

L'applicazione della condizionalità europea agli ordinamenti giudiziari: un formante efficace per la definizione di un modello unitario di magistratura?

di Silvio Roberto Vinceti

Abstract: *The Application of European Conditionality to Judicial Systems: A Suitable Legal Formant for a Uniform Model of Judiciary?* - The application of conditionality schemes to the organization of national judiciaries of Member States marks a momentous step in the process of European judicial integration. While still fraught with potential issues, the conditionality mechanism seems to avoid some of the limitations afflicting the legal formant that to this day brought the most changes to Europe's very different judiciaries: the European Court of Justice's case law. Using the ordinary treaty revision procedure as a benchmark for European integration, the Essay argues that the use of conditional funding outweighs case law both in harmonizing ability and political legitimation.

Keywords: conditionality, comparative judicial systems, rule of law, organization of justice, European integration

3417

1. Introduzione

Il tema della «rule of law» riveste un ruolo sempre più centrale per il discorso contemporaneo sul costituzionalismo¹ e in Europa si lega, in particolare, al forte dibattito sullo status della magistratura in alcuni Paesi², portando di

¹ V. ora ampiamente T.E. Frosini (cur.), *Rule of Law come costituzionalismo*, Bologna, 2023.

² Si pensi ai paradigmatici casi dell'Ungheria della Polonia. Benché la «rule of law crisis» dei due Stati membri concerna profili costituzionali eterogenei e non sovrapponibili — dal primato del diritto comunitario, alla natura “ipermaggioritaria” della democrazia parlamentare, fino alla libertà di manifestazione del pensiero o alla corruzione negli appalti pubblici — sembra incontrovertibile affermare che le questioni inerenti al potere giudiziario abbiano assunto un ruolo centrale, su cui non a caso si è formata una estesa letteratura: limitandoci qui alla dottrina italiana cfr. A. Angeli, A. Di Gregorio, J. Sawicki, *La controversa approvazione del “pacchetto giustizia” nella Polonia di “Diritto e Giustizia”*. *Ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in questa *Rivista*, 3, 2017, 787 ss.; S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quad. cost.*, 2, 2018, 295 ss.; A. D'Atena, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, part. 584-587; M.A. Orlandi, *La “democrazia illiberale”. Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 1, 2019, part. 188-194; G. Delledonne, *Ungheria e Polonia. Punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in questa *Rivista*, 3, 2020, 4005; M. Ferrara, *Commissione*

nuovo a riflettere sul ruolo del potere giudiziario nello Stato costituzionale di diritto³. Come noto, infatti, le riforme degli ordinamenti giudiziari realizzate o tentate in alcuni Stati membri dell'Unione Europea — oltre a

europea contro Polonia, atto secondo. La Corte di giustizia ancora a difesa dell'indipendenza dei magistrati polacchi e della Rule of Law, in questa *Rivista*, 1, 2020, 899 ss.; A. Festa, *L'Unione europea e l'erosione dello Stato di diritto in Polonia*, in *Freedom, Security & Justice*, 1, 2020, 145 ss.; S. Giannello, *La nuova legge polacca sul sistema giudiziario. Cresce (ulteriormente) la distanza che separa Varsavia e Bruxelles*, in *federalismi.it*, 8, 2020, 116 ss.; M. Mazza, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia. Un presente difficile, un futuro incerto*, e S. Penasa, *L'amministrazione della giustizia in Ungheria. Un sistema istituzionale "bicefalo" di derivazione "democratico-illiberale"*, entrambi in questa *Rivista*, 4, 2020, 4969 ss. e 4937 ss.; L. Montanari, *La garanzia europea dell'indipendenza dei giudici nazionali*, in questa *Rivista*, 1, 2020, 957 ss.; J. Sawicki, *L'erosione "democratica" del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale*, Milano, 2020, part. 143-148, 184-198; A. Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, in *federalismi.it*, 4, 2021, 1 ss.; S. Gianello, *Il rinvio pregiudiziale e l'indipendenza dei giudici. Alcune riflessioni a margine di due recenti vicende*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie*, 1, 2021, 161 ss.; E. Cukani, *Il "Polish Gate" e il rafforzamento del diritto dell'UE*, in questa *Rivista*, 1, 2022, 29 ss.; M. Daicampi, *Valori fondamentali, rule of law e meccanismi di garanzia post-adesione all'Unione europea*, in L. Montanari (cur.), *L'allargamento dell'Unione europea e le transizioni costituzionali nei Balcani occidentali. Una raccolta di lezioni*, Napoli, 2022, 144 ss.; F. Guella, *Indipendenza della magistratura polacca e stato di diritto in Europa. Malgrado l'irricevibilità di questioni ipotetiche, la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva prescinde dalle attribuzioni dell'Unione*, in questa *Rivista*, 2, 2022, 2917 ss.; S. Troilo, *Controlimiti versus Stato di diritto? Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia sull'indipendenza della magistratura*, in *Consulta Online*, 1, 2022, part. 118-120; S. Benvenuti, *Dodici anni di riforme della giustizia in Ungheria*, in *Giustizia insieme*, 29 aprile 2023.

³ Anche qui la letteratura è più che corposa. Nella dottrina italiana, oltre agli importanti contributi in S. Gambino (cur.), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, si v. i saggi di S. Sicardi, *Percorsi e vicende del Terzo Potere dallo Stato liberale allo Stato costituzionale. Da uno sguardo d'insieme alla situazione italiana*, in Id. (cur.), *Magistratura e democrazia italiana. Problemi e prospettive*, Napoli, 2010, 1 ss., e A. Di Giovine, A. Mastromarino, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, in R. Toniatti, M. Magrassi (cur.), *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Milano, 2011, 17 ss. Per un inquadramento generale del fenomeno si rimanda inoltre alle classiche trattazioni in C.N. Tate, T. Vallinder (Eds), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York-London, 1995, R.H. Bork, *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges*, Washington, 2003, trad.it. *Il giudice sovrano*, Macerata, 2004, e R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge-London, 2004. Si segnala da ultimo la discussione in M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, 98-111.

Polonia e Ungheria, si pensi a Portogallo⁴, Italia⁵ e Spagna⁶ — hanno portato ad un aperto contrasto istituzionale tra i Governi dei diversi Paesi ed i rispettivi apparati giurisdizionali, rispetto al quale si è assistito ad un inedito, significativo intervento delle istituzioni europee su di un conflitto, per così dire, “tra poteri dello Stato”. Mentre il versante “negativo” di queste tormentate vicende è accompagnato da vivissime attenzioni dottrinali⁷, minore considerazione sembra invece essere riservata al portato paradossalmente “positivo”⁸: il loro involontario contributo alla definizione di un modello comune di organizzazione della magistratura a livello europeo⁹ — tema storicamente rimasto oggetto delle indagini prospettiche della dottrina o di iniziative di *soft law*, più che di vere e proprie azioni di diritto positivo¹⁰.

