

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

36

MARIO CARTA

Unione
europea e
tutela dello
Stato di diritto
negli Stati
membri



Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri

M. CARTA



€ 30,00

ISBN 978-88-6611-914-2



9 788866 119142


CACUCCI EDITORE
BARI

In copertina: Di Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *Counterweights*, 1926

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

— 36 —

MARIO CARTA

UNIONE EUROPEA E TUTELA
DELLO STATO DI DIRITTO
NEGLI STATI MEMBRI



CACUCCI
EDITORE
2020

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

Direzione

Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio,
Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Paolo Mengozzi, Bruno
Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesauro, Christian Tomuschat,
Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì

Comitato dei referees

Roberto Adam, Roberto Baratta, Franco Botta, Ruggiero Cafari Panico,
Andrea Cannone, Giovanni Cellamare, Gianluca Contaldi, Carmela Decaro,
Giuseppe Di Gaspare, Angela Di Stasi, Ugo Draetta, Italo Garzia, Pietro
Gargiulo, Edoardo Greppi, Roberto Mastroianni, Lina Panella, Franca Papa,
Nicoletta Parisi, Marco Pedrazzi, Piero Pennetta, Lucia S. Rossi, Girolamo
Strozzi, Michele Vellano, Gabriella Venturini, Gianfranco Viesti

I volumi pubblicati in questa Collana sono sottoposti a referaggio anonimo, con la
sola eccezione di quelli caratterizzati dalla particolare autorevolezza scientifica o
dalla specifica competenza dell'Autore nell'argomento trattato.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2020 Cacucci Editore - Bari
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari – Tel. 080/5214220
<http://www.cacucci.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile
è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso
con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di
fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il con-
senso dell'autore e dell'editore.

“La civiltà europea è innanzitutto una civiltà pluralista. Voglio dire che essa è il luogo della diversità degli ideali, degli opposti, dei valori contrastati e della dialettica senza sintesi. La dialettica vivente in Europa è quella che non porta a una sorta di ideologia al contempo totalitaria e ortodossa”.

A. Camus, *Atene*, 1955

INDICE

Introduzione	XI
--------------	----

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DELLO STATO DI DIRITTO NELL'UNIONE EUROPEA

1. La iniziale dimensione politica della nozione di Stato di diritto nel processo di integrazione europea	1
2. La prima codificazione dello Stato di diritto nel diritto primario ed i suoi limiti	3
3. La tutela dello Stato di diritto nel “Progetto Spinelli” ed il ruolo della Corte di Giustizia	6
4. Il processo di positivizzazione della tutela dello Stato di diritto nell’Unione europea	9
5. La Comunità/Unione di diritto quale nozione che anticipa lo Stato di diritto nell’Unione	13
6. Lo Stato di diritto quale principio di diritto dell’Unione europea e la natura precettiva dell’art. 2 TUE	23
7. La efficacia diretta dell’art. 2 TUE: una questione ancora controversa	32
8. Il rispetto dello Stato di diritto nelle procedure c.d. politiche ex art. 7 TUE: una giuridificazione senza giudice	40
9. Effetti giuridici per procedure “politiche”: la procedura ex art. 7 TUE ed il diritto di asilo	46
10. Effetti giuridici per procedure “politiche”: la procedura ex art. 7 TUE ed il mandato di arresto europeo	47
11. La tutela dei diritti delle persone fisiche e giuridiche nelle procedure ex art. 7 TUE	50

