

Percorsi costituzionali

## 2-3.2018 Le sfide del diritto transnazionale

Tommaso Edoardo Frosini  
Diritto transnazionale  
vs. diritto globale

Armin von Bogdandy  
Luke Dimitrios Spieker  
I valori dell'articolo 2  
del TUE,  
la Reverse Solange  
e la responsabilità  
dei giudici nazionali

Giuseppe de Vergottini  
Diritto transnazionale  
e omogeneità culturale

Silvia Sassi  
Transnational Democracy

Giacinto della Cananea  
Dalla comparazione  
alle tradizioni  
costituzionali comuni

Matej Avbelj  
Transnational Limits  
of Constitutionalism

Eugenio De Marco  
Profili transnazionali  
della democrazia diretta  
nelle società  
contemporanee

Angela di Gregorio  
Regressioni costituzionali  
e corti apicali

Lucia Musselli  
Media e minori  
nella prospettiva  
del diritto transnazionale

Edoardo Raffiotta  
L'economia  
del XXI secolo  
tra diritto globale  
e ordinamenti nazionali:  
la forza del mercato  
e la debolezza dello Stato

Giuseppe de Vergottini  
Prassi e utopia  
nel disegno costituzionale  
dannunziano

Michaël Bardin  
Le présidentialisation  
des gouvernements  
régionales

Fiammetta Salmoni  
Diritti fondamentali,  
tradizioni costituzionali  
comuni e identità  
nazionale

Simone Budelli  
Dignità e libertà  
all'epoca  
del post-umano

Antonio Malaschini  
Diritti di libertà,  
controllo sociale  
e tecnologia informatica:  
gli sviluppi recenti  
del modello cinese

Otto von Gierke  
Il pensiero germanico  
sullo Stato

Percorsi costituzionali

2-3.2018 Le sfide del diritto transnazionale

## 2-3.2018 Le sfide del diritto transnazionale



Percorsi costituzionali

fmc

Fondazione Magna Carta

ISSN 1974-1928



J Jovene editore

# Percorsi costituzionali

2-3.2018



**Jovene editore**

ARMIN VON BOGDANDY - LUKE DIMITRIOS SPIEKER\*

## I VALORI DELL'ARTICOLO 2 DEL TUE, LA REVERSE SOLANGE E LA RESPONSABILITÀ DEI GIUDICI NAZIONALI

SOMMARIO: A. Il problema, l'idea e il programma. – B. Nuovi modi di proteggere i diritti essenziali: I. La libertà di espressione come valore dell'UE. – II. Il dovere dell'interpretazione conforme ai valori della legge nazionale. – III. Un obbligo di rinvio quando l'articolo 2 del TUE è a rischio? – IV. L'ultima possibilità: la responsabilità penale per il mancato rispetto dei valori dell'Unione. – C. Un inquadramento giuridico tramite la Dottrina *Solange* Ribaltata. – I. La logica e gli elementi di base della dottrina. – II. L'applicabilità giurisdizionale dei valori dell'articolo 2 del TUE. – 1. Questioni di metodo. – 2. Un'interpretazione orientata ai valori. – 3. I valori e l'essenza dei diritti della Carta. – 4. Problemi di competenza. – III. La preservazione dell'equilibrio federale. – 1. Standard elevati per la violazione dell'articolo 2 del TUE: il superamento dei confini invalicabili. – 2. La presunzione *Solange*. – D. Riassumendo.

### A. *Il problema, l'idea e il programma*

Il governo polacco sta intensificando la sua repressione. O almeno così sembra. Dopo aver modificato la composizione del Tribunale Costituzionale, destituito più 150 (su 700) presidenti e vice-presidenti dei tribunali ordinari, aumentato il numero complessivo dei giudici della Corte Suprema e creato nuovi strumenti per intimidire i giudici<sup>1</sup>, il governo polacco sembra ora pronto ad utilizzare

---

\* Gli autori desiderano ringraziare il *Dienstag* *runde*, Piotr Bogdanowicz, Christoph Burchard, Iris Canor, Pedro Cruz Villalón, Lukas Huthmann e Michael Ioannidis per le preziose osservazioni. Questo articolo è stato presentato al convegno “The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States” (Mansfield College, Oxford, 22-23 marzo 2019). Una versione inglese è stata pubblicata nella rivista *European Constitutional Law Review*. Traduzione a cura di Fabio Margaretti.

<sup>1</sup> Per quanto riguarda le misure, cfr. Commissione europea, Proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'unione europea sullo stato di diritto

in maniera strumentale il potere giudiziario così trasformato. La libertà di espressione è un importante bersaglio.

Possibili prove possono essere rinvenute nei procedimenti nei confronti di *Wojciech Sadurski*: per le sue critiche esplicite all'attuale governo polacco<sup>2</sup>, *Sadurski*, un rinomato professore di diritto nelle università di Sydney e Varsavia, sta affrontando una serie di procedimenti legali. Il partito Diritto e Giustizia (PiS) ha intentato una causa civile perché *Sadurski* l'ha definito un "gruppo criminale organizzato". Inoltre, la TVP (l'emittente televisiva pubblica polacca, controllata dalla maggioranza al potere) ha sporto denuncia per diffamazione nei confronti di *Sadurski* in relazione ad opinioni da lui espresse pubblicamente<sup>3</sup>. Allo stesso modo, la TVP ha intentato una causa contro l'Ombudsman polacco *Adam Bodnar* come privato cittadino dopo una dichiarazione fatta poco dopo l'assassinio del sindaco di Danzica. *Bodnar* ha suggerito che tra le motivazioni per l'assassinio avrebbero potuto esserci le notizie distorte di TVP che suggerivano, tra l'altro, un legame del sindaco con nazisti e comunisti e il suo coinvolgimento in casi di corruzione. Sebbene il caso sia stato respinto in prima istanza, la TVP può sempre fare ricorso<sup>4</sup>.

L'obiettivo di questo articolo non è stabilire se le dichiarazioni di *Sadurski* o *Bodnar* siano protette dalla libertà di espressione ai sensi del diritto dell'Unione; per questo non abbiamo prove sufficienti. Piuttosto, discutiamo di nuove risposte del diritto dell'Unione a tali sviluppi e alle tendenze illiberali più in generale. Queste ri-

---

in Polonia, COM/2017/0835 final; vedi anche Commissione europea, Stato di diritto: la Commissione europea adotta nuove misure per proteggere i giudici in Polonia dal controllo politico (17 luglio 2019), [europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-4189\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4189_it.htm).

<sup>2</sup> Per la sua opinione, vedi ad es. Wojciech Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown* (2019); Id., *Constitutional Crisis in Poland*, in *Constitutional Democracy in Crisis* 257 (Mark A. Graber, Sanford Levinson e Mark Tushnet eds., 2018); Id., *Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, *Hague Journal on the Rule of Law* (2018).

<sup>3</sup> Wojciech Sadurski, *I criticized Poland's government. Now it's trying to ruin me*, *The Washington Post*, 22 maggio 2019. A sostegno di Sadurski, vedi Gráinne de Búrca e John Morijn, *Open Letter in Support of Professor Wojciech Sadurski*, *Verfassungsblog* (6 maggio 2019), [verfassungsblog.de/open-letter-in-support-of-professor-wojciech-sadurski/](http://verfassungsblog.de/open-letter-in-support-of-professor-wojciech-sadurski/).

<sup>4</sup> Per un resoconto completo, si veda il sito ufficiale dell'Ombudsman: [www.rpo.gov.pl/en/content/information-about-lawsuit-filed-tvp-and-notified-chr-office](http://www.rpo.gov.pl/en/content/information-about-lawsuit-filed-tvp-and-notified-chr-office). Il caso è stato respinto in prima istanza dal Tribunale regionale di Varsavia il 24 maggio 2019. In un comunicato stampa pubblicato subito dopo la decisione, TVP ha annunciato che avrebbe presentato ricorso, [centruminformacji.tvp.pl/42784780/oswiadczenie-telewizji-polskiej](http://centruminformacji.tvp.pl/42784780/oswiadczenie-telewizji-polskiej).

sposte hanno una cosa in comune: mirano tutte ad applicare in via giurisdizionale i valori dell'articolo 2 del TUE. Innanzitutto, a livello operativo, identifichiamo cosa possono e devono fare i giudici nazionali quando sono in gioco i valori dell'articolo 2 TUE (B.). Ampliamo dunque quanto già in essere sotto tre profili: dovere di interpretazione e di applicazione del diritto nazionale conforme ai valori comuni (B. II.), dovere di rinviare tali casi alla CGUE (B. III.), e possibili sanzioni penali – ai sensi del diritto nazionale – per la mancata osservanza dei valori dell'Unione nei procedimenti interni (B. IV.). Ad alcuni, queste risposte sembreranno di vasta portata. Per tale motivo, le giustificheremo nel quadro più ampio della dottrina *Solange* ribaltata (C.). Questa dottrina fornisce la base per proteggere i valori dell'articolo 2 del TUE da sfide inaspettate portate dalle tendenze autoritarie pur mantenendo l'equilibrio federale europeo. A tal fine, ricorderemo i fondamenti di tale dottrina (C.I.) e mostriamo come si possa costruire l'applicabilità giurisdizionale dell'articolo 2 TUE (C.II.). Allo stesso tempo, questa attivazione dell'articolo 2 TUE è limitata a dei confini invalicabili e soggetta a una presunzione di conformità ai valori (C.III.).

Va ribadito: non pretendiamo che questo sia il diritto così com'è né la sua unica possibile interpretazione alla luce della situazione da affrontare. Il compito della dottrina giuridica, tuttavia, non è solo quello di descrivere il diritto così com'è, o di criticarlo, ma anche di mostrare possibili percorsi di evoluzione del diritto. Questo vale soprattutto per le situazioni di sfide nuove e senza precedenti, che consentono una pletora di risposte diverse. Alla luce di ciò, le nostre proposte presentano *un solo possibile* sviluppo giuridico, coerente con il percorso del diritto europeo, supportato da precedenti pertinenti e coperto dal mandato giuridico della CGUE alla luce delle sfide che l'Unione sta affrontando.

## B. *Nuovi modi di proteggere i diritti essenziali*

### I. *La libertà di espressione come valore dell'UE*

I procedimenti contro personalità critiche come *Bodnar* e *Saunderski* non sono una questione interna polacca ma europea, in quanto influenzano l'ordinamento di base dell'Unione. Esse rientrano esattamente nella situazione affrontata dalla proposta della Commissione europea di una decisione ai sensi dell'articolo 7(1),

TUE per determinare “un chiaro rischio di una grave violazione” dei valori dell’UE. Sebbene non possiamo pienamente definire i casi di cui sopra, sembra probabile che i procedimenti giudiziari contro persone che esprimono opinioni, anche offensive, su questioni pubbliche polacche violino la libertà di espressione ai sensi del diritto dell’UE<sup>5</sup>.

Ovviamente, la Carta dei Diritti Fondamentali dell’UE protegge la libertà di espressione (articolo 11 CDF) *solo* nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione (articolo 51 CDF). Tuttavia, l’essenza di questa libertà è anche protetta dai valori dei “diritti umani”, dello “stato di diritto” e della “democrazia” sanciti dall’articolo 2 del TUE<sup>6</sup>. Come spiegato dalla Corte EDU<sup>7</sup> e dalla CGUE in *Tele2 Sverige*, la libertà di espressione è di “particolare importanza ... in qualsiasi società democratica”. “Costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società pluralista e democratica ed è uno dei valori su cui, ai sensi dell’articolo 2 del TUE, viene fondata l’Unione”<sup>8</sup>. Ciò vale in particolare per gli elementi essenziali di questo diritto fondamentale, come il discorso politico. In questo senso, la Corte EDU sostiene costantemente che “c’è poco spazio ... per le restrizioni sul discorso politico o sul dibattito su questioni di interesse pubblico”<sup>9</sup> incluso “il funzionamento del potere giudiziario”<sup>10</sup>. Pertanto, se uno Stato membro viola questa “base essenziale” della

<sup>5</sup> Nel caso di *Bodnar*, questi ha probabilmente agito nelle sue vesti ufficiali di Ombudsman, sollevando in tal modo questioni relative alle sue competenze piuttosto che ai suoi diritti fondamentali.

<sup>6</sup> Sul rapporto tra l’articolo 2 del TUE e l’articolo 51 del CDF si veda Lucia S. Rossi, *Il rapporto tra Trattato di Lisbona e Carta dei diritti fondamentali dell’Europa*, in *Le scommesse dell’Europa* 73 (Giuseppe Bronzini, Fausta Guarriello e Valeria Piccone eds., 2009).

<sup>7</sup> Vedi Corte EDU [GC], *Animal Defenders International/Regno Unito*, n. 48876/08, par. 102-103 (22 aprile 2013); *Wingrove/Regno Unito*, n. 17419/90, par. 58 (26 novembre 1996); *Lingens/Austria*, n. 9815/82, par. 42 (8 luglio 1986).

<sup>8</sup> CGUE, cause C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige*, EU:C:2016: 970, sentenza del 21 dicembre 2016, par. 93; causa C-163/10, *Patriciello*, EU:C:2011: 543, sentenza del 6 settembre 2011, par. 31.

<sup>9</sup> Corte EDU [GC], *Axel Springer AG/Germania*, n. 39954/08, par. 90 (7 febbraio 2012); [GC] *Lindon, Otchakovsky-Laurens e July/Francia*, n. 21279/02 e 36448/02, par. 46 (22 ottobre 2007); [GC] *Süre e Özdemir/Turchia*, n. 23927/94 e 24277/94, par. 46 (8 luglio 1999).

<sup>10</sup> Corte EDU [GC], *Baka/Ungheria*, n. 20261/12, par. 159 (23 giugno 2016); [GC] *Morice/Francia*, n. 29369/10, par. 125 (23 aprile 2015); *Roland Dumas/Francia*, n. 34875/07, par. 43 (15 luglio 2010).

libertà di espressione politica, attraversa il confine della sua stessa appartenenza all'Unione.

Va ricordato che i limiti dell'articolo 51 del CDF non si applicano all'articolo 2 del TUE e ai valori ivi contenuti. Come ha rilevato l'avvocato generale Tanchev:

“I limiti inerenti alla Carta, da cui risulta che essa si applica agli Stati membri solo quando attuano il diritto dell'Unione (Articolo 51, paragrafo 2, della Carta) non possono essere portati al punto tale da attenuare il dovere ... di tutelare i valori fondamentali dell'Unione contenuti all'articolo 2 TUE costituendo essi parte del patrimonio costituzionale comune europeo ...”<sup>11</sup>

Pertanto, fare affidamento sull'essenza di un diritto fondamentale ai sensi dell'articolo 2 del TUE fa una grande differenza. Nella misura in cui la libertà di espressione rientra nell'articolo 2 TUE, i discorsi politici sono tutelati dal diritto dell'Unione contro qualsiasi misura del loro paese di origine che violi gravemente questo valore<sup>12</sup>. Ciò include *qualsiasi* procedimento giudiziario in Polonia.

## II. *Il dovere dell'interpretazione conforme ai valori della legge nazionale*

Che cosa significa questo per i funzionari nazionali coinvolti in procedimenti giudiziari contro personalità critiche del regime? La Polonia non ha ancora adottato leggi specifiche miranti a contrastare le voci critiche. È probabile che i procedimenti giudiziari si basino su leggi generali, siano essi illeciti di diritto privato (la calunnia), la diffamazione nel diritto penale o clausole generali del diritto disciplinare. Data la vaghezza di tali disposizioni generali, un giudice può interpretarle e applicarle in modo da sanzionare le dichiarazioni critiche.

Qui interviene il diritto dell'UE: la sua applicabilità e la sua prevalenza nei procedimenti nazionali impedirebbero tale interpretazione. Ciò deriva dal principio generale dell'UE secondo cui ogni giudice nazionale deve interpretare e applicare il diritto interno

<sup>11</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev, 20 giugno 2019, causa C-192/18, Commissione/Polonia, par. 72.

<sup>12</sup> Per l'argomentazione completa, vedere *infra* sotto C. II.-III.

conformemente al diritto dell'UE<sup>13</sup>. Oggi ciò include i valori comuni dell'Unione sanciti dall'articolo 2 del TUE. Pertanto, *qualsiasi* giudice di uno stato membro ha il dovere di interpretare in modo conforme a tali valori *qualsiasi* legge nazionale<sup>14</sup>. Naturalmente, l'applicabilità dei valori europei è stata messa in dubbio. In due recenti decisioni della Grande Camera, tuttavia, la CGUE ha stabilito che i valori europei devono essere applicati dai tribunali nazionali, in particolare quando proteggono l'essenza di un diritto fondamentale (vedi più in dettaglio *infra*, C. II.)<sup>15</sup>. Pertanto, tutte le leggi nazionali, comprese quelle penali, disciplinari e civili, devono essere interpretate alla luce dei valori europei, proteggendo così la libertà di espressione politica.

