



Le conclusioni dell'Avvocato Generale Tanchev in *Commissione / Polonia*: preludio di una vittoria della Commissione europea nell'ambito della crisi dello Stato di diritto?

DI ALESSANDRO ROSANÒ E MARTINA DI GAETANO*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I precedenti *Commissione / Ungheria* e *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*. – 3. L'iniziativa della Commissione europea e l'ordinanza nella causa *Commissione / Polonia*. – 4. Le conclusioni dell'AG Tanchev. – 5. Spunti critici. – 6. Conclusioni

1. Introduzione

Guardando all'ultimo decennio di storia dell'integrazione continentale, appare difficile non concordare con quanti hanno sostenuto che l'Unione europea sia stata obbligata ad assumere un compito ingrato e infinito di *crisis management*¹. Dalla crisi finanziaria del 2008², poi evoluta in crisi del debito sovrano³, alla crisi dei migranti⁴, alla Brexit⁵, gli ultimi due lustri

* Rispettivamente, Assegnista di Ricerca presso l'Università degli Studi di Torino e Dottoressa in Giurisprudenza, laureata presso l'Università degli Studi di Torino. Il presente scritto è frutto delle riflessioni condivise dei due autori. In ogni caso, i paragrafi 1, 3 e 6 sono da riferirsi, quanto alla loro scrittura, al dott. Rosanò, i paragrafi 2, 4 e 5 alla dott.ssa Di Gaetano.

¹ Editorial Comments, *The Rule of Law in the Union, the Rule of Union Law and the Rule of Law by the Union: Three interrelated problems*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 605.

² Per un'introduzione quanto alla reazione dell'Unione europea, N. MOLONEY, *EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: "More Europe" or more Risks?*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1317-1383 e G.M. RUOTOLO, *La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 433-462.

³ Editorial Comments, *The Greek sovereign debt tragedy: Approaching the final act?*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1769-1776, U. DRAETTA, *Quale futuro per l'Eurozona e l'Unione europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 23-32 e G. ADINOLFI, M. VELLANO (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area Euro. Profili giuridici*, Torino, Giappichelli, 2013.

⁴ Per un'introduzione, A. DI PASCALE, B. NASCIMBENE, *L'eccezionale afflusso di persone dal Nord Africa e l'Unione europea: una colpevole assenza?*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2011, p. 17-29.

⁵ Su cui F. FABBRINI (ed), *The Law and Politics of Brexit*, Oxford University Press, 2017.

sono stati segnati da eventi epocali⁶, ai quali l'Unione europea ha tentato, con maggiore o minore fortuna, di dare una risposta.

A partire dal 2010, alle realtà ora ricordate, se n'è aggiunta un'ulteriore, etichettata come crisi dello Stato di diritto⁷. Declinato in origine al singolare, con riferimento al deteriorarsi dei meccanismi di *checks and balances* in Ungheria, presto tale concetto ha cominciato a essere utilizzato al plurale in ragione dell'emergere di fenomeni analoghi in altri Stati membri di recente adesione⁸.

Propriamente, in diversi Stati dell'Europa centrale e orientale, si è assistito all'affermazione per via elettorale di forme di populismo autoritario⁹ e all'introduzione di riforme costituzionali e legislative che hanno eroso lo Stato di diritto quale valore propugnato da parte dell'Unione europea, andando a ledere tanto le garanzie formali (su tutte, la separazione dei poteri e l'indipendenza del potere giudiziario), quanto le garanzie sostanziali (i diritti fondamentali) sottese a esso¹⁰ e portando alcuni a parlare di un ritorno, in contesti ritenuti ormai pienamente democratici, di elementi propri della tradizione sovietica¹¹.

Considerando le due situazioni al momento più gravi, ossia quella ungherese e quella polacca, è possibile notare una differenza sostanziale. Mentre, nel primo caso, si possono identificare carenze sistematiche¹² inerenti a più ambiti - quali l'indipendenza dei magistrati, l'indipendenza dei media, la libertà di associazione, la libertà di insegnamento¹³ -, nel secondo i gravi problemi che pur si registrano si sono concentrati tendenzialmente sul rapporto tra maggioranza parlamentare e potere esecutivo, da una parte, e potere giudiziario, dall'altra¹⁴.

Con riferimento alle vicende polacche, come ormai noto, a seguito della consultazione elettorale svoltasi nell'autunno del 2015, il partito Prawo i Sprawiedliwość (Diritto e Giustizia) ha ottenuto la maggioranza assoluta dei seggi in Parlamento, potendo così esprimere un governo monocolore. I primi interventi di riforma lesivi dello Stato di diritto hanno riguardato la Corte costituzionale in ragione del suo ruolo di garanzia¹⁵, determinando inizialmente la paralisi di tale istituzione, seguita poi dalla nomina al posto di giudici costituzionali di soggetti graditi al

⁶ Editorial Comments, *From eurocrisis to asylum and migration crisis: Some legal and institutional considerations about the EU's current struggles*, *Common Market Law Review*, 2015, p. 1437-1450.

⁷ Sulla quale, oltre ai testi citati *infra*, B. NASCIMBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in questa *Rivista*, 24 ottobre 2017 e R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri (dialogo con Ugo Villani)*, in questa *Rivista*, 13 febbraio 2017.

⁸ Per concetti alternativi, quali ad esempio *constitutional decay*, *abusive constitutionalism*, *constitutional capture*, si veda T.G. DALY, *Democratic Decay: Conceptualising an Emerging Research Field*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, p. 9-36.

⁹ B. BUGARIČ, A. KUHELII, *Varieties of Populism in Europe: Is the Rule of Law in Danger?*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2018, p. 22.

¹⁰ Per una ricostruzione circa gli interventi della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia, si veda J. LETNAR ČERNIC, *Impact of the European Court of Human Rights on the Rule of Law in Central and Eastern Europe*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2018, p. 117.

¹¹ A. UZELAC, *Survival of the third legal tradition?*, in *Supreme Court Law Review*, 2010, p. 377-396 e A. KUHELII, B. BUGARIČ, *A day in the life of post-communist Europe*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, p. 183-190.

¹² Su questa nozione, A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *Systemic deficiency in the rule of law: What is it, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 59-96.

¹³ Per una panoramica, G. HALMAI, *From the "Rule of Law Revolution" to the Constitutional Counter-Revolution in Hungary*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2012, p. 365-382, A. JAKAB, P. SONNEVEND, *Continuity with Deficiencies: The New Basic Law of Hungary*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 102-138 e N. CHRONOWSKI, M. VARJU, *Two Eras of Hungarian Constitutionalism: From the Rule of Law to Rule by Law*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2016, p. 271 e ss.

¹⁴ In verità, come si avrà modo di dire subito *infra*, anche altri aspetti dello Stato di diritto sono stati fatti oggetto di interventi normativi.

¹⁵ Sul punto, T.T. KONCEWICZ, *Farewell to the separation of powers - on the Judicial Purge and the capture in the heart of Europe*, in *Verfassungsblog*, 19 luglio 2017.

partito al potere e infine dall'utilizzo dell'organo così rimodellato al fine di legittimare l'azione del potere legislativo ed esecutivo¹⁶.

Soggiogata la Corte costituzionale, è stata approvata una serie di provvedimenti relativi all'ordinamento giudiziario. Si è prevista la fusione dell'ufficio del Procuratore Generale con quello del Ministro della giustizia, attribuendosi così a quest'ultimo poteri di rilievo quanto all'esercizio dell'azione penale e allo svolgimento di indagini. È stata poi realizzata la riforma del Consiglio Nazionale della Magistratura, organo di autogoverno del potere giudiziario, provvedendosi a rimuovere i membri togati in carica anteriormente alla scadenza prevista e a suddividere l'organo in due assemblee, l'una composta in maggioranza da deputati, l'altra da giudici comunque individuati dal Parlamento. È stata approvata la riforma degli organi giurisdizionali ordinari, assegnandosi al Ministro della giustizia il potere di nominare e revocare i presidenti dei tribunali e di definire le modalità di assegnazione delle cause ai singoli magistrati. Si è proceduto altresì alla riforma della Corte Suprema, che ha comportato, tra l'altro, l'abbassamento dell'età di pensionamento dei membri della Corte da 70 a 65 anni, riconoscendosi però al Presidente della Repubblica il potere di definire delle eccezioni *ad personam*. Quanto ai tribunali ordinari, è stato previsto parimenti un abbassamento, attribuendosi il potere di prolungare il periodo di servizio al Ministro della giustizia¹⁷.

