE, costruendo un potere delle istituzioni politiche Ue di interferire sostanzialmente nelle questioni politica costituzionale interna.

In attesa di una più matura evoluzione politica, e quindi di una più coerente architettura dei rapporti tra Ue e Stati, a cui solo la revisione ex art. 48 TUE potrebbe condurre, appare evidente la necessità di restare aderenti alla legalità quale essa è oggi nelle norme poste nel TUE. Volendo perciò restare fedeli al diritto positivo, e quindi al concetto di Stato di diritto cui più volte si è fatto riferimento, l'unico strumento a disposizione delle istituzioni UE per far valere, in esecuzione stringente della lettera del Trattato, violazioni puntuali o sistemiche riscontrate rispetto ai valori dello Stato di diritto negli Stati membri sono le procedure di infrazione. Esse, pur con tutti i limiti derivanti da lentezza e complessità, potranno si essere attivate solo in relazione all'ambito di applicazione del diritto UE, ma il perimetro di tale "spazio" è come si sa davvero ampio e via via sempre crescente<sup>92</sup>.

Il rischio che altrimenti si potrebbe correre tramite uno strumento come il regolamento 2092 è di sconfinare dalla tutela giuridica dello Stato di diritto alla determinazione *politica* di un'istituzione *politica* (il Consiglio, che deliberi eventuali sanzioni economiche a maggioranza qualificata), e poi alla via giudiziaria. Si affiderebbe al potere creativo della CGUE la determinazione di garanzie costituzionali vere e proprie di diritto dell'UE che la politica europea non ha forse avuto la forza di creare<sup>93</sup>. Si assisterebbe poi all'applicazione di meccanismi sanzionatori suscettibili di produrre un impatto radicalmente difforme a seconda delle condizioni economiche diverse degli Stati cui fossero indirizzate, e ad una disparità di trattamento da parte dell'UE che potrebbe ripetersi simile a quella che ha già caratterizzato il trattamento del "backsliding democratico" della Polonia rispetto a quello ungherese.

Neanche la minaccia più grave e reiterata verso i propri valori di fondo, come quella portata avanti nelle democrazie illiberali, può distogliere l'UE dal seguire il principio di legalità nel suo agire, e nel suo rapporto con gli Stati. L'ampia deroga all'assetto di tali rapporti, costruita dalla CGUE in relazione al tema dell'indipendenza del giudice e del diritto alla tutela giurisdizionale di cui agli artt. 19 TUE e 47 CDFUE, ha consentito l'apertura di una larga breccia nell'art. 4, tramite la quale si è vista un'auto-assunzione da parte del giudice UE del compito di dare una risposta ai pesanti e reiterati interventi abusivi perpetuati dal legislatore polacco e ungherese nei confronti dei giudici - costituzionali e non - di quegli ordinamenti. Forzare ulteriormente i confini di tali *doctrines* potrebbe aiutare la legalità sostanziale negli Stati sottoposti ad una stagione come quella in atto? Proseguire nell'esperimento parrebbe operazione rischiosa e di dubbia riuscita.

---

<sup>92</sup> Sull'utilizzabilità delle procedure di infrazione per violazione art. 2 TUE, il favore di L. S. Rossi, *La valeur juridique des valeurs. L'article 2 TUE: relations avec d'autres dispositions de droit primaire de l'Ue et remèdes juridictionnels*, in *Revue trimestrielle de droit européenne* 3/2020, 655.

<sup>93</sup> Perché è dinanzi alle corti che inevitabilmente finirebbe l'applicazione delle misure adottate sulla base del regolamento 2092. Insiste su di un ruolo più ampio del Regolamento la Risoluzione del Parlamento europeo circa Polonia, Ungheria e Stato di diritto (European Parliament resolution of 5 May 2022 on ongoing hearings under Article 7(1) TEU regarding Poland and Hungary (2022/2647(RSP)). In essa si legge una severa reprimenda nei confronti dei due stati membri e del timido e lento operato di Commissione e Consiglio su questi temi, invitandoli a dar seguito alle proprie istanze anche in relazione all'erogazione dei fondi del Recovery per i due paesi.