La stessa logica si applica a una legge che consente *esplicitamente* accuse contro una persona politicamente scomoda. Un esempio può essere rinvenuto nelle leggi ungheresi rivolte contro i "nemici" come la Open Society Foundation o la Central European University<sup>16</sup>. Se un giudice nazionale è chiamato a interpretare e applicare tali leggi, deve disapplicarle nella misura in cui sono in conflitto con un valore europeo. Ciò vale per qualsiasi funzionario chiamato ad eseguire una tale decisione giudiziaria o misura di detenzione che violi questa libertà<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Cfr. CGUE, causa C-684/16, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, EU:C:2018: 874, sentenza del 6 novembre 2018, par. 59; causa C-569/16, Bauer, EU:C:2018: 871, sentenza del 6 novembre 2018, par. 26; cause da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e.a., EU:C:2004: 584, sentenza del 5 ottobre 2004, par. 114, 115; Stefan Leible e Ronny Domröse, *Interpretation in Conformity with Primary Law*, in *European Legal Methodology* § 8, par. 38 e ss. (Karl Riesenhuber ed., 2017).

<sup>14</sup> Sull'interpretazione orientata ai valori del diritto *dell'Unione*, vedi Michael Potacs, *Wertkonforme Auslegung des Unionsrechts?*, 51 *Europarecht* 164 (2016).

<sup>15</sup> CGUE, causa C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, EU:C:2018: 117, sentenza del 27 febbraio 2018; causa C-216/18 PPU, Minister for Justice and Equality, EU:C:2018: 586, sentenza del 25 luglio 2018.

<sup>16</sup> Cfr. Parlamento europeo, Risoluzione del 17 maggio 2017 sulla situazione in Ungheria, 2017/2656 (RSP); vedi inoltre Gabor Halmai, *Illiberal Constitutionalism? The Hungarian Constitution in a European Perspective*, in *Verfassungskristen in der Europäischen Union* 85 (Stefan Kadelbach ed., 2018).

<sup>17</sup> In generale, sull'obbligo di qualsiasi pubblico ufficiale di conformarsi al diritto dell'UE, vedi CGUE, causa C-378/17, Garda Síochána, EU:C:2018: 979, sentenza del 4 dicembre 2018, par. 38; causa C-103/88, Fratelli Costanzo, EU:C:1989: 256, sentenza del 22 giugno 1989, par. 32; causa C-224/97, Ciola, EU:C:1999: 212, sentenza del 29 aprile 1999, par. 30; vedi inoltre Monica Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution* 266 e ss. (2006).

### III. *Un obbligo di rinvio quando l'articolo 2 del TUE è a rischio?*

Fornendo tali indicazioni ai giudici nazionali, il diritto dell'Unione li pone in una posizione difficile, in particolare nei paesi in cui il rispetto del governo per l'indipendenza dei giudici è limitato. Tuttavia, un giudice nazionale non è solo, ma trova sostegno nello spazio giuridico europeo. In effetti, molti tribunali polacchi si sono rivolti alla CGUE per sostenere la loro indipendenza. Per proteggere ulteriormente tali giudici, riteniamo che un giudice nazionale coinvolto nei procedimenti intentati contro i critici – o in generale in casi in cui sono in gioco i valori dell'articolo 2 TUE – sia non solo autorizzato, ma *obbligato* a effettuare un rinvio pregiudiziale alla CGUE. Questo obbligo poggia su una evoluzione giuridica fondamentale: la protezione dei valori dell'Unione è diventata tanto importante quanto l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione.

In generale, solo i tribunali di ultima istanza hanno l'obbligo di sottoporre la questione alla CGUE quando l'applicazione del diritto dell'UE nel caso di specie è minata da incertezze (cfr. articolo 267(3) TFUE). Secondo la decisione *Foto-Frost* della CGUE, tuttavia, questo obbligo si estende ai tribunali di grado inferiore qualora abbiano dubbi circa la validità di una disposizione del diritto dell'UE<sup>18</sup>. Prima di disapplicare tale disposizione, devono sottoporre la questione di validità alla CGUE. La logica di fondo di questa estensione è di preservare l'applicazione effettiva ed uniforme del diritto dell'UE, che è stata la stella polare della Corte negli ultimi sei decenni.

Ora, con i pareri 2/13<sup>19</sup>, *ASJP*<sup>20</sup>, *Achmea*<sup>21</sup>, *L.M.*<sup>22</sup> e *Wightman*<sup>23</sup>, la CGUE ha integrato questa logica funzionale con una logica assiologica. Oggi, nella giurisprudenza costituzionale della CGUE, i “valori” sono preminenti come “l'applicazione uniforme”

<sup>18</sup> CGUE, causa C-314/85, *Foto-Frost*, EU:C:1987: 452, sentenza del 22 ottobre 1987; vedi inoltre Koen Lenaerts, Ignace Maselis e Kathleen Gutman, *EU Procedural Law* par. 3.43 e ss. (2014).

<sup>19</sup> CGUE, parere 2/13, *Adesione dell'UE alla CEDU*, EU:C:2014: 2454, parere del 18 dicembre 2018, par. 168.

<sup>20</sup> Associação Sindical dos Juizes Portugueses, causa C-64/16, par. 30-32.

<sup>21</sup> CGUE, causa C-284/16, *Achmea*, EU:C:2018: 158, sentenza del 6 marzo 2018, par. 34.

<sup>22</sup> Minister for Justice and Equality, causa C-216/18 PPU, par. 35, 48, 50.

<sup>23</sup> CGUE, causa C-621/18, *Wightman e.a.*, EU:C:2018: 999, sentenza del 10 dicembre 2018, punti 62-63.

e l'*effet utile*. Riconoscendo l'UE come una vera "Unione di valori", la Corte protegge con forza le sue stesse basi contro le sfide della svolta illiberale in alcuni Stati membri. Alla luce di questa nuova logica assiologica, la triade dell'articolo 2 del TUE, i valori comuni e la fiducia reciproca sono alla pari con la triade che giustificava la *Foto-Frost*: unità, coerenza ed *effet utile*. Sugeriamo quindi di complementare la logica *Foto-Frost*: un giudice nazionale non ha solo il diritto, ma il *dovere* assoluto di rinviare un caso ogni volta che la base dei valori comuni è in pericolo. Pertanto, un giudice polacco, di fronte a un caso riguardante la messa a tacere sistematica dei critici, deve rinviare la questione alla CGUE e richiedere un'interpretazione dell'articolo 2 TUE alla luce dei diritti a rischio.

A prima vista, un tale dovere sembrerebbe allargare enormemente la competenza della CGUE. Tuttavia, il dovere di rinviare i casi alla CGUE ogni qualvolta la base valoriale comune è in pericolo non significa che un giudice nazionale debba sottoporre alla Corte ogni potenziale violazione di un valore di cui all'articolo 2 del TUE. Come spiegheremo più avanti, l'articolo 2 del TUE viene attivato solo in situazioni eccezionali ed è soggetto a una rigida presunzione di conformità (cfr. *infra* C. III. 1. e 2.). Di per sé, l'obbligo di effettuare il rinvio si applica in casi molto limitati ed estremi – rimane un obbligo *eccezionale*. Inoltre, l'obbligo di effettuare il rinvio non implica solo un'estensione (limitata) della competenza della CGUE; dovrebbe anche supportare i giudici in situazioni difficili. I giudici che trattano casi delicati potrebbero essere intimiditi dalla pressione politica o dalla minaccia di misure disciplinari (è sufficiente ricordare la nuova camera disciplinare istituita presso la Corte suprema<sup>24</sup>). La CGUE potrebbe proteggere questi giudici dalla pressione del governo, in particolare con l'aiuto di misure cautelari. Come hanno dimostrato le misure provvisorie in *Commissione/Polonia*, il governo polacco rimane per ora vincolato a questo fondamentale elemento della *rule of law* europea<sup>25</sup>.

Tuttavia, perché deve essere un *dovere*? Si potrebbe sostenere che lasciare la decisione di chiedere sostegno alla CGUE alla *discre-*

---

<sup>24</sup> Legge sulla Corte suprema (polacca) dell'8 dicembre 2017, Gazzetta ufficiale (2018), 5.

<sup>25</sup> CGUE, causa C-619/18 R, Commissione/Polonia, UE: C: 2018: 852, ordinanza del 19 ottobre 2018; per un'argomentazione più dettagliata, si veda l'ordinanza del 17 dicembre 2018 (EU:C:2018: 1021).

zionalità di ciascun giudice sia sufficiente a proteggerlo da pressioni esterne. Come hanno dimostrato i tribunali di Lodz e Varsavia, i giudici nazionali chiedono *deliberatamente* il sostegno della CGUE<sup>26</sup>. Questi giudici si confrontano con questioni delicate per il governo polacco. Temono di essere sottoposti a misure disciplinari qualora dovessero decidere contro il governo e di vedere messa in discussione la loro indipendenza giurisdizionale<sup>27</sup>. Pertanto, hanno chiesto alla CGUE, sulla base delle conclusioni di questa nel caso *ASJP*, se le misure disciplinari recentemente introdotte per i tribunali ordinari sono conformi all'articolo 19(1)(2) del TUE, all'articolo 47(1) della CDF e all'articolo 2 del TUE.

Eppure, due motivi sembrano rendere necessario un obbligo di rinvio: in primo luogo, i casi in cui è in gioco l'articolo 2 del TUE incidono sulle fondamenta dell'Unione e sulle basi della fiducia reciproca tra gli Stati membri. Non si può lasciare che sia un tribunale nazionale a modellare unilateralmente queste basi. Questo compito può essere esercitato in modo coerente e uniforme solo dal tribunale supremo dell'Unione. Inoltre, un obbligo protegge i giudici nazionali molto meglio della discrezionalità. Il governo polacco ha già contestato la costituzionalità dell'articolo 267 TFUE per quanto riguarda l'organizzazione interna della magistratura<sup>28</sup> e ha

<sup>26</sup> Vedi i rinvii pregiudiziali pendenti *Miasto Lowicz* (C-558/18), *Prokuratura Okręgowa w Plocku/VX*, WW, XV (C-563/18 e C-623/18).

<sup>27</sup> Sulle misure disciplinari contro i giudici polacchi, vedi ad es. la lettera aperta di *Krzystian Markiewicz*, presidente dell'associazione dei giudici polacchi "Iustitia", al commissario *Frans Timmermans* del 13 febbraio 2019, [www.aej.org/blog/Situation-in-Poland\\_23\\_01\\_2019](http://www.aej.org/blog/Situation-in-Poland_23_01_2019). Per un resoconto delle misure disciplinari già avviate, cfr. Justice Defence Committee (KOS), *A Country that Punishes. Pressure and Repression of Polish Judges and Prosecutors* (febbraio 2019); Helsinki Foundation, *Disciplinary Proceedings Against Judges and Prosecutors* (febbraio 2019), a 6 e ss.; *Amnesty International, Poland: Free Courts, Free People, Judges Standing for their Independence* (4 luglio 2019), a 11 e ss.; *Dariusz Mazur, Judges under special supervision, Themis* (5 aprile 2019), a 38 e ss.; European Stability Initiative, *The disciplinary system for judges in Poland - The case for infringement proceedings, Esi-Batory Opinion Legal* (22 marzo 2019); e si veda inoltre il rapporto sulla Polonia del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, 28 giugno 2019, CommDH (2019)17.

<sup>28</sup> Il Ministro della Giustizia ha presentato un ricorso al Tribunale costituzionale chiedendo di valutare se l'art. 267 TFUE, nella misura in cui consente di sottoporre questioni relative al sistema, alla forma e all'organizzazione del potere giudiziario, sia conforme alla costituzione polacca (K 7/18 pendente), vedi *Stanisław Biernat e Monika Kawczyńska, Though this be Madness, yet there's Method in't: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxembourg Court, Verfassungsblog* (26 ottobre 2018).

avviato misure disciplinari nei confronti di giudici che effettuano rinvii alla CGUE<sup>29</sup>. Stabilire un obbligo di rinvio sarebbe una potente risposta a qualsiasi tentativo di proibire tali rinvii.

IV. *L'ultima possibilità: la responsabilità penale per il mancato rispetto dei valori dell'Unione*

Ma cosa succede se un giudice non rispetta i valori di cui all'articolo 2 del TUE e mette a tacere i critici con le sue decisioni? In effetti, parecchi giudici devono la loro posizione alla recente ristrutturazione della magistratura polacca e sono considerati vicini alle posizioni del governo. Noi sosteniamo che se non rispettano *coscientemente e manifestamente* il primato del diritto dell'Unione, potrebbero essere soggetti a responsabilità penale. Perché?

Facciamo un passo indietro: l'eccesso intenzionale di potere, specialmente nelle funzioni di giudice, è sanzionato dalla maggior parte degli ordinamenti giuridici<sup>30</sup>. Le relative disposizioni del codice penale polacco forniscono una buona descrizione delle varie forme che tale reato può assumere. Ad esempio, l'articolo 231(1), punisce l'eccesso generale di autorità: "Un pubblico ufficiale che, eccedendo nei propri poteri o non svolgendo il proprio dovere, agisce a discapito di interessi pubblici o individuali, è soggetto a una

<sup>29</sup> Le autorità polacche (il vice procuratore per le sanzioni disciplinari per i tribunali ordinari) hanno già convocato diversi giudici affinché presentino dichiarazioni scritte dopo aver richiesto una pronuncia pregiudiziale sulla conformità delle nuove misure disciplinari al diritto dell'UE (cfr. nota 26) ritenendo che avessero commesso un "eccesso giurisdizionale"; vedi *Themis, Position of the Association of Judges, "Themis"*, in *Connection with the Disciplinary Actions Against the Authors of the Questions Referred for preliminary Rulings* (15 dicembre 2018), [themis-sedziowie.eu/materials-in-english/position-of-the-association-of-judges-themis-in-connection-with-the-disciplinary-actions-against-the-authors-of-the-questions-referred-for-preliminary-rulings/](http://themis-sedziowie.eu/materials-in-english/position-of-the-association-of-judges-themis-in-connection-with-the-disciplinary-actions-against-the-authors-of-the-questions-referred-for-preliminary-rulings/).

<sup>30</sup> Vedi ad es. il contributo di Mauro Cappelletti, "Who Watches the Watchmen?" *A Comparative Study on Judicial Responsibility*, 31 *Am. J. Comp. L.* 1 (1983); per la Germania, vedi Martin Uebele, § 339 StGB. *Rechtsbeugung*, in *Münchener Kommentar Zum Stgb* (Wolfgang Joecks e Klaus Miebach eds., 3<sup>a</sup> edizione, 2019); per la Francia, vedi Guy Canivet e Julie Joly-Hurard, *La Responsabilité des Juges, Ici et Ailleurs*, 58 *Rev. Int'l Droit Comparé* 1049 (2006); Georges Bolard, *De la responsabilité pénale du juge*, 49 *La Semaine Juridique (Edition générale)* 2247 (2005); per la Spagna, vedi Luis María Díez-Picazo, *Judicial Accountability in Spain: An Outline, in Independence, Accountability and the Judiciary* 211 (Guy Canivet, Mads Adenas e Duncan Fairgrieve eds., 2006); per l'Italia, vedi Giovanni Fiandaca, *Sulla Responsabilità Penale del Giudice*, 132 *Il Foro Italiano* 409 (2009); Alessandro Giuliani e Nicola Picardi, *La responsabilità del giudice* (1995).

pena detentiva fino a un massimo di tre anni”. Ciò include – a condizioni rigorose – anche l’attività dei giudici<sup>31</sup>.

Senza dubbio, i giudici possono sbagliare. Infatti, la irresponsabilità è un elemento chiave dell’indipendenza giudiziaria.