⁴ La nota vicenda della riduzione delle retribuzioni dei giudici portoghesi che ha portato alla fondamentale pronuncia *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, su cui v. *infra* § 2.

⁵ Unico Stato della tradizione giuridica occidentale che esplicitamente riconosce il diritto all’astensione collettiva degli appartenenti all’ordine giudiziario, in Italia l’opposizione della magistratura alle riforme — ovvero la richiesta delle medesime — ha spesso assunto la forma dello sciopero dei magistrati. Da questo punto di vista, il 2022 ha rappresentato un anno “record”, con ben quattro scioperi indetti da tre diverse magistrature: il 16 maggio si è infatti registrato lo sciopero della magistratura ordinaria contro l’adozione della l. 17 giugno 2022, n. 71, e dal 19 al 21 settembre quello della magistratura tributaria contro la l. 31 agosto 2022, n. 130, che si sono aggiunti ai due scioperi — dal 24 al 29 gennaio e dal 31 gennaio al 4 febbraio — indetti dalla magistratura onoraria, da tempo usa all’astensione collettiva contro la mancata riforma del proprio regime giuridico nonostante le plurime sollecitazioni delle istituzioni europee. Sui problemi costituzionali e il contesto comparato dello sciopero dei magistrati si permette il rimando a S.R. Vinceti, *Sciopero dei magistrati e costituzioni. L’esperienza italiana in prospettiva comparata*, Roma, 2023.

⁶ Su cui v. J.M. Castellà Andreu, *Reformas legislativas del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional y erosión democrática en España*, e G. Ruiz-Rico Ruiz, *Réquiem por el Tribunal Constitucional? Comentario al último caso en el proceso de politización de la justicia constitucional en España (la atribución ilegítima de una competencia para el control preventivo de los actos del Parlamento)*, entrambi in questa *Rivista*, 4, 2022, 2273 ss. e 2259 ss.; D. Camoni, *La sentenza della Corte EDU sul mancato rinnovo del Consejo General del Poder Judicial in Spagna. La montagna ha partorito il topolino?*, in questa *Rivista*, 3, 2023, 3055 ss.

⁷ Del resto, «[n]ever before in the history of the ECJ has there been such an intense concentration of case law, in such a short period of time» (M. Safjan, *Praxo do skutecznej ochrony sadowej* (2020), trad. e cit. in L.D. Spieker, *The conflict over the Polish disciplinary regime for judges – an acid test for judicial independence, Union values and the primacy of EU law*. *Commission v. Poland*, (2022) 59 *CMLR* 777, 777).

⁸ Benché il saggio muova dalla stipulazione assiologica della desiderabilità dell’integrazione degli ordinamenti giudiziari europei, lo svolgimento è poi avalutativo, nel senso che si cerca di determinare, dal punto di vista tecnico-giuridico, quale dei due formanti risulti più utile allo scopo.

⁹ In un senso più generale, che la crisi dello Stato di diritto possa fornire «una spinta verso un perfezionamento» del «disegno costituzionale europeo» è autorevolmente sostenuto da A. Di Gregorio, *La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 1, 2022, 149.

¹⁰ Il riferimento è alla discussione sul modello europeo di indipendenza della magistratura, su cui si v. A. Pizzorusso, *Ordinamenti giudiziari, forme di governo, realtà politiche*, in P.L. Zanchetta (cur.), *Governo e autogoverno della magistratura nell’Europa occidentale*, Milano, 1987, 159 ss.; M. Volpi, *Esiste un modello europeo di consiglio della magistratura?*, in *Quest. giust.*, 3, 2009, 151 ss.; Id., *I consigli di giustizia in Europa. Un*

Laddove il “primo tempo” dell’intervento europeo sui sistemi giudiziari è stato caratterizzato dall’esclusiva presenza del formante giurisprudenziale — con le fondamentali pronunce “ablative” della Corte di giustizia e le conseguenti sanzioni degli Stati membri recalcitranti — il “secondo tempo” si è arricchito del ricorso al meccanismo della condizionalità europea¹¹, nel momento in cui, tra l’altro¹², l’elargizione delle *tranche* del NextGenerationEU (NGEU) è stata subordinata anche all’inserimento di rilevanti riforme degli ordinamenti giudiziari nei Piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR). Nel presente contributo si intende procedere dunque ad una comparazione tra i due formanti giuridici — quello giurisprudenziale e quello “negoziale”¹³ — al fine di abbozzare una prima, interlocutoria risposta

quadro comparativo, in E. Albamonte, P. Filippi (cur.), *Ordinamento giudiziario. Leggi, regolamenti e procedimenti*, Milano, 2009, 3 ss.; la Sezione monografica *L’indipendenza della magistratura in Europa e il ruolo dei Consigli di giustizia*, in questa *Rivista*, 4, 2010, 1603 ss., con contributi di D’Orlando e Montanari (cur.), Mazarroli, Patrono, Montanari e Renoux, Rosado Iglesias, Mavcic, Lilié, Klíma, Hammer, Panizza, Rigano, Toniatti, Volpi, Damiani, Girotto, Matucci, Polizzi; L. Montanari, *L’indipendenza della magistratura in Europa. Verso un modello comune di garanzie?*, in R. Toniatti, M. Magrassi (cur.), *op. cit.*, 103 ss.; F. Clementi, *Non tutto lo jus dicere passa dalle sentenze. La tutela dei diritti fondamentali e la rete europea dei Consigli di Giustizia*, in C.A. D’Alessandro, C. Marchese (cur.), *Ius Dicere in a Globalized World. A Comparative Overview*, vol. I, Roma, 2018, 57 ss.; infine, le riflessioni raccolte in questa *Rivista*, 4, 2020, 4851 ss., con contributi di Volpi (cur.), Ferri, Montanari, Iacometti, Costantini, Aravantinou Leonidi, Penasa, Lubello, Mazza, Delledonne, Bertolini, Marchetti e Tarchi, Torre, Ceccherini, Bussi, Catani, Duranti, Paffarini.

¹¹ Definita come lo «strumento per l’esercizio del potere pubblico attraverso mezzi diversi rispetto all’imposizione di norme giuridiche o all’utilizzo della pura coercizione: l’obbedienza si ottiene grazie al *power of the purse*» (A. Baraggia, *La condizionalità come strumento di governo negli stati compositi. Una comparazione tra Stati Uniti, Canada e Unione europea*, Torino, 2023, 2).

