

La clausola di non regressione nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Potenzialità e limitazioni di un nuovo strumento per la protezione dello stato costituzionale di diritto

di Jan Sawicki

Abstract: *The non-regression clause in the case law of the European Court of Justice. Potential and limitations of a new tool for protecting the rule of law from illiberal involutions* – The European Union has faced ongoing conflicts over the rule of law, linked to broader democratic backsliding. Cases before the European Court of Justice, particularly involving Poland, have highlighted issues such as political judicial appointments, culminating in the 2017 parliamentary selection of judges for Poland's National Council of the Judiciary. Comparisons with cases like *Repubblika* (Malta) and *Land Hessen* reveal the EU's limited ability to enforce uniform judicial models due to varying national systems. The introduction of the non-regression principle in *Repubblika* is explored as a potential tool to protect the rule of law. However, its application in Polish cases suggests it is not a neutral criterion, revealing a preference for judicial council-based systems.

Keywords: European Court of Justice; Judicial appointments; Judicial independence; Non-regression.

1. Considerazioni introduttive

Molti anni di scontro sulla *rule of law*¹, come nucleo centrale del più complessivo degrado democratico e costituzionale che ha investito alcuni stati membri dell'Unione europea, hanno messo a dura prova la tenuta dell'ordinamento eurounitario², ma nel contempo hanno consentito alle sue

¹ La cui ricostruzione più meticolosa e completa, con un'analisi di tutti i rilevanti casi giudiziari almeno fino alla seconda metà del 2021, rimane quella di L. Pech e D. Kochenov, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice. A Casebook Overview of Key Judgments Since the Portuguese Judges Case*, Stockholm, 2021. V. anche J. Vöhler, *Les 'affaires polonaises' et la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière d'État de droit*, in *Europe des Droits & Libertés*, 2, 2022, 190.

² Sul fatto che non fosse questa l'unica tra le insidie alla tenuta dell'ordinamento europeo, ma probabilmente la più grave di tutte loro, sembra concordare uno degli studi più approfonditi dedicati all'argomento negli ultimi anni (ma scritto prima dell'aggressione militare della Russia all'Ucraina): K.L. Scheppele, D.V. Kochenov, B. Grabowska-Moroz, *EU Values Are Law, After All: Enforcing EU Values Through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the*

istituzioni di cercare nuove strategie di sopravvivenza³, e alla Corte di giustizia in particolare, di mettere a punto alcune risalenti argomentazioni e di aggiornare la propria giurisprudenza con criteri e categorie capaci di fronteggiare sfide innovative.

Certo in un ordinamento come quello dell'Unione europea, che sconta la sua radice internazionalistica, la capacità della Corte di giustizia di assicurare il primato e la diretta efficacia del diritto dipende anche dalla disponibilità dei governi a collaborare con questa istituzione, e negli ultimi anni si è assistito a un preoccupante arretramento anche sotto questo profilo. Tra quelli contemplati dall'art. 2 TUE, ciò vale soprattutto per il valore dello stato di diritto, le cui interpretazioni sono le più diverse e difficilmente riducibili a un canone unico⁴. Tuttavia vi sono indizi per affermare che il giudice di Lussemburgo, benché carente di alcuni mezzi coercitivi a disposizione delle giurisdizioni nei sistemi statuali, ha dimostrato una capacità di incidere non trascurabile persino nei confronti di qualcuno tra i governi ultimamente più recalcitranti dell'Unione, che se sul piano declamatorio – anche facendo uso dei suoi organi di giustizia sottoposti a cattura – ha lanciato sfide inusitate, all'atto pratico è stato gradualmente costretto a scendere a patti se non a dare attuazione almeno parziale ad alcune decisioni della CGUE. Una tra le condizioni essenziali perché ciò possa avvenire, però, risiede nella capacità di persuasione. Poiché la competenza del giudice europeo a sindacare lo stato di diritto attraverso il prisma dell'organizzazione dei giudiziari nazionali è ancora lontana dall'essere pacifica e incontrovertibile, si ritiene che questa presunta carenza di legittimazione, pur se insinuata solo in alcuni circoli politici (dei Paesi interessati ma non solo), debba essere più che compensata da un'esposizione dei fatti e da ponderazioni giuridiche che siano le più inconfutabili possibile, dalle quali sia estromessa anche la parvenza di una parzialità di giudizio.

Bisogna in altri termini evitare anche solo di dare l'impressione di sanzionare alcuni Paesi per soluzioni normative, le quali a prima vista non siano magari confacenti al modello astratto e ideale di uno stato di diritto⁵,

European Union, in 1 *Yearb. Eur. Law*, 2020, che prendono di mira la Commissione europea per la sua indisponibilità ad intraprendere procedure di infrazione 'sistemiche'.

³ A. Di Gregorio, *La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?*, in *DPCE*, 2022, 121 ss., presenta un quadro aggiornato di tutti gli strumenti a disposizione dell'UE per la difesa dello stato di diritto.

⁴ Si rinvia alle opportune riflessioni al riguardo di G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, specie 259.

⁵ Secondo il punto 81 della *Rule of Law Checklist* della Commissione di Venezia (CDL-AD(2016)007), «It is an appropriate method for guaranteeing the independence of the judiciary that an independent judicial council have decisive influence on decisions on the appointment and career of judges. Judicial councils should have a pluralistic composition with a substantial part, if not the majority, of members being judges». Questa è la linea generale applicata dall'organo consultivo del Consiglio d'Europa fin dai primi anni 90, con lo sguardo rivolto soprattutto, come ovvio, alle giovani democrazie sopravvissute al socialismo reale. Pur essendo l'esortazione universale, non era scevra da eccezioni e attenuazioni sulle quali si dovrà tornare. Si v. poi in

mentre si continua ad accettare per altri un impianto che è ancora più lontano da quel modello⁶. Ovunque per esempio si affermi a chiare lettere che vi è un modello di organizzazione del giudiziario astrattamente preferibile a un altro, o ad altri⁷, è il caso di prendere atto che corollari come quelli per cui solo alcuni stati sono titolati a deviare da quel modello, magari sulla scorta di antiche e radicate tradizioni liberali della democrazia⁸, rischiano di elevare ulteriormente il muro della reciproca incomprensione, quand'anche esso fosse frapposto in malafede, e di suscitare ancora più forti reazioni di rigetto e alimentare conflittualità.

Invero le decisioni iniziali della Corte di giustizia, che hanno affrontato le minacce all'indipendenza della magistratura soprattutto in Polonia – essendo i casi dell'Ungheria più esigui, sebbene per nulla meno gravi, e comunque più precoci⁹ – non si sono spinte fino a tanto, non certo esplicitamente. Dapprima esse si sono limitate a constatare il deterioramento dell'indipendenza in senso lato del 'terzo potere', che si è prodotto essenzialmente per tre stadi, ciascuno seguito da sentenze più o meno puntualmente corrispondenti: il primo stadio, quello meno grave ma

senso analogo il Parere n. 10 del Consiglio consultivo dei giudici europei (CCJE) del 23 novembre 2007 (https://rm.coe.int/168074779b#_ftnref13).

⁶ Muovendo dall'allarme per le fasi iniziali dell'involuzione del giudiziario in Polonia, uno studio comparativo ha colto l'occasione per una rivisitazione critica delle modalità di nomina dei giudici in Germania, cariche di un'evidente politicità – fornita di copertura a livello costituzionale, sia per il *Bund* che per i *Länder* – e ostile per principio all'idea che i giudici siano scelti dai giudici: A. Sanders & L. von Danwitz, *Selecting Judges in Poland and Germany: Challenges to the Rule of Law in Europe and Propositions for a New Approach to Judicial Legitimacy*, in 4 *German L. J.* 769 (2018) (addirittura – p. 811 – si è detto che «a deliberately political selection of judges seems rather like a constitutional relict instead of a true necessity to ensure trust in the judiciary»). Si v. anche P.C.R. Terry, *Judicial Independence in Germany within the European Context*, in *Theoretical and Applied Law*, 1, 2020, 5 ss.

⁷ L'influenza esercitata dalla Commissione di Venezia nella ricostruzione del giudiziario in numerosi ordinamenti dell'Europa centro-orientale, all'indomani del collasso del sistema socialista, è ora ricostruita da S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law. A View from the Venice Commission*, Oxford, 2020, specie 69 ss. Le parole di uno dei protagonisti di questi cambiamenti confermano come e perché l'insistenza per questi paesi sia stata soprattutto sul modello fondato su consigli giudiziari indipendenti, formati in maggioranza da giudici di professione.

⁸ Come si fa al punto 82 della citata *Rule of Law Checklist*, ove si afferma che «Conferring a role on the executive is only permissible in States where these powers are restrained by legal culture and traditions, which have grown over a long time, where the involvement of Parliament carries a risk of politicisation». È significativo come un'affermazione di questo tipo sia svolta da un organo di *soft law* privo di competenze formalmente giurisdizionali, mentre sarebbe interessante un'indagine storico-comparativa che identificasse in maniera precisa quali sono i paesi che possono fregiarsi di quelle tradizioni, potendo quindi seguitare ad avvalersi del modello governativo per la nomina dei giudici. In dottrina la posizione è condivisa da R. Bustos Gisbert, *Judicial Independence in European Constitutional Law*, in 18(4) *Eur. Const. L. Rev.* 620 (2022) (l'autore è membro spagnolo della Commissione di Venezia).

⁹ Sulle diverse modalità di cattura del giudiziario nei due paesi, e sulle cause per cui le controversie ungheresi con la Corte di giustizia sono state in numero minore, B. Bakó, *Judges Sitting on the Warsaw-Budapest Express Train: The Independence of Polish and Hungarian Judges Before the CJEU*, in 3 *Eur. L. Rev.* 587 (2020).

più appariscente, del pensionamento anticipato dei giudici già in carica¹⁰; il secondo, dagli effetti permanenti anche se meno percettibili, della modifica dei criteri di reclutamento¹¹; e infine il terzo, quello della punizione dei giudici in carica che mettersero in discussione lo status di soggetti reclutati in applicazione delle procedure di cui al secondo stadio, anche usando il meccanismo delle questioni pregiudiziali *ex art. 267 TFUE*¹². Tale deterioramento, tuttavia, è stato esaminato anche dalla Corte da un punto di vista statico ed esclusivamente interno, essendo gli sporadici riferimenti comparativi effettuati in modo così sbrigativo da apparire quasi controvoiglia e comunque a seguito di non casuali sollecitazioni ad opera del governo interessato dai procedimenti¹³. Le prime sentenze, pur innovative nel loro contenuto, si sono formalmente limitate a riscontrare la non conformità della legislazione polacca ad alcuni parametri di riferimento del diritto europeo primario (in particolare all'art. 19 TUE). Esse hanno per così dire fotografato una situazione riscontrandone un'incompatibilità con i trattati. Solo in seguito, e probabilmente a seguito di un'insistenza interessata operata dal governo chiamato in causa, hanno cominciato ad aprirsi, almeno in modo implicito, a qualche elemento di comparazione. Ma rapidamente, e forse per evitare di farsi attrarre nella trappola insidiosa che avrebbe falsificato le conclusioni della propria argomentazione, la giurisprudenza europea ha introdotto anche in questo settore del diritto

¹⁰ CGUE, C-619/18, sostanzialmente attuata dal legislatore nazionale.