Una giustizia indipendente non è solo una manifestazione della separazione dei poteri, ma anche una componente intrinseca della tutela giurisdizionale effettiva. Secondo l’avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, “[i]mparzialità e indipendenza sono virtù fragili e per la loro protezione occorre adottare il massimo rigore”<sup>32</sup>. Pertanto, nessuna decisione giudiziaria che violi la legge è di per sé una perversione della giustizia. Allo stesso tempo, questa indipendenza è in continuo conflitto con l’obbligo del giudice di osservare la legge<sup>33</sup>. Come tale, è necessario raggiungere un equilibrio<sup>34</sup>. Anche se in ogni Stato membro si applicano standard diversi, è ovvio che la responsabilità penale dei giudici può essere applicata solo in ultima ratio – è limitata a casi veramente eccezionali. Questo è particolarmente vero in Polonia, dove l’immunità giudiziaria è esplicitamente sancita dalla Costituzione (cfr. articoli 173, 180(1) e (2) e 181 della Costituzione polacca)<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Per un’applicazione di tale disposizione ai giudici (non ancora una condanna), vedi ad es. Corte suprema polacca, sentenza del 30 agosto 2013, SNO 19/13. Sull’attuale uso dell’articolo 231 per quanto riguarda i giudici, si veda la relazione critica di Mazur, *supra* nota 27, a 26 e ss.

<sup>32</sup> Conclusioni dell’avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 28 giugno 2001, causa C-17/00, par. 93.

<sup>33</sup> Associação Sindical dos Juizes Portugueses, causa C-64/16, par. 42, 44; Minister for Justice and Equality, causa C-216/18 PPU, par. 48, 54, 63-67; causa C-685/15, Online Games e. a., EU:C:2017:452, sentenza del 14 giugno 2017, par. 60 e ss.; causa C-506/04, Wilson, EU:C:2006:587, sentenza del 19 settembre 2006, par. 49 e ss.; sull’importanza dell’indipendenza della giustizia secondo l’articolo 6 CEDU, cfr. Corte EDU, Ramos Nunes De Carvalho/Portugal, n. 55391/13, par. 144 (6 novembre 2018); [GC] Kleyne e.a./Paesi Bassi, n. 39343/98, par. 190 e ss. (6 giugno 2003); Beaumartin/Francia, n. 15287/89, par. 38 (24 novembre 1994); Sramek/Austria, n. 8790/79, par. 38 (22 ottobre 1984); Campbell e Fell/Regno Unito, n. 7819/77, par. 78 (28 giugno 1984).

<sup>34</sup> Vedi ad es. Max Rheinstein, *Who Watches the Watchmen?*, in *Interpretations of Modern Legal Philosophy* 589 (Paul Sayre ed., 1981); in particolare per quanto riguarda la responsabilità penale, si veda Maike Hoenigs, *Der Straftatbestand der Rechtsbeugung: Ein Normativer Antagonismus zum Verfassungsprinzip der richterlichen Unabhängigkeit*, 92 *Kritische Vierteljahresschrift* 303 (2009).

<sup>35</sup> Sull’importanza dell’immunità giudiziaria in Polonia, cfr. Tribunale costituzionale polacco, 28 novembre 2007, K 39/07; 2 maggio 2015, P 31/12; sulla procedura speciale per la revoca dell’immunità giudiziaria, cfr. Adam Bodnar e Lukasz Bojarski,

In che modo ciò si riflette nel diritto dell'Unione? A prima vista, ci sono due modi per costruire questa argomentazione: in primo luogo, il diritto dell'UE è una fonte indipendente di diritto nei processi nazionali. I principi del primato e dell'effetto diretto richiedono che un giudice nazionale applichi direttamente il diritto dell'UE e successivamente disapplichi o reinterpreti le leggi nazionali in contrasto. Se un giudice applica o adotta consapevolmente un'interpretazione di una disposizione nazionale, che è in contrasto con il diritto dell'UE, agisce deliberatamente in maniera illegittima, sia ai sensi del diritto dell'Unione che di quello nazionale. In secondo luogo, secondo una giurisprudenza consolidata, "le violazioni del diritto dell'Unione devono anche – come minimo – essere punibili a condizioni, sia procedurali sia sostanziali, *analoghe* a quelle applicabili alle violazioni del diritto nazionale *di natura e rilevanza simile*"<sup>36</sup>. Quest'obbligo degli Stati membri è in definitiva un'espressione specifica dei principi di efficacia ed equivalenza. In breve, ciò significa che: Gli Stati membri sono tenuti a "irrogare agli autori di violazioni del diritto comunitario le stesse sanzioni vigenti per le violazioni al diritto nazionale"<sup>37</sup>. Qualora – in base al diritto penale *nazionale* – la deliberata inosservanza del diritto co-

---

*Judicial Independence in Poland*, in *Judicial Independence in Transition* 667, 716 (Anja Seibert-Fohr ed., 2012).

<sup>36</sup> Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Kokott, causa C-105/14, Taricco e a., EU:C:2015: 293 (30 aprile 2015), par. 80 (sottolineatura aggiunta); vedi inoltre CGUE, causa C-574/15, Scialdone, EU:C:2018: 295, sentenza 2 maggio 2018, par. 28; causa C-263/11, Rēdlihs, EU:C:2012: 497, sentenza del 19 luglio 2012, par. 44; causa C-367/09, SGS Belgium et al., EU:C:2010: 648, sentenza del 28 ottobre 2010, par. 41; Cause C-387/02, C-391/02 e C-403/02, Berlusconi et al., EU:C:2005: 270, sentenza del 3 maggio 2005, par. 65; causa C-167/01, Inspire Art, EU:C:2003: 512, sentenza del 30 settembre 2003, par. 62; causa C-186/98, Nunes e de Matos, EU:C:1999: 376, sentenza dell'8 luglio 1999, par. 10; causa C-177/95, Ebony Maritime e Loten Navigation, EU:C:1997: 89, sentenza del 27 febbraio 1997, par. 35; causa C-36/94, Siesse, EU:C:1995: 351, sentenza del 26 ottobre 1995, par. 20; causa C 326/88, Hansen, EU:C:1990: 291, sentenza del 10 luglio 1990, par. 17; vedi inoltre Koen Lenaerts e José A. Gutiérrez-Fons, *The European Court of Justice and fundamental rights in the field of criminal law*, in *Research Handbook on EU Criminal Law* 7 e ss. (Valsamis Mitsilegas, Maria Bergström e Theodore Konstadinides eds., 2016); Michael Dougan, *From the Velvet Glove to the Iron Fist: Criminal Sanctions for the Enforcement of Union Law*, in *Compliance and the Enforcement of EU Law* 74 (Marise Cremona ed., 2012); Martin Heger, *Einwirkungen des Europarechts auf das nationale Strafrecht*, in *Europäisches Strafrecht. Enzyklopädie Europarecht*, vol. 9 § 5, par. 8 (Martin Böse ed., 2013).

<sup>37</sup> CGUE, causa C-68/88, Commissione/Grecia, sentenza del 21 settembre 1989, par. 22.

stituzionale e di una decisione della Corte costituzionale è un reato, lo stesso deve valere nel caso in cui un giudice nazionale ignori coscientemente il diritto dell'UE o in particolare una sentenza della CGUE pronunciata nel caso in esame.

Quali sono i limiti applicabili? La determinazione delle soglie di responsabilità penale dei giudici – anche se non rispettano il diritto dell'Unione – è di competenza del diritto penale nazionale. Tuttavia, il diritto dell'UE può fornire una certa ispirazione: basti ricordare la giurisprudenza *Köbler* della CGUE, che limita la domanda di risarcimento danni per la mancanza di rispetto del diritto dell'Unione a una “decisione ... ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte”<sup>38</sup>. Se questo standard si applica già alla responsabilità *statale*, la responsabilità *personale* e *penale* dei giudici deve essere soggetta a soglie ancora più elevate. In questo senso, qualsiasi azione penale nei confronti di pubblici ufficiali in generale e giudici in particolare dovrà dimostrare che il funzionario fosse a conoscenza degli effetti del diritto dell'Unione e ne abbia intenzionalmente evitato l'applicazione. Un limite sarà probabilmente raggiunto quando un giudice viola *coscientemente e manifestamente* la legge applicabile a detrimento di una parte nel procedimento. Chiariamo con un esempio: supponiamo che una Corte costituzionale decida di sopprimere una legge specifica o di dichiarare incostituzionale una certa interpretazione di tale legge. Se i giudici ignorano consapevolmente questi dicta e continuano ad applicare detta legge (o la sua interpretazione incostituzionale) per mettere a tacere i critici di un governo, eccedono i loro poteri e innescano la loro responsabilità penale.

Quando si raggiunge tale limite per quanto riguarda il diritto dell'UE? È improbabile che si verifichi un'infrazione “manifesta” nell'applicazione quotidiana del diritto dell'UE. Tuttavia, la soglia potrebbe essere raggiunta in caso di violazione dei valori di cui all'articolo 2 del TUE. Certo, questi valori sono vaghi e aperti e quindi difficili da applicare. Ma ciò non esclude la loro natura giuridica o la loro applicabilità giuridica<sup>39</sup>. Di conseguenza, il diritto nazionale deve essere applicato e interpretato in modo conforme al-

---

<sup>38</sup> CGUE, causa C-224/01, *Köbler*, EU:C:2003: 513, sentenza del 30 settembre 2003, par. 56; su questo, vedi ad es. Zsófia Varga, *In Search of a 'Manifest Infringement of the Applicable Law' in the Terms set out in Köbler*, 9 *Rev. Eur. Admin. L.* 5 (2016).

<sup>39</sup> Cfr. *infra* C. II. 1.

l'articolo 2 del TUE, compresa la forma che questi valori hanno acquisito attraverso l'interpretazione della Corte di giustizia europea. L'interpretazione del diritto dell'UE da parte della Corte – articolata in via pregiudiziale – ha valore giuridico obbligatorio<sup>40</sup>. Pertanto, l'inosservanza di una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia è illegale se non viene nuovamente rinviata alla Corte<sup>41</sup>. Oltre a questi elevati requisiti sostanziali, vi saranno notevoli difficoltà a dimostrare l'intenzione del giudice interessato, vale a dire dimostrare che il giudice conosceva la legge in questione e l'ha deliberatamente ignorata. A causa delle incertezze che circondano la complessa interazione tra il diritto dell'Unione e il diritto nazionale, nella maggior parte dei casi sarà difficile escludere un semplice errore di diritto. Accertare l'esistenza di questa conoscenza spetta al giudice del processo. Anche in questo caso, le azioni delle istituzioni europee saranno importanti: se un giudice polacco non rispetta deliberatamente una decisione della CGUE che protegge la libertà di espressione *nel caso in esame*, viene superata la linea di confine e, con ogni probabilità, anche la soglia di attivazione della responsabilità penale sono oltrepassate. Pertanto, i pronunciamenti della CGUE sono fondamentali. Per tale motivo, la Commissione europea dovrebbe seguire da vicino la situazione e avviare le procedure di infrazione in modo tempestivo, in modo tale che una decisione della CGUE possa generare gli effetti sopra descritti<sup>42</sup>.

Che cosa significa ciò per casi come quello di *Sadurski* e *Bodnar*? Se interpreta la relativa base giuridica per la calunnia o la dif-

---

<sup>40</sup> Cfr. Lenaerts et al., *supra* nota 18, par. 5.70, 6.30; Morten Broberg e Niels Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice* (2ª edizione 2014), a 450 e ss.; Ulrich Karpenstein, Art. 267 AEUV, in *Das Recht der Europäischen Union* par. 104 e ss. (Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf e Martin Nettesheim eds., 65ª edizione (fascicolo), 2018); Claas F. Germelmann, *Die Rechtskraft Von Gerichtsentscheidungen in der Europäischen Union* 410 (2009); contro una forza obbligatoria, cfr. Robert Schütze, *European Union Law* 399 (2018).

<sup>41</sup> Certamente, questo è il caso dei tribunali di ultima istanza. Tuttavia, un effetto simile (insieme all'obbligo di rinvio) viene discusso per i tribunali di grado inferiore, cfr. Lenaerts et al., *supra* nota 18, par. 3.61; Broberg e Fenger, *supra* nota 40, a 265.

<sup>42</sup> Recenti procedimenti di infrazione della Commissione dimostrano che il comportamento dei tribunali è soggetto anche all'articolo 258 TFUE, cfr. CGUE, causa C-416/17, Commissione/Francia, EU:C:2018:811, sentenza del 4 ottobre 2018, par. 100 e ss.; vedi già CGUE, causa C-154/08, Commissione/Spagna, EU:C:2009:695, sentenza del 12 novembre 2009, par. 125; causa C-129/00, Commissione/Italia, EU:C:2003:656, sentenza del 9 dicembre 2003, par. 29.

famazione in un modo che viola senza mezzi termini la libertà di espressione come sancita dall'articolo 2 TUE, un giudice non tiene conto di questi valori. A nostro avviso, tale decisione non violerebbe solo l'articolo 2 TUE ma potrebbe anche violare il principio di *nulla poena sine lege*. Questo principio è stabilito dalla Dichiarazione universale, dall'articolo 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR), dall'articolo 7 della CEDU, dall'articolo 49(1) della Carte dei diritti fondamentali e, non da ultimo, dall'articolo 42, comma 1, della Costituzione polacca. La sua importanza per l'ordinamento giuridico europeo è stata recentemente sottolineata dalla saga *Taricco*<sup>43</sup>. Tale libertà non viene violata solo quando manca una base giuridica (che significa: inesistente<sup>44</sup>), ma anche in caso di interpretazione giudiziaria arbitraria di tale base. Secondo la Corte EDU, "l'articolo 7 della Convenzione non può essere interpretato come una proibizione del chiarimento graduale delle regole di responsabilità penale attraverso l'interpretazione giudiziaria caso per caso, a condizione che lo sviluppo risultante sia coerente con l'assenza del reato e possa ragionevolmente essere previsto"<sup>45</sup>. L'interpretazione di una disposizione come facoltizzante la criminalizzazione del discorso politico che è protetto ai sensi dell'articolo 2 TUE non sarebbe né conforme alla sostanza del reato né prevedibile. Se a ciò si aggiunge una decisione della Corte di giustizia europea che tutela la libertà di espressione nel caso specifico, non si può escludere la responsabilità penale dei rispettivi giudici.

---

<sup>43</sup> CGUE, causa C-42/17, M.A.S. e M.B., EU:C:2017: 936, sentenza del 5 dicembre 2017, par. 51 e ss.

<sup>44</sup> Nei casi basati sulle disposizioni generali sulla calunnia o la diffamazione, esisterebbe ancora una base giuridica.

<sup>45</sup> Vedi recentemente Corte EDU, *Navalnye/Russia*, n. 101/15, par. 55 (17 ottobre 2017) (sottolineatura aggiunta); vedi inoltre Corte EDU [GC], *Rohlina/Repubblica ceca*, n. 59552/08, par. 51 (27 gennaio 2015); [GC] *K.-H. W./Germania*, n. 37201/97, par. 45 (22 marzo 2001); [GC] *Streletz, Kessler e Krenz/Germania*, n. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, par. 50 (22 marzo 2001); *S.W./Regno Unito*, n. 20166/92, par. 36 (22 novembre 1995); vedi ancora Christoph Grabenwarter e Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention* § 24, par. 156 (6ª edizione, 2016); la Corte di giustizia utilizza una concezione simile ("ragionevolmente prevedibile"), vedi CGUE, causa C-102/16, *Vaditrans*, EU:C:2017:1012, sentenza del 20 dicembre 2017, par. 52; causa C-194/14 P, *AC-Treuhand*, EU:C:2015:717, sentenza del 22 ottobre 2015, causa C-189/02 P e.a., *Dansk Rørindustri e.a./Commissione*, EU:C:2005:408, sentenza del 28 giugno 2005, par. 217 e ss.; Albin Eser, *Art. 49*, in *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* par. 25 (Jürgen Meyer ed., 4ª edizione, 2014).

Un'obiezione fondamentale a queste conclusioni potrebbe essere sollevata: la responsabilità penale dei giudici per le violazioni del diritto dell'Unione potrebbe essere intesa come un'inammissibile armonizzazione del diritto penale sostanziale degli Stati membri e avere implicazioni imprevedibili per le relazioni tra i giudici nazionali e l'ordinamento giuridico dell'Unione. Tuttavia, questa obiezione non è convincente. Da un lato, la responsabilità penale dei giudici, come indicato sopra, è limitata ai casi estremi e si applica solo in condizioni molto ristrette. Dall'altro lato, l'esercizio della giustizia penale rimane saldamente nelle mani degli Stati membri. La presente proposta non modifica questo aspetto. Procedimenti penali contro i giudici che violano deliberatamente i valori dell'Unione fanno parte di un processo *nazionale*. Tali processi sono condotti dinanzi ai tribunali *nazionali* conformemente al diritto penale *nazionale*. Non esiste pertanto alcuna armonizzazione del diritto penale sostanziale. Si tratta semplicemente di un'applicazione dei principi di equivalenza e di efficacia.