In presenza di un giudice delle leggi pienamente indipendente, non sarebbe stato difficile arrivare a pronunce che avrebbero riconosciuto la non compatibilità degli interventi ora riassunti con la Costituzione. Il fatto però che la Corte costituzionale fosse già stata "catturata" spiega perché ciò non sia accaduto e si siano invece registrate dichiarazioni di incostituzionalità pretestuose al fine di permettere la realizzazione di alcuni dei cambiamenti ora riassunti¹⁸ e dichiarazioni di non incostituzionalità finalizzate a proteggere le riforme già realizzate¹⁹.

La reazione dell'Unione europea non si è fatta attendere, ma non ha dato i risultati sperati. L'applicazione per la prima volta del quadro giuridico di riferimento per la tutela dello Stato di diritto²⁰ ha condotto all'approvazione da parte della Commissione europea di quattro raccomandazioni rivolte alla Polonia e dirette a evitare le riforme previste²¹ o a spingere per una loro abrogazione²², una volta entrate in vigore. L'attivazione su iniziativa della Commissione, parimenti per la prima volta, del meccanismo di tutela dei valori dell'Unione

¹⁶ W. SADURSKI, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralyzed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2018, p. 63-84.

¹⁷ Sulle vicende polacche, C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *federalismi.it*, 15 giugno 2016, K. KOVÁCS, K.L. SCHEPPELE, *The fragility of an independent judiciary: Lessons from Hungary and Poland - and the European Union*, in *Communist and Post-Communist Studies*, 2018, p. 189-200, e W. SADURSKI, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, Sidney Law School, Legal Studies Research Paper No. 18/01, Gennaio 2018.

¹⁸ Come nel caso della legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura.

¹⁹ È il caso della normativa sul diritto di assemblea, funzionale ad attribuire priorità alle manifestazioni organizzate ogni mese dal partito di governo rispetto a quelle di protesta.

²⁰ Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio "Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto", COM(2014) 158 def, sulla quale M. PARODI, *L'UE nel ruolo di garante dello Stato di diritto. Riflessioni sul nuovo quadro giuridico introdotto dalla Commissione*, in *federalismi.it*, 15 ottobre 2014 e D. KOCHENOV, L. PECH, *Better late than never: on the European Commission's Rule of law Framework and its first activation*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, p. 1062-1074.

²¹ Si vedano Raccomandazione (UE) 2016/1374 della Commissione del 27 luglio 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia, in GU L217/53, Raccomandazione (UE) 2017/146 della Commissione del 21 dicembre 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alla Raccomandazione (UE) 2016/1374, in GU L22/65 e Raccomandazione (UE) 2017/1520 della Commissione del 26 luglio 2017 relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alle Raccomandazioni (UE) 2016/1374 e (UE) 2017/146, in GU L228/19.

²² Raccomandazione (UE) 2018/103 della Commissione del 20 dicembre 2017 relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alle raccomandazioni (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 e (UE) 2017/1520, in GU L17/50.

previsto all'art. 7 TUE²³ ha assunto una rilevanza storica e politica, però sul piano concreto non ha permesso di conseguire alcunché, data la scelta del Consiglio di non procedere con una deliberazione formale sul punto e di tentare di proseguire lungo la strada del dialogo²⁴. Anche lo strumento del rinvio pregiudiziale non ha dato gli esiti dirompenti che ci si sarebbe potuti attendere. Senza dubbio, con la sentenza *Minister for Justice and Equality*, la Corte di giustizia ha esteso l'ambito di applicazione del test *Aranyosi e Căldăraru*²⁵, riconoscendo la possibilità di non eseguire mandati d'arresto europei (MAE) - emessi, nel caso concreto, da autorità giudiziarie polacche - in presenza, nello Stato membro di emissione, di violazioni gravi dell'indipendenza del potere giudiziario, quale elemento costitutivo dello Stato di diritto, tali da portare a ritenere che possa essere leso il diritto a un processo equo²⁶. Tuttavia, è pur vero che l'apprezzamento di tali circostanze è rimesso ai singoli giudici nazionali, con il rischio che alcuni scelgano di eseguire i MAE emessi dalla Polonia e altri no, andando così a ledere un canone di coerenza²⁷.

Di maggior rilievo appaiono invece le procedure d'infrazione avviate da parte della Commissione europea²⁸. Coerentemente alle intenzioni manifestate in una comunicazione del 2017, l'esecutivo dell'Unione ha deciso di perseguire attraverso le procedure in parola anche i casi in cui la normativa nazionale non preveda efficaci strumenti di ricorso per una violazione del diritto sovranazionale o impedisca ai sistemi giudiziari nazionali di garantire l'applicazione efficace del diritto dell'Unione a norma dei requisiti dello Stato di diritto²⁹. Ciò ha condotto alla prassi della Commissione di censurare attraverso il meccanismo del ricorso d'infrazione non

²³ Commissione europea, *Reasoned proposal in accordance with Article 7(1) of the Treaty on European Union regarding the rule of law in Poland*, COM(2017) 835 def. Sul meccanismo dell'art. 7, L.F.M. BESSELINK, *The Bite, the Bark and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV, *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 128 ss.

²⁴ Si veda al riguardo Consiglio, *Outcome of the Council Meeting. 3685th Council Meeting. General Affairs*, 9 aprile 2019, 8130/19, p. 6, da cui risulta che i rappresentanti degli Stati membri hanno discusso delle questioni connesse alla tenuta dello Stato di diritto in Ungheria e in Polonia e, a seguito di un aggiornamento fornito da parte della Commissione europea, hanno stabilito di tornare sull'argomento in occasione di prossime riunioni. Il che conferma l'analisi di chi afferma che, quando l'allora Presidente della Commissione europea, José Barroso, definì la procedura dell'articolo 7 come «opzione nucleare» (*State of the Union Address 2012*, 12 settembre 2012, SPEECH/12/596), intendesse riferirsi non alla potenza di questa, bensì alla sua inutilizzabilità (così J.-W. MÜLLER, *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, in *European Law Journal*, 2015, p. 147).

²⁵ Cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198, sulla quale G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Caldăraru*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1675-1704 e N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 445-452.

²⁶ C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2018:586, sulla quale P. BÁRD, W. VAN BALLEGOOIJ, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, p. 353-365 e A. ROSANÒ, *Crisi dello Stato di diritto nell'Unione europea e occasioni perdute. La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulle carenze del sistema giudiziario*, in questa *Rivista*, 6 settembre 2018.

²⁷ In effetti, è già accaduto che delle corti irlandesi e inglesi abbiano deciso di eseguire dei MAE emessi da autorità polacche, mentre una corte olandese ha ritenuto di non eseguire.

²⁸ Sulle procedure d'infrazione, in generale, L. PRETE, B. SMULDERS, *The Coming of Age of Infringement Proceedings*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 9-61 e L. PRETE, *Infringement Proceedings in EU Law*, Alphen aan den Rijn, 2017.

²⁹ Comunicazione della Commissione "Diritto dell'Unione europea: risultati migliori attraverso una migliore applicazione", in GU C18/10, per un commento alla quale si veda R. ADAM, *Una nuova Comunicazione della Commissione in materia di rispetto del diritto dell'Unione: "risultati migliori attraverso una migliore applicazione", ma con minor controllo?*, in *Il Diritto dell'Unione europea. Osservatorio europeo*, giugno 2017.

solo violazioni di diritti fondamentali, ma anche «aspetti strutturali e organizzativi, o finanche costituzionali, degli Stati membri»³⁰.

È nell'ambito di tale prassi che si collocano alcune iniziative assunte nei confronti della Polonia al fine di contrastare l'erosione dello Stato di diritto. Al momento, risultano pendenti due cause dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea: una relativa all'abbassamento dell'età di pensionamento dei magistrati della Corte Suprema³¹, l'altra inerente all'abbassamento dell'età di pensionamento di tutti gli altri giudici polacchi³². A queste, va ad aggiungersi una terza iniziativa della Commissione europea, diretta a contestare il nuovo regime di responsabilità applicato nei confronti degli esponenti del potere giudiziario³³.