¹¹ CGUE, cause riunite C-585, 624 e 625/18, *A.K. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*, che, rese su domande pregiudiziali, hanno innescato un conflitto tra governo e giurisdizioni nazionali nonché tra queste ultime, finendo solo per inasprire la legislazione interna con l'approvazione della c.d. *muzzle law* del dicembre 2020. In seguito, anche C-824/18 (*A.B.*), anch'essa pronunciata su rinvio pregiudiziale del *Naczelny Sąd Administracyjny* (Corte suprema amministrativa) che si è visto di fatto sottrarre da nuove leggi statali la possibilità di esaminare ricorsi di candidati risultati non vincitori di procedure selettive per posti presso la Corte suprema, privando così questi ultimi di ogni rimedio. Il seguito di tale ultima pronuncia pregiudiziale, a sua volta, ha determinato il ricorso in via d'azione del premier polacco presso il Tribunale costituzionale, che si è concluso con la famigerata sentenza K 3/21.

¹² Inizialmente CGUE, C-791/19, seguita dalla C-204/21, causa instaurata da una procedura per infrazione avviata dalla Commissione dopo l'adozione della già citata *muzzle law*, e ora conclusa con la storica sentenza del 5 giugno 2023. In argomento C. Curti Gialdino, *La "legge bavaglio" polacca viola l'indipendenza, l'imparzialità e la vita privata dei giudici ed è incompatibile con i principi fondamentali del diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 17/2023, III ss.; L. Pech, *Doing Justice to Poland's Muzzle Law. The Latest ECJ Judgment on Poland's Rule of Law Breakdown*, in *verfassungsblog.de*, 11 giugno 2023; T. Leichsenring, *Poland's Extended Disciplinary System*, *ivi*, 2 luglio 2023; S. Pitto, *Judicial Independence Under Siege in Poland. The Last Landmark Ruling by the ECJ: repetita iuvant?*, in *DPCE Online*, 3, 2023, 3015-3028.

¹³ Ad es. punto 120 della sent. 619/18, ove, alle rimozioni in merito a una presunta discriminazione da parte del governo polacco, si oppone che «uno Stato membro non può basarsi su un'eventuale violazione del diritto dell'Unione da parte di un altro Stato membro per giustificare il proprio inadempimento». Oppure punto 130 di *A.K.*, ove si rinvia ampiamente alla giurisprudenza della Corte EDU per riaffermare che «né l'art. 6 né altre disposizioni della CEDU impongono agli Stati un determinato modello costituzionale, che disciplini in un modo o in un altro le relazioni e l'interazione tra i diversi poteri statali, né obbligano tali Stati a conformarsi all'una o all'altra nozione costituzionale teorica riguardante i limiti ammissibili a un'interazione del genere».

europeo la clausola innovativa della non regressione, che incorpora in modo evidente, tra i propri elementi di giudizio, una comparazione interna di tipo diacronico, un raffronto critico tra il quadro normativo portato a conoscenza dei giudici di Lussemburgo e quello preesistente nello stesso ordinamento. In sintesi, il principio racchiuso nella clausola implica il divieto per gli stati membri dell'Unione di adottare norme nazionali che costituiscano un arretramento nella loro osservanza per gli standard europei nella *rule of law*¹⁴. Ma arretramento rispetto a cosa, in concreto?

Questo studio intende mettere a fuoco alcuni aspetti della non regressione, un criterio che negli ultimi tre anni ha attirato un interesse accentuato da parte della dottrina giuridica europea, a tratti persino con entusiasmo specie per le potenzialità multiformi che esso potrebbe assumere¹⁵, e in qualche caso con uno scetticismo che ne mette in evidenza insidie e contraddizioni¹⁶. Si anticipa subito il punto di vista al quale chi scrive ha ritenuto di aderire. Esso è decisamente favorevole, e condivide dunque l'orientamento degli studiosi che hanno visto con favore l'introduzione della non regressione nell'ambito del conflitto irrisolto sull'indipendenza del giudiziario, ma al tempo stesso ritiene che ciò si possa fare ad una condizione imprescindibile. Come si cercherà di dimostrare, il criterio in esame deve spogliarsi di ogni presunzione di neutralità asettica e indifferenza rispetto a modelli di organizzazione dell'ordine giudiziario, il che si pone però in un rapporto di potenziale conflittualità con qualche risalente premessa della giurisprudenza delle due Corti europee, o le potrebbe costringere, a lungo andare, a una qualche revisione¹⁷. Affermare che una legge costituisca regressione o meno implica riconoscere rispetto a quale scelta di valore si faccia un progresso o un arretramento. Come si avrà modo di affermare, di regressione o meno si può discutere solo in riferimento a un nucleo minimo di requisiti concernenti la struttura del

¹⁴ A. Łazowski, *Strengthening the rule of law and the EU pre-accession policy: Republikav. Il-Prim Ministru*, in 6 *C. Mkt. L. Rev.* 1804 (2022).

¹⁵ M. Leloup, D.V. Kochenov, A. Dimitrovs, *Non-Regression: Opening the door to solving the 'Copenhagen dilemma'? All the Eyes on Case C-896/19*, in 15, *Reconnect Working Paper* (2021); ora anche in 5 *Eur. L. Rev.* 692 (2021).

¹⁶ J. Scholtes, *Constitutionalising the end of history? Pitfalls of a non-regression principle for Article 2 TEU*, in 1 *Eur. Const. L. Rev.* 1 (2023).

¹⁷ Da lungo tempo la linea giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo – fatta propria poi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea – è stata quella per cui, nell'accertamento dei requisiti di indipendenza formale dei membri del giudiziario, non si dovesse pretendere troppo quanto alla loro nomina, e anzi fossero da accettarsi modelli di selezione fondati anche su una forte influenza del legislativo e dell'esecutivo, purché ai giudici così entrati in carica fosse riconosciuta in seguito un'ampia indipendenza grazie a requisiti di durata in carica e impermeabilità a istruzioni esterne: tra le tante pronunce, Corte EDU, 7819/77 (Campbell e Fell c. Regno Unito), 78-79; 31001/03 (Flux c. Moldavia), 27; 2312/08 (Maktouf e Damianovič c. Bosnia ed Erzegovina), 51. CGUE, C-14/86 (Pretore di Salò), 7; C-54/96 (Dorsch), 35; C-103/97 (Köllensperger), 21; C 407/98 (Abrahamsson e Anderson), 31 e 36; C-17/00 (De Coster), 17-ss. Il fatto è che, nei casi provenienti dalla Polonia, la CGUE ha mosso obiezioni sull'indipendenza del giudice già a partire dai (modificati) criteri di nomina, che hanno fatto discutere di «some evolution» anche R. Bustos Gisbert, *Judicial Independence in European Constitutional Law*, cit., 603, «even if it [the ECJ] kept the orthodoxy of its case law».

giudiziario, che non sono certo comuni alla totalità degli stati membri. La possibilità di usare un criterio agile e adattabile, come quello che fa riferimento al dosaggio diverso nel tempo di certe soluzioni normative e dell'uso di determinate istituzioni, presenta da un lato il vantaggio di non imporre a tutti gli stati l'uso di quelle istituzioni, ma impone dall'altro l'onere di riconoscere che quel determinato impianto normativo, almeno in suo nucleo essenziale, è comunque preferibile in linea di principio a quelli che se ne discostano di più.

Al termine del lavoro si darà cenno ad un altro concetto giuridico che la Corte di giustizia ha affiancato alla non regressione, per renderlo con questa complementare, vale a dire l'obbligo di risultato. Si metterà in evidenza come questa espressione, non nuova in generale ma innovativa nell'uso, contribuisce a incrementare la discrezionalità della Corte, e la sua agilità di giudizio, nel valutare la corrispondenza di alcuni sistemi giudiziari statali al diritto primario europeo.

Così delineati gli obiettivi di questo studio, si ritiene necessario aggiungere una precisazione. Non è oggetto di questa ricerca un'indagine sulla natura peculiare dei sistemi giudiziari in vigore nei Paesi dell'Europa centro-orientale¹⁸, né più in generale di quelli coinvolti negli ultimi processi di allargamento dell'UE. Ciò è dovuto a limiti di spazio ma anche al fatto che, se pur vero che nella prospettiva dell'adesione all'UE di questi Paesi alcune condizioni furono formulate anche in tema di organizzazione della giustizia, tuttavia esse non sono state così intrusive da imporre, per esempio, l'istituzione di consigli giudiziari indipendenti (la cui composizione è al centro del ragionamento intorno alla non regressione). Si è avuta l'accortezza di non imporre ad altri stati membri modelli che non erano universali neanche nell'ambito del 'club' originario nella sua composizione più ristretta. Di conseguenza, non esistendo né un modello omogeneo preesistente, né uno successivamente imposto, l'indagine si può sviluppare sul terreno più ampio di una comparazione tra casi giurisprudenziali portati all'attenzione soprattutto della Corte di giustizia dell'Unione europea. Tanto più che la stessa Corte, pur nel riconoscimento di tale pluralità di modelli, non ha esitato ad applicare a un Paese istituti e concetti che poi ha riprodotto per Paesi appartenenti ad altro 'gruppo', compiendo così uno sforzo di imparzialità pur con le contraddizioni che saranno messe in evidenza.