¹² L’applicazione della condizionalità europea agli ordinamenti giudiziari statali nel NGEU si intreccia con il «rule of law conditionality mechanism» adottato con il Regolamento 2020/2092 e applicabile a tutti i programmi di finanziamento europeo, dunque anche agli stessi fondi del NGEU: si è rilevato, al riguardo, come «i destini del *Recovery Plan* e del regolamento condizionalità appaiono di fatto intrecciati» (A. Baraggia *La condizionalità a protezione dello Stato di diritto. Tra potenzialità costituzionali e limiti applicativi*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 1, 2023, 295). L’incrocio delle normative di condizionalità conferma il giudizio per cui «[a] differenza degli Stati federali [...] in cui la condizionalità, pur se declinata in diverse forme e finalità, rappresenta uno strumento i cui tratti essenziali sono delle invarianti, nell’Unione europea sarebbe più opportuno parlare della presenza di *tanti* regimi di condizionalità» (Id., *La condizionalità come strumento*, cit., 158). Sul Regolamento si v. F.E. Grisostolo, *Rule of law e condizionalità finanziaria nel Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092*, in L. Montanari, A.-O. Cozzi, M. Milenković, I. Ristić (cur.), *We, the People of the United Europe. Reflections on the European State of Mind. Atti del Convegno internazionale (Udine 28/29 giugno 2022)*, Napoli, 2022, 173 ss., nonché il contributo di Dirri e Guerra nella presente Sezione monografica.

¹³ La qualificazione del PNRR — e più precisamente della «*Decisione di esecuzione del Consiglio UE relativa all’approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell’Italia*» del 13 luglio 2021 e dell’annesso «*Allegato riveduto*» — nei termini di un “formante” presuppone l’accoglimento della tesi sulla sua natura di “fonte del diritto”, quantomeno nei rapporti tra Stati e istituzioni europee: in questo senso v. F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell’economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in

alla seguente *research question*¹⁴: può la condizionalità europea costituire un formante efficace per la definizione di un modello unitario di organizzazione della giustizia all'interno dell'Unione Europea? Utilizzando la riforma dei trattati istitutivi come formante “benchmark” dell'integrazione europea si cercherà di argomentare come, dal punto di vista delle capacità armonizzanti dei diversi sistemi giudiziari europei e della legittimazione politico-costituzionale, la condizionalità appaia un formante promettente, che sebbene non privo di criticità si pone nei termini di una soluzione “di compromesso” preferibile al formante giurisprudenziale.

2. La competenza unionale in materia di organizzazione della giustizia

La questione dell'armonizzazione dell'organizzazione della giustizia si pone fin dall'inizio come particolarmente controversa, dal momento che la disciplina dell'ordinamento giudiziario non figura tra le competenze enumerate dell'Unione e pertanto dovrebbe ricondursi, ai sensi dell'art 4, par. 1, TUE, nell'alveo della più perfetta competenza statale¹⁵. Benché formalmente continui ad affermare che «l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientri certamente nella competenza di questi ultimi»¹⁶, al giudice europeo va ascritto il merito — o se non altro la responsabilità —

Costituzionalismo.it, 1, 2022, 37; di una «legificazione del Piano» e di una sua «efficacia rinforzata» parla invece F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR. Una proposta per il Giudice*, in *La Magistratura*, 2, 2022, 87-91; nel senso di una «vincolatività diretta piuttosto limitata per i soggetti istituzionali coinvolti nella sua attuazione» v. invece M. Clarich, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza tra diritto europeo e nazionale. Un tentativo di inquadramento giuridico*, in *il Corriere giuridico*, 8-9, 2021, 1030. Sul rapporto tra i concetti di “fonte” e “formante” v. *infra*, nota 28.

Ulteriore problema è la natura di questo formante, che alcuni riconducono ad un atto di natura “contrattuale” (cfr. F. Fabbrini, *Next Generation Eu. Legal Structure and Constitutional Consequences*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2022, 53), altri qualificano nei termini di un atto d'indirizzo politico (cfr. A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico «normativo»?*, in *federalismi.it*, 18, 2021, 236 ss.; E. Catelani, *P.N.R.R. e ordinamento costituzionale. Un'introduzione*, e C. Colapietro, *La forma di stato e di governo italiana alla “prova” del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, rispettivamente in *Rivista AIC*, 3, 2022, 219 e 329; sottolinea invece la duplice natura di «atto di programmazione economica» e «d'indirizzo politico normativo» *ab interno* e di «decisione di esecuzione di un Regolamento dell'Unione europea» *ab externo* E. Cavasino, *L'esperienza del PNRR. Le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-governativa*, in *Rivista AIC*, 3, 2022, 251) e altri ancora — enfatizzando il momento procedurale — elevano infine a «nuovo “metodo di governo”» (N. Lupo, *op. cit.*, 6). Con la formula qui impiegata di “formante negoziale” s'è evidentemente inteso “circumnavigare” il problema, senz'altro comunque rilevante per le considerazioni qui sviluppate.

¹⁴ Sull'opportunità di definire la *research question* v. R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2021, 137-138.

¹⁵ Sull'integrazione dell'organizzazione della giustizia in riferimento allo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» di cui al Tit. V, TFUE, cfr. G. Amato, E. Paciotti (cur.), *Verso l'Europa dei diritti. Lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Bologna, 2005.

¹⁶ Sentenza 17 luglio 2021, *Commissione c. Polonia*, C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596, § 56.

di avere *de facto* archiviato la pretesa impermeabilità dell'organizzazione della giustizia al formante europeo. L'apertura della strada all'armonizzazione dei modelli nazionali di ordinamento giudiziario deve infatti ricondursi¹⁷ al *landmark case Associação Sindical dos Juizes Portugueses* del 2018, in cui la CGUE, muovendo dal presupposto per cui «[1]’esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell’Unione è intrinseca ad uno Stato di diritto», ebbe a sancire il fondamentale principio per cui «ogni Stato membro deve garantire che gli organi rientranti, in quanto “giurisdizione” nel senso definito dal diritto dell’Unione, nel suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva»¹⁸.

L'organizzazione della giustizia non rappresenta, come assolutamente noto, né il primo né verosimilmente l'ultimo ambito competenziale in cui si assiste ad una espansione della cognizione europea in un settore a lungo considerato di esclusiva spettanza statale¹⁹. Il pensiero di chi scrive corre, ad es., al comparto sanitario, ove la tutela della libertà di movimento prima e il mutevole intendimento del regime dei servizi di interesse economico generale poi hanno permesso un'espansione *de facto* della competenza europea, per cui si è parlato di una «silent Revolution»²⁰ e di una «uninvited Europeanization»²¹. Se da una parte il rilievo annulla l'idea di una “eccezionalità” dell'intervento giurisprudenziale nel settore della giustizia, dall'altra il confronto con il settore sanitario mette plasticamente in risalto il salto di qualità cui si assiste con l'incipiente attrazione dell'ordinamento giudiziario nella cognizione europea: mentre infatti la salute rimane un bene afferente ad una pretesa positiva caratteristica dello Stato sociale, l'affermazione di un processo di europeizzazione della magistratura va direttamente al cuore della formazione dello Stato di diritto, il monopolio della giurisdizione costituendo uno dei tratti definatori della statualità moderna²². Da questo punto di vista, inoltre, è impossibile non registrare un minimo conflitto tra la crescente tutela dei valori europei dello Stato di diritto e dell'effettiva tutela giurisdizionale e il rispetto dell'identità costituzionale nazionale di cui all'art. 4, comma 2, TUE²³: una tensione

¹⁷ Cfr. M. Daicampi, *Contenuti e dimensioni dell'identità costituzionale dell'Unione europea*, in L. Montanari, A.-O. Cozzi, M. Milenković, I. Ristić (cur.), *op. cit.*, 17, e L. Pech, *The European Court of Justice's jurisdiction over national judiciary-related measures*, Brussels, 2023, 27-31.