Il presente scritto intende concentrarsi sul primo dei procedimenti ora elencati, alla luce della recente pubblicazione delle conclusioni dell'Avvocato Generale (AG) Tanchev. A tal fine, vengono presi in considerazione i precedenti rappresentati dalle sentenze *Commissione / Ungheria*, relativa sempre a una modifica della normativa in materia di età di pensionamento dei magistrati, e *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, quanto all'indipendenza del potere giudiziario (paragrafo 2), nonché l'ordinanza resa dalla Corte di giustizia nella causa oggetto di analisi ai fini dell'applicazione di provvedimenti provvisori (paragrafo 3), per poi illustrare le conclusioni dell'AG (paragrafo 4) e fornire un'analisi critica, funzionale a comprendere quale possa essere l'esito della controversia in questione e delle controversie future (paragrafo 5). Seguono le conclusioni (paragrafo 6).

2. I precedenti *Commissione / Ungheria* e *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*

In una causa del 2012 che ha visto contrapposta la Commissione europea all'Ungheria³⁴, l'oggetto del contendere riguardava una riforma approvata nel paese magiaro, con la quale si era prevista una riduzione dell'età di pensionamento da 70 a 62 anni per giudici, procuratori e notai, adeguandosi così tale limite a quello di carattere generale previsto per tutti i lavoratori. Al tempo stesso, tuttavia, si stabiliva un progressivo aumento dell'età pensionabile per gli anni a venire, sino a giungere alla soglia dei 65 anni.

Nel merito, la Commissione europea sosteneva che tale riforma realizzasse una forma di discriminazione rilevante ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, lettera a, della direttiva 2000/78³⁵,

³⁰ Così P. MORI, *L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 372.

³¹ C-619/18, *Commissione / Polonia*.

³² C-192/18, *Commissione / Polonia (Indépendance des juridictions de droit commun)*.

³³ Commissione europea, *Rule of Law: European Commission launches infringement procedure to protect judges in Poland from political control*, 3 aprile 2019, in www.europa.eu. La Commissione europea ha deciso di inviare una lettera di messa in mora al governo polacco chiedendo spiegazioni per quel che riguarda alcuni aspetti della normativa in parola. Più precisamente, viene contestato il fatto che i procedimenti disciplinari possano essere avviati con riferimento al contenuto delle decisioni giudiziarie (compresa quella di disporre un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia). Inoltre, vengono sollevati dubbi quanto all'indipendenza e all'imparzialità dell'organo competente a pronunciarsi sulla sussistenza della responsabilità dei magistrati (trattandosi infatti di un'apposita sezione della Corte Suprema composta da giudici la cui nomina è disposta dall'organo di autogoverno del potere giudiziario il quale, a sua volta, è costituito da membri scelti esclusivamente dal Parlamento). Infine, non è condivisa la scelta di assegnare al Presidente della sezione disciplinare della Corte Suprema, con riferimento alla trattazione dei casi, rilevanti poteri esercitabili con la più totale discrezionalità.

³⁴ C-286/12, *Commissione europea / Ungheria*, ECLI:EU:C:2012:687.

³⁵ Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in GU L303/16. L'articolo 2 della direttiva in esame distingue tra discriminazione diretta e discriminazione indiretta. Più specificamente, il primo paragrafo del suddetto articolo dispone che "Ai fini della presente direttiva, per "principio della parità di trattamento" si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1". In riferimento alla prima tipologia di discriminazione, la quale viene ritenuta sussistere nel caso di specie, la disposizione menzionata prevede che "2. Ai fini del paragrafo 1: a) sussiste discriminazione diretta quando, sulla

non giustificabile alla luce dell'articolo 6, paragrafo 1, della medesima direttiva. In quest'ultimo si stabilisce infatti che gli Stati membri possano introdurre disparità di trattamento in ragione dell'età che siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, con modalità che siano appropriate e necessarie. Secondo la Commissione, la situazione concreta esulava da queste ipotesi.

Al contrario, l'Ungheria affermava che la normativa contestata, valutata nel contesto generale nella quale si inseriva, non fosse tesa a introdurre una discriminazione, ma al contrario a eliminarne una già esistente e non giustificata tra giudici, procuratori e notai, da un lato, e altri dipendenti del settore pubblico, dall'altro. Tale riforma era pertanto meritevole di essere realizzata in quanto volta a uniformare le norme relative al pensionamento. In secondo luogo, un'ulteriore finalità era identificata nel tentativo di favorire l'accesso di giovani giuristi agli incarichi giudiziari, garantendo così una più equa ripartizione tra fasce di età.

Nelle proprie conclusioni, l'AG Kokott sottolineò che il repentino pensionamento dei magistrati poteva far insorgere dubbi circa l'indipendenza e la qualità del sistema giudiziario. Infatti, l'abbassamento dell'età di pensionamento si era tradotta nella destituzione di un gran numero di giudici che, in assenza di un intervento normativo, sarebbero ancora rimasti in carica per un massimo di altri otto anni³⁶.

La Corte, pur ammettendo che le finalità indicate dal governo ungherese potessero essere legittime in astratto³⁷, ritenne che la riforma così come introdotta non costituisse un mezzo adeguato a portarle a realizzazione. Riprendendo il ragionamento già proposto in un caso precedente³⁸, i giudici di Lussemburgo misero a confronto i danni subiti dai soggetti interessati e i vantaggi per la società nel suo complesso, constatando che, nell'adozione di tali disposizioni, gli interessi dei soggetti direttamente colpiti dalla riforma non erano stati presi adeguatamente in considerazione (ad esempio, attraverso l'adozione di una disciplina transitoria che permettesse una graduale entrata in vigore della riforma). Pertanto, la Corte concluse nel senso di una violazione del principio di proporzionalità da parte dell'Ungheria e, di conseguenza, di un'incompatibilità della riforma in esame con la direttiva 2000/78³⁹.

L'esistenza di un particolare legame tra indipendenza del sistema giudiziario e tutela giurisdizionale effettiva ha poi assunto rilievo nella giurisprudenza successiva della Corte, in particolare nella causa *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (in seguito *ASJP*)⁴⁰. Nell'ambito di una controversia relativa a una riduzione temporanea della retribuzione di alcune categorie di dipendenti del settore pubblico, tra i quali rientravano anche i magistrati contabili, i giudici di Lussemburgo hanno avuto modo di analizzare il legame intercorrente tra gli articoli 2⁴¹ e 19, paragrafo 1, secondo comma⁴², TUE. In particolar modo, la Corte ha riconosciuto che l'articolo 19 TUE «concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE»⁴³ e

base di uno qualsiasi dei motivi di cui all'articolo 1, una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga [...]».

³⁶ C-286/12, Conclusioni dell'AG Kokott, *Commissione europea / Ungheria*, ECLI:EU:C:2012:687, punti 54, 56 e 57.

³⁷ C-286/12, *Commissione europea / Ungheria*, ECLI:EU:C:2012:687, punto 63.

³⁸ C-45/09, *Rosenbladt*, ECLI:EU:C:2010:601, punto 73.

³⁹ C-286/12, *Commissione europea / Ungheria*, ECLI:EU:C:2012:687, punti 75, 79 e 80.

⁴⁰ C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses / Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117.

⁴¹ Ove si stabilisce che «l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

⁴² Che prevede che «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

⁴³ C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses / Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, punto 32.

impone agli Stati membri di garantire l'accesso a un controllo giurisdizionale effettivo⁴⁴, in quanto solo un giudice indipendente e imparziale è pienamente in grado di assicurare una tutela adeguata ai singoli individui. Al fine di meglio chiarire il proprio ragionamento, la Corte ha ritenuto opportuno fare riferimento ai criteri dell'indipendenza quali individuati dalla giurisprudenza costante in materia di rinvio pregiudiziale⁴⁵. Tra di essi rientrano i requisiti dell'indipendenza e dell'imparzialità. La nozione di indipendenza consta di un aspetto interno e di un aspetto esterno. Il primo esige l'equidistanza dalle parti della controversia e l'assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione del litigio al di fuori della mera applicazione della regola di diritto⁴⁶. Il secondo impone che l'organo giurisdizionale sia protetto da qualunque intervento o pressione esterni che possano limitare o inficiare l'indipendenza di giudizio dei suoi membri⁴⁷. Al fine di garantire il pieno rispetto di tali requisiti, gli Stati membri devono prevedere un sistema di norme giuridiche di riferimento che permetta di garantire tanto l'indipendenza effettiva, quanto la percezione dell'indipendenza da parte dei consociati⁴⁸.