In questo senso, chi dichiara che col regolamento 2092 si sia giunti ad accettare una nuova ulteriore limitazione di sovranità, oltre quelle già previste dal TUE, sta implicitamente ammettendo che ne sia stata aggirata la procedura di revisione e si sia andati oltre il disponibile con diritto UE derivato<sup>94</sup>. Non si farebbe insomma un buon servizio alla causa del processo di integrazione operando un improprio bilanciamento tra identità e valori costituzionali degli Stati, e un'identità costituzionale dell'Unione - peraltro non prevista dal TUE, derogando al disegno di fondo del Trattato stesso<sup>95</sup>.

L'identità costituzionale europea, se esiste, è la risultante di quelle nazionali degli Stati, e comprimendole finirebbe con minare da se stessa le proprie fondamenta.

Anche ponendosi su di un piano più schiettamente politologico, si può aderire poi alla posizione di chi ha sostenuto che “EU interference alone cannot prevent democratic backsliding and much depends on domestic societal resilience against authoritarian tendencies.”<sup>96</sup> Da questo punto di vista potrebbe essere più proficuo del meccanismo delle sanzioni immaginare un sistema di incentivi, mentre il grande rischio delle sanzioni è che esse possano finire col “reinforce public support for the government by triggering a ‘rally around the flag’ effect”<sup>97</sup>. E ciò anche alla luce del dato per cui, “far from encouraging better behaviour, the pressure of foreign sanctions often aggravates autocratic responses and the suppression of reform movements”<sup>98</sup>.

Sarebbe sin troppo facile obiettare che offrire incentivi al regime di Viktor Orban a questo punto sarebbe un po' paradossale, e sicuramente poco efficace, ma proprio il Parlamento UE che ha a lungo vigilato, segnalando alle altre istituzioni la gravità della situazione in quel paese, ha proposto una soluzione tutto sommato debole, come si ricordava, deplorando il rifiuto da parte di Commissione e Consiglio di negoziare un accordo interistituzionale negli ultimi anni<sup>99</sup>. L'urgenza di adottare misure più idonee, e possibilmente di rango primario, per ricostruire un “*european constitutionalism*” che si emancipi dal funzionalismo rinunciando a far leva unicamente sulla sfera economica, appare insomma chiara<sup>100</sup>. Fino ad allora, legalità e rispetto del Trattato appaiono le sole armi idonee a preservare la legittimazione e la coesione dell'Unione, in tempi così difficili.

---

<sup>94</sup> V. S. BARTOLE e P. FARAGUNA: *La condizionalità nell'Unione, i carrarmati fuori dell'Unione*, in *Diritti comparati*, 17 marzo 2022.

<sup>95</sup> Sul punto mi pare concordi nelle sue conclusioni lo studio di L. F. PACE, *La natura giuridica dell'Unione europea: teorie a confronto*, Bari 2021, 144-145.

<sup>96</sup> M. BLAUBERGER - V. VAN HÜLLEN, *Conditionality of EU funds: an instrument to enforce EU fundamental values?* in *Journal of European integration*, vol. 43, 1/2021, 3.

<sup>97</sup> M. BLAUBERGER - V. VAN HÜLLEN, *cit.*, *rispettivamente 4, 6 e 14*.

<sup>98</sup> F. HEINEMANN, *Going for the wallet?* *cit.*, 299, a cui aggiunge che “*Sanctions hit the wrong people: A traditional argument against various types of sanctions is that they disproportionately affect citizens and regional jurisdictions that are not responsible for the misbehaviour of their national government*”. L'autore ritiene tuttavia la condizionalità relativa allo Stato di diritto non solo giustificata, ma inevitabile, 301.

<sup>99</sup> Sempre nella richiamata risoluzione il Parlamento ha dato atto che “on 27 April 2022, the Commission finally started the formal procedure against Hungary under the Rule of Law Conditionality Regulation by sending a written notification; expects the Commission to continue to make steps forward as soon as possible and expects the Council to make a political commitment to bringing the procedure to a successful conclusion without delay and as a matter of priority;” sottolineando poi che tale procedura non è stata avviata invece nei confronti della Polonia. Al punto 10 poi ha sollecitato la Commissione a fare “full use of all tools available to address breaches by Poland and Hungary of the values set out in Article 2 TEU...”

<sup>100</sup> Sul punto cfr. ancora C. PINELLI, *Conditionality and Economic constitutionalism*, *cit.*, *passim*.