Certo, sembra piuttosto improbabile che giudici o politici che intenzionalmente mettono a tacere i critici si troveranno ad affrontare un procedimento in tempi brevi. Ma nessun governo dura per sempre. Funzionari pubblici di parte possono essere ritenuti responsabili una volta che il panorama politico è cambiato. Tali procedimenti penali non costituiscono una "giustizia del vincitore" inaccettabile se vengono istruiti in modo tale da rispettare i valori comuni dell'Unione<sup>46</sup>. In tal caso potrebbero essere uno strumento importante per ristabilire un sistema giudiziario in linea con lo stato di diritto<sup>47</sup>. Certamente, le tendenze illiberali in Polonia o Ungheria non sono ancora vicine al livello di ingiustizia dei regimi totalitari. A questo proposito, possiamo solo sperare che la nostra conclusione finale rimanga un ipotetico esperimento di pensiero e che la persecuzione dei critici governativi non sviluppi tratti sistematici. Se ciò dovesse accadere, tuttavia, il diritto dell'Unione e (a lungo termine) il diritto penale nazionale costituiranno i punti di partenza per una risposta forte.

---

<sup>46</sup> Sui rischi di strumentalizzazione di tali procedimenti, si veda Ingo Müller, *Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestands zu politischen Zwecken*, 17 *Kritische Justiz* 119 (1984).

<sup>47</sup> Per tali processi, vedi Albin Eser et al. (eds.), *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht: Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. Teilband 14: Transitionsstrafrecht und Vergangenheitspolitik* (2012).

### C. *Un inquadramento giuridico tramite la Dottrina Solange Ribaltata*

Le nostre proposte hanno una cosa in comune: mirano a rendere applicabili in giudizio i valori dell'articolo 2 del TUE. Tuttavia, è evidente che tali proposte hanno il potenziale di sradicare l'equilibrio stabilito dai Trattati tra l'Unione e i suoi Stati membri a scapito dell'autonomia, dell'identità e della diversità nazionali. Un massiccio spostamento di potere verso l'Unione deve essere evitato, anche perché minaccerebbe l'Unione stessa, generando forti contromisure nazionali.

Riteniamo che la dottrina *Solange* ribaltata fornisca una giustificazione e un inquadramento giuridico adeguato delle nostre proposte, in quanto riesce ad applicare in via giurisdizionale l'articolo 2 TUE contro le sfide inattese provenienti dalle tendenze autoritarie pur mantenendo l'equilibrio federale europeo, ovvero l'ordine dei compiti e delle competenze tra UE e Stati membri, alla base dell'articolo 51(1) della CDF. In un primo momento, presenteremo la dottrina *Solange* ribaltata (I.) e ci concentreremo su una delle sue premesse centrali: l'applicabilità giurisdizionale dell'articolo 2 TUE. Tenendo conto della recente giurisprudenza della CGUE, dimostreremo in che modo si può giungere a un'applicazione giudiziaria dell'articolo 2 TUE (II.). Al fine di non compromettere l'equilibrio federale, l'articolo 2 TUE è soggetto a standard sostanziali molto elevati. Inoltre, si applica una presunzione *Solange* a favore dell'ottemperanza degli Stati membri, che viene confutata solo se una soglia elevata è stata violata (III.).

#### I. *La logica e gli elementi di base della dottrina*

La dottrina *Solange* ribaltata<sup>48</sup> è nata nel 2012 per far fronte a gravi restrizioni alla libertà dei media in Ungheria dal punto di vi-

---

<sup>48</sup> Armin von Bogdandy, Matthias Kottmann, Carlino Antpöhler, Johanna Dick-schen, Simon Hentrei e Maja Smrkolj, *Reverse Solange - Protecting the Essence of Fundamental Rights Against EU Member States*, 49 *Common Mkt. L. Rev.* 489 (2012); per la versione italiana, vedi Id., "*Solange*" ribaltata. *Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, *Rivista trimestrale di Diritto pubblico* 933 (2012); Id., *A European Response to Domestic Constitutional Crisis: Advancing the Reverse Solange Doctrine*, in *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory Law and Politics in Hungary and Romania* 235 (Armin von

sta del diritto dell'Unione – restrizioni che esulavano dal campo di applicazione del CDF, ma che mettevano in discussione le stesse condizioni di adesione (articolo 49(1), TUE). La dottrina è stata concepita perché le risposte del Consiglio d'Europa sono apparse troppo deboli e una risposta tramite l'articolo 7 TUE appariva improbabile.

Dal 2012 molti sviluppi si sono succeduti. Da un lato, le misure nazionali analoghe a quelle ungheresi si sono fatte sempre più frequenti, il che equivale a una svolta illiberale più ampia. I citati procedimenti contro *Bodnar* e *Sadurski* sono solo la punta dell'iceberg. Oggi, tali misure minacciano i valori dell'Unione su scala sistemica: se non affrontati, potrebbero persino iniziare a inficiare i valori dell'articolo 2 TUE, incidendo sulla natura stessa dell'Unione<sup>49</sup>. Dall'altro lato, vi sono le pronunce innovative della CGUE che affrontano tali sviluppi, un generale approfondimento della natura costituzionale del diritto dell'Unione e un fiorire della coope-

---

Bogdandy e Pál Sonnevend eds., 2015); Armin von Bogdandy, Carlino Antpöhler e Michael Ioannidis, *Protecting EU Values: Reverse Solange and the Rule of Law Framework*, in *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance* 218 (András Jakab e Dimitry Kochenov eds., 2017). Per una valutazione, vedi il dibattito di Daniel Halberstam, András Jakab, Jan Komárek, Matthias Kumm, Peter Lindseth, Anna Katharina Mangold, Wojciech Sadurski, Pál Sonnevend, Daniel Thym, Renata Uitz, e Antje Wiener nel *Gebändigte Macht: Verfassung im Europäischen Nationalstaat* (Max Steinbeis, Alexandra Kemmerer e Christoph Möllers, eds., 2015); vedi inoltre Daniel Sarmiento e Eleanor Sharpston, *European Citizenship and Its New Union: Time to Move On?*, in *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights* 226, 240 (Dimitry Kochenov ed., 2017); Martijn van den Brink, *The Origins and the Potential Federalising Effects of the Substance of Rights Test*, in *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights* 85 (Dimitry Kochenov ed., 2017); Johanna Croon-Gestefeld, *Reverse Solange - Union Citizenship as a Detour on the Route to European Rights Protection Against National Infringements*, in *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights* 371 (Dimitry Kochenov ed., 2017); Claudio Franzius, *Grundrechtsschutz in Europa - Zwischen Selbstbehauptungen und Selbstbeschränkungen der Rechtsordnungen und ihrer Gerichte*, 75 *ZaöRV* 405 (2015); Sara Iglesias Sánchez, *Fundamental Rights and Citizenship of the Union at Crossroads: A Promising Alliance or a Dangerous Liaison?*, 20 *Eur. L. J.* 477 (2014); Matthias Klatt, *Die Praktische Konkordanz Von Kompetenzen. Entwickelt Anband der Jurisdiktionskonflikte im Europäischen Grundrechtsschutz* 395-406 (2014); Anna Margherita Russo, *La cittadinanza 'sostanziale' dell'UE alla luce della proposta del gruppo di Heidelberg: verso una 'reverse Solange'?*, 1 *Federalismi* 1 (2014); Dimitry Kochenov, *On Policing Article 2 TEU Compliance - Reverse Solange and Systemic Infringements Analyzed*, 33 *Polish Y.B. Int'l L.* 145 (2013).

<sup>49</sup> Armin von Bogdandy, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Giacomo Rugge, Maciej Taborowski e Matthias Schmidt, *Un possibile "momento costituzionale" per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, 38 *Quaderni costituzionali* 855 (2018).

razione giudiziaria nello spazio giuridico europeo. In questo contesto, la dottrina *Solange* ribaltata dà fondamento non solo alle nostre proposte ma anche alla giurisprudenza della Corte, e contrasta i timori di una possibile sottrazione indebita di competenze a danno degli Stati membri.

Fondamentalmente, la dottrina mostra come qualsiasi tribunale nello spazio giuridico europeo, compresa la Corte di giustizia, può esaminare *qualsiasi* misura nazionale basandosi sulle norme dell'articolo 2 TUE. L'idea di base è di usare il peso dell'Unione per dare sostegno alle istituzioni nazionali e ai cittadini che resistono a tali restrizioni. Per non sconvolgere l'equilibrio federale previsto dall'articolo 51 del CDF, la dottrina limita tale controllo a situazioni che minacciano norme essenziali, vale a dire i valori dell'Unione europea. Tuttavia, la dottrina prevede una *certa* applicabilità generale della Carta dei Diritti Fondamentali, in particolare nella misura in cui l'essenza di un diritto della Carta dà espressione a un valore dell'articolo 2 del TUE.

Qualsiasi dottrina *Solange*, come ad esempio la dottrina dei *controlimiti*<sup>50</sup>, riguarda l'articolazione e la protezione delle condizioni essenziali per la cooperazione tra diversi ordinamenti giuridici. In origine, questa dottrina è stata formulata da un'istituzione nazionale (il Tribunale costituzionale federale tedesco) sulla base di una costituzione nazionale (la Legge Fondamentale) contro gli atti di un ente sovranazionale (la Comunità europea)<sup>51</sup>. Peraltro, questa concezione non è limitata a questa relazione verticale ma consente un'applicazione praticamente in tutti i contesti di cooperazione tra ordinamenti giuridici<sup>52</sup>. In questo senso, la logica può essere appli-

<sup>50</sup> Vedi ad es. Corte Costituzionale, sentenza del 18 dicembre 1973, Frontini, 183/1973, par. 9; sentenza del 5 giugno 1984, Granital, 170/1984, par. 7; sentenza del 15 dicembre 1988, 1146/1988, par. 2.1.; sentenza del 13 aprile 1989, Fragd, 232/1989, par. 3.1; più recentemente, cfr. sentenza del 19 marzo 2001, 73/2001, punto 3.1; sentenza del 4 luglio 2007, 284/2007, par. 3; sentenza del 13 febbraio 2008, 102/2008, par. 8.2.8.1. e l'ordinanza del 23 novembre 2016, del 24/2017, par. 7 che rinvia il caso Taricco alla CGUE.

<sup>51</sup> Bundesverfassungsgericht [BVerfG], sentenza del 29 maggio 1974, Solange I, 2 BvL 52/71, par. 62; sentenza del 22 ottobre 1986, Solange II, 2 BvR 197/83, par. 132; sentenza del 7 giugno 2000, Bananenmarkt, 2 BvL 1/97, par. 57.

<sup>52</sup> Antonios Tzanakopoulos, *Judicial dialogue in multilevel governance: the impact of the Solange Argument*, in *The Practice of International and National Courts and the (De-)fragmentation of International Law* 185 (Ole K. Fauchald e André Nollkaemper ed., 2012).

cata alla cooperazione tra Stati membri<sup>53</sup> sotto forma di dottrina *Solange orizzontale*. Come dimostrano le sentenze nei casi *Kadi*<sup>54</sup> (UE-Consiglio di sicurezza dell'ONU) o *Bosphorus*<sup>55</sup> e *Avotins*<sup>56</sup> (CEDU-UE), la dottrina si estende anche al rapporto diagonale tra organizzazioni sovranazionali o internazionali. Una dottrina *Solange*, che si basi sull'articolo 2 TUE, riguarda le relazioni tra l'UE e i suoi Stati membri. Funziona esattamente in modo opposto rispetto al modello originale e può quindi essere indicata come dottrina *Solange* ribaltata.

Come tutte le dottrine *Solange*, la vera funzione della dottrina *Solange* ribaltata è di inquadrare la relazione fondamentale tra ordinamenti giuridici interconnessi, ma autonomi, articolando e proteggendo le condizioni essenziali per la loro cooperazione. La cooperazione può andare avanti “fintantoché” (*Solange*) questi elementi essenziali siano soddisfatti. La struttura interna della dottrine *Solange*, inclusa la *Solange* ribaltata, è composta di tre elementi. In primo luogo, applica gli standard essenziali definiti da un ordinamento giuridico (A) agli atti di un altro ordinamento giuridico (B) come requisito per la cooperazione. In secondo luogo, la dottrina presuppone che i tribunali dell'ordinamento giuridico A abbiano la competenza di esaminare gli atti dell'ordinamento giuridico B per quanto riguarda il rispetto di tali standard. In terzo luogo, basandosi sulla fondamentale decisione *Solange II* del Tribunale costituzionale federale tedesco del 1986, la maggior parte delle dottrine, compresa la dottrina *Solange* ribaltata, stabilisce nell'ordinamento giuridico A la presunzione che atti emanati dall'ordinamento giuridico B siano conformi a tali standard. Questa presunzione facilita la cooperazione, anche stabilendo soglie elevate per un'azione legale di successo all'interno dell'ordinamento giuridico A avverso atti dell'ordinamento giuridico B. Il suo stesso ideatore, il Tribunale federale tedesco, finora non ha mai interrotto la cooperazione.

La genialità della dottrina deriva dalla combinazione di due logiche apparentemente opposte: da un lato la premessa pluralista

<sup>53</sup> Iris Canor, *My Brother's keeper? Horizontal Solange: 'An ever closer distrust among the peoples of Europe'*, 50 *Common Mkt, L. Rev.* 383 (2013).

<sup>54</sup> CGUE, cause C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi*, EU:C:2008:461, sentenza del 3 settembre 2008.

<sup>55</sup> Corte EDU [GC], *Bosphorus/Irlanda*, n. 45036/98 (30 giugno 2005).

<sup>56</sup> Corte EDU [GC], *Avotiņš /Lettonia*, n. 17502/07 (23 maggio 2016).

che gli ordinamenti giuridici che collaborano rimangano diversi; dall'altro la premessa costituzionale e persino assiologica che non si possa rinunciare ad alcuni standard. In che modo la dottrina raggiunge questo equilibrio? In primo luogo, fissando una soglia elevata per confutare la presunzione di conformità, e in secondo luogo, concentrandosi solo sui *presupposti essenziali* per la cooperazione, vale a dire il “*Geschäftsgrundlage*” (base procedurale) sul quale si svolge la cooperazione effettiva. Per quanto riguarda l'UE e i suoi Stati membri ciò include in particolare le condizioni di adesione stabilite agli articoli 2 e 49 TUE. Di conseguenza, *Solange* ribaltata esamina gli Stati membri con una logica diversa rispetto alla Carta dei Diritti Fondamentali. La logica dominante dell'applicazione di quest'ultima agli Stati membri è quella di salvaguardare l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione<sup>57</sup>. In questo senso, è aumentata la sua applicazione nelle azioni giuridiche fondate sul diritto dell'Unione. Al contrario, la dottrina *Solange* ribaltata riguarda gli *elementi essenziali* su cui si basano tali operazioni quotidiane (articoli 2 e 49 TUE). Si applica solo in *circostanze eccezionali*.

Per quanto riguarda i diritti fondamentali dell'UE, la dottrina *Solange* ribaltata opera come segue: al di là dell'ambito di applicazione dell'articolo 51(1) della CDF, ogni Stato membro rimane autonomo nella sua protezione dei diritti fondamentali “*fintantoché*” (*Solange*) si presume che rispetti l'essenza dei diritti fondamentali di cui all'articolo 2 del TUE. Tutti i giudici dell'Unione Europea sono competenti a sorvegliare questa presunzione. Se la presunzione viene meno, si applicano i meccanismi dell'UE per la protezione dei valori comuni dell'Unione.

La dottrina si basa però su una premessa fondamentale: presuppone l'applicabilità giurisdizionale dei valori dell'articolo 2 del

---

<sup>57</sup> Secondo la Corte, lo scopo della Carta sarebbe principalmente quello di “evitare una situazione in cui il livello di protezione dei diritti fondamentali varia a seconda della legislazione nazionale coinvolta così da minare l'unità, il primato e l'efficacia del diritto dell'UE”, si veda CGUE, causa C-399/11, Melloni, EU:C:2013: 107, sentenza del 16 febbraio 2013, par. 60; causa C-206/13, Siragusa, EU:C:2014:126, sentenza del 6 marzo 2014, par. 32; vedi in questo senso la tanto citata critica di Jason Coppel e Aidan O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, 29 *Common Mkt. L. Rev.* 669, 670 (1992); vedi inoltre Eleanor Spaventa, *The Interpretation of Article 51 of the EU Charter of Fundamental Rights*, European Parliament, *Peti Committee* (2016), a 21; Michael Dougan, *Judicial Review of Member State Action Under the General Principle and the Charter: Defining the “Scope of Union Law”*, 52 *Common Mkt. L. Rev.* 1201, 1240 (2015).

