



Nuovi Autoritarismi e Democrazie:
Diritto, Istituzioni, Società

Il rinvio pregiudiziale e l'indipendenza dei giudici: alcune riflessioni a margine di due recenti vicende

*Simone Gianello**

Abstract

This essay focuses on the use of preliminary reference to the European Court of Justice pursuant to art. 267 TFEU in order to protect the independence and autonomy of National judiciaries, in particular within Member States such as Hungary and Poland. In the first part, the author looks at two specific cases in which the possibility for national judges to refer to the Court of Justice was limited by the action of the two illiberal governments. Secondly, also in relation to the decisions of the Brussels Court on the subject, the analysis focuses on the need to protect the preliminary reference in the context of judicial cooperation and on the role of European institutions, in particular the Commission, in doing so.

Keywords: Art. 267 TFEU – Rule of Law – Poland – Hungary – European Commission.

SOMMARIO: 1. Fattispecie diverse a fronte di un medesimo *vulnus*. 2. Potenzialità e limiti del rinvio pregiudiziale nel tutelare l'indipendenza dei giudici. 3. Le limitazioni introdotte da Polonia e Ungheria e la *doverosa* risposta delle istituzioni europee. 4. Riflessioni conclusive.

* Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi di Milano Bicocca. Il testo è stato sottoposto a doppio referaggio cieco.

1. *Fattispecie diverse a fronte di un medesimo vulnus*

Lo scorso 15 aprile, l'Avvocato Generale Priit Pikamäe ha presentato le proprie conclusioni nel caso *IS*¹. Si trattava di un rinvio pregiudiziale sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267, secondo comma, TFUE dal Tribunale Centrale Distrettuale di Pest (*Pesti Központi Kerületi Bíróság*) concernente un procedimento penale promosso a carico di un cittadino svedese. Prima di entrare nel merito della questione sottoposta al vaglio dei giudici europei, lo stesso Pikamäe si è posto il seguente interrogativo, al contempo emblematico e ricco di significato:

«Come stabilire se la decisione sollecitata sia necessaria per consentire al giudice del rinvio di ‘emanare la sua sentenza’ ai sensi dell’art. 267, secondo comma, TFUE? [...] La questione non è certo inedita, ma ha assunto una rilevanza del tutto particolare nel contesto delle molte, troppe controversie per asserite violazioni dello Stato di diritto e dell’indipendenza dei giudici trattate dalla Corte di Giustizia o pendenti dinanzi ad essa. È giocoforza constatare che sono regolarmente sottoposte alla Corte questioni pregiudiziali talvolta equivalenti ad altrettante richieste di aiuto da parte dei giudici nazionali incerti o persino preoccupati per l’esercizio di procedimenti disciplinari e alle quali si deve rispondere rispettando l’ortodossia di questo singolare rimedio giurisdizionale costituito dal rinvio pregiudiziale»².

Una riflessione che per quanto possa apparire tecnica ad un primo sguardo, disvela, in verità, una più ampia e profonda problematica: il sistematico tentativo – *in primis* proveniente dai paesi riconducibili nell’alveo delle democrazie illiberali quali Ungheria e Polonia che dell’attacco all’indipendenza della magistratura hanno fatto la propria cifra caratteristica – di impedire ai componenti del proprio ordinamento giudiziario di instaurare un dialogo diretto con la Corte europea a tutela delle proprie istanze allorché a livello domestico, come sovente accade, non residuino altre vie per perseguire efficacemente i medesimi obiettivi³.

Nel quadro di una più articolata domanda, il Tribunale di Pest, *inter alia*, si è rivolto ai giudici sovranazionali chiedendo loro se potesse considerarsi rispettosa

¹ Causa C-564/19.

² Conclusioni dell’Avvocato Generale Priit Pikamäe, Causa C-564/19, *IS*, 15 aprile 2021, p.to. 1.

³ Sulla questione si vedano, fra gli altri, L. Pech, P. Wachowiec, *A Letter to European Commission*, in *VerfBlog*, 28 marzo 2021; A. Torres Pérez, *From Portugal to Poland: The Court of Justice of the European Union as Watchdog of Judicial independence*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 27 No. 1, 2020, pp. 105 ss. Da ultimo, con un particolare *focus* sulle vicende polacche, sia concesso un rinvio a S. Gianello, *La nuova legge polacca sul sistema giudiziario: cresce (ulteriormente) la distanza che separa Varsavia e Bruxelles*, in *Federalismi.it*, No. 8, 2020, pp. 135 ss. Diffusamente, invece, sul processo involutivo in atto in Ungheria e Polonia, J. Sawicki, *L’erosione ‘democratica’ del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall’Europa centro-orientale*, FrancoAngeli, Milano, 2020 e M.A. Orlandi, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, Vol. 21 No. 1, 2019, pp. 167 ss.

del disposto di cui all'art 267 TFUE la possibilità che l'organismo giurisdizionale di ultima istanza di un paese membro quale l'Ungheria, nell'ambito di un procedimento volto ad uniformarne la giurisprudenza, potesse qualificare come illegale l'ordinanza di rinvio emanata da un giudice di grado inferiore – senza tuttavia pregiudicarne gli effetti – a sua volta finalizzata ad avviare un procedimento pregiudiziale⁴. Per quanto, al momento in cui si sta scrivendo, non sia stata pronunciata alcuna decisione da parte dell'organo di giustizia eurounitario, nondimeno, le conclusioni dell'Avvocato Generale si rivelano assai utili tanto in chiave prognostica, quanto in ragione del loro porsi in aderente continuità con una giurisprudenza della Corte sempre più in via di consolidamento.