CAPITOLO II

IL CONTENUTO DEL PRINCIPIO DELLO STATO DI DIRITTO
NELL'UNIONE EUROPEA E LO SPAZIO DI LIBERTÀ,
SICUREZZA E GIUSTIZIA

1. Il principio dello Stato di diritto nella Comunicazione della Commissione europea “Un nuovo quadro dell’UE per rafforzare lo Stato di diritto”	55
2. La tutela dello Stato di diritto nell’Unione: un problema di competenze?	62
3. Il contributo del Consiglio d’Europa alla definizione della nozione di <i>rule of law</i> nel continente europeo	69
4. La concezione <i>thin</i> o formale del <i>rule of law</i>	74
5. La concezione <i>thick</i> o sostanziale del <i>rule of law</i>	76
6. Tutela dello Stato di diritto e reciproca fiducia: la ricerca di un bilanciamento possibile e necessario	81
7. L’emersione della nozione di violazione sistemica o strutturale nel sistema europeo comune di asilo	90
8. La violazione sistemica quale nozione autonoma e deroga alla reciproca fiducia	96
9. Tutela dello Stato di diritto e reciproca fiducia nel mandato di arresto europeo (MAE): un percorso incompiuto	101
10. La tutela dello Stato di diritto ed il bilanciamento mancato	105
11. Le “circostanze eccezionali” quali limiti alla reciproca fiducia nel mandato di arresto europeo (MAE)	110
12. Le violazioni allo Stato di diritto ed il test “ <i>Aranyosi</i> ”: una difficile convivenza nella sentenza <i>LM</i>	119
13. La violazione del contenuto essenziale del diritto fondamentale quale condizione per il riconoscimento delle circostanze eccezionali	125
14. Il test “ <i>Aranyosi</i> ” alla prova delle violazioni strutturali allo Stato di diritto	127
15. La violazione sistemica o strutturale allo Stato di diritto quale circostanza eccezionale di deroga alla reciproca fiducia	131
16. La violazione strutturale al principio dello Stato di diritto quale nozione di natura giuridica	137
17. Il <i>general ad persistent infringement</i> : un caso di violazione sistemica o strutturale <i>ante litteram</i> ?	146

18. I rimedi al *general and persistent infringement* nel caso di violazioni dello Stato di diritto 149

CAPITOLO III

LA TUTELA GIURISDIZIONALE DELLO STATO DI DIRITTO E L'INDIPENDENZA DEL GIUDICE

1. L'indipendenza del giudice quale "concretizzazione" dello Stato di diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia 157
 2. Tutela dello Stato di diritto e indipendenza dei giudici: una lettura sostanziale 162
 3. L'indipendenza del giudice quale organo giurisdizionale del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE e la separazione dei poteri 168
 4. L'indipendenza esterna del giudice ed il principio della separazione dei poteri 179
 5. La nomina e l'inamovibilità dei giudici quale componente della indipendenza esterna 184
 6. L'indipendenza interna quale imparzialità del giudice 190
 7. L'indipendenza dell'autorità giudiziaria emittente il mandato di arresto europeo e la tutela dello Stato di diritto 193
 8. L'indipendenza dei giudici in base all'art. 19 TUE quale violazione autonoma al diritto dell'Unione europea 205
 9. Il rinvio pregiudiziale e l'ambito di applicazione dell'art. 19 TUE: un confine mobile. 208
 10. Gli obblighi previsti dall'art. 19 TUE, la procedura di infrazione e l'impatto sul riparto di competenze tra Unione e Stati membri 216
 11. La procedura di infrazione quale strumento di controllo di natura "costituzionale" per le violazioni allo Stato di diritto 225
 12. La violazione strutturale allo Stato di diritto e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali 232
 13. I rapporti tra la procedura di infrazione ex art. 258 TFUE e le procedure ex art. 7 TUE per la tutela dello Stato di diritto 241
 14. Le misure cautelari a tutela dell'indipendenza del giudice e dello Stato di diritto 243
- Conclusioni 251
- Bibliografia 259

INTRODUZIONE

Il principio dello Stato di diritto è entrato a far parte del patrimonio giuridico dell'Unione europea in tempi relativamente recenti. La sua collocazione tra i valori sui quali si fonda l'Unione europea ha trovato un riconoscimento definitivo, in forza dell'articolo 2 del TUE, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, secondo il quale "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini"¹.

La codificazione del *rule of law*² tra i valori dell'Unione europea, oltre a confermare la emersione di una nozione autonoma di Stato di diritto nell'Unione in parte già affermata nel "diritto comunitario"³, ha favorito l'interpretazione ed applicazione, a volte in maniera innovativa, del principio da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha mostrato di voler sfruttare le potenzialità insite nell'art. 2 TUE⁴ al fine di garan-

¹ In dottrina si tende a distinguere tra i valori enunciati al primo ed al secondo comma, non potendosi riconoscere a questi ultimi lo stesso valore vincolante dei primi, in quanto essi si limiterebbero a tratteggiare il modello di società europea. A sostegno di tale interpretazione depono la possibilità di attivare le procedure ex art. 7 TUE solo nel caso di valori di cui al primo comma dell'articolo 2 TUE. Vedi in tal senso L. FUMAGALLI, *Art. 2 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 14.