¹⁸ Sentenza 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, §§ 36-37.

¹⁹ Si pensi agli esempi di espansione dell'intervento europeo realizzati negli anni Settanta mediante una lettura massimamente estensiva dell'art. 235, TCEE, famosamente discussi da J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in 100 *Yale L.J.* 2403, 2442-47 (1991).

²⁰ A. de Ruijter, *EU Health Law & Policy. The Expansion of EU Power in Public Health and Health Care*, Oxford, 2019, 1.

²¹ S.L. Greer, *Uninvited Europeanization. Neofunctionalism and the EU in Health Policy*, in *Journal of European Public Policy*, 1, 2006, 134-152.

²² V. N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 1007, 171-172.

²³ Per un inquadramento storico-teorico della clausola si v. A.-O. Cozzi, *Patrimonio culturale e identità europea*, in L. Montanari, A.-O. Cozzi, M. Milenković, I. Ristić (cur.), *op. cit.*, 3 ss.

verosimilmente inevitabile e destinata ad avvertirsi in modo ancora più forte in esperienze, come quella italiana, dove il monopolio dell'organizzazione giudiziaria in capo allo Stato ha svolto un ruolo di unitarietà per l'intero ordine costituzionale²⁴. L'incipienza di un processo di armonizzazione dei sistemi giudiziari segna dunque un momento nuovo, qualitativamente irriducibile per la storia dell'integrazione europea, che rischia di andare forse negletto nell'attuale discussione sulla crisi dello Stato di diritto, comprensibilmente focalizzata sulla deviazione di alcuni Stati membri dell'*humus* di un comune costituzionalismo liberale.

3. Il formante giurisprudenziale: necessità e limiti

Il formante giurisprudenziale non ha solo infranto la pretesa insensibilità unionale degli ordinamenti giudiziari nazionali, ma ha anche caratterizzato il “primo tempo” dell'intervento europeo sulle magistrature degli Stati membri. Non potendo per motivi di spazio dar conto dell'ormai ampio panorama giurisprudenziale²⁵, può prendersi ad esempio utile per la presente ricostruzione l'eloquente caso delle riforme dell'ordinamento giudiziario polacco e in particolare la vicenda concernente l'organizzazione della giustizia disciplinare. Come noto²⁶, con la richiamata pronuncia del luglio 2021 la CGEU ha affermato che la Polonia è venuta meno al dovere di garantire «una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione», di cui all'art. 19, comma 1, TUE, in quanto, tra l'altro, la Sezione della Corte Suprema deputata ad esercitare il controllo delle decisioni disciplinari non soddisfaceva i requisiti di «indipendenza» e «imparzialità»²⁷. A questo riguardo, è bene innanzitutto sottolineare come, in astratto, una pronuncia ablativa del giudice europeo possa senz'altro costituire un “formante di integrazione”²⁸: nel momento in cui un

²⁴ Cfr. E. Gianfrancesco, *Le Regioni italiane e la giurisdizione*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 1-2-3, 2006, 403-404.

²⁵ V. ora l'ampio studio di L. Pech, *op. cit.*

²⁶ Cfr. sulla pronuncia A. Angeli, *op. cit.*, 17-19; N. Piscivino, *C'era una volta la separazione dei poteri a Varsavia. I provvedimenti provvisori come argine all'erosione dello Stato di diritto in Polonia? (nota a Commissione c. Polonia, causa C-791/19)*, in *Oss. cost.*, 1, 2021, 251 ss.

²⁷ *Commissione c. Polonia*, § 235.

²⁸ Si impiega qui la nozione di “formante” per fini esplicativi in parziale corrispondenza alla nozione classica, su cui v. G. Bognetti, *L'oggetto e il metodo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari (cur.), *Diritto costituzionale comparato*, vol. II, Roma-Bari, 2014, 725-726; T.E. Frosini, *Il metodo*, in Id. (cur.), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna, 2022, 23. Meglio del concetto di “fonte del diritto” — per come tradizionalmente inteso — la categoria di “formante” permette infatti di porre l'accento sull'effettività della regola giuridica concretamente vigente: «[s]e nell'ordinamento figurano più formanti, la dottrina delle fonti non è completa se non si estende a tutte le fonti che creano i singoli formanti» (R. Sacco, P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 2019, 74). Qualora invece intesa secondo una «concezione radicalmente realistica delle norme giuridiche» (G. Bognetti, *Introduzione al diritto costituzionale comparato. (Il metodo)*, Torino, 1994, 18), la teoria delle fonti del diritto ha una più accentuata sovrapposizione con quella dei formanti: in questo caso, pertanto, «[i]l nome di “fonte” [...] potrebbe più utilmente venir riservato a designare quelle classi di atti che pongono per il giurista “pratico”, in un dato ordinamento, punti di partenza

determinato assetto dell'ordinamento giudiziario — in questo caso l'organizzazione della giustizia disciplinare — viene giudicato incompatibile con il diritto unionale, ciò implica *a contrario* l'esistenza di un modello europeo di giustizia disciplinare, che si caratterizzerà almeno, "in negativo", per non poter assumere la forma giuridica censurata: per quanto chiaramente la portata sia diversa da una definizione "in positivo" di un modello unitario di magistratura, l'esclusione di un determinato assetto giudiziario dal *range* di validità della modellistica europea rappresenta comunque un primo, significativo momento d'integrazione.

Approfondendo la pronuncia constatiamo tuttavia i limiti contro cui si scontra l'integrazione dei sistemi giudiziari mediante il formante giurisprudenziale. L'illegittimità dell'organo disciplinare polacco non è infatti discesa dalla declaratoria di illegittimità di una o più precise "qualità" giuridiche — dove il *punctum crucis* era la previsione che i giudici della Sezione disciplinare della Corte Suprema fossero nominati da un organo composto da membri di nomina "indirettamente parlamentare"²⁹ — quanto piuttosto da una «un'analisi globale»³⁰, in cui «il contesto particolare e le condizioni obiettive nelle quali è stata creata la Sezione disciplinare, le sue caratteristiche nonché le modalità di nomina dei suoi membri [sono risultati] atti a suscitare dubbi legittimi nei singoli quanto all'impermeabilità di tale organo rispetto a elementi esterni e, in particolare, rispetto a influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo polacchi»³¹. Ad essere giudicato incompatibile con il diritto europeo, dunque, non è stato un determinato *modello* di organizzazione della giustizia disciplinare, o quantomeno una o più specifiche qualità giuridiche dell'organo disciplinare — *in primis*, appunto, le «modalità di nomina» dei componenti — quanto piuttosto *una specifica vicenda*, in cui plurimi indizi, di per sé non concludenti, hanno formato un "dubbio legittimo" sulla mancata indipendenza dell'organo: per usare le categorie della processualpenalistica, si potrebbe dire che indizi «gravi, precisi e concordanti» hanno a provato l'esistenza del fatto — in questo caso, la mancata indipendenza della Sezione disciplinare.