Ancorché l'art. 267 TFUE non osti a procedure nazionali che astrattamente consentano di sottoporre ai normali mezzi di impugnazione (anche) i provvedimenti di rinvio pregiudiziale⁵, secondo l'Avvocato Pikamäe, l'esito di un tale ricorso non può «limitare la competenza in capo a detto giudice, conferitagli dall'art. 267 TFUE di adire la Corte se ritiene che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad esso pendente, siano sorte questioni relative all'interpretazione di disposizioni del diritto dell'Unione per le quali è necessaria una pronuncia della Corte»⁶. In special modo,

⁴ Ai fini di un miglior inquadramento della fattispecie principale, giova ricordare come a seguito del deposito del rinvio pregiudiziale da parte del giudice di Pest, in forza di quanto previsto dall'art. 668 del Codice di procedura penale ungherese, il Procuratore Generale ha proposto un «ricorso nell'interesse della legge» avanti alla Kúria ed avverso l'ordinanza di rinvio. Quest'ultima, con la decisione Bt.III.838/2019/11, resa il 10 settembre 2019, ha sostanzialmente accertato l'illegittimità della predetta ordinanza in ragione del fatto che delle tre questioni pregiudiziali formulate, le ultime due non fossero rilevanti ai fini definitivi della controversia, mentre la prima violava, *de facto*, lo scopo stesso del rinvio pregiudiziale, non essendo diretta ad ottenere un'interpretazione del diritto europeo, bensì ad appurare che la normativa nazionale indubbiata fosse contraria ad esso. A seguito del verdetto e riprendendone i contenuti, veniva avviato un procedimento disciplinare nei confronti del magistrato rimettente. Procedimento, ad onor del vero, in seguito archiviato. Ad ogni modo, in conseguenza di tali eventi, lo stesso giudice di prime cure ha integrato la propria richiesta pregiudiziale aggiungendo la domanda di cui si è detto *supra* ed una quinta questione volta a comprendere se il principio di indipendenza dei giudici (art. 19, par. 1, secondo comma TUE e l'art. 47 della Carta) debba essere interpretato nel senso che esso confligge con la eventualità che possa essere attivata un'azione disciplinare nei riguardi di un giudice per il solo fatto di avere promosso un rinvio pregiudiziale. Per alcune considerazioni a margine della vicenda, si rimanda a P. Bárd, *The Kúria's Judgement on the Illegality of a Preliminary Reference to the ECJ*, in *VerfBlog*, 23 settembre 2019, la quale sottolinea come, sebbene la decisione della Corte di ultima istanza ungherese non avesse la capacità di impedire *ipso iure* di mantenere inalterato il rinvio *ex art. 267*, secondo comma TFUE, al contempo ed in ragione degli accadimenti susseguitisi a stretto giro, fosse evidente la sua propensione a ingenerare un vero e proprio “chilling effect”, vieppiù destinato a produrre i propri effetti anche al di là della singola fattispecie ivi considerata.

⁵ Come stabilito dalla Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató*, 16 dicembre 2008, p.to 96, la valutazione sulla rilevanza e sulla necessità della questione pregiudiziale rimane in via di principio nell'esclusivo ambito di responsabilità del giudice che ha operato il rinvio. Di conseguenza, incombe su detto organo «trarre le conseguenze di una sentenza pronunciata in secondo grado contro la decisione che dispone il rinvio pregiudiziale e, in particolare, concludere che occorre mantenere immutata, modificare o revocare la sua domanda di pronuncia pregiudiziale».

⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe, Causa C-564/19, *IS*, 15 aprile 2021, p.to. 41.