² Sui modelli giuridici che sono presupposti dalle tre espressioni impiegate per indicare lo Stato di diritto nei corrispondenti sistemi giuridici nazionali, vedi la vasta e documentata opera di L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Parigi, 2002.

³ P. MENGOZZI, *La Rule of Law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, in *Rivista di diritto europeo*, 1992, p. 511 e ss.

⁴ A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, sottolinea come "il ruolo della Corte non può essere considerato

tirne il rispetto. La positivizzazione del principio ha, peraltro, contribuito al rinnovato interesse al tema da parte degli studiosi di diritto dell'Unione europea⁵, assieme agli autori che lo hanno approfondito nell'ambito delle scienze giuridiche intese in senso più ampio⁶. La scelta operata con il Trattato di Lisbona, nonché le pronunce della Corte di giustizia che lo hanno interpretato secondo una connotazione "operativa", hanno in tal modo fatto sorgere anche nell'ordinamento europeo una serie di interrogativi relativi alla definizione, al contenuto, alla portata ed agli strumenti giuridici per la sua tutela. Alle criticità che caratterizzano la ricerca di una definizione condivisa nell'ambito delle scienze giuridiche, con ricadute percepibili anche in relazione alla sua applicazione, si sono aggiunte le problematiche che l'inserimento del principio solleva, una volta codificato nella Unione europea. È emblematica in tal senso la considerazione che frequentemente ricorre, tra le altre, quando si affronta il tema dello Stato di diritto o del *rule of law* che ne sottolinea, a prescindere dai diversi ambiti scientifici e disciplinari, il carattere incerto, sfuggente ed, in alcuni casi addirittura evanescente del contenuto, considerazioni che vengono svolte anche ri-

come puramente giurisdizionale, ma ha avuto per certi versi carattere addirittura strutturale, perché ha influito sullo stesso modo di essere dell'ordinamento comunitario", in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 141 e ss.

⁵ Per uno studio sul rapporto tra il diritto europeo e la nozione di Stato di diritto, E. CARPANO, *État de droit et droits européens: L'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'europanisation des systèmes juridiques*, Parigi, 2005; vedi anche M. L. FÉRNANDEZ ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, The Hague, Boston, 1999; S. WEATHERILL, *Law and Values in the European Union*, Oxford, 2016; K. LENAERTS, *Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice*, in *Fordham International Law Review*, 2010, p. 1338; A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea* in *Federalismi.it*, 2005, pp. 1-51; G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *La Costituzione europea, Atti del XIV convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, Padova, 2000, p. 297 e ss. Per i due volumi collettanei che forse più di altri hanno influito sull'attuale dibattito in corso in relazione allo Stato di diritto nell'Unione europea vedi A. JAKAB, D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2016; C. CLOSA, D. KOCHENOV (a cura di), *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016. Inoltre D. L. LIÑAN NOGUERAS, P. J. MARTIN RODRIGUEZ (a cura di), *Estado de Derecho y Unión Europea*, Madrid, 2018. Nella dottrina italiana di recente, vedi tra gli altri R. BIN, *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna, 2017.

⁶ P. COSTA, D. ZOLO, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2003; con riferimento, più in generale, alla evoluzione anche storica del concetto vedi B. TAMANAHA, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, 2004. Da una prospettiva di filosofia del diritto vedi G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of Law, L'ideale della legalità*, Bologna, 2016; J. WALDRON, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?* in *Law and Philosophy*, 2012, p. 127.

guardo all'applicazione del principio nell'Unione europea⁷. D'altronde tra le riflessioni emerse nel corso del dibattito sviluppatosi intorno ai termini *État de droit*, *Rechtsstaat* e *rule of law*, la stessa possibilità di identificare tra loro le nozioni di *État de droit* e *Rechtsstaat*, maturate nell'esperienza giuridica continentale, con il *rule of law* tipico invece della tradizione giuridica di matrice anglosassone, è posta di frequente in discussione. L'esame delle caratteristiche e dell'agire del principio nel contesto dell'Unione europea, se deve dunque fare i conti con tale quadro articolato e con il diverso significato che il principio assume nelle esperienze giuridiche nazionali, richiede tuttavia di considerare le specificità dell'ordinamento europeo, nel quale vengono interpretate ed operano tali concetti. Specificità che impongono, ad esempio, di tener conto del fatto che nei Trattati, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, negli atti e nei documenti dell'Unione europea, i tre termini vengono utilizzati quali sinonimi⁸, al di là dei diversi sistemi giuridici ai quali rinviano. Elemento questo che favorisce l'affermarsi di un significato autonomo del principio a livello di Unione europea che ha nella natura fondativa, e non meramente declaratoria, riconosciuta allo Stato di diritto dall'art. 2 TUE, letto congiuntamente all'art. 7 TUE, le ragioni sostanziali di tale scelta linguistica. La sua codificazione, e la previsione di una procedura volta a sanzionarne la violazione anche se di natura