Nella sentenza in esame, la Corte di giustizia ha pertanto esteso la nozione di organo giurisdizionale indipendente al di là dell'utilizzo tradizionale fatto in relazione all'articolo 267 TFUE, prevedendo che gli stessi criteri debbano essere rispettati da un giudice al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, relativo al diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale. Il legame tra questi ultimi due è reso necessario dalla loro formulazione. Da un lato, l'articolo 19 impone agli Stati membri l'obbligo di prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali che assicuri una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Dall'altro, l'articolo 47 indica quali siano le garanzie da salvaguardare al fine di assicurare la tutela giurisdizionale effettiva⁴⁹, tra le quali figura l'accesso a un giudice terzo e imparziale⁵⁰. Inoltre, la Corte ha ricostruito il legame tra le due disposizioni menzionate e la giurisprudenza relativa all'articolo 267 TFUE. In particolare, essa ha rilevato come il meccanismo di rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE sia essenziale al fine del corretto funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria, il quale garantisce l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione nel territorio della stessa, così permettendo il rispetto dell'articolo 19 TUE⁵¹.

3. L'iniziativa della Commissione europea e l'ordinanza nella causa *Commissione / Polonia*

Nel luglio 2018, la Commissione europea ha deciso di avviare una procedura d'infrazione nei confronti della Polonia, rilevando che la riduzione dell'età di pensionamento disposta per i magistrati della Corte Suprema risulterebbe di dubbia conformità con il diritto dell'Unione e, segnatamente, con gli articoli 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali. Gli aspetti critici riguardano innanzitutto il fatto che 27 giudici su 72 siano stati

⁴⁴ Parere 1/09, *Accordo relativo alla creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti*, dell'8 marzo 2011, punto 66.

⁴⁵ Si veda, in merito al concetto di giurisdizione ai fini della facoltà di porre una questione pregiudiziale alla Corte, la sentenza *Dorsch Consult* (C-54/96, *Dorsch Consult*, ECLI:EU:C:1997:413), nonché E. CHITI, *Nuovi sviluppi del concetto di giurisdizione ex art.177 del Trattato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1998, p. 140-145 e A. COLAVECCHIO, *L'accesso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia: porte chiuse per le Autorità indipendenti?*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2006, p. 137-140.

⁴⁶ C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses / Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, punto 52.

⁴⁷ *Ibidem*, punto 51 e giurisprudenza ivi citata.

⁴⁸ *Ibidem*, punto 53.

⁴⁹ *Ibidem*, punto 42.

⁵⁰ *Ibidem*, punto 41.

⁵¹ *Ibidem*, punto 43.

costretti a lasciare il posto. Tra questi, figura anche Małgorzata Gersdorf, presidente della Corte, obbligata ad andare in pensione prima del decorso del termine di sei anni previsto per il suo mandato. Ulteriormente, non convince il fatto che il Presidente della Repubblica possa accordare eccezioni *ad personam*, che permetterebbero ai beneficiari di queste di rimanere in carica per un periodo di tre anni, rinnovabile per una sola volta. In particolar modo, la Commissione ha rilevato che non era stato predeterminato alcun criterio per stabilire in che circostanze il Presidente avrebbe potuto riconoscere o negare il prolungamento dell'incarico e che la decisione del Capo dello Stato non era soggetta ad alcuna forma di controllo giurisdizionale⁵².

Da parte sua, il governo polacco ha replicato che era comunque previsto il coinvolgimento del Consiglio Nazionale della Magistratura, chiamato a rendere un parere quanto alla permanenza in servizio del singolo magistrato, ma ciò non ha soddisfatto la Commissione, la quale ha fatto presente che il parere non risultava vincolante e che, anche in questo caso, non erano chiariti i parametri sulla base dei quali l'organo di autogoverno avrebbe dovuto condurre la propria analisi. Peraltro, pure la composizione del Consiglio Nazionale della Magistratura - di cui si è detto *supra* - suscitava dei dubbi. Pertanto, l'esecutivo dell'Unione ha inviato un parere motivato, assegnando un mese di tempo alla Polonia per assumere le misure necessarie a porre termine alla violazione⁵³.

Anche in tal caso le risposte fornite dalle autorità polacche non sono state giudicate sufficienti dalla Commissione, la quale ha deciso di adire la Corte di giustizia, richiedendo sia l'adozione di provvedimenti provvisori⁵⁴, al fine di ripristinare la situazione esistente anteriormente all'entrata in vigore della legge di riforma, sia l'applicazione del procedimento accelerato di trattazione della causa⁵⁵.

Quanto alla prima di tali richieste, la Commissione ha sollecitato la Corte a ordinare alla Polonia di sospendere l'applicazione delle disposizioni di legge contestate, di adottare le misure funzionali a permettere ai giudici di continuare a esercitare il loro incarico, di astenersi dal nominare magistrati che andassero a sostituire quelli interessati dall'abbassamento dell'età di pensionamento e di comunicare regolarmente alla Commissione i provvedimenti assunti per conformarsi all'ordinanza della Corte. Inoltre, la Commissione ha avanzato domanda per la concessione di tali misure *inaudita altera parte* ai sensi dell'articolo 160, paragrafo 7, del regolamento di procedura.

Questa domanda è stata accolta provvisoriamente con ordinanza del vicepresidente della Corte⁵⁶, successivamente confermata da parte della Corte stessa, la quale ha ritenuto sussistenti i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*. Con riferimento al primo, i giudici di Lussemburgo hanno condiviso le motivazioni della Commissione relative all'assenza di disposizioni transitorie, al fatto che l'abbassamento dell'età di pensionamento fosse applicabile tanto ai magistrati della Corte Suprema già in carica all'entrata in vigore della legge, quanto a quelli nominati successivamente, alla discrezionalità totale riconosciuta al Presidente della

⁵² Commissione europea, *Rule of Law: Commission launches infringement procedure to protect the independence of the Polish Supreme Court*, 2 luglio 2018, in www.europa.eu.

⁵³ Commissione europea, *Rule of Law: European Commission takes next step in infringement procedure to protect the independence of the Polish Supreme Court*, 14 agosto 2018, in www.europa.eu.

⁵⁴ Si consideri il fatto che un'iniziativa del genere nei confronti della Polonia era già stata assunta in C-441/17 R, *Commissione / Polonia*, ECLI:EU:C:2017:877. Sul tema dei provvedimenti provvisori, in generale, F.J. JACOBS, *Interim Measures in the Law and Practice of the Court of Justice of the European Communities*, in R. BERNHARDT (ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Berlin, 1994, p. 37 ss., C. MORVIDUCCI, *Le misure cautelari nel processo comunitario*, Padova, 2004 e G. D'AGNONE, *Interim Relief in Commission v. Poland: the End Justifies the Means?*, in *Il Diritto dell'Unione europea. Osservatorio europeo*, dicembre 2017.

⁵⁵ Commissione europea, *Rule of Law: European Commission refers Poland to the European Court of Justice to protect the independence of the Polish Supreme Court*, 24 settembre 2018, in www.europa.eu.

⁵⁶ C- 619/18 R, *Commissione / Polonia*, ECLI:EU:C:2018:852.

Repubblica nell'accordare il prolungamento delle funzioni, concludendo pertanto nel senso che non fosse possibile escludere che la Corte Suprema fosse impossibilitata ad assolvere al compito derivante dal combinato disposto degli articoli 19, paragrafo 1, TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali⁵⁷.

Circa il profilo del *periculum in mora*, la Corte di giustizia ha sottolineato che la legge risultava già entrata in vigore, potendo così dar luogo a un danno grave in conseguenza della sua applicazione. Soprattutto, la Corte ha messo in rilievo la potenziale irreparabilità del danno in parola, attesa la natura di organo di ultima istanza della Corte Suprema. Posto che a essa è assegnato un ruolo primario anche per quel che riguarda l'attuazione a livello interno del diritto dell'Unione e posto anche che le sue decisioni hanno efficacia di cosa giudicata, un'eventuale lesione della sua indipendenza può comportare conseguenze irreversibili per l'ordinamento nazionale, arrivando altresì a compromettere la fiducia degli altri Stati membri⁵⁸.