«il dialogo pregiudiziale [...] non rientra in una relazione triangolare che comprende un organo giurisdizionale, diverso dalla Corte e dal giudice del rinvio, il quale possa effettuare un'autonoma valutazione della rilevanza e della necessità del rinvio pregiudiziale, per poi dichiararne l'illegittimità perché dette caratteristiche non sussistono»⁷. Verrebbe, d'altronde, compromessa l'efficacia del diritto dell'Unione se un giudice di più alto grado potesse impedire l'instaurazione dialogica fra Corte europea e giudice del rinvio, ancor più se ciò, come nel caso *de quo*, risultasse all'esito di un'analisi sostanziale delle ragioni per le quali la rimessione è stata eseguita: prevenire una possibile verifica da parte della Corte di Giustizia sulla conformità al diritto dell'Unione della normativa nazionale. Simile prassi comporta il concreto rischio che un giudice nazionale, benché possa trovarsi a nutrire dubbi di analoga portata, «preferisca astenersi dal porre questioni pregiudiziali alla Corte per evitare una dichiarazione di illegittimità della decisione che dispone il rinvio pregiudiziale e la sospensione del procedimento principale, suscettibile di compromettere la validità della futura decisione di merito»⁸. In tali evenienze, secondo l'indicazione dell'Avvocato Generale, in ossequio al principio del primato del diritto comunitario, la Corte dovrebbe rispondere al giudice nazionale affermando il suo diritto/dovere di disapplicare tali norme e le consequenziali decisioni giudiziarie emesse dall'organo di più elevato grado⁹.

Mutatis mutandis, analoghe sollecitazioni provengono da un'altra vicenda di indiscusso rilievo, riguardante l'ordinamento polacco. Il riferimento è alla decisione della Corte di Giustizia nel caso *A.B. et al.*¹⁰ la quale, nonostante la portata delle questioni ad oggetto del *decisum*, concernenti, nuovamente, profili relativi all'indipendenza del potere giudiziario, ha suscitato una minor attenzione da parte della dottrina, allorché posta in comparazione con altre decisioni pregresse¹¹.

⁷ *Idem*, p.to. 47.

⁸ *Idem*, p.to. 48.

⁹ Con riferimento, invece, alla quinta questione sollevata, concernente l'azione disciplinare nei confronti del giudice del rinvio per aver leso il prestigio della professione ed essere venuto meno ai propri obblighi, avendo proseguito nelle sue funzioni di organo giudicante stante il sopravvenire di un'asserita causa di ricasazione in ragione di talune sue censure mosse nei riguardi di alcuni membri della magistratura, secondo l'Avvocato Generale, risulterebbe inammissibile, esulando dall'ambito del procedimento principale e finendo per assumere una portata prevalentemente consultiva. Tuttavia, stante la gravità di quanto accaduto, rimarrebbe ferma la possibilità, rimessa nelle mani della Corte di Giustizia, di optare per un suo esame congiunto con la quarta questione. Per quanto la risoluzione della stessa, *stricto sensu*, non sia funzionale alla definizione nel merito della controversia principale, vi contribuisce in maniera indiretta, fornendo al giudice ungherese che ha iniziato il procedimento gli strumenti interpretativi, fondati sul diritto dell'Unione, che consentirebbero di risolvere una questione (di diritto interno) di natura procedimentale, strettamente collegata all'emissione della decisione finale. Qualora questa chiave ermeneutica venisse fatta propria dalla Corte del Lussemburgo, l'esito sarebbe necessariamente legato alle sorti della risoluzione della quarta questione. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Priit Pikamäe, Causa C-564/19, *JS*, 15 aprile 2021, p.ti 98-100.

¹⁰ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021.

¹¹ Il rimando è alle sentenze della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-619/18, 24 giugno 2019; Grande sezione, Causa C-192/18, 5 novembre 2019 e Grande Sezione, Cause riunite C-

La controversia ha tratto la sua origine da una serie di impugnative presentate dinanzi alla Corte Suprema Amministrativa (*Naczelny Sąd Administracyjny*) da parte di altrettanti giudici rispetto a delibere emesse dal Consiglio Nazionale della Magistratura (*Krajowa Rada Sądownictwa*) con le quali quest'ultimo aveva deciso di non proporre al Capo dello Stato la loro nomina a posti vacanti presso la Corte Suprema (*Sąd Najwyższy*), sottoponendo, di contro, altre candidature. In forza dell'art. 44, par. 1, *ter* della legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura una sua delibera, qualora non impugnata da tutti i partecipanti alla procedura, sarebbe diventata definitiva nella parte comprendente la decisione di presentare la proposta di nomina di un giudice alla Corte Suprema, così come nella parte contenente la decisione di non presentare la proposta di nomina, nei confronti dei partecipanti alla procedura che non avessero proposto ricorso. L'eventuale annullamento della decisione di non proporre la candidatura sarebbe equivalso all'ammissione *ex se* del candidato, sempreché alla data della decisione la procedura non si fosse conclusa con l'indicazione di altri giudici, che non avevano proposto ricorso. Dubitando della capacità dello strumento di impugnazione sì concepito di rispettare il principio dello Stato di diritto e gli standard europei che stabiliscono il diritto ad un ricorso e ad una tutela giurisdizionale effettiva (art. 2 TUE in combinato con art. 4, par. 3, terzo comma, TUE, nonché art. 19, par. 1, TUE, art. 47 della Carta e art. 267, terzo comma, TFUE) la Corte Suprema amministrativa ha rinviato la questione al giudice europeo ai sensi dell'art. 267, secondo comma, TFUE¹².