⁷ La complessità legata alla individuazione di una definizione condivisa di *rule of law* è ben presente sia tra gli studiosi del diritto dell'Unione europea che di altre discipline. Se è stato osservato che “*Like democracy, rule of law is an historical idea of an uncertain content*” e che “*it is not clear how to translate the English notion of the rule of law into other languages*” (P. VERHOEVEN, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, The Hague, 2002, p. 18 ss.) evidenziando come l'aspetto linguistico sia strettamente connesso a quello definitorio, vi è invece chi mette in guardia dal porsi alla ricerca di una definizione di Stato di diritto semanticamente univoca e ideologicamente neutrale, in quanto ciò “sarebbe una grave ingenuità” (D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in (a cura di) P. COSTA, D. ZOLO, *Lo Stato di diritto, Storia, teoria, critica*, cit. p. 19). Per un'analisi del *rule of law* nel diritto dell'Unione europea dal punto di vista dei rapporti con l'indipendenza del potere giudiziario vedi P. CRAIG, *Definition and conceptualisation of the rule of law and the role of judicial independence therein*, in P. CRAIG, S. ADAM, N. DIAZ ABAD, L. SALAZAR (a cura di), *Rule of Law perspectives from practitioners and academics*, Bruxelles, 2019.

⁸ Nella versione inglese ricorre ovviamente il termine *rule of law*, in quella francese *État de droit*, segnando l'abbandono definitivo del termine “*prééminence du droit*” presente nel diritto comunitario fino al Trattato di Maastricht e che ricorre anche nell'ambito del Consiglio d'Europa, ove la Corte di Strasburgo ha affermato la equivalenza tra i due termini, mentre nella versione tedesca compare il termine *Rechtsstaatlichkeit*. Nel presente lavoro, ben consapevoli delle differenti esperienze giuridiche alle quali rinviano le tre locuzioni, compreso lo Stato di diritto nella dottrina italiana, aderendo alla impostazione seguita dai giudici di Lussemburgo, che utilizza la locuzione Stato di diritto con la iniziale maiuscola sia quando riferita all'Unione europea che agli Stati membri, verrà impiegato in senso fungibile il lemma Stato di diritto o *rule of law*.

politica come l'art. 7 TUE, oltre al riconoscimento dell'art. 2 TUE quale norma a carattere vincolante, apre alla possibilità per le istituzioni europee di esercitare il proprio controllo in relazione a competenze autonome degli Stati membri, inducendo a leggere tali disposizioni come indirizzate a tutti i soggetti dell'Unione, ma in primo luogo agli Stati membri⁹. Ciò si evince piuttosto chiaramente anche dalla fortunata formulazione del Preambolo della Carta dei diritti fondamentali¹⁰ che opportunamente distingue, tra i diritti fondamentali, quelli di natura strutturale ed aventi una dimensione costituzionale, come la democrazia e lo Stato di diritto, che hanno tra i propri destinatari principalmente gli Stati membri.

Uno dei principali obiettivi che la presente indagine si propone di perseguire consiste nel cogliere l'impatto e le ricadute, per gli ordinamenti nazionali, derivanti dalla natura precettiva riconosciuta allo Stato di diritto quale valore, o meglio principio, ex art. 2 TUE. A tal fine l'esame sulla reale portata quale principio del *rule of law* si lega inestricabilmente alla analisi delle modalità con le quali esso è applicato nell'ordinamento europeo, e degli strumenti giuridici utilizzati per garantirne la tutela nei confronti degli Stati membri.