Perché il giudice europeo ha mancato di enucleare vizi specifici di illegittimità, preferendo far riposare il suo giudizio su di «un'analisi globale» della controversia? La risposta risulta evidente solo che si consideri il contesto comparato degli ordinamenti giudiziari europei. Qualora infatti la CGEU avesse sancito l'incompatibilità eurounitaria in sé e per sé degli

normativi obbligatori per lo sviluppo del suo ragionamento giuridico», anche qualora non contribuiscano «potentemente allo sviluppo di fatto di un sistema giuridico» (ivi, 83).

²⁹ I membri della Sezione disciplinare della Corte Suprema erano infatti formalmente nominati dal Presidente della Repubblica a seguito della proposta del Consiglio nazionale della magistratura, che era tuttavia composto da quattro membri di diritto — Presidente della Corte Suprema, Ministro della giustizia, Presidente della Corte Suprema amministrativa e un membro designato dal Presidente della Repubblica — quattro "laici" — due deputati e due senatori eletti nelle rispettive assemblee (*Sejm* e *Senat*) — e 15 giudici afferenti alle diverse giurisdizioni comunque eletti dal *Sejm*. Cfr. il combinato disposto in ivi, § 7, 17, 25.

³⁰ Ivi, § 110.

³¹ Ivi, § 112.

organi di giustizia disciplinare composti a maggioranza da membri di nomina politica, “a cascata” sarebbe derivata l’invalidità degli organi di giustizia disciplinare di altri Stati europei non “in odore” di plurime violazioni dello Stato di diritto. In Spagna, ad es., alla *Comisión Disciplinaria* e al *Pleno del Consejo General del Poder Judicial* compete la potestà disciplinare per «faltas graves» e «muy graves»³² e in entrambi casi si tratta di un organo a piena nomina parlamentare³³. In Irlanda, ancora, la radiazione disciplinare è prerogativa esclusiva del Parlamento³⁴. E pure in quella Danimarca che si era costituita *ad adiuvandum* contro la Polonia il *Særliche Klageret*, l’organo di giustizia disciplinare, è composto da membri di nomina politica, in quanto nominati dal monarca su raccomandazione del Ministro della Giustizia³⁵.

Benché possa apparire senz’altro pragmaticamente comprensibile, la scelta del giudice europeo di far riposare l’illegittimità della Sezione disciplinare polacca su di un ragionamento “indiziario” scopre due aspetti problematici dell’integrazione mediante il formante giurisprudenziale. Da una parte, presta il fianco all’accusa, invero non del tutto infondata, di una certa apoditticità del *decisum*: nel momento in cui si evita di esplicitare un preciso vizio dell’organo disciplinare — come poteva astrattamente essere, con le problematiche anzidette, la natura politica della nomina dei membri della Sezione disciplinare — il giudizio di incompatibilità con il diritto unionale finisce per riposare su di un apprezzamento a carattere prudenziale — poiché non automaticamente deducibile dalle premesse — e indiziario — in quanto appunto fondato sulla consilienza di indici sintomatici e non su precise qualità giuridiche “vizianti”. È questa una difficoltà tipica dell’applicazione di principi generalissimi del diritto, come l’effettiva tutela giurisdizionale o ancor più lo Stato di diritto, storicamente suscettibili di plurimi, diversificati svolgimenti. D’altra parte, la specifica curvatura impressa al formante giurisprudenziale finisce per dissiparne il potenziale integrativo: nel momento in cui non vengono esplicitati i vizi specifici dell’organo giurisdizionale, il giurista interessato all’armonizzazione dei sistemi giudiziari europei non sa, esattamente, se e che cosa la pronuncia abbia escluso dal *range* di validità del definendo “modello europeo di magistratura”. In questo modo, infatti, la mancata enucleazione di specifici profili vizianti decresce il «valore precedente»³⁶ del formante giurisprudenziale e, per l’effetto, impedisce quel minimo di integrazione che sarebbe *a contrario* generato dalla pronuncia ablativa.

4. Il formante “negoziale”: la condizionalità europea

³² *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)*, art. 421, 1 (c)-(d).

³³ (*LOPJ*), art. 567, 1-2. Cfr. diffusamente M. Iacometti, *Il Consejo General del Poder Judicial spagnolo. Un organo di effettiva garanzia dell’indipendenza del potere giudiziario?*, in questa *Rivista*, 4, 2020, 4897.

³⁴ *Constitution of Ireland*, art. 35.4.1°.

³⁵ *Retsplejeloven*, § 1, stk. 2. Cfr. S. Anderson, *Judging Judges. The Special Court of Complaints in Denmark*, in *Statsvetenskaplig*, 2, 1980, 90, e F. Duranti, *Governo autonomo della magistratura. Il modello nordico*, in questa *Rivista*, 4, 2020, 5102.

³⁶ U. Mattei, *Stare decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d’America*, Milano, 1988, 224.

Se il formante giurisprudenziale ha reso possibile e caratterizzato il “primo tempo” dell’incipiente processo di europeizzazione delle magistrature degli Stati membri, il “secondo tempo” può invece dirsi contraddistinto dall’applicazione, in aggiunta, del meccanismo della condizionalità europea. Il condizionamento di determinati “benefici” ad interventi sull’organizzazione della giustizia statale non è, in sé e per sé, un inedito: come noto, l’allargamento dell’Unione ai Paesi dei Balcani occidentali è condizionato all’implementazione di riforme all’organizzazione delle magistrature nazionali³⁷ e già in questo frangente, peraltro, attenti commentatori hanno rilevato la difficoltà di conformare gli ordinamenti giudiziari stranieri ad un “modello europeo di indipendenza della magistratura”³⁸. L’elemento di novità odierna è l’“introversione” della condizionalità: laddove prima erano gli ordinamenti esterni a doversi conformare alla modellistica europea, ora sono gli stessi ordinamenti giudiziari degli Stati membri a doversi adeguare verso un ipotetico “modello standard” di organizzazione giudiziaria, le cui fattezze si individuano, *a contrario*, nell’insieme delle modifiche agli ordinamenti giudiziari “validate” dalla Commissione europea con l’approvazione dei diversi PNRR.