Nelle more del giudizio, il 25 marzo del 2019, il Tribunale costituzionale polacco (*Trybunał Konstytucyjny*) è intervenuto dichiarando l'illegittimità dell'art. 44, par. 1, *bis* della legge in parola che attribuiva alla Corte Suprema Amministrativa la funzione di decidere tali ricorsi sulla base del fatto che tale competenza non trovava giustificazione, né in virtù della natura delle cause, né delle caratteristiche proprie dell'organo giurisdizionale, con la conseguenza che i procedimenti pendenti fondati su tale normativa dovessero andare incontro a estinzione. Il successivo intervento legislativo di "adeguamento" del 26 aprile 2019 ha previsto che *pro futuro* detto contenzioso avrebbe dovuto incardinarsi dinanzi alla Corte Suprema, purtuttavia rimanendo esclusa la possibilità di proporre ricorso in controversie individuali concernenti la nomina presso la Corte Suprema stessa e aggiungendo che i ricorsi nei procedimenti individuali riguardanti la nomina alla carica di giudice presso detto organo non definiti alla data di entrata in vigore della novella legislativa si sarebbero estinti *ope legis*. Dunque, la stessa possibilità di attendere e dare seguito

585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K.*, 19 novembre 2019. Parimenti, si pensi alla successiva ordinanza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-719/19 R, 8 aprile 2020.

¹² Secondo il giudice del rinvio, tra coloro i quali avrebbero dovuto impugnare la delibera al fine di impedire che essa potesse diventare definitiva, vi erano anche i partecipanti alla procedura la cui candidatura era stata proposta dal Consiglio Nazionale della Magistratura e che, pertanto, non avrebbero avuto alcun interesse a presentare ricorso. In assenza di una impugnativa congiunta il procedimento sarebbe proceduto senza alcuna possibilità di sospensiva, dunque, rendendo inefficace qualunque successivo ricorso che, al più e in caso di accoglimento, avrebbe potuto produrre effetti concreti solo nell'ipotesi in cui la procedura dinanzi al Consiglio Nazionale della Magistratura non fosse giunta a conclusione.

alla decisione del Giudice europeo investito ai sensi dell'art. 267 TFUE sarebbe venuta meno. Pertanto, integrando la propria precedente richiesta con una domanda supplementare, la Corte Suprema Amministrativa ha sollevato la questione circa la compatibilità con il diritto europeo – in special modo con il combinato disposto degli artt. 2, 4, par. 3 e 19 par. 1, TUE, nonché con l'art. 47 della Carta e con l'art. 267 TFUE – di una normativa che rimuova dall'ordinamento la competenza di quest'ultima a risolvere le impugnazioni nei confronti delle delibere del Consiglio Nazionale della Magistratura e al tempo stesso estingua i procedimenti non ancora conclusi con l'effetto di impedire un controllo giurisdizionale delle decisioni dell'istituzione di autogoverno della magistratura e, soprattutto, privare tale organo giurisdizionale della possibilità di adire effettivamente la Corte di Giustizia mediante un rinvio pregiudiziale.

Limitatamente a quest'ultimo aspetto, secondo i giudici europei, in linea di principio è consentito ad un paese membro apportare modifiche interne riguardanti la ripartizione delle competenze giurisdizionali, anche quando da ciò possa derivare il venire meno della competenza dell'organo giurisdizionale che aveva provveduto a sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Lo stesso dicasi qualora l'attività emendativa riguardi disposizioni di ordine sostanziale dalle quali possa discendere la cessazione della materia del contendere ad oggetto del giudizio principale. Ciò che, invece, non può essere consentito senza che si concretizzi una violazione del combinato disposto dell'art. 267 TFUE e dell'art. 4, par. 3, terzo comma, TUE, è «apportare alla propria normativa nazionale modifiche che abbiano l'effetto specifico di impedire il mantenimento, successivamente alla loro proposizione, di domande di pronuncia pregiudiziale rivolte alla Corte e di impedire così a quest'ultima di pronunciarsi su tali domande, nonché di escludere qualsiasi possibilità che un giudice nazionale ripresenti in futuro domande analoghe»¹³.

La decisione ultima spetterà al giudice del rinvio. Nondimeno, nel farlo, potrà tenere in considerazione, fra gli altri aspetti, il fatto che le autorità polacche hanno attuato nel corso dell'ultimo periodo diverse iniziative volte a limitare la proposizione di domande pregiudiziali riguardanti l'indipendenza dei giudici¹⁴,

¹³ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021, p.to 95. Anche l'Avvocato Generale Evgeni Tanchev nelle sue conclusioni aveva ritenuto che «*quantomeno alla luce del contesto* – in cui la Corte è stata adita negli ultimi anni in relazione a numerose asserite violazioni dello Stato di diritto e dell'indipendenza del potere giudiziario in Polonia [...] la Corte dovrebbe statuire che l'art. 267 TFUE osta a una normativa nazionale, quale la legge del 26 aprile 2019, in quanto ha *imposto l'estinzione ipso iure di procedimenti* quali quelli pendenti dinanzi al giudice del rinvio, *escludendo* al contempo *il trasferimento del controllo giurisdizionale sui ricorsi ad altro giudice nazionale o la reintroduzione dei ricorsi dinanzi ad altro giudice nazionale*. Inoltre, agendo in tal senso, il legislatore polacco ha ignorato le pronunce della Corte costituzionale che hanno chiarito la necessità del controllo giurisdizionale delle delibere del KRS [Consiglio Nazionale della Magistratura] come quelle di cui trattasi nel procedimento principale». Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 17 dicembre 2020, p.to. 52.