TUE. Tale applicazione non è scontata e deve essere vagliata con cura. Sebbene non sia contestato che i valori dell'articolo 2 del TUE si applichino a *qualsiasi* atto di qualsiasi Stato membro<sup>58</sup> indipendentemente da *qualsiasi* altro collegamento con il diritto dell'UE, è molto meno chiaro se – ed eventualmente come – i valori dell'articolo 2 del TUE abbiano effetti giuridici e giustiziabili. Il paragrafo seguente affronterà queste incertezze e dimostrerà come va costruita l'applicabilità giurisdizionale dei valori dell'Unione.

## II. *L'applicabilità giurisdizionale dei valori dell'articolo 2 del TUE*

### 1. *Questioni di metodo*

Non è immediatamente evidente che i valori dell'articolo 2 del TUE determinino effetti giuridici in via giurisdizionale. Vi è addirittura chi dubita del loro status di *diritto*<sup>59</sup>. Alla luce dell'articolo 3(1), 7 o 49(1) TUE, tali dubbi non sono convincenti. I valori dell'articolo 2 TUE sono enunciati nella parte operativa di un testo *giuridico* – il TUE. Essi sono applicati attraverso procedure disciplinate dal *diritto* (cfr. articolo 7, articolo 13(1) o articolo 49(1) del TUE) e la loro inosservanza comporta sanzioni, che sono di natura *giuridica*. Infatti, la struttura giuridica dei valori dell'Unione sembra quasi inevitabile: lo Stato di diritto presuppone che i requisiti nor-

<sup>58</sup> Cfr. Commissione europea, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, COM(2014) 158, a 5; Council of the European Union, Opinion of the Legal Service: Commission's Communication on a new EU Framework to strengthen the Rule of Law: compatibility with the Treaties, 10296/14, par. 17; vedi già Commissione europea, Comunicazione in merito all'articolo 7 del trattato sull'Unione europea - Rispettare e promuovere i valori sui quali è fondata l'Unione (15 ottobre 2003), COM(2003) 606 final, a 5; Convenzione europea, Progetto di articoli da 1 a 16 del trattato costituzionale (6 Febbraio 2003), CONV 528/03, a 11; vedi inoltre dalla dottrina, per esempio Meinhard Hilf e Frank Schorkopf, *Art. 2 EUV*, in Grabitz, Hilf e Nettesheim, *supra* nota 40, al par. 18; Christian Calliess, *Art. 2 EUV*, in *EUV/AEUV* par. 10 (Christian Calliess e Matthias Ruffert eds., 5<sup>a</sup> edizione, 2016); Frank Schorkopf, *Homogenität in der Europäischen Union* 69 e seg. (2000).

<sup>59</sup> Tali incertezze sono innescate innanzitutto dalla Commissione stessa, Commissione europea, *supra* nota 1, al par. 1: "La Commissione, *oltre* (!) al suo compito di garantire il rispetto del *diritto* dell'UE, è anche responsabile ... di garantire i *valori* comuni dell'Unione" (enfasi nostra); vedi ad es. Christoph Möllers e Linda Schneider, *Demokratiesicherung in der Europäischen Union* 125 (2018) i quali dubitano che sia possibile derivare un "obbligo giuridico" dai "valori"; in modo simile Egils Levits, *L'Union européenne en tant que communauté de valeurs partagées*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano* 509 (2018).

mativi imposti dalle istituzioni pubbliche siano sanciti sotto forma di diritto. Pertanto, i valori di cui all'articolo 2 del TUE fanno necessariamente parte del *diritto* dell'UE.

Certamente, i valori contenuti nell'Articolo 2 sono vaghi e aperti<sup>60</sup>. Pertanto, l'articolo 2 TUE non soddisfa i criteri stabiliti dalla dottrina originale dell'effetto diretto che richiede che una disposizione del Trattato sia precisa, chiara e incondizionata<sup>61</sup>. Tuttavia, con il rafforzamento dell'integrazione giuridica, questi requisiti sono stati successivamente attenuati. Oggi, la giurisprudenza della CGUE si basa sulla presunzione, condivisa dai giudici nazionali, secondo cui con le disposizioni del diritto dell'UE sono, di norma, direttamente applicabili<sup>62</sup>. Tuttavia, non pretendiamo che tutti i valori dell'articolo 2 del TUE siano *direttamente* applicabili in quanto tali. Piuttosto, seguendo la giurisprudenza pertinente e un percorso più cauto, suggeriamo di applicare l'articolo 2 TUE solo in combinazione con altre disposizioni del Trattato<sup>63</sup>.

In effetti, per evitare di applicare direttamente l'articolo 2 TUE, la proposta iniziale della dottrina *Solange* ribaltata si basava sull'articolo 20 TFUE direttamente applicabile, come interpretata dalla CGUE nella sua giurisprudenza sulla cittadinanza inculminata

---

<sup>60</sup> Nel dettaglio, vedi Felix Hanschmann, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft* 259 e ss. (2008); Armin von Bogdandy, *Founding Principles*, in *Principles of European Constitutional Law* 11 (Jürgen Bast e Armin von Bogdandy ed., 2<sup>a</sup> edizione, 2010); Dimitry Kochenov, *The Acquis and Its Principles, The Enforcement of the "Law" versus the Enforcement of "Values" in the EU*, in *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance* 9 (András Jakab e Dimitry Kochenov eds., 2017); Gabriel Toggenburg, *Cultural Diversity at the Background of the European Debate on Values*, in *European Constitutional Values and Cultural Diversity* 9, 13 (Francesco Palermo e Gabriel Toggenburg eds., 2003); sulla necessità di un insieme di valori "non controverso" e quindi deliberatamente aperto, vedi Convenzione europea, *supra* nota 58.

<sup>61</sup> CGUE, causa C-26/62, van Gend en Loos, EU:C:1963:1; sentenza del 5 febbraio 1963; sullo stato dell'arte, vedi Paul Craig e Grainne De Búrca, *EU Law* 192 (6<sup>a</sup> edizione, 2015).

<sup>62</sup> In dettaglio, si veda Christian Wohlfahrt, *Die Vermutung Unmittelbarer Wirkung Des Unionsrechts. Ein Plädoyer für die Aufgabe der Kriterien Hinreichender Genauigkeit und Unbedingtheit* (2016). Esistono delle eccezioni all'effetto diretto, ma sono appunto delle eccezioni.

<sup>63</sup> Un rinvio pregiudiziale di un tribunale bulgaro ci offre l'opportunità di chiarire tali questioni. La questione è se un tribunale di uno Stato membro possa "invocare e applicare direttamente l'articolo 2 TUE" se dovesse rilevare che una legge nazionale viola un valore dell'Unione; vedi *Corporate Commercial Bank en liquidation*, C-647/18.

nel caso *Ruiz Zambrano*. In questa decisione, la Corte ha stabilito che i cittadini dell'Unione possono invocare la "sostanza" dei loro diritti di cittadinanza anche in situazioni prive di elementi transfrontalieri<sup>64</sup>. La nostra idea chiave era di interpretare questa "sostanza" di cittadinanza come comprendente l'"essenza" dei diritti umani sanciti dall'articolo 2 del TUE<sup>65</sup>. Senza basarsi *direttamente* sull'articolo 2 TUE, la Corte sarebbe stata *indirettamente* autorizzata a valutare il rispetto dei valori negli Stati membri come parte della "sostanza" della cittadinanza dell'Unione. Ciò ha fornito la via per applicare in via giurisdizionale la decisione dei costituenti di cui all'articolo 2 del TUE, nel rispetto dei limiti sanciti dall'articolo 51(1) della CDF.

All'epoca, ci si aspettava che la Corte sviluppasse ulteriormente la sua giurisprudenza sulla cittadinanza e quindi rafforzasse questo "gancio" giurisprudenziale della dottrina *Solange* ribaltata. Questo non è successo<sup>66</sup>. Piuttosto, in un modo che alcuni studiosi hanno definito persino "reazionario"<sup>67</sup>, la Corte ha iniziato a interpretare la "sostanza" dei diritti dei cittadini<sup>68</sup> e il loro diritto alla pa-

<sup>64</sup> CGUE, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, EU:C:2011:124, sentenza dell'8 marzo 2011, par. 42. Questo diventa più chiaro nella versione inglese ("substance"), tedesca ("Kernbereich") e francese ("l'essentiel"). La versione italiana è meno chiara: "godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro status di cittadini dell'UE".

<sup>65</sup> Per le prime proposte di collegamento dei diritti fondamentali alla cittadinanza, si veda il parere dell'Avvocato generale Jacobs, causa C-168/91, *Konstantinidis*, EU:C:1992:504 (9 Dicembre 1992), par. 46; Avvocato generale Maduro, causa C-380/05, *Centro Europa 7*, EU:C:2007:505 (12 settembre 2007), par. 16-22; Avvocato generale Colomer, causa C-228/07, *Petersen*, EU:C:2008:281 (15 maggio 2008), par. 27; si veda inoltre Siofra O'Leary, *The Relation Between Community Citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law*, 32 *Common Mkt. L. Rev.* 540 (1995); scettico, Martijn van den Brink, *EU citizenship and (fundamental) rights: Empirical, normative, and conceptual problems*, 25 *Eur. L. J.* 21 (2019).

<sup>66</sup> Per una forte critica al collegamento tra diritti fondamentali e cittadinanza, Koen Lenaerts e José A. Gutiérrez-Fons, *Epilogue on EU Citizenship: Hopes and Fears?*, in *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights* 751, 771 e ss. (Dimitry Kochenov ed., 2017); Koen Lenaerts, *EU Citizenship and Democracy*, 7 *New J. Eur. Criminal L.* 164, 171 (2016); Id., *Linking EU Citizenship to Democracy*, 11 *Croatian Y.B. Eur. L. & Pol'y* VII, XVI (2015).

<sup>67</sup> Eleanor Spaventa, *Earned Citizenship - Understanding Union Citizenship through its Scope*, in *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights* 204, 205 (Dimitry Kochenov ed., 2017).

<sup>68</sup> CGUE, causa C-256/11, *Dereci*, EU:C:2011:734, sentenza del 15 novembre 2011, par. 64; causa C-434/09, *McCarthy*, EU:C:2011:277, sentenza del 5 maggio 2011; causa C-87/12, *Ymeraga*, EU:C:2013:291, sentenza dell'8 maggio 2013, par. 37; causa C-40/11, *Iida*, EU:C:2012:69, sentenza del 18 novembre 2012, par. 72; per una visione

rità di trattamento in modo restrittivo<sup>69</sup>. Di conseguenza, un forte “gancio” giurisprudenziale per la dottrina *Solange* ribaltata deve essere trovato altrove. Fortunatamente, ciò non è difficile. Di seguito, dimostreremo che la Corte è stata tutt'altro che inattiva quando si è trattato di applicare l'articolo 2 TUE.

Come indicato, la Corte ha recentemente iniziato ad integrare la tradizionale logica di fondo dell'Unione, piuttosto orientata in modo funzionale – costituita da autonomia, effetto diretto, primato ed *effet utile* – con una più normativa, genuinamente costituzionale, persino assiologica: nel parere 2/13 e nelle sentenze di *ASJP*, *Achmea*, *LM*, *Commissione/Polonia* e *Wightman*, i “valori” sono al centro della scena. Il riferimento all'articolo 2 del TUE va ben oltre un abbellimento stilistico o una semplice “iconografia costituzionale”<sup>70</sup>: ciò a cui possiamo assistere è l'attivazione dei valori dell'articolo 2 del TUE di fronte a sfide inaspettate. Attualmente l'edificio del diritto dell'Unione poggia su due pilastri: funzionale e assiologico. Soprattutto la decisione nel caso *ASJP* rappresenta un vero trampolino di lancio verso una “Unione di valori”, di rilievo pari a quello delle decisioni nei casi *van Gend en Loos* e *Costa/ENEL*. Per respingere possibili critiche sul fatto che ciò potrebbe trasformare l'articolo 2 TUE nel nucleo indipendente e imprevedibile di una costituzione centripeta che rischia di “fagocitare” gli Stati membri, la Corte associa l'articolo 2 ad altre disposizioni del Trattato. Ciò porta a un effetto molto più prevedibile, ma comunque potente

---

critica, si veda Alina Tryfonidou, (*Further Signs of a Turn of the Tide in CJEU's Citizenship Jurisprudence*, 20 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 302 (2013); Spaventa, *supra* nota 67, a 208-221.

<sup>69</sup> Vedi ad es. CGUE, causa C-333/13, *Dano*, EU:C:2014:2358, sentenza dell'11 novembre 2014; causa C-67/14, *Alimanovic*, EU:C:2015:597, sentenza del 15 settembre 2015; causa C-308/14, *Commissione/Regno Unito*, EU:C:2016:436, sentenza del 14 giugno 2016; vedi Daniel Thym, *The Judicial Deconstruction of Union Citizenship*, in *Questioning Citizenship* 1, 2 e ss. (Daniel Thym ed., 2017); Anastasia Iliopolou-Penot, *Deconstructing the Former Edifice of Union Citizenship?*, 53 *Common Mkt. L. Rev.* 1007, 1015 (2016); Anuscheh Farahat, *Solidarität und Inklusion: Umstrittene Dimensionen der Unionsbürgerschaft*, 69 *Die Öffentliche Verwaltung* 45 (2016); per possibili spiegazioni, vedi Michael Blauburger et al., *ECJ Judges read the morning papers. Explaining the turnaround of European citizenship jurisprudence*, 25 *J. Eur. Pub. Pol'y* 1422 (2018); Urška Šadl e Mikael Madsen, *Did the financial crisis change European citizenship law? An analysis of citizenship rights adjudication before and after the financial crisis*, 22 *Eur. L. J.* 40 (2016).

<sup>70</sup> Prendendo in prestito un'espressione di Joseph H.H. Weiler, *On the Power of the Word: Europe's constitutional iconography*, 3 *Int'l J. Const. L.* 173 (2005).

contro le tendenze illiberali attraverso la “amplificazione reciproca” di disposizioni abbinata<sup>71</sup>.

Ma la dinamica espansiva dell’“amplificazione reciproca” pone la questione di capire se tale interpretazione delle disposizioni della UE rientri nei limiti del diritto. Tuttavia, interpretare qualsiasi disposizione di un ordinamento giuridico in maniera conforme ad altre disposizioni, e in particolare alla luce dei suoi principi di base, è parte integrante del metodo consolidato di interpretazione sistematica (o contestuale)<sup>72</sup>. Se ciò porta a un’evoluzione dinamica della legge, in particolare da parte di un tribunale apicale, è prevedibile che essa avvenga in una società dinamica in una situazione in cui il suo sistema giuridico si trova ad affrontare sfide senza precedenti. Un’interpretazione del diritto dell’UE, compreso il diritto primario dell’UE, alla luce dei valori dell’articolo 2 del TUE è un metodo conforme all’articolo 19(1)(1) del TUE. Il modo in cui precisamente opera la Corte può essere meglio dimostrato con l’analisi della sua decisione nel caso *ASJP*.

## 2. *Un’interpretazione orientata ai valori*

Il caso *ASJP* riguardava la riduzione delle retribuzioni dei giudici portoghesi sulla base di un protocollo d’intesa concluso nel contesto della crisi dell’Eurozona. Un tribunale portoghese aveva chiesto alla CGUE se questa riduzione salariale violasse l’indipendenza giudiziaria<sup>73</sup>. La situazione non rientrava nell’ambito di applicazione della Carta (e in particolare dell’articolo 47 del CDF) e era presumibilmente al di fuori del campo di applicazione del diritto dell’UE. In questo senso, la Corte avrebbe potuto dichiarare la causa irricevibile e *ASJP* sarebbe scomparsa discretamente come un altro chiarimento della giurisprudenza post-*Åkerberg Fransson*. Eppure, non è ciò che è successo. La Corte si è basata sull’articolo 19(1)(2) del TUE, ai sensi del quale “Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale”.

<sup>71</sup> Per una prima articolazione di questa idea, Luke D. Spieker, *Breathing Life into the Union’s Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis*, 20 *German L. J.* 1182, 1205 (2019).

<sup>72</sup> Koen Lenaerts e José A. Gutierrez-Fons, *To Say what the Law of the EU is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, 20 *Columbia J. Eur. L.* 3, 17 (2014). In tedesco, viene anche chiamata *rechtsgrundsatzkonforme Auslegung*, Sebastian A.E. Martens, *Methodenlehre des Unionsrechts* 443 (2013).