La nota vicenda polacca offre di nuovo l’esempio più chiaro e utile giustapponibile al formante giurisprudenziale. Alla componente F del Piano nazionale di ripresa e resilienza polacco si prevedono tre analitiche e dettagliate *milestone* in materia di ordinamento giudiziario che il governo polacco è chiamato a rispettare per poter beneficiare delle somme previste del NGEU. *Inter alia* sono state richieste: la definizione di una nuova Sezione disciplinare presso la Corte Suprema, che rispetti maggiori requisiti di indipendenza e imparzialità³⁹; la perimetrazione della responsabilità disciplinare dei giudici, con esclusione della stessa nel caso di rinvio pregiudiziale di una causa alla Corte di giustizia, nonché in qualsiasi caso di interpretazione della legge, salvo che per grave ed evidente errore⁴⁰; l’introduzione di apposite garanzie procedurali e difensive durante il procedimento disciplinare⁴¹, di cui si afferma dunque una natura giurisdizionale; la revisione dei procedimenti disciplinari precedentemente

³⁷ Cfr. L. Appicciafuoco, *Integrazione dei Balcani occidentali nell’Unione europea e principio di condizionalità*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2, 2007, 547 ss.; F. Palermo, J. Woelk, *L’indipendenza della Magistratura e le sue garanzie negli ordinamenti dei Balcani occidentali*, in M. Calamo Specchia, M. Carli, G. Di Plinio, R. Toniatti (cur.), *I Balcani occidentali. Le Costituzioni della transizione*, Torino, 2008, 203 ss.; J. Woelk, *Il potere giudiziario e le riforme per preparare l’adesione all’Unione europea*, in L. Montanari (cur.), *op. cit.*, 261 ss.; M. Milenković, *Using ethnology-based intangible heritage safeguarding as an alternative to culturalized EU conditionality in the Western Balkans*, in L. Montanari, A.-O. Cozzi, M. Milenković, I. Ristić (cur.), *op. cit.*, 225 ss., nonché il contributo di Skrebo nella presente Sezione monografica.

³⁸ «[T]he myth of a common European theory of judicial independence», per dirla con D. Smilov, *EU Enlargement and the Constitutional Principle of Judicial Independence*, in W. Sadurski, A. Czarnota, M. Krygier (Eds), *Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of EU Enlargement for the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders*, Dordrecht, 2006, 314 (tondo aggiunto).

³⁹ *Council Implementing Decision on the approval of the assessment of the recovery and resilience plan for Poland (Annex)*, 1 giugno 2022, 198.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Ivi, 199.

definiti⁴². Infine, è stato esplicitamente previsto che tutti i casi di revisione dei procedimenti disciplinari attivati alla luce del PNRR debbano essere risolti entro il quarto trimestre del 2023⁴³. Come è osservabile, si tratta di indicazioni più “chiare e distinte” di quelle negativamente desumibili dalla richiamata sentenza, che si limitava ad affermare alcuni “indizi di invalidità”.

Al tempo stesso, l’applicazione della condizionalità europea agli ordinamenti giudiziari non si risolve nel pur cruciale frangente della *rule of law conditionality*, in cui peraltro confluiscono anche vicende “altre” dall’organizzazione della magistratura — si pensi, ad es., al problema della corruzione nelle procedure d’appalto nel caso dell’Ungheria. Illuminante, al riguardo, è l’analisi degli altri PNRR sottoscritti a livello europeo. Nel PNRR del Belgio, ad es., è prevista l’introduzione di un nuovo sistema di *case management*⁴⁴ e l’estensione delle intercettazioni telefoniche mediante 5G⁴⁵, mentre in quello della Bulgaria si è sancita la creazione di centri finalizzati all’esperimento di tentativi obbligatori di conciliazione⁴⁶. Nel PNRR croato si prevede l’introduzione di un nuovo sistema di valutazioni di professionalità dei magistrati⁴⁷, laddove in quello ceco si prevede l’adozione di una legge sull’ordinamento giudiziario che introduca criteri oggettivi per la selezione dei giudici, regolamenti le loro attività secondarie e ridisegni la partecipazione dei giudici laici, altresì stabilendo un sistema di controllo sulle decisioni della sezione disciplinare⁴⁸. *Milestone* legate ad importanti introduzioni in materia di ordinamento giudiziario si ritrovano poi, tra l’altro, nei PNRR greco, maltese, ungherese, portoghese, sloveno, spagnolo e, come ben noto, italiano⁴⁹. Ebbene, l’insieme delle diverse modifiche promosse dalla Commissione europea concorrono a determinare i lineamenti di un modello “ottimale” di organizzazione della giustizia, che può ad ogni effetto considerarsi un incipiente modello di ordinamento giudiziario “europeo”.

Nemmeno il meccanismo della condizionalità, beninteso, è astrattamente esente da rilievi. Da un punto di vista generale, è innanzitutto nota realtà quella di una condizionalità talora «impiegata in modo espansivo, spesso ampliando il raggio di influenza dell’Unione in aree in cui la competenza dell’UE è limitata e senza considerare i possibili effetti che l’aumento della condizionalità possa avere a livello sovranazionale sulla divisione verticale dei poteri (tra l’UE e gli Stati membri) e orizzontale (tra le istituzioni dell’UE)»⁵⁰. Insieme alla potenziale alterazione del riparto di

⁴² Ivi, 200.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Council Implementing Decision on the approval of the assessment of the recovery and resilience plan for Belgium (Annex)*, 6 luglio 2021, 43.

⁴⁵ Ivi, 33.

⁴⁶ *Council Implementing Decision on the approval of the assessment of the recovery and resilience plan for Bulgaria (Annex)*, 7 aprile 2022, 192-193.

⁴⁷ *Council Implementing Decision on the approval of the assessment of the recovery and resilience plan for Croatia (Annex)*, 8 luglio 2021, 139.

⁴⁸ *Council Implementing Decision on the approval of the assessment of the recovery and resilience plan for Czechia (Annex)*, 19 luglio 2021, 131.

⁴⁹ Per un inquadramento generale v. G. Verde, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e la riforma della giustizia*, in *Nuove autonomie*, 1, 2021, 169 ss.

⁵⁰ A. Baraggia, *La condizionalità come strumento*, cit., 166.

competenze tra Unione e Stati membri — nonché, a livello endostatuale, tra enti territoriali⁵¹ e poteri dello Stato⁵² — la condizionalità rischia di prestarsi ad un uso, per così dire, “soggiogante” dello Stato membro, che specie in un contesto di fragilità economica difficilmente può permettersi di rifiutare fondi così importanti⁵³, trovandosi così *de facto* coartato ad accettare determinate scelte di *policy*, in quella che può divenire una situazione di effettiva «sudditanza»⁵⁴. È il noto fenomeno della «sottomissione» degli enti di governo inferiori da parte dell’ente di governo superiore mediante la forza contrattuale dei trasferimenti finanziati condizionati, tema ampiamente discusso e stigmatizzato dalla costituzionalistica statunitense in riferimento ai *conditional spending program* federali⁵⁵.