¹⁴ Paradigmatiche risultano le modifiche apportate dalla legge di riforma dell'ordinamento giudiziario approvata dal *Sejm* il 23 gennaio 2020 (c.d. *Muzzle law*) all'art. 107, par. 1 della legge sui Tribunali ordinari, ovvero alla disposizione nella quale confluiscono le fattispecie passibili di essere inquadrate come illeciti disciplinari. Quest'ultima norma, già nella sua precedente versione

ovvero a mettere (nuovamente) in discussione le decisioni emanate da coloro i quali avevano proceduto a tali rinvii. Così della circostanza per la quale penda dinanzi al Tribunale costituzionale un ricorso (K 7/18) presentato in data 5 ottobre 2018 dal Ministro della Giustizia volto a far accertare l'eventuale contrarietà al testo costituzionale dell'art. 267 TFUE nella parte in cui consente al giudice nazionale di formulare questioni pregiudiziali sull'interpretazione dei Trattati, sulla validità e sulla interpretazione di atti delle istituzioni, organi, uffici o agenzie dell'Unione in materia di sistema, forma e organizzazione del potere giudiziario, nonché riferibili a procedimenti instaurati dinanzi alle autorità giudiziarie della Polonia¹⁵. Da ultimo, sarà da tenere in debita considerazione la scelta oculata del legislatore polacco il quale, contravvenendo alle indicazioni del Tribunale costituzionale secondo cui i ricorsi come quelli presentati nel procedimento principale avrebbero dovuto ottenere comunque responso da un diverso giudice al quale dette impugnative avrebbero dovuto essere trasferite, ovvero prevedere la possibilità di riproporli dinanzi diverso giudice, ha escluso definitivamente qualsiasi possibilità attuale o futura di un loro esame.

Anche in questo caso, come in quello precedente, qualora il giudice del rinvio reputasse che l'*intentio del conditor iuris*¹⁶ sia consistita nell'inibire il giudice del

aveva spinto la Commissione a deferire la Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia (Causa C-791/19) sul presupposto che la loro determinazione eccessivamente ampia avrebbe potuto condurre all'attivazione di procedimenti disciplinari nell'ipotesi in cui un giudice avesse ritenuto di sollevare un rinvio pregiudiziale. La nuova formulazione rafforza tale possibilità attraverso l'inserimento di nuove voci come, ad esempio, il compimento o l'omissione di atti che possano impedire od ostacolare in modo significativo il funzionamento di un organo giudiziario (par. 1, p.to 2), o la realizzazione di azioni che pongano in discussione l'esistenza del rapporto ufficiale di servizio di un giudice, l'efficacia della sua nomina o il mandato costituzionale di un organo della Repubblica (par. 1, p.to 3). Per ciascuna ipotesi, ai sensi del successivo art. 109, par. 1 a), salvo il fatto si risolva in una violazione di lieve entità, la sanzione comminabile consiste nel trasferimento e finanche nella rimozione definitiva dall'incarico. Al contempo, come altresì evidenziato dai giudici europei, la sottoposizione dei rinvii pregiudiziali dai quali è scaturita la decisione della Grande Sezione, Cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*, del 26 marzo 2020, ha dato avvio a indagini preliminari volte all'eventuale esperimento di procedimenti disciplinari a carico dei magistrati che avevano rivolto la questione alla Corte. Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021, p.to 101. Per una ricostruzione dal carattere riepilogativo degli eventi succedutisi in Polonia dal 2015 ad oggi, si veda S. Moretti, *La riforma del sistema giudiziario polacco e le risposte del Consiglio d'Europa: un quadro dal 2015 ad oggi*, in *Questione Giustizia*, 15 maggio 2021.

¹⁵ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021, p.ti 100 e 102. Sull'ultimo aspetto, si rimanda alla lettura degli scritti di S. Biernat, M. Kawczynska, *Though this be Madness, yet there's Method in't: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxemburg Court*, in *VerfBlog*, 26 ottobre 2018, G. Repetto, *Incroci davvero pericolosi. Il conflitto giurisdizionale sull'indipendenza dei giudici tra Lussemburgo e Varsavia*, in *Diritti Comparati*, 7 novembre 2018 e J. Sawicki, *La Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto*, in *Osservatorio AIC*, No. 3, 2019, p. 18. Il testo dell'istanza presentata dal Ministro della Giustizia è reperibile all'indirizzo:

<https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/sprawa.xhtml?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%207/18>.