2. Il caso portoghese *ASJP* e la competenza della CGUE sui giudiziari nazionali (con la soluzione di alcuni equivoci)

Accade nella storia del diritto europeo che svolte giurisprudenziali prendano le mosse da casi precedenti apparentemente insignificanti o di minor rilievo, i quali vengono usati dalla Corte di giustizia per preparare il terreno a decisioni che segnano nuovi traguardi (che questi siano da apprezzarsi o meno è un altro discorso). Le decisioni della Corte che, prima

¹⁸ Per questo si rinvia a Z. Kühn, *Judicial Independence in Central-Eastern Europe: the Experience of the 1990s and 2000s*, in 1 *The Lawyer Quarterly* 31 (2011); R. Coman, *Quo Vadis Judicial Reforms? The Quest for Judicial Independence in Central and Eastern Europe*, in 6 *Eur.-Asia Stud.* 2 (2014).

ancora di occuparsi della degradazione illiberale dell'apparato della giustizia in Polonia, hanno sancito la competenza dell'Unione europea a conoscere il funzionamento dei giudiziari nazionali, hanno preceduto appunto il caso polacco e in qualche misura ne hanno predeterminato gli esiti. L'ingresso della giurisprudenza eurolunitaria nell'organizzazione giudiziaria statale, pur con qualche remoto precedente di impatto non paragonabile, ha preso le mosse dal noto caso riguardante alcuni giudici portoghesi. Pur senza dare soddisfazione ad aspettative di tipo essenzialmente economico rivendicate da quei giudici, la sentenza in causa C-64/16 (*Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*)¹⁹ colse l'occasione di una controversia salariale per tramutare il contenuto dell'art. 19, par. 1, comma 2 TUE – che stabilisce a carico degli stati membri il dovere di assicurare i rimedi giurisdizionali necessari ad assicurare una tutela effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione – da principio astratto e vagamente etereo in strumento di tutela appunto effettiva e cogente, direttamente azionabile²⁰. A ragion veduta la decisione è stata paragonata, per la sua portata innovativa, a risalenti pietre miliari come la *Van Gend en Loos* o la *Costa*²¹ e considerata degna di fare ingresso nello stesso Pantheon del diritto europeo di produzione giurisprudenziale²². Una delle qualità della pronuncia sta nell'interpretazione oltremodo sostanziale che viene data dell'art. 19 TUE, tale da avvicinare quest'ultimo nell'esegesi al contenuto, fino ad allora ritenuto ben più incisivo, dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In forza di tale lettura, che in qualche misura assorbe il contenuto di quest'ultima disposizione in quello della precedente²³, la Corte ha risolto il problema dei limiti di applicazione della Carta stessa, che diversamente sarebbero stati ostativi a un'ingerenza così penetrante dell'Unione nell'organizzazione del giudiziario. Altro punto importante della sentenza sui giudici portoghesi si trova nel collegamento tra l'art. 19 e il ben più generale art. 2 del TUE – insieme anche all'art. 4.3 – sì da far rientrare i rimedi giurisdizionali, interpretati come necessità di un giudice indipendente, nell'ambito dei valori più complessivi cui l'Unione si richiama. Sta forse in questo l'espressione di un aumentato protagonismo del giudice di Lussemburgo, che è giunto fino a sfiorare la natura di una corte costituzionale federale²⁴.

¹⁹ M. Coli, *The Associação Sindical dos Juizes Portugueses judgment: what role for the Court of Justice in the protection of EU values?* in *diritticomparati.it*, 1 novembre 2018.

²⁰ M. Bonelli, M. Claes, *Judicial Serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish Judiciary*. ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in 14(3) *Eur. Const. L. Rev.* 622 (2018).

²¹ L. Pech, D. Kochenov, *Respect for the Rule of Law*, cit., 12.

²² A. Łazowski, *Strengthening the rule of law strengthening the rule of law and the EU pre-accession policy*, cit., 1813.

²³ E criticata in dottrina: 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*, in 59(3) *C. Mkt. L. Rev.* 781 (2022).

²⁴ Da parte loro, L. Pech e S. Platon, *Judicial Independence Under Threat: the Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case*, in 6 *C. Mkt. L. Rev.* 1836 (2018), qualificano la nuova lettura della tutela giurisdizionale effettiva alla stregua di un «quasi-federal standard of review».

È opinione diffusa che l'armamentario concettuale predisposto nel caso *ASJP* sia stato usato con il pensiero rivolto ai casi provenienti dalla Polonia, che al momento della decisione citata erano già ampiamente noti e in fase di instaurazione formale. Analogamente al riconoscimento della competenza sull'ordinamento giudiziario, anche il principio della non regressione, prima di esser fatto valere opponendolo a misure che lo violano, viene introdotto, si potrebbe dire sperimentato, in una causa di apparente minore eco. Ciò non perché questa non avesse importanza, se non altro perché anch'essa era sempre collegata all'indipendenza giudiziaria in uno stato membro, ma forse per il fatto che la pronuncia pregiudiziale della Corte nel caso *Repubblica v Il-Prim Ministru* – C-896/19 – non ha interpretato l'art. 19 TUE in modo da autorizzare il giudice del rinvio a considerare in contrasto con esso alcune riforme dell'ordinamento giudiziario maltese, sulla base del fatto che queste – qui il punto – non costituiscono regressione rispetto a un precedente status normativo che chiama in causa la *rule of law* sotto lo specifico profilo della nomina dei magistrati giudicanti²⁵. *Repubblica* è il caso con cui la Corte di giustizia dà inizio all'uso di questo criterio, che sembra essere stato inaugurato per così dire in positivo²⁶, riscontrandone cioè il rispetto nell'esame di merito, a bella posta per poter essere adoperato in negativo in almeno (per ora) due successive cause concernenti la Polonia²⁷. L'elemento che da subito si vuole mettere in rilievo, però, è questo: nell'ambito delle controversie che hanno per oggetto l'indipendenza dei giudici sotto il profilo del loro *appointment*, il programma di azione della Corte per il futuro – se così si può chiamare, se esso sarà mantenuto – non è quello di giudicare nei singoli casi a partire da un unico modello astratto, immutabile e rispondente a criteri di giustizia – ciò che una corte 'europea', almeno in questo campo, non potrebbe semplicemente fare –, ma quello di accertare se l'impianto normativo che viene portato a sua conoscenza costituisca un progresso o un arretramento rispetto a uno stato precedente. Alcuni autori si sono affrettati a discettare in dettaglio, da un lato, quale possa essere il raggio di sviluppo di un simile criterio, specie se esso viene ricollegato all'art. 2 TUE, dall'altro quale sia di preciso il momento 'buono' a partire dal quale debba essere riscontrata, e sanzionata, l'eventuale regressione: ciò che si cercherà di fare di seguito.

3. Il caso maltese di *Repubblica* e l'ingresso in campo della non regressione

²⁵ G. Battaglia, *La nomina dei giudici maltesi e il principio di non regressione nella tutela dello Stato di diritto: l'“onda lunga” del caso Repubblica*, in *giustiziainsieme.it*, 5 novembre 2021; A. Festa, *Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso Repubblica alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco*, in *Freedom, Security & Justice*, 3/2021, 72-ss.; N. Canzian, *Indipendenza dei giudici e divieto di regressione della tutela nella sentenza Repubblica*, in *Quad. cost.*, 3, 2021, 717 ss.

²⁶ L'interpretazione più estensiva sembra quella datane da G. Pitruzzella, *Identità, linguaggio e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 2023, 115-116, ove si parla di un divieto di «regressione dei valori» e si ricava proprio da questa sentenza il principio per cui «le tendenze autoritarie non potranno in nessun caso essere tollerate».

²⁷ Commissione c. Polonia, C-791/19, e da ultimo Commissione c. Polonia, C-204/21.

In *Repubblika*, si accennava, il giudice europeo non solo non ha riscontrato una regressione sotto l'aspetto delle procedure di nomina dei giudici maltesi interpretate quali requisiti di indipendenza degli stessi, corollario necessario dell'art. 19 TUE – e a loro volta specificazione più precisa dei valori di cui all'art. 2 TUE –, ma ha persino riscontrato un avanzamento sotto questo profilo²⁸. Infatti, riconosce addirittura la Corte che Malta poté aderire all'Unione europea, nel 2004, sotto un regime di reclutamento e nomina dei giudici schiettamente governativo, e ciò in forza di dettagliate ed esplicite previsioni costituzionali, e che solo in seguito tale politicizzazione è stata mitigata, per quanto non eliminata. Al momento dell'adesione, secondo la Costituzione maltese, la designazione dei giudici contemplava una discrezionalità assoluta del potere esecutivo in questa sfera, senza neanche intermediazioni del legislativo. La Costituzione di Malta del 1964, infatti, adottata sotto influenza britannica della quale l'arcipelago mediterraneo costituiva fino ad allora colonia, assicurava un potere determinante in tal senso alle proposte che il Primo ministro poteva formulare al Presidente della Repubblica, riproducendo un modello di nomina totalmente governativo al di là della rituale formula dell'*advice* (artt. 96 e 100). Nel 1994, per mitigare un po' la debordante prevalenza dell'esecutivo sul giudiziario, con l'introduzione di un dettagliatissimo art. 101 A, fu istituita una Commissione per l'amministrazione della giustizia, a composizione mista e indipendente dalla politica, cui spettava tra l'altro il compito (comma 11, lettera c dell'ultimo art. citato) di fornire pareri sulle nomine agli incarichi di giudice, comunque non vincolanti e resi su richiesta del Primo ministro. E sulla base di questo stato normativo si perfezionò l'adesione del Paese all'UE, senza che sensibili obiezioni venissero formulate da alcuno.

Infine solo nel 2016 venne istituito un Comitato per le nomine giudiziarie (*Judicial Appointments Committee*, art. 96 A Cost.), in forma di comitato ristretto nel seno della Commissione anzidetta e anch'esso indipendente, munito di compiti più stringenti in ordine alle procedure di selezione alla carica di ogni aspirante magistrato. Tali procedure sono diventate ora molto più limitative del margine di manovra conferito al Primo ministro, fino ad allora quasi assoluto, salva la possibilità per quest'ultimo di proporre anche candidati non giudicati idonei dal Comitato, alla sola condizione di pubblicare una tale decisione sulla Gazzetta ufficiale, corredata di una motivazione, e darne anche spiegazione pubblica con una dichiarazione in Parlamento. L'esecutivo nomina, dunque, ma di norma all'interno di una selezione sulla quale non ha, almeno formalmente, alcun potere decisionale (anche se la Commissione di Venezia ha dato al riguardo un giudizio diverso, come si dirà).

Risulta evidente come una tale innovazione fu introdotta ben dopo che Malta divenne membro a tutti gli effetti dell'Unione europea, e va aggiunto come ciò non sia stato imposto da alcuna condizionalità di tipo esterno ma fu semmai legato a polemiche nazionali sorte negli anni precedenti, relative a 'inforate' troppo abbondanti nel giudiziario di membri ritenuti vicini al partito di governo. In una prospettiva non certo valutativa e neutrale rispetto a modelli di struttura giudiziaria, si ritenne

²⁸In particolare punti 66 e 69 della sentenza.

opportuno affidare a un organo indipendente la selezione dei magistrati e si preferì farlo a un livello costituzionale già noto per la sua estrema densità. Dal 2016 in poi, dunque, il governo non ha più un potere di scelta quasi illimitato, cui un comitato indipendente possa al massimo contrapporre qualche limite in forma di *moral suasion*, ma – al contrario – dispone di una ridotta e condizionata possibilità di opporsi a soluzioni che comunque gli sono offerte altrove.