Un approccio che spinge verso l'approfondimento di quell'ambito ove la sua applicazione ha fatto sorgere le questioni più delicate in relazione agli ordinamenti nazionali e la casistica più significativa, quale lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e dunque la dimensione interna del principio in questione. È in tale contesto infatti che l'art. 2 TUE ha introdotto nei confronti degli Stati membri un obbligo di rispetto, accanto ai diritti fondamentali, dello Stato di diritto quale valore comune condiviso e presupposto per rendere effettiva la reciproca fiducia, sulla quale riposa lo stesso spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Le implicazioni per gli Stati membri legate all'ampliamento degli standard di protezione posti dalla codificazione del *rule of law* a livello di Unione europea, poiché la reciproca fiducia "impone a ciascuno di detti Stati, segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo"¹¹, sono in

⁹ Vedi F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, Milano 2010, p. 107.

¹⁰ Il Preambolo alla Carta dei diritti fondamentali prevede che "I popoli d'Europa, nel creare tra loro un'unione sempre più stretta, hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni. Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

¹¹ Parere 2/13 della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ECLI:EU:C:2014:2454, punto 191.

continua evoluzione e definizione. Tanto più estesa sarà la nozione di Stato di diritto che si ammetterà come operante nel diritto dell'Unione, tanto più ampi saranno gli obblighi di rispettarne il contenuto per gli Stati che appartengono allo stesso spazio di libertà, sicurezza e giustizia al fine di assicurare la reciproca fiducia, analogamente a quanto accade per i diritti fondamentali. Per tale ragione esaminare il contenuto del principio assume anche una valenza applicativa. A seconda della concezione *thin* o *thick*, formale o sostanziale di Stato di diritto che si prefigura ed adotta, più o meno estesi saranno gli obblighi degli Stati membri nel garantirne il rispetto e gli ambiti di intervento dei corrispondenti strumenti di tutela. È evidente che tale processo fa sorgere la necessità di bilanciare le esigenze di cui è espressione la reciproca fiducia, e quindi creare uno spazio senza frontiere interne, con il rispetto dello Stato di diritto su cui tale reciproca fiducia riposa, evitando in tal modo una frammentazione di tale spazio, e nel contempo assicurando, tuttavia, il rispetto dei valori di cui lo Stato di diritto è una espressione. Un punto di equilibrio questo che sembra variare in funzione del tipo di violazione prodotta, e della sua gravità, e della componente che costituisce, di volta in volta, la concretizzazione dello Stato di diritto, chiamata in causa da tale violazione. Si tratta di violazioni che quando poste in relazione allo Stato di diritto ed ai suoi sotto principi che lo concretizzano, come accade per l'indipendenza del giudice, assumono una valenza sistemica o strutturale che lambisce competenze anche riservate agli Stati e che, superando la dimensione individuale, riguardano il rapporto tra i poteri dello Stato, in particolare tra l'esecutivo ed il legislativo con il potere giudiziario, con una dimensione quindi istituzionale o costituzionale.

La Corte di giustizia è chiamata al non agevole compito di dare forma e rilevanza a queste violazioni, senza incorrere nel rischio di alimentare fenomeni di *competence creeping* in violazione dei Trattati. Il rispetto di questo equilibrio non può che essere valutato alla luce di quella casistica che si è sviluppata prima nel contesto del diritto di asilo, poi in relazione al mandato di arresto europeo, ed infine direttamente in relazione allo Stato di diritto in una delle sue concretizzazioni, e cioè l'indipendenza del giudice e il principio della separazione dei poteri, che spesso registra all'origine della violazione l'adozione di una legislazione statale volta deliberatamente a mettere in discussione e a rischio i principi sui quali riposa *il rule of law*.

In questo ristretto spazio di manovra meritano di essere approfondite quelle soluzioni che possono consentire di dare rilevanza allo Stato di diritto quale termine di bilanciamento con la reciproca fiducia. E così occorre chiedersi se la violazione strutturale allo Stato di diritto, nella sua concretizzazione dell'indipendenza del giudice, possa considerarsi tra quelle circostanze eccezionali che consentono di derogare alla reciproca fiducia. L'esperienza prima nel sistema europeo comune di asilo e, poi, nel man-