¹⁶ La Corte aggiunge che i richiamati elementi e le considerazioni cui si è fatto cenno «possono rivelarsi altrettanti indizi che, per la loro convergenza e, quindi, per il loro carattere sistematico

rinvio dal mantenere la propria domanda pregiudiziale, impedendo così alla Corte europea di pronunciarsi ed escludendo altresì la possibilità che un diverso giudice possa in futuro ripresentare analoghe questioni pregiudiziali, sarà tenuto a disapplicare le disposizioni nazionali, senza attenderne la previa rimozione legislativa o l'espletamento di altro procedimento costituzionale. Neppure norme di tale rango, ivi comprese quelle costituzionali, infatti, possono opporsi al primato del diritto dell'Unione¹⁷.

2. Potenzialità e limiti del rinvio pregiudiziale nel tutelare l'indipendenza dei giudici

Il rinvio pregiudiziale, in virtù di quanto previsto ai sensi dell'art. 267 TFUE, facoltizza i giudici nazionali, finanche obbligandoli allorché si tratti di organi rispetto alle cui decisioni non sia previsto internamente ulteriore gravame, di rivolgersi alla Corte di giustizia, nell'ipotesi in cui nutrano dubbi circa l'interpretazione dei Trattati o di un atto giuridico dell'Unione, nonché sulla validità di quest'ultimo¹⁸. A dispetto della sua originaria conformazione di strumento dal carattere prevalentemente "tecnico", di supporto all'attività ermeneutica degli organi giurisdizionali nazionali funzionale a consentire l'emissione di una decisione nell'ambito del giudizio principale sottoposto al loro vaglio, «the preliminary reference procedure has evolved far beyond its *original* scope, to become both the guarantor of the constitutional integrity of the EU legal system and the engine of the integration process»¹⁹.

Per riprendere le parole della Corte di Giustizia, il procedimento del rinvio pregiudiziale costituisce la «chiave di volta»²⁰ del sistema giurisdizionale europeo giacché, instaurando un dialogo fra il giudice nazionale e quello sovranazionale,

appaiano idonei a poter chiarire il contesto nel quale il legislatore polacco ha adottato la legge del 26 aprile 2019». Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021, p.to 106. *Conf.* L. Pech, *Polish Ruling Party's "Fake Judges" before the European Court of Justice. Some Comments on (decided) Case C-824/18 AB and (pending) Case C-132-20 Getin Noble Bank*, in *EU Law Analysis*, 7 marzo 2021.

¹⁷ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021, p.to 148. In dottrina, fra gli altri, sul primato del diritto eurounitario e sulle conseguenze in caso di sua violazione, S. Drake, *The Principle of Primacy and the Duty of National Bodies Appointed to Enforce Law to Disapply Conflicting National Law: An Garda Síochána*, in *Common Market Law Review*, No. 57, 2020, pp. 557 ss. e M. Dougan, *Primacy and Remedy of Disapplication*, in *Common Market Law Review*, No. 56, 2019, pp. 1459 ss.

¹⁸ Cfr. M. Broberg, *Preliminary Reference as a Means for Enforcing EU Law*, in A. Jakab, D. Kochenov (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 99. Diffusamente, sullo strumento in parola, M. Broberg, N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2014, nonché *passim* J. Basedow, *The Judge's Role in European Integration. The Court of Justice and Its Critics*, in H.W. Micklitz, B. De Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 65 ss.

¹⁹ S. Bartolini, *The Urgent Preliminary Ruling Procedure: Ten Years On*, in *European Public Law*, Vol. 24 No. 2, 2018, p. 213.

²⁰ *Ex multis*, Corte di Giustizia, Seduta Plenaria, Parere n. 2/13, 18 dicembre 2014, p.to 176.

mira ad assicurare l'unità interpretativa del diritto dell'Unione e, a tal obiettivo, contribuisce ad istituire «una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali nell'ambito della quale questi ultimi partecipano strettamente alla corretta applicazione e all'interpretazione del diritto dell'Unione, nonché alla tutela dei diritti attribuiti da quest'ordinamento giuridico ai privati»²¹. La salvaguardia stessa dell'integrità dell'ordinamento istituito dai Trattati non può prescindere, *pro quota*, dalla cooperazione fra il livello nazionale e quello comunitario²² la quale, a sua volta, si fonda sul presupposto indefettibile per cui ciascun paese membro condivide un comune patrimonio valoriale, come indicato dall'art. 2 TUE²³. Sicché, perché detto meccanismo possa operare efficacemente, ai singoli giudici deve essere riconosciuta la più ampia facoltà di adire la Corte nel momento in cui dinanzi al loro magistero sia sorta una controversia la cui definizione impone pregiudizialmente una risoluzione ad opera dei giudici di Bruxelles riguardante l'interpretazione o la verifica della validità di un atto dell'Unione²⁴. Ciò deriva da un duplice ordine di fattori: in primo luogo, il giudice del rinvio è il solo ad avere piena contezza della vicenda sottoposta al suo giudizio, dunque dei fatti che la informano e, pertanto, avrà l'onere di assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale. In secondo luogo, nell'ambito della «cooperazione istituita al fine di garantire la corretta applicazione e l'interpretazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri fra i giudici nazionali [il rinvio pregiudiziale] è in particolare inteso ad evitare che, in un qualsiasi Stato membro, si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme comunitarie»²⁵. Pertanto, sullo stesso giudice nazionale incaricato, nell'ambito della propria competenza, di dare attuazione al diritto dell'Unione graverà l'obbligo di dare piena efficacia a tali norme «disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione nazionale contraria»²⁶.