Eppure tanto non è bastato a placare molti animi tuttora convinti che la procedura vada troppo a beneficio di una parte politica, o meglio del versante giudiziario di quest'ultima. L'associazione *Repubblika*, infatti, nella sua *actio popularis* interna, sfociata poi nel rinvio presso la CGUE, si richiama a un Parere emesso a fine 2018 dalla Commissione di Venezia, il n. 940/2018. E in effetti risulta da questa *Opinion* una valutazione alquanto più critica della riforma approvata nel 2016²⁹. Non solo il potere del Primo ministro viene interpretato in senso più estensivo, e dunque negativo, quanto alla sua possibilità di discostarsi dai giudizi di idoneità emessi dal JCA (soprattutto per il fatto che egli può sempre scegliere all'interno di una rosa di idonei, non essendo previste graduatorie); non soltanto il grado di indipendenza di quest'ultimo viene collocato a un livello inferiore di quello che successivamente è stato accreditato dalla Corte, per il fatto che i suoi componenti non sono essenzialmente di estrazione giudiziaria (benché non siano neanche politici in carica). Ma l'impressione complessiva che sembra potersi trarre da questo raffronto è che, mentre nel giudizio della Corte in causa *Repubblika* si è colta la clausola della regressione per accertare in realtà un progresso lungo la strada dell'indipendenza, e per così dire 'accontentarsi' di questo, nel Parere 940 della Commissione di Venezia lo scrutinio appare alquanto più rigoroso e severo, sì che il riconoscimento pur presente di un miglioramento non pregiudica un responso di sostanziale censura, a tratti aspro nei toni³⁰. Soprattutto la Commissione di Venezia si spinge fin dove la CGUE non arriva (né in *Repubblika* né altrove), cioè fino ad affermare espressamente che, sebbene nessun modello di selezione dei giudici si possa imporre in Europa, tuttavia gli 'standard internazionali' si evolvono nel senso di favorire un'estesa spolticizzazione dei relativi meccanismi, e dunque – aggiunta di chi scrive – questa è la

²⁹ Parr. 30-44 dell'*Opinion No. 940/2018 on Constitutional Arrangements and Separation of Powers and the Independence of the Judiciary and Law Enforcement* (CDL-AD(2018)028).

³⁰ In particolare ove (punto 43) si afferma che «the constitutional amendments of 2016, which introduced the JAC, were a step in the right direction, but fall short of ensuring judicial independence. [...] The Prime Minister should not have the power to influence the appointment of Justices and Judges-Magistrates. This would open the door to potential political influence, which is not compatible with modern notions of independence of the judiciary». Come si può vedere, affermazioni perentorie, che – oltre a contrastare nettamente con il successivo giudizio della CGUE – fanno pensare per l'uso di espressioni quale per esempio «modern notions». Anche se la Commissione non lo dice, pare – indizi in questo senso si trovano altrove – che nozioni 'non moderne' di indipendenza possano essere tollerate o ammesse per ordinamenti di più antica tradizione democratico-liberale, seppur un'affermazione del genere, ove resa esplicita, possa essere problematica per diversi aspetti.

soluzione implicitamente ritenuta preferibile per tutti³¹. Non deve sfuggire qui una differenza sottile. La Commissione non menziona alcun criterio valutativo di (non) regressione, ma caldeggia un modello concorsuale fondato su consigli giudiziari indipendenti; la Corte di giustizia si guarda bene da formulare un proposito così esplicito, ma con l'introduzione pretoria della non regressione lascia trasparire, senza affermarla, una certa preferenza.

Appena tre mesi più tardi, nel luglio del 2021, il giudizio della Corte cambia in una delle procedure avviate dalla Commissione europea contro la Polonia. Esso coincide con una fase avanzata del degrado illiberale polacco, e per quanto riguarda il giudiziario coincide con quello che in precedenza si è definito il terzo stadio della sua conquista politica. La sentenza C-791/19, intitolata come *Régime disciplinaire des juges*, evidenzia in modo chiaro cosa viene preso di mira. Il lungo dispositivo sanziona una volta di più l'illegittimità della nota Sezione disciplinare recentemente istituita presso la Corte suprema, per difetto di indipendenza, e censura la sottoposizione al regime disciplinare del contenuto di decisioni giudiziarie, in particolare la possibilità che siano qualificate come illecito disciplinare le domande di pronuncia pregiudiziale rivolte da giudici polacchi alla CGUE (i parametri sono l'art. 19 TUE e l'art. 267 TFUE).

Per la prima volta nei casi riguardanti la Polonia, viene evocata la clausola della non regressione³² che in passato, anche prima di *Repubblika*, era stata suggerita ma non accolta nel giudizio della Corte³³. È vero dunque che l'adozione di questo parametro aggiuntivo di formazione giurisprudenziale, in relazione all'indipendenza dei giudici, coincide con una fase del conflitto con l'Unione europea in cui vengono in rilievo le misure repressive predisposte – e presto anche attuate – nei loro confronti. Reprimere per provvedimenti giurisdizionali adottati in applicazione del diritto è una cosa distinta dal prevedere procedure di reclutamento non fondate a loro volta sull'indipendenza di chi le deve eseguire. Ma sul piano concettuale non bisogna perdere di vista che le misure repressive portate all'attenzione della Corte non sono indiscriminatamente previste per qualunque decisione giurisprudenziale che nel merito possa non essere gradita al potere politico; esse si concentrano su un aspetto particolare, cioè ogni tipo di atto o di comportamento che i giudici possano adottare allo scopo di mettere in discussione ed eventualmente disapplicare la procedura di selezione e la nomina di un numero sempre crescente di individui³⁴ che,

³¹ Per questa e altre dissonanze sul tema, M. Leloup, D.V. Kochenov, A. Dimitrovs, *Non-Regression: Opening the door to solving the 'Copenhagen dilemma'?* cit., 13.

³² Specie ai punti 51, 112 e 113.

³³ Il riferimento è all'intervento dell'Autorità di vigilanza AELS (EFTA) che, come ricordato al punto 69 delle Conclusioni dell'Avvocato Tanehev nelle cause riunite C-585, 624, 625/18 (A.K.), ne aveva invocato l'applicazione proprio alla Sezione disciplinare richiamandosi alla «modifica della composizione dell'organo incaricato della selezione dei giudici», anche in relazione alla Carta europea sullo statuto dei giudici adottata nel 1998 dal Consiglio d'Europa. In quell'occasione, tuttavia, la Corte tacque su questo specifico argomento.

³⁴ Più in dettaglio L. Pech, P. Wachowiec, D. Mazur, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, in 1 *Hague J. Rule of Law* 17 (2021); K. Gajda-Roszczyńska, K. Markiewicz, *Disciplinary Proceedings as an Instrument for*

dal 2017 in poi, si sono visti attribuire a loro volta incarichi giudiziari di carriera da parte di organi vistosamente sprovvisti, anche per sentenze della stessa CGUE, dei necessari requisiti di indipendenza.

Dunque, anche se il merito specifico della sentenza C-791/19 appare concentrato da un lato sul regime disciplinare e dall'altro sulle istituzioni ad esso preposte, rimane un nesso consequenziale inscindibile con la composizione del Consiglio nazionale della magistratura (KRS) il cui difetto di indipendenza era stato rilevato in precedenza dalla stessa Corte (in particolare C-585, 624 e 625/18, *A.K.*). D'altra parte, le stesse misure disciplinari aggravate sono il portato diretto di quanto avvenuto in precedenza e solo con quello si possono spiegare. Non vi sarebbe stata ragione di adottare un tale apparato normativo di repressione se non fosse stata formata, in precedenza, una neo-Sezione disciplinare presso la Corte suprema, composta integralmente di magistrati immessi in quella posizione a seguito di procedure di selezione poste in opera da un Consiglio nazionale della magistratura gravemente politicizzato, ed è quest'ultima la riforma che ha formato una vera e propria regressione nell'ordinamento giudiziario polacco. L'inasprimento del regime disciplinare repressivo è dunque la conseguenza immediata della sentenza *A.K.*, ed è stato predisposto allo scopo di impedire ai giudici polacchi di dare applicazione a quest'ultima e di elevare uno scudo a difesa della Sezione disciplinare³⁵.

Nel suo ricorso, la Commissione non fa riferimento al concetto di regressione, ma parla di una «discontinuità strutturale» dovuta alla «combinazione e introduzione contemporanea»³⁶ di diverse riforme legislative che poi vengono riassunte nell'istituzione *ex novo* di una sezione, nel fatto che essa debba essere composta integralmente di giudici 'nuovi' e che il reclutamento di questi ultimi passi attraverso concorsi gestiti dal Consiglio nazionale della magistratura i cui membri togati, diversamente dal passato, non erano più eletti tra i propri pari bensì dal Parlamento (dalla Camera bassa a maggioranza dei voti). Da questi rilievi risulta con evidenza come, al di là della terminologia adoperata, venga considerata come meritevole di sospetto un'involuzione legislativa che raccolse l'eredità di un modello ispirato all'autonomia interna di un corpo che si autogoverna, per muoversi in direzione di un livello di interferenza governativa pur mediato attraverso un passaggio per un organo che dovrebbe restare custode di quell'autonomia, e che in realtà, per come viene

Breaking the Rule of Law in Poland, in 3 *Hague J. Rule of Law* 465 (2020), specie con la precisazione per cui le nuove sanzioni disciplinari, introdotte dalla legge del 20 dicembre 2019, recante modifiche alla legge sull'ordinamento dei tribunali comuni del 2001, alla legge sulla Corte suprema e ad altre leggi, inserisce nell'art. 107 dell'ordinamento dei tribunali comuni una circostanza aggiuntiva consistente in attività od omissioni capaci di impedire od ostacolare in modo significativo il funzionamento della giustizia, o in attività tali da mettere in dubbio l'esistenza il rapporto di servizio di un giudice o l'efficacia del procedimento per la sua nomina. Una volta di più si sottolinea come solo i giudici entrati in servizio con le 'vecchie' procedure, antecedenti il 2017, abbiano espresso dubbi sullo status dei soggetti che hanno assunto incarichi con le procedure 'nuove' (in particolare tramite rinvii pregiudiziali presso la CGUE), e mai – finora – il contrario.

³⁵ L.D. Spieker, *The conflict over the Polish disciplinary regime for judges*, cit., 780 e 786.

³⁶ P.to 64 della sentenza. In questo senso si ha una sorta di surrogato delle procedure di infrazione 'sistemiche', la cui assenza è lamentata da parte della dottrina.

ad essere manipolata la sua composizione, lo diviene solo su un piano nominale-formalistico. In termini puramente astratti, asettici, scevri da ogni giudizio di valore, questa è stata una semplice innovazione normativa. In altri termini, si è trattato invece di un arretramento: di una regressione appunto. Ma sono questi termini che presuppongono un giudizio di valore.

4. La non regressione entra nelle cause sulla Polonia

Ancora nella causa C-791/19 la Commissione europea si è attardata ad affermare che «l'intervento di un organo dell'esecutivo nel processo di nomina dei giudici non [è], di per sé, idoneo a pregiudicarne l'indipendenza o l'imparzialità»³⁷. Essa aggiunge tuttavia subito dopo, in modo del tutto condivisibile, che «l'introduzione contemporanea di diverse riforme legislative ha comportato una discontinuità strutturale» tale da sollevare dubbi legittimi nell'indipendenza e nell'imparzialità del sistema di giustizia complessivo. Le riforme cui la Commissione si riferisce consistono in particolare nella sostituzione dell'elezione tra i propri pari dei membri togati del Consiglio nazionale della magistratura con l'elezione degli stessi da parte della Camera bassa del Parlamento, a maggioranza dei voti³⁸, nell'istituzione di un'apposita Sezione disciplinare presso la Corte suprema, e nella previsione per cui tutti i componenti di quest'ultima sarebbero stati giudici selezionati secondo la nuova procedura già citata, e non (anche) membri a tale scopo trasferiti già facenti parte della Corte suprema stessa.