Insieme alla possibile alterazione del riparto di competenze tra Unione e Stati membri la condizionalità può poi scontare problemi di efficacia. In primo luogo non può tacersi il pericolo — se non altro “astratto”, ché chi scrive non ha registrato particolari incoerenze confrontando i diversi PNRR — di una sclerotizzazione del modello ottimale di organizzazione giudiziaria sopra richiamato, qualora la Commissione europea finisca per promuovere modelli diversi di organizzazione del potere giudiziario nelle varie realtà statali: per la definizione di un modello unitario di magistratura è decisivo, in altre parole, che la Commissione si mantenga coerente nella promozione delle modifiche agli ordinamenti giudiziari europei. In secondo luogo, insieme al rischio di una «inadeguatezza ad assicurare l’effettivo cambiamento dei sistemi nazionali, che spesso si riduce a riforme di facciata»⁵⁶, suscita qualche interrogativo la tenuta nel tempo delle riforme giudiziarie introdotte con i PNRR: più che la prospettiva di comportamenti alla, *si fas est*, “prendi i soldi e scappa”, il rischio è che nel medio-lungo periodo le riforme giudiziarie introdotte nel contesto dei PNRR attuali vengano cancellate o emendate *in peius* — magari sul beneplacito di Commissioni europee di diverse vedute — con il conseguente annullamento di qualsiasi avanzamento nella definizione di un modello unitario di magistratura.

⁵¹ Si pensi alla marginalizzazione delle autonomie italiane nel processo di adozione e implementazione del PNRR, che pone evidenti problemi di compatibilità con il Titolo V: cfr. A. Sciortino, *L’impatto del PNRR sulle disegualianze territoriali. Note introduttive*, in *Rivista AIC*, 3, 2022, 278; E. Cavasino, *L’esperienza del PNRR. Le fonti del diritto dal policentrismo alla normazione euro-governativa*, in *Rivista AIC*, 3, 2022, 267; C. Mainardis, *Il regionalismo italiano tra continuità sostanziale e le sfide del PNRR*, in *Le Regioni*, 1-2, 2021, 151-152.

⁵² Per un bilancio del coinvolgimento dell’istituzione parlamentare nell’adozione del PNRR v. R. Di Cesare, A. Zito, *Dall’indirizzo al vincolo. Le procedure parlamentari nell’esame del PNRR*, in *federalismi.it*, 24, 2022, 82 ss.

⁵³ Come sottolinea M. Dani, *L’invalente condizionalità macroeconomica del dispositivo per la ripresa e la resilienza*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 1, 2023, 287: «Ma davvero nel contesto economico post-pandemico si può pensare che tutti gli Stati siano nella condizione di rinunciare a trasferimenti così ingenti?».

⁵⁴ Cfr. F. Salmoni, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano, 2021, 154-158.

⁵⁵ Cfr. P. Hamburger, *Purchasing Submission. Conditions, Power, and Freedom*, Cambridge-London, 2021; A. Baraggia, *La condizionalità come strumento*, cit., 55 ss.

⁵⁶ L. Montanari, *Condizionalità e allargamento, tra valori e politica*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 1, 2023, 280-281.

5. Un confronto tra formanti

5.1 La procedura di revisione dei trattati come formante “benchmark”

Alla luce di questi molto brevi *excursus* sui due formanti considerati, deve allora provare a darsi una prima risposta — certo assolutamente interlocutoria — alla domanda di indagine: rappresenta il meccanismo di condizionalità un formante efficace per la definizione di una identità costituzionale comune in materia di ordinamento giudiziario? La risposta risiede giocoforza in una valutazione comparativa, che non può tuttavia limitarsi ai due “formanti d’integrazione” considerati: per poter proficuamente confrontare formante giurisprudenziale e negoziale dobbiamo definire un terzo elemento di comparazione, un “formante ideale” rispetto cui valutare la maggiore o minore “prestanza” degli altri due. La migliore pietra di paragone, al riguardo, non può che essere l’attivazione di una procedura di revisione ordinaria dei trattati ex art. 48, parr. 2-5 TUE, finalizzata ad estendere la competenza dell’Unione all’organizzazione della giustizia. La fonte legislativo-costituzionale rappresenta inevitabilmente il *gold standard* del processo di integrazione, il suo, per così dire, formante “benchmark”: non solo offre infatti maggiori prospettive dal punto di vista della stabilità dei risultati — non essendo esposto a future modifiche unilaterali da parte dei legislatori nazionali — e dell’organicità giuridica della normativa di risulta — verosimilmente assimilabile ad un vero e proprio “titolo costituzionale sulla magistratura” — ma esce altresì indenne e dall’accusa di una certa apoditticità nell’applicazione di generalissimi principi del diritto, cui è esposto il formante giurisprudenziale, e dal rischio di un impiego “estorsivo” nei confronti degli Stati membri, come può invece accadere con il meccanismo di condizionalità.

5.2 La condizionalità come soluzione di compromesso

Definito il formante “benchmark”, due fondamentali ragioni giuridiche rendono comparativamente preferibile l’armonizzazione degli ordinamenti giudiziari europei mediante l’esperimento del meccanismo di condizionalità, anziché il formante giurisprudenziale. In primo luogo, la condizionalità ha il fondamentale pregio di poter contemplare riforme comunque più organiche e strutturate degli ordinamenti giudiziari di quanto non sia concesso alla fonte giurisprudenziale. Il confronto tra formanti nell’esperienza polacca permette ancora una volta di mettere in risalto questo aspetto: laddove la decisione della CGEU si è limitata a sancire che cosa non funzionava nel caso dell’organo disciplinare polacco — ed invero, come osservato, nemmeno su questo profilo il risultato appare entusiasmante, stante l’“indiziarietà” della pronuncia — la definizione del piano di riforme concordato nel PNR ha fissato espliciti criteri di riforma, fino a determinare in alcuni casi il contenuto stesso della legislazione dello Stato membro. In questo senso, il meccanismo di condizionalità permette una integrazione organica e strutturata dei sistemi giudiziari, evitando di prestare il fianco ad obiezioni

di apoditticità derivanti dal ricorso a generalissimi principi del diritto che, come il diritto comparato dimostra, sono suscettibili di svolgimenti anche molto diversificati — almeno in materia di organizzazione della giustizia — nelle varie esperienze costituzionali europee.