Anche in un'ottica di bilanciamento degli interessi, la Corte ha ritenuto di non fare proprie le contestazioni mosse da parte della Polonia, conformandosi all'impostazione della Commissione europea quanto alla sussistenza di un prevalente interesse generale relativo al buon funzionamento dell'ordine giuridico dell'Unione⁵⁹.

Pertanto, i provvedimenti provvisori sono stati confermati e la Polonia ha provveduto a conformarsi con una riforma della legge controversa al fine di permettere ai supremi giudici di riprendere a svolgere le loro mansioni⁶⁰.

La richiesta di applicazione del procedimento accelerato è stata parimenti accolta dalla Corte, la quale ha sottolineato che «una risposta [...] che intervenga in tempi rapidi è idonea, ai fini della certezza del diritto, nell'interesse sia dell'Unione sia dello Stato membro interessato, a rimuovere le incertezze riguardanti questioni fondamentali di diritto dell'Unione e relative, in particolare, alla sussistenza di eventuali ingerenze in taluni diritti fondamentali che quest'ultimo garantisce, nonché all'incidenza che l'interpretazione di tale diritto può avere per quanto riguarda la composizione stessa e le condizioni di funzionamento dell'organo giurisdizionale supremo di detto Stato membro»⁶¹.

4. Le conclusioni dell'AG Tachev

Nelle proprie conclusioni, l'AG Tachev ha concentrato la propria attenzione sulle questioni relative alla relazione tra procedura di infrazione e procedura *ex* articolo 7 TUE e alla differenza quanto all'ambito di applicazione degli articoli 19 TUE e 47 della Carta.

Con riferimento al primo aspetto trattato, l'AG ha rilevato la sostanziale compatibilità tra l'avvio contestuale di un procedimento *ex* articolo 258 TFUE e del meccanismo di cui all'articolo 7 TUE⁶². Fornendo una soluzione al dibattito avviatosi in dottrina circa la natura del rapporto intercorrente tra le due procedure (relativo, in particolare, alla possibilità di considerare l'articolo 7 TUE quale *lex specialis* rispetto all'articolo 258 TFUE)⁶³, l'AG ha sostenuto che dalla formulazione dei due articoli in questione non sia ricavabile una preclusione quanto all'utilizzo simultaneo dei due meccanismi. Inoltre, i due strumenti hanno una natura

⁵⁷ *Ibidem*, punti 32-33, 35, 38.

⁵⁸ *Ibidem*, punti 63, 68, 72-76.

⁵⁹ *Ibidem*, punti 93-99.

⁶⁰ Su questo sviluppo, P. BOGDANOWICZ, M. TABOROWSKI, *Why the EU Commission and the Polish Supreme Court Should not Withdraw their Cases from Luxembourg*, in *Verfassungsblog*, 3 dicembre 2018.

⁶¹ C-619/18, *Commissione/ Polonia*, ECLI:EU:C:2018:910, punto 24.

⁶² C-619/18, Conclusioni dell'AG Tachev, *Commissione / Polonia*, ECLI:EU:C:2019:325, punto 51.

⁶³ Si veda, in merito, B. BUGARIČ, *Protecting Democracy Inside the EU: On Article 7 TEU and the Hungarian Turn to Authoritarianism*, in C. CLOSA, D. KOCHENOV, *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

profondamente differente⁶⁴. Da un lato, l'articolo 7 TUE istituisce una procedura di natura politica, con il coinvolgimento diretto del Consiglio europeo, tesa a constatare la commissione, da parte di uno Stato membro, di una violazione grave e persistente dei valori di cui all'articolo 2 TUE, e in conclusione della quale può essere prevista la sospensione a danno dello Stato membro di alcuni dei diritti di appartenenza e partecipazione alle istituzioni dell'Unione. Dall'altro, l'articolo 258 TFUE disciplina un meccanismo di natura giuridica che contempla il coinvolgimento diretto della Corte di giustizia, la quale ha il compito di effettuare una valutazione della compatibilità tra il comportamento adottato da uno Stato membro e l'obbligo di assicurare l'applicazione del diritto dell'Unione incombente sullo stesso. Come sottolineato dall'AG, tali differenze riflettono la natura autonoma delle due disposizioni, il ricorso simultaneo alle quali deve pertanto essere considerato compatibile con il diritto dell'Unione⁶⁵. Circa l'ambito di applicazione degli articoli 19 TUE e 47 della Carta, l'AG ha richiamato la sentenza *ASJP*, sottolineando che in essa la Corte ha effettivamente riconosciuto un legame tra i due articoli per quanto concerne la necessità di garantire una tutela giurisdizionale effettiva⁶⁶. Tuttavia, a suo modo di vedere, ciò non osta a che le due disposizioni mantengano un ambito di applicazione differente e a che, pertanto, la lettura in combinato disposto delle due sia possibile unicamente qualora i criteri di applicabilità di entrambe siano rispettati⁶⁷. Al fine di chiarire tale punto, l'AG ha analizzato separatamente l'applicabilità delle due disposizioni al caso di specie. In riferimento all'articolo 19 TUE, egli ha ripreso il ragionamento già proposto dalla Corte in *ASJP*, ponendo l'accento sulla possibilità per una corte nazionale di pronunciarsi circa questioni riguardanti l'applicazione e l'interpretazione del diritto dell'Unione⁶⁸. Pertanto, nella misura in cui la Corte suprema polacca, la quale subisce l'effetto delle riforme contestate, ha competenza a pronunciarsi su questioni riguardanti il diritto dell'Unione, l'applicabilità *ratione materiae* dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE al caso di specie non è contestata. Al contrario, con riferimento all'applicabilità dell'articolo 47 della Carta, l'AG ha sostenuto l'impossibilità di applicare l'articolo in esame al caso di specie, in quanto mancherebbero elementi di prova sufficienti a dimostrare che le misure contestate diano attuazione al diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta⁶⁹. Pertanto, le censure della Commissione relative alla violazione dell'articolo 47 della Carta devono essere respinte⁷⁰. Infine, l'AG ha ripreso la giurisprudenza precedente della Corte, nella quale essa stessa ha confermato il carattere autonomo dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE, al fine di imporre agli Stati membri l'obbligo di garantire l'indipendenza del sistema giudiziario, confermando che tale articolo prevede l'instaurazione di un meccanismo di cooperazione tra corti nazionali e Corte di giustizia allo scopo di garantire la corretta e uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione sul territorio della medesima⁷¹. A tal fine, nonché per tutelare la fiducia

⁶⁴ Conclusioni dell'AG Tanchev, punto 50.

⁶⁵ *Ibidem*, punto 51.

⁶⁶ *Ibidem*, punto 55.

⁶⁷ *Ibidem*, punto 56.

⁶⁸ *Ibidem*, punto 63.

⁶⁹ Si vedano, in merito ai limiti dell'applicabilità dell'articolo 47 della Carta, le conclusioni dell'AG Saugmandsgaard Øe nel caso *ASJP*, segnatamente ai punti da 43 a 48. Più in generale, si rimanda a C- 617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, segnatamente al punto 19, ove si afferma che «i diritti fondamentali garantiti nell'ordinamento giuridico dell'Unione si applicano in tutte le situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, ma non al di fuori di esse» (sul tema, si veda inoltre C-466/11, *Currà e a.*, ECLI:EU:C:2012:465, punto 26). Infine, in merito al significato da attribuire al limite dell'attuazione del diritto dell'Unione, si veda C- 198/13, *Julián Hernández e a.*, ECLI:EU:C:2014:2055, punto 34, nella quale la Corte ha sottolineato che tale nozione implica un legame tra atto di diritto interno e atto di diritto dell'Unione che non è limitato all'omogeneità di materie trattate o all'influenza del secondo sul primo.

⁷⁰ Conclusioni dell'AG Tanchev, punti 65-67.

⁷¹ Si veda, oltre a *ASJP*, anche C-284/16, *Achmea*, ECLI:EU:C:2018:158, punto 36 e giurisprudenza citata.

reciproca tra Stati membri, è necessario che l'indipendenza degli organi giurisdizionali nazionali sia preservata⁷².