Sul punto della nomina dei giudici, la Corte comincia però a discostarsi da affermazioni fatte in precedenza, e già sopra richiamate. Da un lato, infatti, asserisce (punto 97) che la circostanza che i giudici polacchi siano formalmente nominati dal presidente della Repubblica – il quale appartiene all'esecutivo – non è sufficiente a generare dubbi sulla loro imparzialità, se, una volta nominati, essi non sono soggetti ad alcuna pressione esterna né possono ricevere istruzioni. Dall'altro, però, la Corte passa a porre delle condizioni e dei requisiti cui deve rispondere l'organo chiamato per Costituzione nazionale ad effettuare le selezioni e proporre le nomine finali al presidente della Repubblica, riscontrando come le recenti riforme legislative, politicizzandone la composizione come sopra detto, ne abbiano ridotto l'indipendenza. L'impressione è che la Corte condizioni alla reale, piena indipendenza da ogni potere politico del Consiglio l'utilità che quest'ultimo può rivestire nel rendere «obiettivo» (punto 99) il processo di nomina. All'obiezione del governo polacco, per cui altri organi consimili presentano analogo livello di determinante partecipazione della politica, l'ulteriore replica della Corte va palesemente in direzione dell'applicazione di un criterio evolutivo, per cui si prende in esame la situazione normativa preesistente a quella portata al suo giudizio. I giudici di Lussemburgo accettano il raffronto con un poco noto ma importante – e recente – caso tedesco (*Land Hessen*, C-272/19), portato a loro conoscenza, in cui addirittura il Tribunale amministrativo di Wiesbaden poneva il problema

³⁷ Ivi.

³⁸ A tutto voler concedere, non è dunque neanche all'esecutivo che viene attribuito un potere così importante (quello di cui si discute nel punto 64 della sentenza), ma al legislativo.

della sua stessa indipendenza in relazione all'art. 267 TFUE in combinato disposto con l'art. 47 CDFUE³⁹. Non è possibile per motivi di spazio affrontare questo caso, se non per dire che la differenza con la citata causa polacca si trova solo nel fatto che nel primo caso la questione pregiudiziale ha fotografato, per così dire, una situazione statica e invariata che – per qualche motivo – non era mai stata portata a conoscenza del giudice europeo, mentre nel secondo si è riscontrato un cambiamento, del quale si è data una valutazione nel merito non neutrale, ma negativa sotto il profilo della *rule of law*.

Se ne ricava l'impressione che la non regressione – in questo settore come possibilmente in altri – possa essere idealmente rappresentata come una linea retta lungo la quale è ammissibile solo un percorso unidirezionale o al massimo la stasi, ma mai una marcia in direzione opposta. L'impressione sembra corroborarsi se si riprende in esame anche il terzo caso comparabile, quello maltese già evocato⁴⁰. Non può essere un caso se il responso della giurisprudenza europea sia stato di (almeno tendenziale) approvazione per i due ordinamenti che, rispettivamente, non hanno apportato alcuna modifica o che la hanno compiuta nel senso di una rafforzata indipendenza, intesa quale stretta separatezza, e sia stato di censura per il Paese che da quella concezione di indipendenza-separatezza si è discostato.

Arrivati a questo punto dell'indagine, non può farsi a meno di rilevare un aspetto di possibile contraddizione, capace di prestarsi a tranelli che la Corte di giustizia ha sventato in anticipo. L'impostazione già citata delle corti europee, tollerante in modo condizionato per il coinvolgimento del potere politico nella selezione dei magistrati, rischierebbe di essere accolta e fatta propria, non senza malizia, da un legislatore come quello polacco che in effetti, negli ultimi anni, ha puntato senza dubbio alla conquista del giudiziario, anche nella forma di un arrembaggio, con l'uso di argomentazioni capziose e in mala fede. Se le sentenze finora emesse dalla Corte di giustizia nei casi provenienti dalla Polonia avessero confermato senz'altro l'impostazione sopra descritta, e adottata altrove, il governo sanzionato non avrebbe avuto forse interesse nell'inasprire a sua volta le misure sanzionatorie interne, considerato chi ne sono gli specifici destinatari. In tal caso, nel corso di alcuni anni sarebbero mutati il volto e la natura della magistratura polacca, fino a portare rapidamente a compimento il vero scopo delle riforme adottate nel tempo, che era e resta quello di fare della magistratura, anche giudicante, uno strumento attivo, un braccio armato di protezione e impunità per il potere e di persecuzione delle minoranze e delle opposizioni; ma non vi sarebbero state sanzioni disciplinari repressive o queste sarebbero rimaste in vigore solo per il

³⁹ Punto 26 e seguenti di *Land Hessen*. Addirittura (punti 31 e 32) il *Verwaltungsgericht Wiesbaden* giunge ad affermare che «il diritto costituzionale tedesco non garantisce l'indipendenza istituzionale degli organi giurisdizionali», dato che nomine, valutazioni, promozioni dei giudici nel *Land* sono di competenza del ministro della giustizia.

⁴⁰ Non è dato però prendere in considerazione alcun *tertium comparationis*. La Corte di giustizia, si ripete, non può costruire idealtipi generali di indipendenza giudiziaria perché ciò la porrebbe in conflitto frontale con modelli ministeriali presenti in diversi paesi, e forti di consolidata tradizione.

tempo necessario al ricambio desiderato entro la magistratura stessa (come già avvenuto con la giustizia costituzionale). È questo il risultato che si voleva ottenere? Ovviamente no, ed è per questo che la Corte di giustizia, non potendo smentire seccamente alcuni assunti precedenti, ha dovuto correggere il tiro riscontrando che era presente in questi nuovi casi, secondo le sue parole, un «rischio, fino ad allora assente» «di un maggiore controllo di tali poteri legislativo ed esecutivo sulla KRS e di lesione dell'indipendenza di tale organo»⁴¹, di «un contesto particolare» e «condizione obiettive» in cui è stata istituita la Sezione disciplinare⁴² presso la Corte suprema. Non è tanto la situazione in sé ad essere grave, insomma, ma il percorso attraverso il quale vi si è arrivati.

Provando a sintetizzare il ragionamento intorno a una vicenda quanto mai attorcigliata e complicata, si considera quanto segue. La Corte di giustizia ha ben fatto a non limitarsi alla tradizionale formula del rispetto dell'indipendenza dei giudici una volta che questi sono stati nominati, e comunque siano stati essi nominati. Se lo avesse fatto, si sarebbe prestata all'equivoco per cui a onor del vero – finora – nessuna norma disciplinare repressiva è entrata in vigore, e nessun provvedimento in applicazione della stessa è mai stato adottato, in Polonia, per impedire o sanzionare attività giudiziarie contrarie agli interessi del potere politico *tout court*, ma unicamente al fine di inibire la capacità di contestare con efficacia le nomine più recenti. Se la Corte avesse legittimato tali nomine, nessuna contestazione avrebbe potuto essere più compiuta. Ma la Corte ha contestato da subito le procedure di reclutamento e nomina, e questo però non è in pieno coerente con la giurisprudenza precedente (e in parte anche coeva). Questo, da parte sua, non potendo rispondere in pieno a criteri di eguale trattamento in astratto degli stati membri, si giustifica con il solo ricorso al principio della non regressione.

Il differenziale tra la giurisprudenza pregressa e il contenuto delle sentenze concernenti i casi provenienti dalla Polonia sta dunque proprio in questo: nel considerare la trasformazione da uno stato precedente a quello attuale. Ma è un raffronto non privo di giudizi di valore, pur se questi restano impliciti.

5. Alcuni aspetti problematici

È il caso di provare a immaginare quale sia il potenziale di sviluppo della non regressione, e anche di comprendere se questo principio possa presentare dei limiti o addirittura dei pericoli. Per provare a fare questo, si è ritenuto opportuno evidenziare un aspetto di contraddizione e porre tre quesiti di crescente importanza, ai quali cercare di dare una risposta.

In primo luogo la contraddizione. Chi ne ha più enfatizzato le potenzialità non ha esitato a preconizzare (e auspicare) un'applicazione estensiva del principio di non regressione, capace di svincolare i giudici di Lussemburgo dai limiti angusti dell'art. 19 TUE e di trovare invece applicazione con riferimento a tutti i valori enunciati nell'art. 2 TUE. Secondo questa prospettiva, anzi, l'art. 2 andrebbe ricollegato all'art. 49

⁴¹ Punto 104 della sent. C-791/19

⁴² Punto 112.

dello stesso TUE, in un disposto combinato⁴³. Questa interpretazione, che ha inteso valorizzare i contenuti della sentenza *Repubblika*, assume un significato preciso se si consideri che l'art. 49⁴⁴ è quello che disciplina le condizioni generali e le modalità attraverso le quali uno stato europeo possa richiedere di diventare membro dell'Unione ed eventualmente esservi accolto. Su questo aspetto si potrebbe fare qualche considerazione critica. Si era al riguardo evidenziato il 'dilemma di Copenaghen', secondo il quale l'Unione europea dispone di mezzi e strumenti per imporre il rispetto di diversi principi, tra cui quello dello stato di diritto, a carico di Paesi candidati ma è poi carente – ora invero non del tutto – sotto il profilo degli strumenti effettivi per ricondurre sulla retta strada gli stessi, qualora, a seguito dell'adesione, questi evidenzino un arretramento marcato sul piano degli stessi valori che si erano impegnati a rispettare. Tuttavia un'insistenza eccessiva sull'art. 49 potrebbe esprimere una presa di mira, una sorta di preferenza in negativo per alcuni stati membri, che sono in particolare quelli delle più recenti ondate di allargamento. Non si può discutere che questi coincidano in gran parte con quelli che negli ultimi anni hanno dato motivo delle maggiori preoccupazioni in tema di *rule of law*⁴⁵. Ma è anche vero che insistere su di loro, a prescindere dal fatto che non si dovrebbe dare troppo per scontato che mai alcun problema di questo tipo possa emergere altrove, sembra pregiudicare quell'ideale di uguaglianza di trattamento che proprio in questa crisi rischia di presentare aspetti critici, mentre – secondo chi scrive – è proprio la non regressione uno strumento che potrebbe presentare dei rimedi sotto questo profilo.

⁴³ M. Leloup, D.V. Kochenov, A. Dimitrovs, *Non-Regression: Opening the door to solving the 'Copenhagen dilemma'?* cit., 7.