dato d'arresto europeo può essere un valido banco di prova per individuare uno spazio, ad esempio in base all'art.1 par. 3 della decisione quadro sul MAE ed al suo considerando 12, grazie al quale dare ingresso allo Stato di diritto quale elemento da prendere in considerazione "bilanciandolo" con la reciproca fiducia, garantendone così una sua tutela. L'esame della giurisprudenza sul punto può fornire delle indicazioni se possa ritenersi questo un percorso praticabile in virtù della evoluzione registratasi nel settore che, in fondo, ha conosciuto un approccio iniziale improntato alla "fiducia cieca" tra gli Stati membri nel livello di protezione da essi accordato ai diritti fondamentali ed ai valori, per poi approdare invece a considerare dei casi di non esecuzione del mandato di arresto europeo, non codificati nella decisione quadro, in ragione del rispetto dei diritti fondamentali e ritenuti, appunto, circostanze eccezionali.

La possibilità di considerare la violazione allo Stato di diritto uno dei termini del bilanciamento con la reciproca fiducia, appare legata essenzialmente alla considerazione della nozione di violazione strutturale allo Stato di diritto, "concretizzata" in uno dei suoi sotto principi, quale violazione autonoma, che esprime già di per sé una anti giuridicità dei comportamenti che ne sono alla base. Non sembra dunque necessario, per poterla ritenere perfezionata, né accertare eventuali conseguenze pregiudizievoli quali effetti ad essa in qualche modo riconducibili, né verificare la lesione di un diritto fondamentale in un caso concreto ed individuale. Un rilievo autonomo della violazione sistemica o strutturale, che proprio in quanto riferita a sotto principi o concretizzazione dello Stato di diritto in una delle sue componenti, spinge ad interpretarla in chiave "operativa" e quale nozione fondamentale di natura giuridica, aprendo tuttavia la riflessione sulle sue caratteristiche, soprattutto rispetto a nozioni contigue e dai contorni a volte sfumati, come la *systemic threat*. La tendenza che merita di essere esplorata è se il riconoscimento della nozione di violazione sistemica o strutturale allo Stato di diritto rappresenti lo strumento per dare rilevanza a quelle violazioni che superano la dimensione individuale, consentendone uno scrutinio più ampio da parte delle istituzioni europee, con un ambito di applicazione determinato dall'obbligo a tutela del quale la violazione strutturale opera.

L'esame delle modalità con le quali il principio dell'indipendenza, elemento essenziale per la reciproca fiducia nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, è attuato a livello nazionale rappresenta un buon test sulla tutela dello Stato di diritto negli Stati membri, e del suo apporto nel connotare in senso giuridico la nozione di violazione strutturale. La natura poliedrica dell'indipendenza, in virtù delle diverse componenti di cui è costituita, ben esprime infatti, quale concretizzazione dello Stato di diritto, la connotazione in senso "operativo" del principio, poiché frutto della sua applicazione a livello giurisprudenziale.

Un percorso di indagine che si è ritenuto opportuno estendere a quelle situazioni nelle quali la violazione all'indipendenza del giudice, incidendo sul rispetto dello Stato di diritto sotto il particolare profilo della violazione del principio della separazione dei poteri, manifesta una valenza sistemica o strutturale che suggerisce di approfondirne i rapporti con la mancanza di indipendenza del giudice riscontrabile nel singolo giudizio, al fine di verificare una possibile influenza del principio nell'indirizzarne la relativa interpretazione. Una verifica che riguarda, ad esempio, la nozione di indipendenza del giudice che si è stratificata in relazione al rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, o la indipendenza del giudice in relazione alla nozione di autorità giudiziaria emittente ex art. 6, paragrafo 1, della decisione quadro sul mandato di arresto europeo, al fine di esaminarne la evoluzione o mutazione, in termini anche di minor o maggior rigore nella loro applicazione, quando interpretate in relazione alle violazioni di natura strutturale o sistemica allo Stato di diritto.