Ulteriormente, l'AG ha affermato che la riforma contestata viola il principio di inamovibilità dei giudici e il principio di indipendenza del potere giudiziario. Infatti, come sottolineato a più riprese anche dalla Corte EDU⁷³, la garanzia di indipendenza e imparzialità di un organo giurisdizionale impone, oltre all'esistenza di regole specifiche riguardanti la composizione dell'organo e la nomina e la decadenza dei suoi membri, il rispetto di garanzie atte a dissipare ogni dubbio nei consociati quanto all'indipendenza dei membri del collegio giudicante. Si tratta di un elemento inerente alla fiducia che i giudici devono ispirare nel pubblico⁷⁴, il quale assume rilevanza ai fini dell'analisi concernente la presunta violazione dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE. Nel caso di specie, la riforma contestata non assicura il rispetto di tale percezione e non risulta giustificata da alcuna esigenza di carattere imperativo⁷⁵.

In secondo luogo, relativamente all'eccessiva concentrazione di potere in capo al Presidente della Repubblica in merito alla discrezionalità nella scelta di prorogare l'incarico di singoli giudici della Corte suprema, l'AG ha sostenuto che i poteri riconosciuti al Capo dello Stato violano l'aspetto esterno dell'indipendenza. Come già menzionato, quest'ultimo impone che la legislazione nazionale preveda garanzie sufficienti a evitare che interventi o pressioni esterni inficino l'autonomia di giudizio dei membri del collegio giudicante⁷⁶. Ora, l'estrema discrezionalità nell'uso degli stessi è tale da far sorgere un legittimo dubbio quanto al condizionamento che i membri della Corte suprema potrebbero avvertire rispetto alla possibilità di intervento da parte del Presidente della Repubblica. Pertanto, l'AG ha concluso sostenendo la fondatezza della critica avanzata dalla Commissione relativamente alla violazione del principio di indipendenza del potere giudiziario⁷⁷.

5. Spunti critici

Le conclusioni dell'AG Tanchev nella causa *Commissione / Polonia* si collocano in linea di continuità con il filone interpretativo che la Corte aveva delineato in precedenza nelle cause *Commissione / Ungheria* e *ASJP*.

In esse, si conferma la progressiva estensione dell'ambito applicativo dei criteri di valutazione dell'indipendenza di una giurisdizione anche a questioni non direttamente attinenti alla possibilità o meno di proporre un rinvio pregiudiziale. Per quanto ciò possa sembrare un passo logico non particolarmente difficile da compiere, tale affermazione rappresenta il punto di arrivo della graduale applicazione dei criteri menzionati a fattispecie differenti da quelle rinvenibili nel *leading case* in materia, ossia il caso *Wilson*⁷⁸.

⁷² Conclusioni dell'AG Tanchev, punti 58 e 59.

⁷³ Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte EDU, 15 ottobre 2009, *Micallef c. Malta*, punto 93, 23 aprile 2015, *Morice c. France*, punto 78 e 25 settembre 2018, *Denisov c. Ukraine*, punti 61 e 63.

⁷⁴ Conclusioni dell'AG Tanchev, punto 71.

⁷⁵ *Ibidem*, punti da 68 a 83.

⁷⁶ C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2018:586, punti 65 e 66 e giurisprudenza ivi citata.

⁷⁷ Conclusioni dell'AG Tanchev, punti da 84 a 94.

⁷⁸ C-506/04, *Wilson*, ECLI:EU:C:2006:587. In questo caso, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla corretta interpretazione dell'articolo 9 della direttiva 98/5/CE, relativa alla libertà di stabilimento e volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica. Nel merito, il signor Wilson, barrister di nazionalità britannica, si è visto negare dal consiglio dell'ordine lussemburghese l'iscrizione all'albo degli avvocati. Egli ha impugnato la decisione del consiglio presentando ricorso di annullamento davanti al *Tribunal administratif* di Lussemburgo, il quale si è dichiarato incompetente a conoscere del ricorso. Il signor Wilson ha pertanto proposto ricorso davanti alla *Cour administrative*, la quale ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia alcune questioni pregiudiziali, tra le quali rileva, in particolare, la seconda: «se organi quali il *Conseil disciplinaire et administratif* e il *Conseil disciplinaire et administratif d'appel* rappresentino organi competenti a conoscere dei

Inoltre, tale interpretazione estensiva apre a riflessioni riguardanti le possibili implicazioni future. Innanzitutto, come già detto, la giurisprudenza della Corte in materia di indipendenza del potere giudiziario è andata sviluppandosi alla luce dell'elaborazione da parte della Corte stessa dei criteri che una giurisdizione nazionale deve soddisfare al fine di essere considerata tale anche ai sensi del diritto dell'Unione e, nello specifico, delle disposizioni inerenti al meccanismo del rinvio pregiudiziale⁷⁹. Con il riconoscimento in capo alle giurisdizioni nazionali di un ruolo di primo piano per quanto concerne il compito di garantire la corretta e uniforme interpretazione e applicazione del diritto dell'Unione nel territorio della stessa, si rende necessario un differente approccio alla questione dell'indipendenza del giudiziario. La giurisprudenza consolidata ai fini della verifica della stessa ai sensi dell'articolo 267 TFUE, infatti, prevede una valutazione caso per caso e non si estende a un'analisi di violazione sistematica e/o generalizzata da parte di uno Stato membro tramite riforme riguardanti l'ordinamento giudiziario nel suo complesso. Il punto di svolta è rappresentato dalla sentenza *ASJP*, la quale sembra aprire la strada a un'applicazione dei medesimi criteri di verifica dell'indipendenza ex articolo 267 TFUE ai casi di presunta violazione sistematica dell'indipendenza dell'ordinamento giudiziario commessa da uno Stato membro. Il legame ricostruito dalla Corte in *ASJP* relativamente agli articoli 2 e 19 TUE e 267 TFUE riceve conferma nelle conclusioni dell'AG Tanchev, il quale, pur senza un riferimento diretto al meccanismo del rinvio pregiudiziale, sottolinea la necessità dell'esistenza di giurisdizioni nazionali indipendenti ai fini di garantire il pieno rispetto dell'obbligo di cui all'articolo 19, paragrafo 1, TUE e, pertanto, il corretto funzionamento del meccanismo di cooperazione tra giurisdizioni nazionali e Corte di giustizia⁸⁰.

In merito a tale estensione, occorrerà tuttavia in futuro operare un'ulteriore distinzione, in particolare alla luce del progressivo deterioramento del rispetto dello Stato di diritto in diversi Stati membri, soprattutto per quel che attiene alle garanzie di indipendenza del potere giudiziario. Un'incoerenza cui potrebbe portare tale estensione dei criteri dell'indipendenza ai sensi dell'articolo 267 TFUE con riferimento all'articolo 19 TUE è infatti quella relativa all'ammissibilità di questioni pregiudiziali sottoposte da corti nazionali astrattamente non idonee a essere considerate indipendenti, in quanto collocate all'interno di un ordinamento giuridico il quale si caratterizza per violazioni sistematiche dello Stato di diritto, in generale, e dell'indipendenza del giudiziario, in particolare. Il richiamo è direttamente ai casi polacco e ungherese e alle relative giurisdizioni nazionali. Sarà necessario per la Corte sottolineare e confermare che non vi è un legame diretto tra attuazione di politiche lesive dell'indipendenza del giudiziario e mancanza di indipendenza di un singolo organo giurisdizionale. Non procedendosi a una tale chiarificazione, il rischio è di aprire la strada ad argomentazioni nel senso dell'inammissibilità di questioni pregiudiziali sottoposte da corti di Stati membri nei quali l'indipendenza del giudiziario non sia sufficientemente tutelata, negando così la possibilità a corti ancora indipendenti da influenze dell'esecutivo di esercitare il potere rimasto nell'assicurare la corretta applicazione del diritto dell'Unione. Una mancata distinzione tra violazione sistematica e generalizzata dei requisiti dell'indipendenza del sistema giudiziario e

“ricors[i] giurisdizional[i] di diritto interno” ai sensi dell'art. 9 della direttiva 98/5 e se [tale articolo] debba essere interpretato nel senso che esclude un mezzo di ricorso che imponga di adire uno o più organi di tale natura prima di poter adire su una questione di diritto una “corte o un tribunale” ai sensi del [detto articolo]». È nel corso dell'esame relativo alla nozione di giurisdizione ai sensi del diritto dell'Unione in risposta alla presente questione pregiudiziale che la Corte ha avuto modo di elaborare il proprio ragionamento in merito al carattere dell'indipendenza.