Mutando la direzione della prospettiva, ovvero focalizzando l'attenzione sulla funzione della Corte di Giustizia anziché su quella del giudice di uno Stato membro, ne consegue che «le questioni vertenti sul diritto dell'Unione sono assistite da una presunzione di rilevanza. Il rifiuto della Corte di pronunciarsi su una questione pregiudiziale [...] è possibile solo qualora risulti in modo manifesto che la richiesta di interpretazione del diritto dell'Unione non ha alcun rapporto con la realtà

²¹ Corte di Giustizia, Seduta Plenaria, Parere n. 1/09, 8 marzo 2011, p.to 84.

²² Diffusamente, sull'argomento, S. Prechal, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *European Papers*, Vol. 2 No. 1, 2017, pp. 75 ss.

²³ Valori, come efficacemente espresso da L.S. Rossi, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi.it*, No. 19, 2020, p. IV-V, i quali possono essere definiti non soltanto come fondamentali, bensì come «fondanti dell'Unione, veri pilastri della costruzione europea». *Ad adiuvandum*, G.M. Salerno, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, in *Federalismi.it*, No. 19, 2020.

²⁴ Cfr. Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-234/17, *XC et al.*, 24 ottobre 2018, p.ti 42-43.

²⁵ Corte di Giustizia, Quarta Sezione, Causa C-458/06, *Skatteverket*, 12 giugno 2008, p.ti 22-23.

²⁶ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C- 614/14, *Atanas Ognyanov*, 5 luglio 2016, p.to 34.

effettiva o con l'oggetto del procedimento principale»²⁷. In altri termini, prendendo in prestito categorie proprie del nostro giudizio di costituzionalità, quando la questione difetti di rilevanza, ponendosi come meramente ipotetica.

Nel riflettere la «decentralized architecture»²⁸ del sistema di cooperazione giudiziaria istituito alla base dell'ordinamento europeo, considerato ulteriormente come difettino disposizioni *ad hoc* che consentano ai singoli di accedere direttamente al giudice eurounitario, l'istituto del rinvio previsto a norma dell'art. 267 TFUE fa sì che ciascun organo giurisdizionale nazionale sia *de facto* investito della cruciale funzione di «gatekeeper»²⁹, di tramite in grado di trasferire le istanze individuali alle aule di giustizia comunitarie³⁰.

Nel corso del tempo, in virtù di tali presupposti, siffatto meccanismo ha finito per ampliare la portata dei *petita* rivolti in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, accentuando, inoltre, il «tono costituzionale» dei medesimi³¹. Dietro la richiesta interpretativa dei rinvii, sovente e neppure troppo velatamente, si è la celata la proposizione di una domanda volta all'accertamento dell'asserita (in)compatibilità delle disposizioni nazionali con il diritto dell'Unione. Benché la stessa Corte di Giustizia abbia avuto modo di precisare la diversità intrinseca insista in un suo giudizio emesso all'esito di un procedimento di infrazione azionato dalla Commissione europea ai sensi dell'art. 258 TFUE (o da un paese membro *ex art.* 259 TFUE)³², e di una decisione pronunciata in forza dell'art. 267 TFUE³³, è

²⁷ Corte di Giustizia, Seconda Sezione, Causa C-49/18, *Escribano Vindel*, 7 febbraio 2019, p.to 25.

²⁸ C. Lacchi, *Multilevel Judicial Protection in the EU and Preliminary References*, in *Common Market Law Review*, No. 53, 2016, p. 682.

²⁹ N. Wahl, L. Prete, *The Gatekeepers of Article 267 TFEU: On Jurisdiction and Admissibility of References for Preliminary Ruling*, in *Common Market Law Review*, No. 55, 2018, p. 512.

³⁰ Cfr. A. Turmo, *A Dialogue of Unequals – the European Court of Justice Reasserts National Courts' Obligation Under Article 267(3) TFEU*, in *European Constitutional Law Review*, No. 15, 2019, p. 353.