⁴⁴ Anche citato nelle cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, *Asociația Forumul Judecătorilor din România*: un'altra pronuncia resa su rinvii pregiudiziali, provenienti dalla Romania. Peraltro, riguardo a quest'ultimo caso, M. Moraru e R. Bercea, *The First Episode in the Romanian Rule of Law Saga: Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, Asociația Forumul Judecătorilor din România, and their follow-up at the National level*, in 1 *Eur. Const. L. Rev.* 83 (2022), discutono addirittura di un principio-obbligo di *progression* che la CGUE avrebbe posto a carico della Romania (e della Bulgaria) nell'ambito del Meccanismo di cooperazione e verifica già attivato fin dal 2006. In questo caso si può effettivamente discutere di un regime giuridico speciale attivato solo nei confronti di alcuni paesi (d'altra parte, per riconoscimento degli stessi autori, il dovere di *progression* in questo caso è un principio non solo di estrazione pretoria, ma anche implicitamente affermato).

⁴⁵ Per quanto una condivisibile messa in guardia da troppo facili generalizzazioni venga opposta da A. Di Gregorio, *La crisi dello Stato di diritto come occasione del perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?*, in *DPCE*, 2021, (specie 124 ss.), la quale sottolinea «l'esigenza di adottare un atteggiamento meno preconcepito nei confronti di un intero gruppo di Paesi, nonché di integrare le riflessioni con l'analisi del quadro politico interno». L'esortazione è a non inquadrare in un singolo blocco a sé stante, indiscriminato e portatore di manchevolezze non condivisibili con altri, i membri dell'UE su cui ricade l'eredità del comunismo. In particolare inopportuna viene considerata l'identificazione senza discernimento del format V4, o *Visegrád*, in quanto questo «blando raccordo» è privo dei caratteri di un'organizzazione internazionale, e vanno almeno rimarcate le tradizioni consolidate di democrazia della Repubblica ceca, ancora confermate in anni recenti.

Si giunge qui a un punto delicato della posizione che gli stati membri hanno al cospetto dell'Unione europea, in cui il principio di attribuzione (art. 5 TUE) sembra assumere un ruolo recessivo o la sua esegesi o applicazione prevalente e più recente tende a farsi restrittiva, a vantaggio di un'espansione dell'Unione per mezzo dell'uso estensivo dei valori di cui all'art. 2. È indiscutibile che ciò passi attraverso l'affermazione di un'identità costituzionale europea, rispetto alla quale non siano accettabili declinazioni dell'identità nazionale le quali, pur previste dall'art. 4, paragrafo 2, TUE, si mostrino ostili o conflittuali rispetto ai principi fondamentali del diritto europeo⁴⁶. Al tempo stesso è però importante dare protezione a un altro principio, recato dallo stesso art. 4, paragrafo 2, TUE, vale a dire il rispetto da parte dell'Unione dell'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati. Poiché la crescente ingerenza da parte dell'Unione nell'ordinamento giudiziario dei suoi membri – necessaria e opportuna – comporta qualche problema sotto questo profilo, è il caso di tenere a mente che il riferimento all'art. 49 TUE non può spingersi fino a far pensare che controversie di questo tipo possano coinvolgere solo gli stati che hanno aderito all'Unione dopo la sua entrata in vigore nella sua attuale o nella precedente versione, o comunque quelli che appartengono alle più recenti ondate di 'allargamento'. Si può certo ritenere, soggettivamente, che il rischio di regressione grave sia circoscritto a questi Paesi, il che potrebbe anche essere una scommessa facile da vincere; al tempo stesso tuttavia si dovrebbe escludere anche solo l'impressione che la clausola di non regressione possa essere applicata ai soli stati che abbiano domandato di diventare membri di un'Unione evidentemente già esistente, in quanto istituita dai fondatori che al momento della sua creazione non hanno dovuto chiedere niente a nessuno e allargata a successivi nuovi aderenti le cui credenziali democratiche, almeno in alcuni casi, non potevano essere messe in dubbio.

Chi ha assunto una posizione critica nei confronti dell'introduzione pretoria del principio di non regressione usa questo tra i propri argomenti. Si è messo in evidenza come la combinazione stabilizzata e pietrificata tra non regressione e adesione di nuovi membri all'UE porti alla conseguenza di inasprire la disuguaglianza tra stati membri e instaurare doppi standard di giudizio che alla fine rischiano di essere inaccettabili rispetto a un elementare senso di giustizia⁴⁷.

⁴⁶ In argomento, *ex multis*, A. Di Martino, *Comparare le identità costituzionali: circolazione degli argomenti giuridici e contesti storico-politici*, in A. Somma, M. Graziadei (cur.), *Diritti nazionali in dialogo*, in corso di pubblicazione 18 ss., ove si mette in rilievo come soprattutto nel caso della Polonia e dell'Ungheria l'incompatibilità tra identità costituzionale del rispettivo ordinamento interno con quella europea e quella degli altri paesi sia sorta solo dopo le relative svolte illiberali e sia stata portata avanti tramite «manipolazione e strumentalizzazione» di giurisprudenza soprattutto tedesca. Il rinnovato canone interpretativo dell'identità costituzionale è «funzionale alla legittimazione dei regimi al potere e alla loro sottrazione a un controllo esterno». Peraltro «si usa il concetto di identità costituzionale, che normalmente presenta profili di *longue durée*, per cementare e impermeabilizzare modifiche di natura costituzionale avvenute in un arco di tempo molto breve».

⁴⁷ J. Scholtes, *Constitutionalising the end of history?*, cit., 61.

La coincidenza tra art. 2 e art. 49 del TUE, è poi quella che ha portato la dottrina a porsi la prima delle questioni cui si è accennato sopra. Si tratta di un dilemma pratico e cronologico. Ci si è posti cioè il problema del momento *a quo*, ovvero della data in cui va fissato il termine di paragone – sempre all'interno di uno stesso ordinamento statale – tra l'impianto normativo che porta lo stigma della regressione e quello che va portato come modello positivo (o almeno migliore). Una risposta è stata nel senso che il riferimento va fatto alle norme in vigore al momento in cui uno stato fu ammesso nell'UE, come si è fatto nel caso maltese⁴⁸, sulla base del fatto che quella è la data in cui il paese stesso deve conformarsi pienamente al diritto europeo, cui appartiene lo stesso art. 19 TUE. A parte che potrebbero non esserci fasi intermedie tra questo e la normativa 'regressiva', una soluzione di questo tipo pone forse più problemi di quanti ne risolva. Intanto l'ampliamento dell'UE è avvenuto per molteplici tappe successive, e ciò riguarda anche i paesi che sopportano il peso sospetto dell'eredità comunista. In ogni caso i successivi allargamenti hanno coinciso a loro volta con tappe molto diverse dell'approfondimento dell'integrazione europea, con diversa intensità anche dei contenuti costituzionali di quest'ultima. Vi sarebbero quindi diversi standard di giudizio a seconda della data in cui ciascun Paese ha aderito. Può darsi che altre soluzioni non siano accettabili, ma resta il fatto che proprio l'accoglimento di una tale risposta mette in maggiore evidenza la questione del perché, anche al momento di una sola singola ondata di allargamenti – in particolare quello del 2004, il più ampio –, furono accettati modelli di organizzazione (e indipendenza) del giudiziario alquanto differenziati tra loro. Basti pensare alla differenza tra Polonia e Malta, su cui non si ritorna, o al fatto stesso che non tutti i Paesi ex socialisti si adattarono passivamente al modello dell'autogoverno come condizione necessaria per l'adesione secondo i criteri di Copenaghen: la Polonia lo adottò fin dal 1989 – quando l'adesione era impensabile – per poi rafforzarlo con la Costituzione del 1997, mentre la Repubblica ceca non lo ha mai fatto, restando fedele all'opposto modello di stretta osservanza governativo-ministeriale e diffuso in alcuni Paesi soprattutto del nord Europa⁴⁹. Forse, in maniera più pragmatica, come termine di paragone si può ammettere quello che precede il peggioramento effettivamente qualificato come regressione. Ma questo è un altro aspetto lasciato alla futura prassi giurisprudenziale, su questo non consolidata.

Il secondo dilemma che ci si è posti in dottrina è quello che riguarda l'entità del peggioramento normativo tale da poterlo sanzionare in quanto effettiva regressione. Basta un minimo arretramento, quasi insignificante dal punto di vista sistemico, oppure per far scattare il principio è necessario fissare un *threshold*, una soglia minima di gravità sistemica, anche tenuto conto di elementi contestuali, che siano necessari a dichiarare illegittima una certa norma in base ai parametri del diritto europeo? Data l'esiguità dei casi finora risolti, la risposta è incerta. A prima vista può apparire che la Corte abbia adottato o almeno si sia riservata una prospettiva

⁴⁸ E. Dice, *The Principle of Non-Regression in Rule of Law in the EU*, Stockholm, 2023, 40.

⁴⁹ D. Kosař, *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*, Cambridge, 2016.

‘massimalista’, quando ha affermato che «gli Stati membri sono tenuti a provvedere affinché sia evitata qualsiasi regressione, riguardo a detto valore, della loro legislazione in materia di organizzazione della giustizia, astenendosi dall’adottare qualsiasi misura che possa pregiudicare l’indipendenza dei giudici»⁵⁰. I commentatori però non sembrano convinti che tali brevi e piuttosto indefiniti passaggi siano dimostrativi di una linea già consolidata, dato anche, come accennato, lo scarso numero di casi finora risolti. Si è ritenuto opportuno che la Corte si concentri solo su deviazioni significative dai propri standard nazionali preesistenti⁵¹, il che la metterebbe al riparo dall’onere di compiere una complessiva teorizzazione di ciò che si richiede in linea di principio a tutti, in particolare ai fini dell’indipendenza giudiziaria e in generale per l’attuazione dei valori di cui all’art. 2 TUE (ciò che la Corte non ha mai finora voluto fare). Tuttavia questo non risolve un altro problema potenziale. Se il punto di partenza dal quale rilevare regressioni significative è quello dell’iniziale livello di protezione dei diritti in un determinato stato, si è detto, allora si ripresenta la questione dei doppi standard⁵². Un cambiamento che costituisce una regressione significativa in uno stato membro, secondo questa analisi, potrebbe ancora rappresentare lo *status quo* in un Paese vicino⁵³.

Non può esserci dubbio che questo sia il caso, ma una tale constatazione porta diretta al terzo dei quesiti cui sopra si è accennato – di gran lunga il più importante – per il quale resta ineludibile il problema di quali siano le scelte di valore rispetto alle quali vi sarebbe o non vi sarebbe regressione. Riconosciuto che questo è il punto centrale intorno a cui ruota tutto il presente scritto, è giunto il momento di tentare una risposta. Per fare questo si prendono le mosse da uno degli studi in argomento, ove si afferma che «the regression test is essentially neutral with regard to substantive standards, such as judicial appointment processes»⁵⁴.

Non si può condividere questa opinione, che pure non è isolata. Per confutarla è possibile ricorrere ad una *reductio ad absurdum*. Si considerino precisamente gli standard sostanziali che presiedono al processo di nomina dei giudici. Si provino ad immaginare due modelli astratti, e piuttosto estremi, di organizzazione giudiziaria. Il primo, magari confacente a una democrazia antica, consolidata, consensuale, ammette ancora un sistema di selezione schiettamente ministeriale nel quale, pur nel rispetto di requisiti meritocratici, le scelte finali spettino formalmente al capo dello stato,

⁵⁰ Punto 51 di *Commissione c. Polonia* (C-791/19); analogamente punto 64 di *Repubblica*.