⁷⁹ Si vedano, in particolare, C-61/65, *Vaassen-Göbbels*, ECLI:EU:C:1966:39, C-14/86, *Pretore di Salò / X.*, ECLI:EU:C:1987:275, C-338/85, *Pardini v Ministero del commercio con l'estero*, ECLI:EU:C:1988:194; C-54/96, oltre alla già ricordata sentenza *Dorsch Consult*.

⁸⁰ Sul tema M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford, 2014 e B. DE WITTE ET AL., *National courts and EU law: new issues, theories and methods*, Oxford, 2016, p. 15-25.

carenza di indipendenza di una singola corte porterebbe infatti a ritenere non indipendente (e di conseguenza non qualificabile quale giurisdizione ai sensi dell'art. 267 TFUE) qualsiasi corte appartenente all'ordinamento giudiziario esaminato. La conseguenza sarebbe la necessità di dichiarare inammissibile qualsivoglia rinvio pregiudiziale sottoposto da qualunque corte dell'ordinamento in questione.

Inoltre, una presunta o accertata violazione sistematica e generalizzata del requisito dell'indipendenza del potere giudiziario - dunque, non riconducibile a una specifica corte nazionale - potrebbe essere utilizzata come argomentazione da parte di eventuali terzi intervenienti di emanazione governativa nel procedimento pregiudiziale, al fine di impedire o rendere più difficoltosa una pronuncia pregiudiziale da parte della Corte. In tal modo, si ostacolerebbe la pronuncia di una sentenza la cui applicazione sarebbe vincolante per tutte le giurisdizioni nazionali e, nello specifico, per la corte nazionale di rinvio, anche se in contrasto con la linea politica governativa.

Infine, una simile problematica porterebbe a rimettere in discussione l'intero sistema di cooperazione giudiziaria, in materia tanto civile, quanto penale. Quest'ultima poggia sul principio di fiducia reciproca tra Stati membri⁸¹ e può quindi avere luogo solo laddove ogni Stato membro confidi pienamente nel fatto che le autorità giurisdizionali degli altri Stati membri rispettino determinati requisiti, tra i quali rientrano le garanzie che sottostanno a un equo processo.

La questione è stata sollevata in termini molto simili nel corso del già menzionato caso *Minister for Justice and Equality*. In esso, la Corte ha riconosciuto la possibilità per un giudice nazionale di rifiutare l'esecuzione di un MAE qualora sussista un rischio reale che la persona oggetto del mandato non veda sufficientemente tutelato, nel paese di emissione dello stesso, il proprio diritto a un processo equo in conseguenza di riforme dell'ordinamento giudiziario⁸². Come sottolineato dalla Corte stessa, il meccanismo del mandato d'arresto europeo, il quale costituisce il fulcro del sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale, si fonda sull'esistenza di un rapporto di fiducia reciproca tra gli Stati membri⁸³. Tale rapporto implica che ogni Stato membro consideri gli altri Stati membri rispettosi del diritto dell'Unione e, in particolare, dei diritti fondamentali⁸⁴. Nello specifico, ogni Stato membro può essere tenuto a presumere che l'ordinamento giudiziario degli altri Stati membri faccia propri i requisiti necessari a garantire l'equo processo e la tutela giurisdizionale effettiva, tra i quali figura l'indipendenza del giudiziario⁸⁵. Tuttavia, occorre sottolineare che la Corte, nel caso in esame, ha rinviato la valutazione dell'esistenza di un rischio reale per il singolo individuo di vedere violato il proprio diritto a una tutela giurisdizionale effettiva alla corte nazionale competente per l'esecuzione del mandato⁸⁶, così aprendo la strada a possibili incongruenze nelle valutazioni condotte da corti nazionali diverse.

In secondo luogo, le conclusioni in esame riprendono quanto già delineato con riferimento ai limiti applicativi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Infatti, l'AG Tanchev distingue tra il legame esistente tra articolo 19, paragrafo 1, TUE e articolo 47 della Carta al fine di stabilire i requisiti che devono essere soddisfatti perché si realizzi una tutela giurisdizionale effettiva, ed esame dell'applicabilità delle singole disposizioni considerate. In ciò, la sentenza *ASJP* ha ancora una volta svolto un ruolo di primo piano. Occorre intanto distinguere tra la posizione adottata dall'AG Saugmandsgaard Øe e il ragionamento della Corte.

⁸¹ In merito, si veda, K. LENAERTS, *La vie après l'avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 805-840.

⁸² C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*, ECLI:EU:C:2018:586, punti da 58 a 60.

⁸³ *Ibidem*, punto 40.

⁸⁴ *Ibidem*, punti 36 e 37.

⁸⁵ *Ibidem*, punto 58.

⁸⁶ *Ibidem*, punto 79.

Il primo ha sostenuto come l'ordinanza di rinvio pregiudiziale che sottostà al caso fosse riconducibile unicamente all'ambito applicativo dell'articolo 47 della Carta, in quanto la collocazione sistematica e la formulazione dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE potevano far sorgere unicamente un obbligo in capo agli Stati membri di prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali atti ad assicurare un ricorso effettivo⁸⁷. Pertanto, l'articolo 19 TUE avrebbe potuto trovare applicazione esclusivamente tramite una lettura in combinato disposto con l'articolo 47 della Carta, sola disposizione a prevedere la necessità di garantire l'indipendenza del giudiziario al fine di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva⁸⁸. La Corte ha, tuttavia, preso in parte le distanze da tale analisi. Essa ha infatti confermato il legame tra articolo 19 TUE e 47 della Carta ai fini della definizione della nozione di tutela giurisdizionale effettiva, sostenendo però al contempo la necessità di esaminare separatamente i limiti applicativi dei due. In sintesi, la Corte ha sostenuto che la differenza nel margine di applicabilità delle due disposizioni e, in particolare, la non applicabilità dell'articolo 47 della Carta al caso di specie, non ostava a che quest'ultimo fosse utilizzato al fine di concretizzare l'obbligo di cui all'articolo 19, paragrafo 1, TUE⁸⁹.

Se la Corte avesse confermato quanto sostenuto dall'AG, essa avrebbe dovuto parimenti ammettere l'applicabilità dell'articolo 47 della Carta e, pertanto, ritenere soddisfatto il requisito di cui all'articolo 51, paragrafo 1, della Carta. Ciò è, appunto, quanto sostenuto dall'AG Saugmandsgaard Øe nelle proprie conclusioni, il quale ha ritenuto che le indicazioni sommarie fornite dal giudice del rinvio fossero sufficienti a individuare nella legge contestata una misura di attuazione di disposizioni del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 51 della Carta⁹⁰. Questo ragionamento si fonda sull'applicazione al caso di specie del medesimo ragionamento condotto dall'AG Bot nelle proprie conclusioni al caso *Florescu*⁹¹. Tuttavia, come sottolineato dalla dottrina⁹², la decisione della Corte nel caso *Florescu* si basa su un presupposto totalmente differente, nello specifico sulla constatazione che la legge di cui si contestava la compatibilità con le disposizioni della Carta era stata adottata in attuazione di un programma di assistenza economica fornita dall'Unione ad alcuni Stati membri e interamente disciplinato dal diritto dell'Unione.

La medesima distinzione ha trovato applicazione nelle conclusioni dell'AG Tachev quanto al caso *Commissione / Polonia*. Nella riforma del sistema giudiziario contestata non è infatti rinvenibile alcun riferimento all'adozione della medesima in attuazione del diritto dell'Unione⁹³.

Come sottolineato dall'AG Bot nelle già menzionate conclusioni al caso *Florescu*, al fine di esaminare tale legame è necessario prendere in considerazione tanto il testo delle disposizioni nazionali quanto il contenuto degli atti di diritto dell'Unione nel quale figurano gli obblighi in attuazione dei quali si ha adozione dell'atto di diritto interno esaminato⁹⁴. Tuttavia, come già sottolineato, nel caso *Commissione / Polonia* non è possibile rinvenire tale legame con alcun atto di diritto dell'Unione. Pertanto, deve essere negata l'applicabilità dell'articolo 47 della Carta. Eppure, come già evidenziato in riferimento a *ASJP*, ciò non inficia l'obbligo

⁸⁷ C-64/16, Conclusioni dell'AG Saugmandsgaard Øe, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, ECLI:EU:C:2017:395, punti 66 e 67.