In secondo luogo, il condizionamento dei programmi di finanziamento europei all'introduzione di riforme negli ordinamenti giudiziari nazionali rimane pur sempre un processo dialogico e (almeno in teoria⁵⁷) collaborativo tra organi riconducibili alla sfera del *gubernaculum*. Questo aspetto è importante per due ragioni. Laddove il formante giurisprudenziale si esaurisce — inevitabilmente — in una imposizione *top-down* ad esito di un procedimento a carattere contenzioso e dunque fortemente oppositivo — in cui Commissione e Stato membro sono posti in posizione di parità solo perché egualmente assoggettati ad una terza *potestas iudicandi* — la condizionalità europea si fonda su interlocuzioni della Commissione con gli Stati membri in una dimensione di piena orizzontalità, dove il compito di pervenire al risultato del finanziamento del piano di riforma ricade interamente sulla buona volontà e la “leale collaborazione” delle due istituzioni giuridiche, entrambe interessate a pervenire ad un accordo finale. Al netto infatti di ogni possibile degenerazione coercitiva del meccanismo⁵⁸, la relazione giuridica cui si perviene nell'applicazione della condizionalità si presenta così come un punto di caduta effettivamente sinallagmatico, anziché l'oggetto di un *decisum* tra due litiganti “l'un contro l'altro armato”. In questo senso, le stesse ragioni che rendono preferibile la risoluzione in via transattiva di qualsiasi controversia militano, *ceteris paribus*, a favore dell'utilizzo della condizionalità europea, specie in un settore così intrinsecamente legato alla stessa ragion d'essere dello Stato membro come l'organizzazione della giustizia.

Oltre alla differente qualità dell'interazione interistituzionale attraverso cui si perviene all'emendamento dell'ordinamento giudiziario ben diversa appare anche la congruenza della legittimazione politico-costituzionale: mentre nel caso del formante giurisprudenziale il risultato modificativo dell'ordinamento giudiziario interno rimane ascrivibile ad una decisione dell'autorità giurisdizionale — che nello Stato costituzionale di diritto non solo è esclusa dalla funzione di indirizzo politico⁵⁹ ma anche dalla politica costituzionale più latamente intesa, in quanto organo di garanzia — nella condizionalità la modifica è il risultato di un accordo tra soggetti senza dubbio afferenti alla sfera del *gubernaculum* e, dunque, costituzionalmente legittimati a, nonché politicamente responsabili per, significativi interventi

⁵⁷ Sulla natura coercitiva e cooperativa della condizionalità v. sempre A. Baraggia, *La condizionalità come strumento*, cit., 226-230.

⁵⁸ V. *ibidem*.

⁵⁹ *Ex plurimis* v. V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico* (1939), in Id., *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, 43; E. Cheli, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, 131-132; T. Martines, voce *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, 1971, 158; E. Gianfrancesco, *Il principio dello Stato di diritto e l'ordinamento europeo*, in S. Mangiameli (cur.), *L'ordinamento europeo*, Milano, 2006, 267; F. Biondi, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 22-23; M. Volpi, “Libertà e autorità”. *Forme di Stato e forme di governo oggi*, in F. Clementi, F. Duranti (cur.), *Lezioni perugine di diritto pubblico comparato*, Torino, 2022, 9-10. Si v. sul tema il contributo di Santini nella presente Sezione monografica.

di riforma dell'ordinamento giudiziario. Anche dal punto di vista della sovranità popolare e dell'*accountability* rappresentativa, dunque, la condizionalità appare uno strumento preferibile per l'integrazione degli ordinamenti giudiziari europei. Senza voler difendere qui alcun tipo di deferenza giudiziale verso l'organizzazione dei sistemi giudiziari nazionali, l'allontanamento dal paradigma della piena sovranità nazionale sull'amministrazione della giustizia appare decisamente minore nel caso della condizionalità: addirittura nullo, potremmo dire, qualora i meccanismi di autorizzazione alla ratifica del programma di finanziamento europeo prevedano un coinvolgimento effettivo delle istituzioni legislative competenti, siano esse centrali o decentrate. Anche per il profilo della legittimazione costituzionale, dunque, la riforma indotta dal meccanismo della condizionalità europea risulta preferibile rispetto all'intervento modificativo provocato dalla pronuncia del giudice europeo.

6. Conclusione

Alla condizionalità europea non può certo chiedersi di fungere da “panacea” per tutti i possibili misfatti degli Stati membri, né sfuggono i rischi di una sua istituzionalizzazione in chiave sovversiva del normale riparto di competenze tra Unione e Stati membri: le critiche dei costituzionalisti americani all'alterazione delle normali interazioni istituzionali tra livelli di governo causata dai *grants-in-aid* mettono in guardia da qualsiasi utilizzo, per così dire, “incondizionato” della condizionalità. Ma del resto, i suoi stessi connotati tecnico-giuridici impediscono di pensare ad un impiego massivo della condizionalità in chiave di integrale integrazione dei sistemi giudiziari: l'unicità dei diversi PNRR, negoziati con Stati membri caratterizzati da ordinamenti giudiziari di partenza molto diversificati, e le incertezze intorno alla stabilità nel lungo periodo delle riforme introdotte rendono inverosimile pensare alla condizionalità come strumento di una profonda e stabile uniformazione dei sistemi giudiziari. In questo senso, il meccanismo non può eguagliare l'organicità, la stabilità e la legittimazione giuridica di una formale procedura di revisione dei trattati — il formante “benchmark” dell'integrazione europea — che ipoteticamente elevi l'organizzazione della giustizia — o più verosimilmente, alcuni suoi aspetti o principi di fondo — al rango di una vera e propria competenza unionale.

Al netto di questi limiti, la condizionalità appare, a chi scrive, una positiva soluzione “di compromesso”, in quanto superiore, se non altro, all'altro formante integrativo finora esperito: l'applicazione giurisprudenziale di generalissimi principi del diritto unionale, ed in particolare dell'effettiva tutela giurisdizionale di cui all'art. 19, comma 1, TUE. Rispetto infatti alla natura ablativa del formante giurisprudenziale — la cui scarsa valenza precedenziale deve imputarsi anche al carattere “indiziario” delle pronunce adottate — il meccanismo di condizionalità apre la strada a riforme più organiche degli ordinamenti giudiziari, favorendo al tempo stesso interazioni autenticamente collaborative e “paratransattive” tra Unione e Stati membri. Né deve trascurarsi la più congruente legittimazione politico-costituzionale del meccanismo di condizionalità che, in quanto negoziato dagli organi del Governo, conferisce alle riforme un effettivo

raccordo con le istituzioni rappresentative e, per l'effetto, con la sovranità popolare: trattasi di un aspetto oltremodo significativo in questo settore, la giurisdizione da sempre rappresentando uno degli elementi definatori della realtà statale. Prendendo dunque atto dell'attuale panorama politico — non proteso a imminenti modifiche dei trattati istitutivi in riferimento all'organizzazione della giustizia — l'applicazione della condizionalità europea agli ordinamenti giudiziari costituisce uno sviluppo che deve essere salutato con favore da quanti auspicano la progressiva definizione di un modello comune di magistratura all'interno dell'Unione europea⁶⁰.

Silvio Roberto Vinceti
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli studi di Modena e Reggio Emilia
silvioroberto.vinceti@unimore.it

⁶⁰ Sul tema si v. le registrazioni dell'importante convegno *«Rule of Law in Europe»* organizzato da MEDEL il 9-10 dicembre 2021.