<sup>73</sup> Per un’analisi comparativa approfondita, vedi Seibert-Fohr, *supra* nota 35.

zionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione". Una tutela giurisdizionale effettiva, così afferma la Corte, presuppone un potere giudiziario indipendente. Letto in quest'ottica, l'articolo 19(1)(2) del TUE contiene un obbligo generale per gli Stati membri di assicurare l'indipendenza giudiziaria "nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione"<sup>74</sup>.

Questi "settori" sono molto ampi. È importante sottolineare che la Corte applica l'articolo 19(1)(2) del TUE "indipendentemente dalla situazione in cui gli Stati membri attuano tale diritto, ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta"<sup>75</sup>. L'articolo 19(1)(2) del TUE ha quindi un campo di applicazione più ampio rispetto alla Carta<sup>76</sup>. Mentre la Carta è limitata a una situazione di *concreta* applicazione del diritto dell'UE<sup>77</sup>, l'articolo 19(1)(2) del TUE riguarda tutti i "settori disciplinati dal diritto dell'Unione". Sottolineando questa differenza semantica, l'articolo 19 TUE, nella lettura della Corte, coinvolge *qualsiasi* tribunale nazionale che ad un certo

<sup>74</sup> Associação Sindical dos Juizes Portugueses, causa C-64/16, par. 36.

<sup>75</sup> Id., par. 29 (corsivo nostro).

<sup>76</sup> Vedi per questa interpretazione Koen Lenaerts, *On Judicial Independence and the Quest for National, Supranational and Transnational Justice*, in *The Art of Judicial Reasoning. Festschrift in Honour of Carl Baudenbacher* 155 (Gunnar Selvik et al. eds., 2019); Id., *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, 38 *Y.B. Eur. L.* (2019); Thomas von Danwitz, *Values and the rule of law: Foundation of the European Union - an inside perspective from the ECJ*, *Revue du Droit de l'Union Européenne* 263 (2018)(4); Egils Levits, *Die Europäische Union als Wertegemeinschaft*, in *Europa 4.0* 239, 262 (Thomas Jaeger ed., 2018); vedi inoltre Laurent Pech e Sébastien Platon, *Judicial Independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, 55 *Common Mkt. L. Rev.* 1827, 1837 (2018); Matteo Bonelli e Monica Claes, *Judicial serendipity: How Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, 14 *Eur. Const. L. Rev.* 622, 630-632 (2018); Alberto Miglio, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, 12 *Diritti umani e Diritto internazionale* 421, 426 (2018); Thomas Giegerich, *Die Unabhängigkeit der Gerichte als Strukturvorgabe der Unionsverfassung und ihr effektiver Schutz vor autoritären Versuchungen in den Mitgliedstaaten*, 22 *ZEuS* 61, 76 (2019).

<sup>77</sup> Vedi ad es. Martin Borowsky, *Art. 51 - Anwendungsbereich*, in Meyer, *supra* nota 45, al par. 30b; Thomas von Danwitz e Katharina Paraschas, *A Fresh Start for the Charter*, 35 *Fordham Int'l L. J.* 1396, 1409 (2012); Allan Rosas, *When is the EU Charter of Fundamental Rights Applicable at National Level?*, 19 *Jurisprudence* 1269, 1284 (2012); Marek Safjan, *Fields of application of the Charter of Fundamental Rights and constitutional dialogues in the European Union*, *EUI Distinguished Lecture 2014/02*, a 4; Daniel Sarmiento, *Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, 50 *Common Mkt. L. Rev.* 1267, 1280 (2013); Clemens Ladenburger, *European Union Institutional Report*, in *Protection of Fundamental Rights Post-lisbon. Reports of the XXV Fide Congress* 141, 163 (Julia Laffranque ed., 2012).

punto potrebbe utilizzare il meccanismo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE: "tale meccanismo può essere attivato unicamente da un organo, incaricato di applicare il diritto dell'Unione, che soddisfi, segnatamente, tale criterio di indipendenza"<sup>78</sup>. "[I]ncaricato di applicare il diritto dell'Unione" include tutte le autorità che si trovano *potenzialmente* nella situazione di applicare tale diritto<sup>79</sup>. Dato l'ampiezza attuale del diritto dell'Unione, è difficile immaginare che un giudice di uno Stato membro si trovi al di fuori di questi "settori". Pertanto, l'intero potere giudiziario deve essere in linea con il valore europeo dello stato di diritto.

Questa interpretazione epocale necessita di giustificazioni al di là della sua compatibilità semantica con l'articolo 19(1)(2) del TUE. In effetti, il caso *ASJP* può essere ricostruito dottrinarmente sia in base alla logica *funzionale* che a quella *assiologica* dell'Unione.

La Corte si avvale certamente dell'affermata logica dell'*effet utile* per giustificare l'ampio campo di applicazione dell'articolo 19(1)(2) del TUE. In primo luogo, la Corte si riferisce al funzionamento della procedura di rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE. I tribunali nazionali hanno una posizione indispensabile nell'applicazione effettiva e uniforme del diritto dell'UE<sup>80</sup>. Poiché sono tenuti ad applicare il diritto dell'UE in caso di contrasto col diritto nazionale, essi sono anche "tribunali dell'Unione"<sup>81</sup>. Tale sistema, tuttavia, non può funzionare se i tribunali degli Stati membri non sono indipendenti: non a caso, un criterio chiave per il rinvio pregiudiziale alla CGUE è sempre stata l'"indipendenza" del tribunale<sup>82</sup>. In secondo luogo, la logica alla base dell'articolo 19(1)(2) del

<sup>78</sup> Associação Sindical dos Juizes Portugueses, causa C-64/16, par. 43 (corsivo nostro).

<sup>79</sup> Vedi allo stesso modo l'interpretazione di von Danwitz, *supra* nota 76.

<sup>80</sup> Vedi van Gend en Loos, causa C-26/62; per quanto riguarda la posizione essenziale di rinvio pregiudiziale di riferimento nell'ordinamento giuridico dell'UE, vedi inoltre Achmea, causa C-284/16, par. 36; Adesione dell'UE alla CEDU, parere 2/13, par. 176; parere 1/09, Sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti, EU:C:2011:123, parere dell'8 marzo 2011, par. 84-85.

<sup>81</sup> Cfr. CGUE, causa C-106/77, Simmenthal, EU:C:1978:49, sentenza del 9 marzo 1978; causa C-294/83, Les Verts, EU:C:1986:166, sentenza del 23 aprile 1986; più recentemente Sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti, parere 1/09, par. 80; vedi su questo Allan Rosas, *The National Judge as EU Judge*, in *Constitutionalising the EU Judicial System* 105 (Pascal Cardonnel, Allan Rosas e Nils Wahl eds., 2012).

<sup>82</sup> Per i casi in cui la CGUE ha effettivamente valutato l'indipendenza dell'istituzione che ha fatto rinvio davanti ad essa, cfr. CGUE, causa C-203/14, Consorci Sa-

TUE sostiene le conclusioni della Corte<sup>83</sup>. Vi sono state importanti critiche secondo cui gli ostacoli alla protezione giuridica del singolo ai sensi dell'articolo 263(4), TFUE sono troppo elevati<sup>84</sup>. Invece di allentare questi criteri di *locus standi*, gli estensori del Trattato di Lisbona hanno optato per un sistema giurisdizionale decentralizzato rafforzato basato sulla cooperazione tra CGUE e i giudici nazionali<sup>85</sup>. I singoli non hanno generalmente accesso diretto alla "giustizia sovranazionale"<sup>86</sup>, ma devono rivolgersi ai tribunali degli Stati membri. La funzione di cui all'articolo 19(1)(2) TUE è di garantire che questo sistema giudiziario multilivello funzioni e che non si creino lacune nella tutela giurisdizionale all'interno dello spazio giuridico dell'UE<sup>87</sup>. Ciò implica l'esistenza di standard sovranazionali riguardanti il potere giudiziario nazionale, i suoi rimedi e procedimenti<sup>88</sup>. Letta in questa luce funzionalista, si potrebbe considerare la decisione nel caso *ASJP* come importante, ma convenzionale, "business as usual"<sup>89</sup>.

Tuttavia, tale lettura trascura l'ulteriore giustificazione assiologica della Corte per l'ampio campo di applicazione dell'articolo

---

nitari del Maresme, EU:C:2015:664, sentenza di ottobre 2015, par. 19; causa C-222/13, TDC, EU:C:2014:2265, sentenza di ottobre 2014, par. 28-36; cause C-58/13 e C-59/13, Torresi, EU:C:2014:2088, sentenza del 17 luglio 2014, par. 18-25; causa C-109/07, Pilato, EU:C:2008:274, ordinanza del 14 maggio 2008, par. 21-30; causa C-506/04, Wilson, EU:C:2006:587, sentenza del 19 settembre 2006, par. 49 e ss.; causa C-53/03, Syfait, EU:C:2005:333, sentenza del 31 maggio 2005, par. 29, 31; causa C-516/99, Schmid, EU:C:2002:313, sentenza del 30 maggio 2002, par. 35 e ss.; causa C-407/98, Abrahamsson e Anderson, EU:C:2000:367, sentenza del 6 luglio 2000, par. 29-37; causa C-103/97, Köllensperger e Atzwanger, EU:C:1999:52, sentenza del 4 febbraio 1999, par. 19-24; causa C-54/96, Dorsch Consult, EU:C:1997:413, sentenza del 17 settembre 1997, par. 34-36; più in generale, vedi Broberg e Fenger, *supra* nota 40, a 62 e ss.

<sup>83</sup> Michal Krajewski, *Who is Afraid of the European Council? The Court of Justice's Cautious Approach to Independence of Domestic Judges*, 14 *Eur. Const. L. Rev.* 792, 808 e ss. (2018); Pech e Platon, *supra* nota 76, a 1835-1836.

<sup>84</sup> Parere dell'Avvocato generale Jacobs, causa C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio, EU:C:2002:197 (21 marzo 2002), par. 36-49.

<sup>85</sup> Takis Tridimas, *The Court of Justice in the European Union*, in *Oxford Principles of the Europe Union Law* 581, 582-584 (Robert Schütze e Takis Tridimas eds., 2018).

<sup>86</sup> Lenaerts, *supra* nota 76, a 158.

<sup>87</sup> Vedi Koen Lenaerts, *The Rule of Law and Coherence of the Judicial System of the European Union*, 44 *Common Mkt. L. Rev.* 1625, 1629-1630 (2007).

<sup>88</sup> Cfr. Thomas Jaeger, *Gerichtsorganisation und EU-Recht: Eine Standortbestimmung*, 53 *Europarecht* 611, 615 e ss. (2018).

<sup>89</sup> Stephan Schill e Christoph Krenn, *Art. 4 EUV*, in Grabitz, Hilf e Nettesheim, *supra* nota 40, ai par. 102 e ss.; Jaeger, *supra* nota 88, a 615 e ss.

19(1)(2). La Corte afferma che “[l]’articolo 19 TUE, ... *concretizza* il valore dello Stato di diritto affermato all’articolo 2 TUE”<sup>90</sup>. Pertanto, la Corte interpreta l’articolo 19 del TUE alla luce dei valori contenuti nell’articolo 2 (in questo caso lo stato di diritto) in modo simile a come l’iniziale dottrina *Solange* ribaltata ha interpretato l’articolo 20 TFUE. Attraverso questo collegamento, l’apparentemente vago articolo 2 TUE diventa rilevante. Viene applicato indirettamente tramite una norma contenente un obbligo specifico per gli Stati membri (l’articolo 19 TUE)<sup>91</sup>. La Corte evita il rischio di possibili contenziosi derivanti da un’applicazione dell’articolo 2 TUE come disposizione indipendente<sup>92</sup>. La brillante soluzione sta nel combinare due disposizioni<sup>93</sup>. I valori di cui all’articolo 2 ottengono effetti giuridici attraverso un’interpretazione orientata ai valori di una disposizione direttamente applicabile, che, a sua volta, viene letta in maniera più ampia in quanto espressione del valore in questione. Come funziona concretamente?

A prima vista, il campo di applicazione dell’articolo 2 dipenderebbe dal campo di applicazione della *disposizione che concretizza l’articolo 2*. Se un valore fosse concretizzato dall’articolo 19(1)(2) TUE, esso sarebbe limitato ai “settori disciplinati dal diritto dell’Unione”. Quindi, a prima vista, sembra che questa operazione non aiuti a proteggere il ruolo dell’articolo 2 per *qualunque* provvedimento nazionale<sup>94</sup>.

Tuttavia, nel caso *ASJP* la Corte fa derivare gli standard dell’indipendenza giudiziaria dall’articolo 19(1)(2) TUE, che sono suscetti-

<sup>90</sup> Associação Sindical dos Juizes Portugueses, causa C-64/16, par. 32.

<sup>91</sup> von Bogdandy, Bogdanowicz, Canor, Rugge, Taborowski e Schmidt, *supra* nota 49, a 985.

<sup>92</sup> Per un approccio basato direttamente sull’articolo 2 del TUE, ma specificato tramite i Criteri di Copenaghen e l’interpretazione giurisdizionale, si veda Christophe Hillion, *Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means*, in *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* 59, 66 (Carlos Closa e Dimitry Kochenov eds., 2016) 66; inoltre, vedi Kim Lane Scheppele, *Enforcing the Basic Principles of EU Law through Systemic Infringement Actions*, in *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union* 105 (Carlos Closa e Dimitry Kochenov eds., 2016); Vassilios Skouris, *Demokratie und Rechtsstaat. Europäische Union in der Krise?* 50 (2018).

<sup>93</sup> Carlos Closa e Dimitry Kochenov, *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union: Key Options*, in *Strengthening the Rule of Law in Europe* 173, 182-184 (Werner Schroeder ed., 2016); Laurent Pech et al., *An EU Mechanism on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights*, *European Parliament - EPRS* (April 2016), a 198; Enzo Cannizzaro, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell’Unione europea*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano* 159 (2018).

<sup>94</sup> Vedi *supra* nota 58.

bili di applicarsi a *qualsiasi* tribunale di uno Stato membro. Perché? Un'interpretazione orientata ai valori ha l'effetto di giustificare una lettura così ampia ed impegnativa di una disposizione. Questo è l'effetto della "amplificazione reciproca": l'articolo 2 del TUE diventa giuridicamente applicabile essendo concretizzato da una specifica disposizione (in questo caso articolo 19(1)(2) del TUE). Allo stesso tempo, l'interpretazione orientata ai valori "valorizza" la disposizione specifica nutrendosi della natura generale e fondativa dell'articolo 2. Infine, questo effetto di valorizzazione riguarda anche il campo di applicazione della disposizione specifica.

Quindi, in questa relazione di amplificazione reciproca, le due disposizioni si rafforzano vicendevolmente. Pertanto, l'articolo 2 TUE e il suo specifico vettore possono creare obblighi giuridici per gli Stati membri in quelle che altrimenti verrebbero considerate situazioni puramente interne<sup>95</sup>. Naturalmente, tale interpretazione non può stabilire *a priori* l'applicabilità giurisdizionale di qualsiasi valore dell'articolo 2 TUE a qualsiasi provvedimento nazionale. Tuttavia, mostra come l'applicabilità giudiziaria dei valori dell'UE possa essere affermata in un caso specifico. Tutto dipende dal reperimento di una disposizione specifica che dia espressione a un valore sancito dall'articolo 2 del TUE.

La Corte ha riaffermato questo nesso intrinseco tra l'articolo 2 e una disposizione specifica del diritto dell'UE nella sentenza *Commissione/Polonia*. Ha sottolineato che "l'articolo 19 TUE ... concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE"<sup>96</sup> e che gli Stati membri devono rispettare il "diritto dell'Unione che li attua"<sup>97</sup>. Nello stesso spirito, l'Avvocato generale Tanchev ha enfatizzato che l'articolo 19(1)(2) è "una manifestazione specifica dei valori fondamentali che si riflettono nell'articolo 2 TUE"<sup>98</sup> e una "concreta espressione del valore fondamentale dello Stato di diritto sancito all'articolo 2 TUE"<sup>99</sup>. Ma a differenza della sentenza *ASJP*, la Corte ha constatato una violazione dell'articolo 19(1)(2) TUE (e im-

<sup>95</sup> Vedi già Spieker, *supra* nota 71, a 1205.

<sup>96</sup> Commissione/Polonia, causa C-619/18 R, par. 47.