La progressiva giuridificazione del *rule of law* nel processo di integrazione europea e nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia in particolare, di cui la violazione sistemica e strutturale ne costituisce uno degli elementi, pare essere accompagnata da due tendenze che convivono e che possono, apparentemente, essere lette in contrapposizione: da una parte, nella evoluzione istituzionale della Comunità prima e dell'Unione poi, si assiste al graduale assorbimento del principio dello Stato di diritto da parte del diritto primario, che determina l'abbandono della dimensione esclusivamente politica o simbolica del principio; dall'altra, quasi contestualmente, il ruolo della Corte di giustizia, con le modifiche introdotte nei diversi Trattati, subisce un tendenziale ridimensionamento in favore di procedure di accertamento della violazione del *rule of law* di natura prevalentemente politica, ad esempio l'art. 7 TUE. Il recente cosiddetto *judicial activism* della Corte in questa materia può essere letto, allora, anche come l'espressione della necessità di procedere ad un riallineamento tra la acquisita valenza costituzionale di tale principio e l'esigenza che per la sua tutela siano previsti rimedi giuridici in grado di garantirne il rispetto. In buona sostanza al processo di giuridificazione dello Stato di diritto, da parte dei Trattati, non ha sempre corrisposto una giurisdizionalizzazione negli strumenti per la sua tutela, creando così il presupposto per gli interventi della Corte di giustizia in materia che si è riconquistata sul campo un ruolo perso nei Trattati. Se possa trattarsi di un ritorno al Progetto di Trattato "Spinelli" rappresenta una suggestione forte.

Questo processo è percepibile nella giurisprudenza sulla c.d. crisi dello Stato di diritto in alcuni Stati membri, in particolare Polonia e Ungheria, che ha indotto la Corte di giustizia ad utilizzare i tradizionali rimedi giuridici a sua disposizione, la procedura di infrazione ed il rinvio pregiudiziale in prima battuta, per assicurare l'interpretazione ed applicazione del

diritto dell'Unione dinanzi alle violazioni sistemiche o strutturali, legate ai processi di *backsliding*¹² in atto in quei paesi. Così strumenti concepiti per operare in relazione a violazioni di natura individuale, e nell'ambito di applicazione del diritto UE, sono stati chiamati a svolgere la loro funzione in relazione a violazioni a valori e principi di natura "costituzionale", *in primis* l'indipendenza del giudice e la garanzia per i singoli di una tutela giurisdizionale effettiva, in quanto considerati una concretizzazione, in base agli art. 2 e 19 TUE, del principio dello Stato di diritto.

In questo contesto il ricorso alla procedura ex art. 258 TFUE ed al rinvio pregiudiziale, per le diverse finalità alle quali rispondono, non sembra possano ritenersi equivalenti nell'assicurare il rispetto dello Stato di diritto.

La distinzione insita alle due procedure è richiamata dalla stessa Corte di giustizia che, nel caso di un ricorso per inadempimento, si è riconosciuta il compito di "verificare se la misura o la prassi nazionale contestata dalla Commissione o da un altro Stato membro sia – in linea generale e senza che sia necessaria l'esistenza dinanzi ai giudici nazionali di un contenzioso a ciò afferente – contraria al diritto dell'Unione", mentre nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, il suo compito è, per contro, "quello di assistere il giudice del rinvio nella soluzione della controversia concreta dinanzi ad esso pendente"¹³.

La questione che la recente giurisprudenza della Corte di giustizia pone è, allora, fino a che punto gli strumenti di tutela dello Stato di diritto, in particolare quelli a carattere giurisdizionale ed *in primis* la procedura di infrazione, possano spingersi nel sindacare comportamenti degli Stati in violazione dei valori e dello Stato di diritto. Lo scrutinio dei giudici di Lussemburgo nei riguardi degli Stati membri sembra infatti interessare situazioni che si pongono chiaramente al di là dei limiti di cui all'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali, o in quanto settori disciplinati dal diritto dell'Unione in base all'art. 19 TUE o quali competenze riservate agli Stati membri, con uno spazio applicativo non ancorato esclusivamente al principio delle competenze di attribuzione. Una risposta che può variare in funzione della diversa concezione di Stato di diritto che si adotta e che, nell'ordinamento dell'Unione, non può prescindere da un esame delle modalità con le quali il principio è applicato e viene tutelato dalle istituzioni europee.

¹² Per questa espressione che nel linguaggio della crisi dello Stato di diritto ha progressivamente preso il posto della fortunata formula di "democrazia illiberale" vedi tra gli altri K.L. SCHEPPELE, L. PECH, *What is Rule of Law Backsliding*, in <https://verfassungsblog.de/what-is-rule-of-law-backsliding/>, 2018; il concetto invece di democrazia illiberale è attribuito a F. ZAKARIA, *The rise of illiberal democracy*, in *Foreign Affairs*, 1997, p. 22 e ss.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia, 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Lowicz*, ECLI:EU:C:2020:234, punto 47.