⁵¹ L.D. Spieker, *The conflict over the Polish disciplinary regime for judges*, cit., 790.

⁵² K.L. Scheppele, D.V. Kochenov, B. Grabowska-Moroz, *EU Values Are Law*, cit., 108, hanno sostenuto – per ora invano – la causa dei ricorsi per infrazione sistemici, per prevenire una tale contestazione. Ciò sulla base del fatto che una singola soluzione normativa, apparentemente simile a quella adottata in altri paesi dove è sempre stata considerata pacifica, può apparire legittima se tirata fuori da un contesto più grave, ed è la combinazione tra più elementi a far scaturire profili critici. In un certo senso la non regressione potrebbe essere un surrogato delle infrazioni sistemiche raggruppanti diversi casi, che mai finora la Commissione ha voluto attivare (la prima facendo un raffronto più diacronico, mentre le seconde sarebbero sincroniche).

⁵³ J. Scholtes, *Constitutionalising the end of history?*, cit., 82.

⁵⁴ L.D. Spieker, *op. ult. cit.*, 790.

magari un re, previa una proposta formulata dal primo ministro o dal ministro della giustizia, senza che neanche sia sentito il parere del Parlamento in cui sono anche rappresentate le forze di opposizione, mentre un parere reso da un'informale associazione professionale interessata può avere al massimo valore meramente consultivo. Il secondo modello, proprio di una giovane democrazia ancora non radicata, è ispirato alla massima diffidenza nei confronti dei poteri politici e ne presuppone una rigida separazione dalla giurisdizione, per la quale è previsto un autogoverno che gestisce in totale autonomia, senza eccezioni, ogni aspetto della carriera di ogni magistrato.

La Corte di giustizia europea, anche sulla scorta della Corte europea dei diritti dell'uomo, ha costantemente ripetuto di non invocare né sconsigliare alcuno di questi modelli, e neanche uno misto. Ciò farebbe pensare a una sua neutralità rispetto a tali modelli. Se si prende alla lettera una simile impostazione, e vi si aggiunge la non regressione, ne consegue che per la CGUE la *rule of law* viene protetta in applicazione di qualsiasi tipo di ordinamento giudiziario a condizione che, una volta instaurato quello, non si compiano sostanziali passi indietro. Anche nell'ambito di un modello ministeriale, dunque, Lussemburgo, nel garantire gli articoli 2 e 19 TUE – oltre ad eventuali altre norme – non dovrebbe tollerare deviazioni o arretramenti rispetto al principio che vuole la nomina politico-governativa dei giudici, laddove questo sia stato prescelto in sede costituente o sia invalso per vetusta tradizione (o ancora sia stato tollerato in fase di adesione del Paese candidato all'UE). In senso strettamente tecnico, e scevro da giudizi di valore, ogni innovazione per cui la nomina governativa debba essere sottoposta a un parere vincolante di qualsiasi soggetto terzo indipendente, costituisce una 'regressione' rispetto a quel modello e dovrebbe essere sanzionata in applicazione del nuovo principio che impedisce quest'ultima. Ma se un caso del genere si presentasse, sarebbe questa la conseguenza?

In realtà un tale caso si è già presentato ed è quello maltese, di cui si è già discusso ampiamente. Si è visto come l'attenuazione del modello ministeriale, pur essendo in senso tecnico un arretramento, non è stata interpretata dalla Corte come un fenomeno di regressione nel senso dei principi e dei valori protetti dal diritto dell'Unione europea (semmai il contrario). Ma ciò dimostra precisamente come il concetto di regressione fatto proprio dalla CGUE sia agganciato a un'opzione di valore, per quanto essa non venga mai resa esplicita. E tale opzione non è certo a favore di un modello ministeriale.

6. Verso qualche provvisoria conclusione

I casi fin qui esaminati hanno dunque scomodamente messo in evidenza, in una continua serendipità⁵⁵, ciò che forse sarebbe stato più gradito occultare e dimenticare, ovvero quanto diversi siano i modelli di organizzazione del giudiziario nell'Unione, e quanto saranno complesse le speculazioni intellettuali necessarie per giustificare come differenti mezzi vadano approntati allo scopo di assicurare identici fini, i quali fini sembrano

⁵⁵ M. Bonelli, M. Claes, *Judicial Serendipity*, cit., 622 ss.

riassumersi in quell'«obbligo di risultato» da ultimo richiamato nelle sentenze C-156⁵⁶ e 157/21⁵⁷ (Ungheria c. Parlamento e Consiglio; Polonia c. Parlamento e Consiglio) della CGUE, che hanno respinto i ricorsi per annullamento del regolamento 2020/2092 sul regime di condizionalità per la protezione del bilancio dell'UE. Non possono esservi equivoci in merito al fatto che il riferimento a quell'obbligo sia ricollegato anche all'organizzazione del giudiziario dato il richiamo esplicito che nelle sentenze viene fatto ai valori previsti dall'art. 2 TUE, tra i quali rientra lo stato di diritto, di cui l'art. 19 – pure a tratti richiamato – costituisce solo più dettagliata specificazione⁵⁸, ma occorre prendere atto che l'avocazione alla Corte di giustizia di un tale giudizio incrementa il grado di discrezionalità conferito a un organo non politico e non elettivo.

Prima ancora di teorizzazioni sulla doverosità in termini giuridici di un singolo modello, la crisi dello stato di diritto esplosa in Europa nell'ultimo decennio abbondante ha imposto un dibattito in merito alla opportunità dell'uno o dell'altro. È in questo contesto che si è inserita qualche monografia⁵⁹ insieme alla pubblicazione di numeri monografici o sezioni monografiche all'interno di numeri di riviste giuridiche⁶⁰. L'opinione prevalente tra gli studiosi, circa la preferibilità di un rigoroso autogoverno, non è però unanime, dato che anzi si registrano dissensi non marginali. Per maggiore precisione è emerso un indirizzo dottrinale secondo cui l'autogoverno giudiziario, pur preferibile a modelli dominati dall'esecutivo, non coincide e non va confuso con l'esistenza e il predominio su di esso di consigli della magistratura sulla scorta del prototipo italiano – forse il più forte – o di quello francese, ma può essere riconnesso a varie forme intermedie di influenza di organi composti da giudici sul processo decisionale⁶¹, pur restando quest'ultimo portato a termine con il tradizionale coinvolgimento degli organi politici. Ed è questa premessa che ha consentito di parlare al riguardo di una natura 'liquida' di *self-governance*⁶². La linea abilmente sostenuta e argomentata nel numero monografico pubblicato in argomento dal *German Law Journal*, anzi,

⁵⁶ In particolare Punti 231 e 233.

⁵⁷ In particolare Punti 263, 265 e 282.

⁵⁸ In ogni caso entrambe le sentenze – per mettere in chiaro che la loro preoccupazione non è solo per il bilancio – ricordano che l'evocazione dell'obbligo di risultato era già stata compiuta nel citato caso *A.B.(C-824/18)*, e precisamente nei punti 142-146 di quest'ultimo, ove il problema del bilancio europeo non veniva affatto in rilievo.

⁵⁹ D. Kosař, *Perils of Judicial Self-Government*, cit.

⁶⁰ 19(7) *German L. J.* (2018); *DPCE Online*, 4, 2020.

⁶¹ Come può essere l'ordinamento olandese, riformato nei primi anni del secolo, e trattato da E. Mak, *Judicial Self Government in the Netherlands: Demarcating Autonomy*, in 7 *German L. J.* 1836 (2018), ove si sottolineano i rischi della cooptazione tra magistrati, affermando che «this power of co-option is counterbalanced by the power of the executive power to formally decide on the appointment of judges» ma dovendo riconoscere subito dopo che «this structure remains inherently vulnerable, since it does not fully exclude political influences on the appointment of judges». Nello stesso articolo si fa menzione di contrapposizioni politiche in merito alla nomina di alcuni giudici presso la Corte suprema.

⁶² D. Kosař, *Beyond Judicial Councils: Forms, Rationales and Impact of Judicial Self-Governance in Europe*, in 7 *German L.J.* 1584 (2018).

presenta una mole di dati a conforto della tesi per cui, da un lato – almeno a certe condizioni –, l'autogoverno fondato su consigli nazionali o superiori della magistratura non è necessariamente garanzia di un'indipendenza reale e forte del 'terzo potere' dalla politica (oltre a presentare rischi collaterali), dall'altro una reale autonomia dei magistrati può essere rafforzata e valorizzata anche in ordinamenti che almeno formalmente si ispirano ancora al modello ministeriale, e questo può avvenire per l'influenza di istituzioni formate presso singoli tribunali (come i *Präsidia* in Germania) o tramite un potere quasi debordante assegnato ai presidenti dei tribunali (come avviene nella Repubblica ceca dove mai è stato accettato il modello dell'autogoverno che in teoria sarebbe stato imposto a tutti i Paesi di più recente adesione). Secondo questo filone di pensiero, anche portatore di un indirizzo prescrittivo, il bilancio dei sistemi fondati sui consigli del giudiziario è quanto meno deludente – specie ma non solo nei Paesi dell'Europa centro-orientale – per una serie di motivi, tra i quali quello che più interessa in questa sede va riferito al fatto che tali istituzioni hanno protetto almeno in parte una certa separatezza dell'ordine giudiziario dai restanti poteri ma non hanno altrettanto tutelato, anzi almeno in parte hanno persino logorato, l'autonomia e l'indipendenza del singolo magistrato dal corpo di appartenenza, rendendolo vulnerabile alle pressioni soprattutto dei superiori in gerarchia.

A una tale impostazione, sempre nell'ottica di questo studio, si potrebbe rispondere in maniera critica. È impossibile negare che molti dei difetti evidenziati con riferimento ai Paesi che hanno adottato il criterio rigoroso dell'autogoverno siano reali: per esempio il fatto che il prezzo da pagare per una riduzione dell'ingerenza della politica, in senso lato, in ogni tappa della carriera dei magistrati, possa consistere in una loro maggiore soggezione a vincoli gerarchici interni. In questa prospettiva sarebbe l'indipendenza interna di ciascun giudice a venire in rilievo, se per questa si intende l'impermeabilità a pressioni provenienti dallo stesso ordine. D'altra parte è evidente come questo e altri aspetti non siano del tutto determinati dalla legge, e siano in parte condizionati da fattori ambientali e culturali. Ma ciò non toglie che anche in sede di decisione normativa occorre compiere delle scelte, e tali scelte, che potrebbero essere confermate a livello giurisprudenziale, impongono un bilanciamento tra diversi valori in gioco. Sembra al riguardo che, dovendo scegliere, l'indipendenza esterna sia il bene più primordiale da proteggere, specie in ordinamenti con un recente passato totalitario, per mettere l'ordine giudiziario – se non anche i singoli giudici – al riparo dai poteri politici spesso prevaricatori. Da un lato non pare che questi Paesi corrano il rischio, nel complesso, di precipitare verso una *juristocracy*; dall'altro va pure considerato che gli stessi ordinamenti che seguono il modello ministeriale, oltre a godere di una minore tutela dall'arbitrio dei restanti poteri, non garantiscono certo di per sé che i magistrati più giovani in carriera siano protetti dalle ingerenze dei superiori gerarchici.