<sup>97</sup> Commissione/Polonia, causa C-619/18 R, par. 43.

<sup>98</sup> Avvocato generale Tanchev, causa C-192/18, Commissione/Polonia, EU:C:2019:529 (20 giugno 2019), par. 71.

<sup>99</sup> Avvocato general Tanchev, cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, Krajowa Rada Sądownictwa (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême, EU:C:2019:551 (27 giugno 2019), par. 77.

plicitamente dell'articolo 2). In questo senso, la sentenza *ASJP* è servita da trampolino di lancio per la procedura di infrazione contro la Polonia. La sentenza *Commissione/Polonia* afferma chiaramente che la Corte è determinata a controllare e sanzionare le azioni degli Stati membri che potrebbero violare l'articolo 2 TUE.

### 3. *I valori e l'essenza dei diritti della Carta*

Il caso *ASJP* non coinvolge diritti fondamentali. Tuttavia, il meccanismo di reciproca amplificazione funziona anche nei riguardi dei diritti fondamentali, sia che ciò accada attraverso il valore del “rispetto dei diritti umani” o attraverso il valore dello “Stato di diritto”, come dimostra il caso *L.M.* In questo caso riguardante un mandato d'arresto europeo (MAE) emesso dalla Polonia, un tribunale irlandese aveva chiesto alla CGUE di interpretare i motivi che giustificassero il rifiuto di esecuzione qualora l'indipendenza del potere giudiziario nel paese di emissione fosse stata a rischio. La Corte ha applicato il suo duplice test *Aranyosi*: in primo luogo, il giudice irlandese deve determinare l'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate che sono idonee a incidere sull'indipendenza del potere giudiziario e a pregiudicare così il contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo (articolo 47 CDF). In secondo luogo, i giudici sono tenuti a valutare l'esistenza di un “rischio reale” che la persona consegnata subisca una violazione di tale diritto nei pertinenti procedimenti penali nazionali<sup>100</sup>.

Sebbene la questione della consegna del ricercato rientri chiaramente nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione definito dall'articolo 51(1) della CDF, non è lo stesso per ciò *che viene esaminato nell'ambito del test Aranyosi*. Né le riforme giudiziarie polacche né gli specifici i procedimenti penali interni mostrano un legame evidente con il diritto dell'UE. In effetti, le riforme generali e il caso penale concreto sono persino più remoti di quello che è stato l'oggetto nel caso *ASJP*: un procedimento penale polacco contro un cittadino polacco per possibili reati commessi in Polonia non rientra molto probabilmente nell'ambito dell'articolo 51 del CDF<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> Minister for Justice and Equality, causa C-216/18 PPU, par. 60, sulla decisione, vedere il simposio “The CJEU's Deficiencies Judgment” su *Verfassungsblog*, [verfassungsblog.de/category/themen/after-celmer/](http://verfassungsblog.de/category/themen/after-celmer/).

<sup>101</sup> CGUE, causa C-617/10, Åkerberg Fransson, EU:C:2013:105, sentenza del 26 febbraio 2013, par. 18 e ss.; per un tentativo di sistematizzare la tortuosa giurispru-

Tuttavia, la CGUE istruisce il tribunale irlandese sul fatto che esso può, ai sensi del diritto dell'UE, esaminare la riforma giudiziaria polacca e il suo impatto sul caso di specie<sup>102</sup>.

Alcuni studiosi leggono queste istruzioni come una questione limitata, facendo riferimento alle specificità della decisione quadro sul mandato di arresto europeo e di altri sistemi di mutuo riconoscimento<sup>103</sup>. Noi proponiamo di leggere il caso *L.M.* in maniera molto più ampia, come seguito del caso *ASJP*. In tal modo, la Corte apre la strada alla valutazione delle riforme polacche e dei procedimenti penali ai sensi dell'articolo 2 TUE in combinazione con la sostanza del diritto fondamentale di cui all'articolo 47 del CDF. Nel passaggio centrale, la CGUE stabilisce che

“il requisito dell'indipendenza dei giudici attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente, del valore dello Stato di diritto”<sup>104</sup>.

Come in precedenza in *ASJP*, la Corte stabilisce un nesso tra una disposizione specifica del diritto dell'UE (l'essenza dell'articolo 47 della CDF) e i valori dell'Unione individuati dall'articolo 2, più precisamente il valore dello stato di diritto<sup>105</sup>. Non è quindi impro-

---

denza post-*Fransson*, vedere il parere dell'Avvocato generale Bobek, causa C-298/16, *Ispas*, EU:C:2017:650 (7 settembre 2017), par. 29-65; Nicole Lazzarini, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di Applicazione* (2018); vedi anche la letteratura citata *supra* nota 77.

<sup>102</sup> Essendo un rinvio pregiudiziale, la CGUE si è astenuta dall'applicare la legge stessa; su questo punto vedi von Bogdandy, Bogdanowicz, Canor, Rugge, Taborowski e Schmidt, *supra* nota 49, a 992. Tuttavia, la Corte potrebbe anche valutare appieno la situazione nello Stato membro che ha emesso il mandato, cfr. CGUE, cause C-411/10 e C-493/10, *NS*, EU:C:2011: 865, sentenza del 21 dicembre 2011; causa C-220/18 *PPU*, *Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie)*, EU:C:2018: 589, sentenza del 25 luglio 2018. Su questa questione, vedi Takis Tridimas, *Constitutional Review of Member State Action: The Virtues and Vices of an Incomplete Jurisdiction*, 9 *Int'l J. Const. L.* 737, 749 (2011).

<sup>103</sup> Vedi anche riguardo ad altri regimi di mutuo riconoscimento (ad es. Du-  
blino), Canor, *supra* nota 53, a 395.

<sup>104</sup> Minister for Justice and Equality, causa C-216/18 *PPU*, par. 48.

<sup>105</sup> Su questo nesso, vedi anche Matthias Wendel, *Mutual Trust, Essence and*

babile che la logica dell’“amplificazione reciproca” si applichi anche ai diritti della Carta nella misura in cui essi esprimono i valori di cui all’articolo 2 TUE.

#### 4. *Problemi di competenza*

Non si può negare che questa “reciproca amplificazione” attraverso l’interpretazione sistematica non stia limitando ma allargando la portata del diritto dell’UE. Per tale motivo, essa non può soltanto condurre a effetti metodologicamente validi (cfr. *supra* C. I. 1.) ma anche conforme all’ordine delle competenze. In effetti, la competenza dei tribunali e in particolare della CGUE a valutare se gli Stati membri rispettino l’articolo 2 TUE è controversa. *Koen Lenaerts* sostiene che – al di là del campo di applicazione del diritto dell’Unione – i Trattati hanno affidato alle istituzioni politiche dell’UE, non alla CGUE, il compito di monitorare se “esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all’articolo 2”. In effetti, l’articolo 269 TFUE limita il ruolo della Corte alla verifica degli aspetti procedurali dell’articolo 7 TUE<sup>106</sup>. Qualsiasi interpretazione che metta la CGUE nella posizione che l’articolo 7 TUE attribuisce alle istituzioni politiche è destinata a incontrare serie difficoltà argomentative. Ad esempio, la Corte non può sospendere i diritti di uno Stato membro<sup>107</sup>.

Tuttavia, quest’argomentazione non preclude che l’articolo 2 del TUE possa svolgere un ruolo quando la Corte assolve il proprio mandato per garantire “il rispetto del diritto” (articolo 19(1)(1) del TUE)<sup>108</sup>. Mentre i precedenti trattati hanno tenuto fuori dalla por-

---

*Federalism - Between Consolidating and Fragmenting the Area of Freedom, Security and Justice after LM*, 15 *Eur. Const. L. Rev.* 17, 27-29 (2019).

<sup>106</sup> Vedi *Lenaerts e Gutiérrez-Fons*, *supra* nota 66, a 774.

<sup>107</sup> Vedi in questo senso il rifiuto della CGUE di sospendere in generale la cooperazione con la Polonia nell’ambito del sistema del MAE, *Minister for Justice and Equality*, causa C-216/18 PPU, par. 70 e ss.

<sup>108</sup> Vedi ad es. *Matthias Schmidt e Piotr Bogdanowicz*, *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis: How to Make Effective Use of Art. 258 TFEU*, 55 *Common Mkt. L. Rev.* 1061, 1069-1073 (2018); *Hilf e Schorkopf*, *supra* nota 58, par. 46; *Hillion*, *supra* nota 92, a 71-73; *Michel Waelbroeck e Peter Oliver*, *La Crise de l’État de Droit dans l’Union Européenne: Que Faire?*, 26 *Cahiers de droit européen* 299, 335 (2017); *Jan-Werner Müller*, *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, 21 *Eur. L. J.* 141, 146 (2015); *Scheppepe*, *supra* nota 92, a 114; per un punto di vista critico vedi ad es. *Levits*, *supra* nota 76; *Salvatore F. Nicolosi*, *The Contribution of the Court of Justice to the Codification of the Founding Values of the European Union*, 51 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 613, 643 (2015).

tata della Corte i principi fondativi dell'UE<sup>109</sup>, il trattato di Lisbona non contiene alcuna limitazione di questo tipo in relazione all'articolo 2 TUE. L'articolo 269 TFUE costituisce un'eccezione alla competenza generale della CGUE ai sensi dell'articolo 19(1)(1) del TUE, che, essendo un'eccezione, deve essere interpretata in modo restrittivo. Infine, le procedure politiche dell'articolo 7 del TUE e quelle giuridiche degli articoli 258/267 del TFUE hanno oggetti e conseguenze diverse. L'articolo 7 del TUE si concentra su una situazione politica e come *ultima ratio* comporta la sospensione dei diritti degli Stati membri che alla fine porta a una sorta di "quarantena"<sup>110</sup>. Al contrario, la Corte giudica un caso individuale e i suoi poteri sanzionatori sono limitati a quanto stabilito dall'articolo 260 TFUE (sanzioni pecuniarie). Pertanto, non c'è alcuna sovrapposizione tra le procedure giurisdizionali e politiche che impongano l'esclusività di queste ultime. Tutto ciò giustifica il recente percorso della Corte in *ASJP* e *L.M.*, che applica l'articolo 2 TUE in combinazione con disposizioni più specifiche<sup>111</sup>.

### III. *La preservazione dell'equilibrio federale*

Le corti nell'Unione europea possono applicare l'articolo 2 TUE in combinazione con disposizioni specifiche del diritto dell'UE. I diritti fondamentali sono quindi estesi oltre i confini dell'articolo 51(1) della CDF. Tale applicazione potrebbe comportare un massiccio spostamento di potere nell'Unione e sradicare l'equilibrio stabilito dai Trattati tra l'Unione e i suoi Stati membri a scapito dell'autonomia, dell'identità e della diversità nazionali.

Ciò deve essere evitato, anche perché minaccerebbe l'Unione stessa, poiché sarebbero probabili contromisure nazionali forti. Molti sono già preoccupati che i diritti fondamentali europei possano portare a una deriva estensiva che potrebbe soffocare gli Stati

<sup>109</sup> Ai sensi dell'articolo 46, lettera d), del TUE (versione di Nizza), la CGUE era competente solo per quello che era allora l'articolo 6(2) del TUE (Nizza), ma non per i "principi" di cui all'articolo 6(1) del TUE (Nizza). Ma anche allora quei principi erano rilevanti, vedi CGUE, causa C-402/05 P, *Kadi*, EU:C:2008:461, sentenza del 3 settembre 2008, par. 303.

<sup>110</sup> Frank Schorkopf, *Wertesicherung in der Europäischen Union. Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?*, 51 *Europarecht* 147 (2016).

<sup>111</sup> Cfr. in particolare il parere dell'Avvocato generale Tanchev nella procedura di infrazione contro la Polonia, vedi causa C-619/18 R, Commissione/Polonia, EU:C:2019:325 (11 aprile 2019), par. 50.

membri, sviare i risultati nazionali e persino provocare la nascita di uno Stato federale europeo indesiderato<sup>112</sup>. L'articolo 51(1) della CFR testimonia questa preoccupazione. Sebbene la sua interpretazione e applicazione non soddisfino tutte le speranze riposte nella Carta<sup>113</sup>, la Corte rispetta l'esistenza di limiti<sup>114</sup>. Per ottime ragioni, la Carta non copre tutte le leggi, misure e decisioni nazionali. Qualsiasi tipo di risposta alle tendenze illiberali deve far fronte a questa preoccupazione.

Sono necessari elementi limitanti. A tal fine, l'articolo 2 TUE dovrebbe essere interpretato in modo restrittivo, in quanto delimita principalmente confini invalicabili che vengono violati in relazione ai diritti fondamentali solo quando si tratta della loro essenza (1). Inoltre, i tribunali dovrebbero esercitare le proprie rispettive competenze nella forma di una presunzione *Solange* (2).

1. *Standard elevati per la violazione dell'articolo 2 del TUE: il superamento dei confini invalicabili*

Esiste un'importante differenza tra la dottrina *Solange* ribaltata e l'articolazione originale della dottrina da parte del Tribunale costituzionale federale tedesco. Il Tribunale tedesco impone che le norme essenziali dell'ordinamento giuridico B (diritto dell'UE) debbano essere "sostanzialmente simili"<sup>115</sup> o "sostanzialmente comparabili"<sup>116</sup> all'ordinamento giuridico A (diritto tedesco). La dottrina *Solange* ribaltata è meno impegnativa. Richiede il rispetto degli *standard essenziali* poiché l'articolo 2 del TUE mira unicamente

<sup>112</sup> Per quanto riguarda la potenziale forza accentratrice nel contesto dei diritti fondamentali, si veda ad es. Jochen A. Frowein, Stephen Schulhofer e Martin Shapiro, *The Protection of Fundamental Human Rights as a Vehicle of Integration*, in *Integration Through Law*, vol. I, 231 (Mauro Cappelletti, Monica Seccombe e Joseph H.H. Weiler eds., 1986); Peter M. Huber, *Unitarisierung durch Gemeinschaftsgrundrechte - Zur Überprüfungsbedürftigkeit der ERT-Rechtsprechung*, 43 *Europarecht* 190 (2008); Piet Eeckhout, *The EU Charter of fundamental rights and the federal question*, 39 *Common Mkt. L. Rev.* 945, 969 e ss. (2002).

<sup>113</sup> Per una critica, vedi Peter M. Huber, *Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte*, 64 *Neue Juristische Wochenschrift* 2385 (2011); Id., *Grundrechtsschutz in Europa - Vermehrung, Verunsicherung, Kohärenz*, in *Festschrift für Daniel Thürer* 305 (Giovanni Biaggini et al. eds., 2015).

<sup>114</sup> Vedi *supra* nota 101.

<sup>115</sup> Bundesverfassungsgericht [BVerfG], sentenza del 22 ottobre 1986, *Solange* II, 2 BvR 197/83.

<sup>116</sup> Bundesverfassungsgericht [BVerfG], ordinanza del 7 giugno 2000, *Bananenmarkt*, 2 BvL 1/97, par. 57.

a salvaguardare gli elementi essenziali<sup>117</sup>. Qualsiasi altra interpretazione violerebbe l'autonomia costituzionale *giuridicamente garantita* degli Stati membri (e quindi l'“equilibrio federale”) ed ignorerebbe il pluralismo costituzionale *effettivamente esistente* nell'Unione.

In primo luogo, l'articolo 2 TUE non può esigere standard elevati dagli Stati membri, in quanto una simile interpretazione non potrebbe conciliarsi con l'articolo 4(2) e 5(1) del TUE, né con l'articolo 51(1), della CDF. Essa sarebbe contraria all'autonomia costituzionale degli Stati membri e all'equilibrio federale garantito dai Trattati. Ciò è più evidente se si considerano i diritti fondamentali: basarsi solo sugli *elementi essenziali* evita una violazione dell'articolo 51(1) della CDF. La Carta con il suo *pieno acquis* di diritti fondamentali rimane applicabile agli Stati membri solamente “esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione”.

In secondo luogo, l'articolo 2 TUE difficilmente può imporre obblighi dettagliati agli ordinamenti giuridici degli Stati membri. I Trattati proteggono la diversità esistente delle costituzioni nazionali: repubbliche e monarchie, sistemi parlamentari e semipresidenziali, parlamenti forti e deboli, democrazie competitive e consensuali, sistemi di partito forti e deboli, istituzioni sociali forti e deboli, sistemi unitari e federali, corti costituzionali forti, deboli o assenti, divergenze significative nel contenuto e nel livello di protezione dei diritti fondamentali, non da ultimo tradizioni costituzionali ottomane, cattoliche, protestanti, laiche, socialiste, anarco-sindacaliste, postcoloniali e stataliste<sup>118</sup>.