⁸⁸ *Ibidem*, punti 71, 72 e 83.

⁸⁹ C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses / Tribunal de Contas*, ECLI:EU:C:2018:117, punti 29 e da 35 a 37. Si veda anche C-619/18, Conclusioni dell'AG Tachev, *Commissione / Polonia*, ECLI:EU:C:2019:325, punti 55-58.

⁹⁰ *Ibidem*, punto 53.

⁹¹ C-258/14, Conclusioni dell'AG Bot, *Florescu*, ECLI:EU:C:2016:995, punti 61 e ss.

⁹² A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 421-431.

⁹³ Conclusioni dell'AG Tachev, punto 67.

⁹⁴ Conclusioni dell'AG Bot, punti 62 e 63.

riconosciuto in capo agli Stati membri di assicurare l'indipendenza del sistema giudiziario e, pertanto, l'utilizzo di tale articolo al fine di pervenire alla corretta interpretazione dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE.

6. Conclusioni

In una decisione resa alla fine degli anni Novanta, la Corte costituzionale ceca ebbe modo di rilevare che la transizione democratica aveva segnato un cambiamento anche per quel che riguardava il ruolo del potere giudiziario. Negli ordinamenti di ispirazione sovietica, i magistrati avevano una funzione meramente strumentale al mantenimento dello *status quo* e alla conservazione del potere da parte del partito ed erano pagati per essere sottomessi e non pensare⁹⁵. Non così è o, almeno, dovrebbe essere in un contesto che aspiri a definirsi democratico. Le riforme attuate in Ungheria e in Polonia in questi anni stridono fortemente con tale assunto e mettono in discussione il processo di allargamento dell'Unione europea. Quanto accaduto in questi Stati e il dilagare del fenomeno corruttivo in Romania e Bulgaria⁹⁶ contrastano con la concezione di un'Unione europea quale forza democratizzatrice e impongono una riflessione relativa a rimedi che siano applicabili sia *ex ante*, sia *ex post*.

Da un lato, appare corretto prevedere una qualche forma di condizionalità e di controllo non solo per la fase anteriore all'adesione, ma anche per quella successiva⁹⁷. In tal senso, prendendo spunto dai casi rumeno e bulgaro, può risultare opportuno generalizzare il ricorso a un meccanismo di cooperazione e verifica del rispetto dei criteri di Copenaghen anche a seguito dell'ingresso di uno Stato nell'Unione europea⁹⁸.

Dall'altro lato, si rende necessaria un'azione di vigilanza e repressione basata sui meccanismi di tutela giurisdizionale previsti nell'ordinamento dell'Unione europea, *in primis* le procedure di infrazione. Considerando il complesso degli strumenti a disposizione⁹⁹, non sembra potersi negare che esse abbiano permesso di raggiungere risultati di un certo rilievo. Le conclusioni dell'AG Tanchev nel caso qui esaminato sembrano preludere a una decisione della Corte di giustizia nello stesso senso e, dunque, a una vittoria della Commissione europea. Tuttavia, se questo permetterà di porre una fine alle crisi dello Stato di diritto e di determinare un definitivo ritorno all'Europa degli Stati "ribelli", è tutto da dimostrare.

Per questo non pare condivisibile la tesi, pur autorevole, di quanti ritengono che si sia in presenza di un *constitutional moment*, ossia di un cambiamento di natura sostanziale del

⁹⁵ Corte costituzionale della Repubblica ceca, sentenza n. 163 del 1999, richiamata da Z. KÜHN, *The Judiciary in Central and Eastern Europe: Mechanical Jurisprudence in Transformation*, Leiden, 2011, p. 145.

⁹⁶ Su cui S. PAVLOVSKA-HILAIEL, *The EU's Losing Battle Against Corruption in Bulgaria*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2015, p. 199 ss. e E.-S. TĂNĂNESCU, *Romania - Another Brick in the Wall Fencing the Fight against Corruption*, in *Verfassungsblog*, 19 marzo 2019. L. TRIFONOVA PRICE, *Media corruption and issues of journalistic and institutional integrity in post-communist studies: The case of Bulgaria*, in *Communist and Post-Communist Studies*, 2019, 71-79.

⁹⁷ O. MADER, *Enforcement of EU Values as a Political Endeavour: Constitutional Pluralism and Value Homogeneity in Times of Persistent Challenges to the Rule of Law*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2018, p. 133-170.

⁹⁸ Si tratta dello strumento predisposto da parte della Commissione europea al fine di favorire la realizzazione di riforme necessarie - in materia di ordinamento giudiziario, contrasto alla corruzione, contrasto alla criminalità organizzata - ma ancora mancanti ai tempi dell'adesione dei due Stati dell'Est. Ogni anno, la Commissione pubblica un report relativo ai progressi (auspicabilmente) registratisi. Sul tema, si può leggere R. CARP, *The Struggle for the Rule of Law in Romania as an EU Member State: The Role of the Cooperation and Verification Mechanism*, in *Utrecht Law Review*, 2014, p. 1-16.

⁹⁹ Sul punto, P. MORI, *Strumenti giuridici e strumenti politici di controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri dell'Unione europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma: Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 199 ss. e A. ROSANÒ, *The Battle of Evermore, ovvero considerazioni sui meccanismi attivabili dall'Unione europea per la tutela dello stato di diritto*, in *SIDIBlog*, 19 ottobre 2018.

processo di integrazione, non basato su un intervento di riforma formale¹⁰⁰, e ciò perché manca ancora il cambiamento di natura sostanziale. Guardando agli strumenti utilizzati a oggi e agli esiti cui hanno condotto mediante la loro applicazione, va detto che tanto il quadro di riferimento adottato dalla Commissione europea nel 2014, quanto la procedura dell'articolo 7 TUE non hanno portato a risultati; la sentenza *Minister for Justice and Equality* è stata deludente nella misura in cui, rispondendo al rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia ha rimesso l'apprezzamento alle singole corti nazionali, favorendo così pronunce contraddittorie; gli altri sistemi di tutela non sono stati attivati.

Come detto, le procedure d'infrazione stanno in effetti permettendo di conseguire delle vittorie, ma non per questo si ritiene si possa parlare di un *constitutional moment*, visto che lo strumento in parola è sempre stato utilizzato - proprio come in passato - per imporre il rispetto di obblighi comunitari. Il fatto che il suo utilizzo sia ora inquadrato nell'ambito della promozione di un valore dell'Unione va sicuramente salutato come un'innovazione¹⁰¹, ma non così dirompente da permettere di parlare di un cambiamento epocale per l'ordinamento dell'Unione.

Piuttosto, si potrebbe ipotizzare l'avvento di un *constitutional moment* nel momento in cui uno o più Stati, maggiormente votati alla causa europea, decidessero a loro volta di avviare procedure d'infrazione ai sensi dell'articolo 259 TFUE¹⁰². Mutando così una prassi particolarmente limitata¹⁰³, si potrebbe riconoscere in una simile iniziativa un momento di rottura, da un lato, una scelta di campo netta e definitiva, dall'altro.

¹⁰⁰ A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI, M. SCHMIDT, *Guest editorial. A potential constitutional moment for the European rule of law - The importance of red lines*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 983-996.

¹⁰¹ K.L. SCHEPPELE, *EU Commission v. Hungary: The Case for the "Systemic Infringement Action"*, in *Verfassungsblog*, 22 novembre 2013 e M. SCHMIDT, P. BOGDANOWICZ, *The infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of Article 258 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 1061-1100.

¹⁰² D. KOCHENOV, *Biting Intergovernmentalism: The Case for the Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2015, p. 153-174.

¹⁰³ Si vedano C-141/78, *Francia / Regno Unito*, ECLI:EU:C:1979:225, C-388/95, *Belgio / Spagna*, ECLI:EU:C:2000:244, C-145/04, *Spagna / Regno Unito*, ECLI:EU:C:2006:543 e C-364/10, *Ungheria / Slovacchia*, ECLI:EU:C:2012:630.