A conforto di questa conclusione, anche un indirizzo dottrinale che in parte aderisce a quello sopra citato – pur con minore enfasi – seguita a esprimere un certo favore per il sistema dei consigli di giustizia entro un panorama comparativo simile, esteso anzi a una dimensione extraeuropea.

L'apprezzamento per ordinamenti giudiziari come quello britannico⁶³ – a sua volta differenziato al proprio interno – o quello tedesco, o quelli dell'Europa del nord, è in parte giustificato con il *self-restraint* da parte dei poteri politici, che seguitano a mantenere un potere notevole al momento della nomina, in parte dalla cauta attenuazione anche normativa di tali esorbitanti poteri, per mezzo di commissioni a composizione mista, formate anche da giudici, che svolgono una funzione propositiva nei confronti dei titolari del potere di nomina⁶⁴. In definitiva, però, l'importanza di un forte autogoverno viene «avvalorata *a contrario*, dalla involuzione in atto nelle democrazie illiberali, che tra le misure riduttive delle libertà e delle garanzie includono il ridimensionamento dell'organo di governo autonomo o il rigido controllo sulla sua composizione da parte del Governo e della maggioranza parlamentare»⁶⁵.

La preferenza degli ordinamenti sovranazionali europei per questo sistema, insomma – sebbene espressa con vigore solo dal Consiglio d'Europa attraverso la Commissione di Venezia –, non fa che riproporre il dualismo con i modelli che vi si contrappongono, e alimentare la protesta dei regimi illiberali contro la presunta discriminazione di cui sarebbero vittime. In questa protesta il bersaglio principale rimane sempre la Germania, in quanto Paese più influente dal punto di vista politico ed economico dell'Unione europea, a torto o a ragione considerata il vero mandante dei procedimenti che portano alla saga di cui si discute, ed è l'aspra ostilità espressa nei suoi confronti dal precedente regime polacco⁶⁶ ad essere il principale punto di una contesa rispetto alla quale le contestazioni sulle caratteristiche dell'ordinamento giudiziario tedesco sono a loro volta un pretesto evidente ma non del tutto privo di fondamento⁶⁷.

⁶³ Su questo A. Marchetti e R. Tarchi, *Gli strumenti di autogoverno e di garanzia dell'indipendenza della magistratura in Inghilterra e Galles ed il ruolo della Judicial Appointment Commission*, in *DPCE Online*, 2020, 5005 ss.

⁶⁴ Si segnala al riguardo la recente proposta di un nuovo tipo di organo di autogoverno della magistratura, composto in gran parte di personalità estranee sia al corpo giudiziario sia al circuito politico: D. Kosař, K. Šipulová, O. Kadlec, *The Case for Judicial Councils as Fourth-Branch Institutions*, in 1 *Eur. Const. L. Rev.* 82 (2024).

⁶⁵ M. Volpi, *Il governo autonomo della magistratura*, cit., 4867.

⁶⁶ È il caso di ricordare che le recenti elezioni legislative polacche, di ottobre 2023, hanno rovesciato il governo del partito “Diritto e giustizia” – PiS – sostituendolo con una maggioranza democratico-progressista e liberale. Ma la permanenza in carica di un presidente della Repubblica vicino al PiS, e soprattutto la scalata ostile del Tribunale costituzionale operata negli anni precedenti, insieme alla stessa regressione giudiziaria di cui si tratta nel presente articolo, formano uno scudo finora formidabile al ripristino di un impianto normativo accettabile (circostanza che sarebbe argomento per uno studio a parte).

⁶⁷ Agitato spesso soprattutto dall'ex ministro della giustizia del governo già guidato dal PiS. Sull'ordinamento giudiziario tedesco, le considerazioni critiche già citate di A. Sanders & L. von Danwitz, *Selecting Judges in Poland and Germany*, 769 ss., sono ricondotte a una luce più positiva da F. Wittreck, *German Judicial Self-Government – Institutions and Constraints*, in 7 *German L. J.* 1931 (2018), che osserva come l'accentuata politicità dei criteri di reclutamento e nomina dei giudici in Germania – pur con molte differenze tra livello federale e *Länder* e tra un *Land* e l'altro – in primo luogo non esclude forme di autogoverno anche significative nella *governance* della loro carriera, e in secondo luogo poggia su una concezione particolare della democrazia –

L'indubbio degrado nella *rule of law* riscontrato negli ultimi anni in qualche Paese di recente accessione all'UE, e in particolare in Polonia, ha imposto come effetto collaterale un'accelerazione delle prestazioni di natura costituzionale che l'Unione viene chiamata ad offrire. Questi anni sono stati attraversati anche nel pensiero giuridico, così come nelle discipline affini, da approfondite riflessioni sulla compatibilità a lungo termine tra esperienze storico-politiche così diverse ed è difficile sfuggire all'impressione che, nonostante qualche parziale successo della strada finora seguita, la soluzione a questa controversia non potrà che essere di natura politica, qualunque essa sia.

Sul piano giuridico, le riflessioni che si sono fatte in merito alla giurisprudenza fino ad oggi maturata si possono adesso riassumere nei termini che seguono. La Corte di giustizia ha dato una risposta adeguata e incrementale alle sfide lanciate allo stato di diritto, e lo ha dovuto fare nella consapevolezza della divaricazione tra una realtà contestuale di fatto, carica di un continuo evidente degrado, e un impianto normativo non univoco, esposto a diverse interpretazioni (soprattutto per quanto attiene ai parametri di giudizio primari della stessa UE). Le sue più recenti acquisizioni di rilievo sono da riferirsi all'obbligo di risultato e alla non regressione. Il primo è il più recente (almeno nell'ambito in cui è stato affermato), e avoca alla Corte un ampio potere discrezionale nel determinare, rispetto a ogni ordinamento statale, quali siano gli standard accettabili sul piano dello stato di diritto quando un caso venga portato alla sua conoscenza. Per adesso è stato dichiarato in linea di principio molto generale, incidentalmente utilizzato come strumento per sollecitare la disapplicazione di precise disposizioni nazionali concernenti il giudiziario, qualora esse fossero ritenute contrastanti con il diritto primario europeo, ma poi è usato in maniera incisiva per dichiarare legittimo uno strumento normativo europeo ricollegato, non senza difficoltà, alla protezione dello stato di diritto. La novità sta nel fatto che l'obbligo di risultato non è

una «distinct German appreciation of the democratic principle» (p. 1948) – ove sono escluse posizioni di responsabilità generale a vantaggio di persone che non traggano una almeno indiretta legittimazione parlamentare, e su una «distinct German appreciation of the separation of powers», una sorta di intreccio tra poteri (*Gewaltenverschränkung*) per cui, a quanto pare, è bene semmai che la composizione di alcuni organi che rientrano in un potere sia condizionata da un altro potere, a fini di equilibrio generale. Questo sistema, che secondo l'autore è abbastanza «sculpito nella pietra» (p. 1950), tanto che pochissimi in politica e nell'accademia tedesca lo mettono in discussione, muove in modo evidente – anche se non dichiarato – dall'assunto per cui la giurisdizione non sia un ordine 'debole' e bisognoso di una protezione speciale per mezzo di speciale separatezza. Ad avviso di chi scrive tale esperimento, che sarebbe stato pericoloso altrove, ha potuto funzionare finora in Germania per un concorso di circostanze favorevoli, tra cui la profonda fiducia almeno iniziale per la corrispondenza tra principio democratico nella sua essenza più profonda e sistema dei partiti, l'ostilità programmata dell'ordinamento e comunque l'irrilevanza di partiti estremisti, la struttura federale dello stato, il fatto che in definitiva mai nessun singolo partito abbia conquistato una posizione di predominio assoluto almeno a livello federale. Esso però non può essere portato ad esempio per nessun altro ordinamento, né di recente né di più risalente democrazia. E non fa che acutizzare il problema delle disuguaglianze di trattamento tra stati membri. In senso analogo a F. Wittreck anche E. Bertolini, *Indipendenza e autonomia della magistratura senza un organo di autogoverno: il modello tedesco*, in *DPCE Online*, 2020, 4993 ss.

applicato all'attuazione di una direttiva, e questo è comprovato dal fatto che non vi è a tutt'oggi alcuna direttiva europea che dica come devono essere organizzati i giudiziari degli stati membri. È stato semmai collegato a un regolamento nel quale il concetto di stato di diritto, peraltro, riceve una definizione piuttosto larga (art. 2 Regolamento UE/Euratom 2020/2092).

Il secondo principio innovativo è quello lungamente discusso della non regressione. Esso si può integrare con l'obbligo di risultato nel senso che quest'ultimo consente alla Corte di giustizia di dichiarare a quali condizioni, volta per volta, gli stati membri stabiliscono «i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva», previsti dall'art. 19 TUE. Per tutte le ragioni dette, in un'organizzazione così composita ed eterogenea come l'Unione, tali condizioni non possono esaurirsi in un enunciato normativo (e neanche giurisprudenziale) uniforme per tutti i membri, ma si impone tolleranza per una differenziazione che altrove viene definita margine di apprezzamento (anche se opera a vantaggio delle legislazioni statali). Contrariamente a quanto talora affermato, la non regressione non accentua questi doppi standard di giudizio o discriminazioni inaccettabili, ma è piuttosto lo strumento che serve ad attenuarle e renderle accettabili una volta che l'obbligo di risultato sia stato dichiarato in concreto. Se l'impianto normativo adatto ad assicurare lo stato di diritto può essere differenziato da stato a stato, ciò avviene anche con riferimento alla cultura giuridica di un determinato Paese, alle circostanze storiche che hanno determinato la genesi di una certa organizzazione giudiziaria, ai contrappesi di vario tipo che eventualmente possono compensare alcuni poteri governativi, ad alcune circostanze politiche. Queste ultime, in particolare, sono quelle che consentono o forse persino impongono di confrontare un impianto normativo con uno precedente. In questo senso, è di tutta evidenza che un conto è la valutazione che la Corte di giustizia può dare di un'evoluzione che va a incrementare l'influenza dell'esecutivo nella nomina dei giudici, in presenza di un modello che puntava a limitare al massimo quella discrezionalità; altra cosa è un'evoluzione in senso opposto. La Corte non lo ha mai voluto dire, ma il modello preferito o suggerito, mai imposto, è quello dei consigli giudiziari. Ed è in questo senso che opera la non regressione, con un cammino necessariamente unidirezionale.

Jan Sawicki
Dipartimento di Scienze Politiche
Università di Pisa
jan.sawicki@sp.unipi.it