Come afferma *Werner Schroeder*, l'articolo 2 del TUE “non mira all'esistenza di principi e regole uniformi, ma unicamente al rispetto degli standard europei minimi”<sup>119</sup>. Tale interpretazione è

<sup>117</sup> Vedi già von Bogdandy, Kottmann, Antpöhler, Dickschen, Hentrei e Smrkolj, *supra* nota 48, a 510; Hilf e Schorkopf, *supra* nota 58, par. 36.

<sup>118</sup> Vedi anche Hanschmann, *supra* nota 60, 248 e ss.

<sup>119</sup> Werner Schroeder, *The European Union and the Rule of Law - State of Affairs and Ways of Strengthening*, in *Strengthening the Rule of Law in Europe* 3, 11 (Werner Schroeder ed., 2016) (traduzione nostra); per concezioni simili vedi Andrea Voßkuhle, *The Idea of the European Community of Values* 108, 117 (2017) (“essential content”); Gabriel Toggenburg e Jonas Grimheden, *Managing the Rule of Law in a Heterogeneous Context: A Fundamental Rights Perspective on Ways Forward*, in *Strengthening the Rule of Law in Europe* 221 (Werner Schroeder ed., 2016) (“minimum constitutional cohesion”); Till-Patrick Holterhus e Daniel Kornack, *Die materielle Struktur der Unionsgrundwerte. Auslegung und Anwendung des Art. 2 EUV im Lichte aktueller Entwicklungen in Rumänien und Ungarn*, 41 *Europäische Grundrechtszeitschrift* 389 (2014) (“Kern”).

confermata dalla vaghezza dei valori, dalle intenzioni degli estensori del Trattato<sup>120</sup> nonché dalle soglie procedurali e sostanziali molto elevate della procedura di cui all'articolo 7 TUE. L'articolo 2 del TUE non è stato creato per uno "sconsiderato uso quotidiano"<sup>121</sup> e dovrebbe essere limitato agli elementi essenziali.

Che significa limitare l'articolo 2 del TUE agli elementi essenziali? A livello *concettuale*, proponiamo di interpretare l'articolo 2 del TUE come avente la funzione primaria di tracciare dei "confini invalicabili"<sup>122</sup>. L'articolo 2 del TUE dovrebbe essere letto come una determinazione *in negativo* di ciò che non è consentito, senza determinare *in positivo* ciò che dovrebbe essere permesso. L'aspetto centrale è ciò che *non si può fare*. Per quanto riguarda i diritti fondamentali, l'approccio interdittivo si concentra sulla loro essenza. Questa nozione si basa su una giurisprudenza di lunga data e dal diffuso riconoscimento. La si può rinvenire nell'articolo 52(1) della CDF e in numerose costituzioni degli Stati membri<sup>123</sup>.

In questo senso, la CGUE afferma nella sua fondamentale sentenza *Aranyosi* che è il rischio di violazione di un diritto *assoluto* che mina le basi della fiducia reciproca tra gli Stati membri<sup>124</sup>. La fiducia reciproca si basa "sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri ... una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE"<sup>125</sup>. Se la violazione dei diritti *assoluti*

<sup>120</sup> Convenzione europea, *supra* nota 58: "Il presente articolo può pertanto contenere soltanto uno 'zoccolo duro' di valori, rispondenti ad un duplice criterio: da un lato, essi devono rivestire quel carattere così *fondamentale* che li pone al centro stesso di una società pacifica animata dalla tolleranza, dalla giustizia e dalla solidarietà; dall'altro, essi devono possedere un *contenuto giuridico di base chiaro e non controverso*, di modo che gli Stati membri possano individuare gli obblighi sanzionabili che ne derivano" (corsivi nostri).

<sup>121</sup> Schmidt e Bogdanowicz, *supra* nota 108, a 1081.

<sup>122</sup> Vedi von Bogdandy, Bogdanowicz, Canor, Ruggie, Taborowski e Schmidt, *supra* nota 49.

<sup>123</sup> Vedi più in dettaglio von Bogdandy, Kottmann, Antpöhler, Dickschen, Hentrei e Smrkolj, *supra* nota 48, a 510 e ss.; sulla nozione di "essenza", vedi inoltre Maja Brkan, *The Concept of Essence of Fundamental Rights in the EU Legal Order: Peeling the Onion to its Core*, 14 *Eur. Const. L. Rev.* 332 (2018); Koen Lenaerts, *Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU*, 20 *German L. J.* 779 (2019); più cautamente, vedi Wendel, *supra* nota 105, a 32-35.

<sup>124</sup> CGUE, cause C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, EU:C:2016:198, sentenza del 5 aprile 2016, par. 82 e ss.

<sup>125</sup> Cfr. Adesione dell'UE alla CEDU, parere 2/13, par. 168; Minister for Justice and Equality, causa C-216/18 PPU, par. 35; Achmea, causa C-284/16, par. 34.

destabilizza la presunzione della reciproca fiducia, questi diritti rientrano di contro invece nell'ambito dell'articolo 2 TUE. Nel caso *L.M.*, la CGUE ha esteso queste conclusioni all'*essenza* dei diritti, nel caso di specie al diritto a un giusto processo di cui all'articolo 47 del CDF<sup>126</sup>.

Pertanto, sia i diritti assoluti sia l'essenza di altri diritti fondamentali costituiscono confini invalicabili protetti dall'articolo 2 TUE. È solo in casi così estremi che un singolo può fare affidamento sull'articolo 2 TUE per cercare ristoro dinanzi ai giudici nazionali e la CGUE può giudicare la questione, sia nell'ambito di un rinvio pregiudiziale sia in un procedimento per infrazione.

## 2. *La presunzione Solange*

La maggior parte delle dottrine *Solange*, inclusa la *Solange* ribaltata, stabilisce la presunzione nell'ordinamento giuridico A che atti provenienti dall'ordinamento giuridico B si conformino a tali standard. Ciò rende più facile la riuscita della cooperazione, un obiettivo fondamentale del diritto dell'Unione. Questa presunzione deriva dal principio della fiducia reciproca. Come "principio costituzionale", addirittura la "raison d'être"<sup>127</sup> dell'Unione, tale principio esige che viga la presunzione che tutti gli Stati membri si conformino all'articolo 2 TUE. Uno spazio giuridico comune e il voto a maggioranza in seno al Consiglio creano una situazione di "vulnerabilità reciproca"<sup>128</sup>. L'accettazione di tali vulnerabilità reciproche è possibile solo se si può presumere che tutti gli Stati membri rispettino veramente le norme basilari.

Inizialmente, la fiducia reciproca si applicava solo *orizzontalmente* tra gli Stati membri<sup>129</sup>. Si potrebbe sostenere che "poiché Bruxelles può diffidare degli Stati membri, gli Stati membri possono ... fidarsi l'uno dell'altro"<sup>130</sup>. Ciò escluderebbe la fiducia reciproca nelle relazioni *verticali* tra l'Unione (più precisamente: la

<sup>126</sup> Minister for Justice and Equality, causa C-216/18 PPU, par. 59-60.

<sup>127</sup> N.S., cause C-411/10 e C-493/10; vedi inoltre Melloni, causa C-399/11, par. 37 e 63; Adesione dell'UE alla CEDU, parere 2/13, par. 191.

<sup>128</sup> Per un'analisi sofisticata di tali effetti, vedi Alexander Somek, *The Argument from Transnational Effects I*, 16 *Eur. L. J.* 315 (2010).

<sup>129</sup> Si veda il testo in Associação Sindical dos Juizes Portugueses, causa C-64/16, par. 30; Minister for Justice and Equality, causa C-216/18 PPU, par. 35.

<sup>130</sup> Müller, *supra* nota 108, a 145 (traduzione nostra).

CGUE) e gli Stati membri. Tuttavia, ciò non interpreta correttamente la fiducia reciproca, che ha una portata molto più ampia, che coinvolge la cooperazione tra tutte le istituzioni pubbliche nello spazio giuridico europeo. Il principio della lealtà reciproca, che può essere considerato come l'origine della fiducia reciproca<sup>131</sup>, si estende espressamente alle istituzioni dell'Unione<sup>132</sup>. Il principio di fiducia si divide in due modi: supporta la presunzione che tutte le istituzioni pubbliche siano all'altezza degli standard basilari, ma richiede anche un monitoraggio credibile e strumenti di protezione. Il diritto dell'UE non prevede una "fiducia cieca"<sup>133</sup>.

Come mediare tra questi due obiettivi opposti? Sembra che il concetto di *carezza sistemica* potrebbe rivelarsi utile<sup>134</sup>. In effetti, l'altra denominazione del caso *L.M.* è "Carenze del sistema giudiziario"<sup>135</sup>. Non è solo un concetto ben radicato nella giurisprudenza della Corte<sup>136</sup>, ma è utilizzato anche da molte altre istituzioni per si-

<sup>131</sup> Frank Meyer, *Der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens - Konzeptualisierung und Zukunftsperspektiven eines neuen Verfassungsprinzips*, 52 *Europarecht* 163, 179 e ss. (2017); Christine Janssens, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law* 151 e ss. (2013); sul legame intrinseco tra i principi di fiducia reciproca e lealtà, cfr. Sacha Prechal, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, 2 *European Papers* 75, 90-92 (2017); Damien Gerard, *Mutual Trust as Constitutionalism?*, in *Mapping Mutual Trust: understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law* 69, 76 (Evelien Brouwer e Damien Gerard eds., 2016); vedi anche Koen Lenaerts, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, 54 *Common Mkt. L. Rev.* 805, 807 (2017); Thomas Wischmeyer, *Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the "Principle of Mutual Trust"*, 17 *German L. J.* 339, 347 (2017).

<sup>132</sup> CGUE, causa C-339/00, Irlanda/Commissione, EU:C:2003:545, sentenza del 16 ottobre 2003, par. 72: "l'obbligo di leale collaborazione ha per sua natura un carattere di reciprocità".

<sup>133</sup> Lenaerts, *supra* nota 131.

<sup>134</sup> von Bogdandy, Kottmann, Antpöhler, Dickschen, Hentrei e Smrkolj, *supra* nota 48, a 513; più in dettaglio riguardo alle carenze sistemiche nell'ambito dello stato di diritto, vedi Armin von Bogdandy e Michael Ioannidis, *Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done*, 51 *Common Mkt. L. Rev.* 59 (2014); sull'importanza di questo concetto, vedi anche Wendel, *supra* nota 105, a 37-40.

<sup>135</sup> Cfr. CGUE, comunicato stampa n. 113/18, [curia.europa.eu/jcms/jcms/p1\\_1217604/it/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_1217604/it/).

<sup>136</sup> Vedi ad es. N.S., cause C-411/10 e C-493/10, par. 86, 89; vedi inoltre Minister for Justice and Equality, causa C-216/18 PPU, par. 61; Aranyosi e Căldăraru, cause C-404/15 e C-659/15 PPU, par. 89; Generalstaatsanwaltschaft (Conditions de détention en Hongrie), causa C-220/18 PPU, par. 60; si vedano, tuttavia, le recenti sentenze della CGUE, causa C-163/17, Jawo, EU:C:2019:218, sentenza del 19 marzo 2019, par. 87 e ss. e causa C-297/17, Ibrahim, EU:C:2019: 219, sentenza del 19 marzo 2019, par. 87 e ss. in cui la Corte sembra discostarsi da tale nozione.

tuazioni in cui sono in gioco valori europei<sup>137</sup>. Di conseguenza, è più facile confutare la presunzione quando il caso in esame fa parte di una pratica regolare e diffusa o quando è disposto dalla massima autorità come espressione di un progetto politico. In altri casi, per preservare l'equilibrio federale, l'ordinamento giuridico europeo si astiene dall'attivare i valori dell'articolo 2 TUE e si affida a molti altri strumenti, compreso il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per proteggere i diritti umani e fondamentali.

#### D. *Riassumendo*

Osservando i recenti sviluppi attraverso il prisma della dottrina *Solange* ribaltata, vediamo molti cambiamenti. Nel 2012 l'idea di rendere operativi i valori dell'articolo 2 TUE nei procedimenti giurisdizionali contro gli Stati membri sembrava quasi una forzatura. Oggi, si è consolidata una giurisprudenza che mira a proteggere i fondamenti costituzionali dello spazio giuridico europeo. I valori sanciti dall'articolo 2 del TUE possono essere applicati agli Stati membri mediante una reciproca amplificazione con una disposizione specifica del diritto dell'UE. Ciò include l'applicazione dei diritti fondamentali oltre i limiti di cui all'articolo 51(1) della CDF. I passi successivi consistono nella previsione del dovere di una interpretazione orientata ai valori del diritto nazionale, un obbligo di rinvio in tali casi e – come ultima risorsa – la responsabilità penale dei giudici disobbedienti.

Non possiamo sapere se il diritto dell'Unione sarà di ausilio nel breve termine a *Wojciech Sadurski* o *Adam Bodnar*. Tuttavia, è evidente che il diritto dell'Unione si sta sviluppando per proteggere

---

<sup>137</sup> Per quanto riguarda l'articolo 7(2), TUE (“violazione grave e persistente”), cfr. Commissione europea, *supra* nota 58, par. 4.1.; Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, COM/2018/324 final, articolo 2(b): “carezza generalizzata riguardante lo Stato di diritto”: prassi od omissione diffusa o ricorrente, oppure misura adottata dalle autorità pubbliche che compromette lo Stato di diritto”; vedi anche Regolamento n. 1141/2014 relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, articolo 3(1)(c), articolo 6(1), modificato dal Regolamento n. 2018/673; ancora sulle sentenze pilota nel Consiglio d'Europa, vedi Jakub Czepek, *The Application of the Pilot Judgment Procedure and Other Forms of Handling Large-Scale Dysfunctions in the Case Law of the European Court of Human Rights*, 20 *Int'l Community L. Rev.* 347 (2018); Mart Susi, *The Definition of a 'Structural Problem' in the Case-Law of the European Court of Human Rights since 2010*, 55 *German Y.B. Int'l L.* 385, 413 (2012).

meglio le sue stesse basi, tra le quali va annoverato il supporto ai suoi cittadini in difficoltà. Non c'è ragione di disperare. L'Europa è riuscita a stabilizzare l'unione monetaria. Ciò fa ben sperare anche con riguardo all'unione dei valori, anche perché la resilienza europea si abbevera a una fonte particolarmente potente: il rifiuto del potere autoritario.

### *Abstract*

When a government instrumentalizes subdued judges to silence critics, European democracy, the rule of law as well as fundamental rights in the EU face a truly deep-seated problem. Yet, the Union has more ways to confront such abuses than many think. This contribution shows novel ways of how to respond under Union law and even beyond the scope of the EU Charter: A duty of value-oriented interpretation of national law, a duty of referral and – as a last resort – the criminal liability of disobeying judges. It then justifies these ways via the Reverse Solange doctrine which protects essentials of fundamental rights against authoritarian tendencies while maintaining the federal balance between the EU and its Member States. At its heart, it consists of implementing the framers' decision of Article 2 TEU via a systematic, value-oriented interpretation of all primary law.

Keywords: Article 2 TEU, EU values, rule of law crisis, *Reverse Solange*, freedom of speech, preliminary reference, consistent interpretation

Quando un governo usa strumentalmente i giudici sotto il suo controllo per mettere a tacere i critici, la democrazia europea, lo stato di diritto e i diritti fondamentali nell'UE devono affrontare un problema estremamente complesso. Tuttavia, l'Unione ha più possibilità di affrontare tali abusi di quanto molti pensino. Questo contributo mostra nuove modalità di reazione in base al diritto dell'Unione ed anche oltre la sfera di applicazione della Carta dell'UE: un dovere di interpretazione orientata ai valori del diritto nazionale, un dovere di rinvio e – in ultima istanza – la responsabilità penale dei giudici disobbedienti. Quindi il lavoro giustifica queste modalità col ricorso alla dottrina *Solange* ribaltata che protegge il contenuto essenziale dei diritti fondamentali dalle tendenze autoritarie mantenendo l'equilibrio federale tra l'UE e i suoi Stati membri. Fondamentalmente, tale dottrina consiste nell'attuare la decisione dei costituenti di cui all'articolo 2 TUE attraverso un'interpretazione sistematica e orientata ai valori di tutto il diritto primario.

Parole chiave: articolo 2 TUE, valori dell'UE, crisi dello stato di diritto, *Solange* ribaltata, libertà di espressione, rinvio pregiudiziale, interpretazione conforme