³¹ Cfr. P. Van Elsuwege, F. Gremmelprez, *Protecting the Rule of Law in EU Legal Order: A Constitutional Role for the Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, No. 16, 2020, p. 14. Parimenti, anche secondo C. Tovo, *Constitutionalising the European Court of Justice: The Role of Structural and Procedural Reform*, in *Italian Journal of Public Law*, Vol. 10 No. 2, 2018, pp. 448-449, la Corte di Giustizia «is more and more frequently seized to solve not only horizontal conflicts of power among the EU institutions but also the vertical conflicts of competence and power arising between the EU and its Member states». In aggiunta, a sostegno del medesimo approccio, K. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 36 ss., nonché M. Blauberger, *National Responses to European Court Jurisprudence*, in *West European Politics*, Vol. 37 No. 3, 2014, pp. 461-462.

³² Per alcune considerazioni sull'utilizzo del procedimento di inadempimento infra-statale come possibile istituto di tutela dello Stato di diritto, si veda D. Kochenov, *Biting Intergovernmentalism: The Case for Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool*, in *Jean Monnet Working Paper Series*, No. 11, 2015, <https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/JMWP-11-Kochenov.pdf>.

³³ Facendo proprie le parole di una sua recente sentenza, «il compito della Corte deve essere distinto a seconda che sia adita di un rinvio pregiudiziale [...] o di un ricorso per accertamento di inadempimento. Mentre, infatti, nell'ambito del ricorso per inadempimento, la Corte deve verificare se la misura o prassi nazionale contestata dalla Commissione o da uno Stato membro sia – in generale

difficile non osservare come, per riprendere le parole di Koen Lenaerts, seppur indirettamente, la richiesta d'interpretazione delle norme eurounitarie è stata adoperata da parte delle corti nazionali «in relation to the assessment of national measure *vis-à-vis* Community law»³⁴. In particolare, ove si consideri la portata *erga omnes* dell'interpretazione fornita dal giudice europeo, si comprende in misura ancora maggiore come una sua decisione, e prim'ancora la stessa sottoposizione della questione, miri ad espandersi oltre i confini della singola controversia *ab origine* instaurata dinanzi al giudice del rinvio, vincolando qualunque istituzione nazionale, incidentalmente chiamata a darvi attuazione e, in special modo, ciascun (altro) organo giurisdizionale il quale, in caso di rilevato contrasto tra la norma interna e quella sovranazionale, sarà chiamato a disapplicare la prima al fine di assicurare il primato dell'ordinamento europeo³⁵. In tal senso, dunque, «from the perspective of individuals, a preliminary ruling provides a judicial, albeit indirect, review of the acts of Member States for conformity with the EU law. In fact, although the ECJ's rulings do not have the authority to review the compatibility of national law with EU law, their result often is that the national court sets aside national rules which prevent individuals from exercising their right under EU law»³⁶.

e senza che sia necessaria l'esistenza dinanzi ai giudici nazionali di un contenzioso a ciò afferente – contraria al diritto dell'Unione, il compito della Corte, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, è, per contro, quello di assistere il giudice del rinvio nella soluzione della controversia concreta dinanzi ad esso pendente [...]. Sebbene non le spetti pronunciarsi, nell'ambito del procedimento pregiudiziale, sulla compatibilità di una normativa nazionale con il diritto dell'Unione, la Corte è invece competente a fornire al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi attinenti a quest'ultimo diritto che gli consentano di pronunciarsi su tale compatibilità per la definizione della causa di cui è investito». Corte di Giustizia, Grande Camera, Causa C-896/19, *Repubblika*, 20 aprile 2021, p.ti 29-30. In aggiunta, si vedano anche le Conclusioni dell'Avvocato Generale Gerard Hogan, Causa C-869/19, *Repubblika*, 17 dicembre 2020, p.ti. 27-28.

³⁴ K. Lenaerts, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *Common Market Law Review*, No. 44, 2007, p. 1643.

³⁵ *Idem*, p. 1642. Analogamente si veda M. Broberg, *Judicial Coherence and the Preliminary Reference Procedure*, in *Review of European Administrative Law*, No. 2, 2015, pp. 10-11 per il quale l'interpretazione della Corte di Giustizia, in quanto propriamente finalizzata ad assicurare la coerenza dell'ordinamento giuridico europeo, assume carattere autoritativo per ciascun giudice, il quale sarà obbligato «to apply not only the operative part of a preliminary ruling, but also its *ratio*». Sul rinvio pregiudiziale come strumento di armonizzazione della prassi giurisdizionale nell'ambito dell'ordinamento europeo, L.T. Pascariu, *The Reference for a Preliminary Ruling. CJEU Recommendations*, in *Logos Universality Mentality Education Novelty Section Law*, Vol. 5 No. 1, 2017, p. 48.

³⁶ C. Lacchi, *Multilevel Judicial Protection in the EU and Preliminary References*, cit., p. 689. Secondo P. Pescatore, *Van Gend en Loos, 3 February 1963: A View from Within*, in P. Maduro, L. Azoulay (eds.), *The Past and the Future of EU Law: The Classic of EU Law Revisited*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 7, il rinvio pregiudiziale, «managed with great care by the Court (always emphasizing that in the framework of the preliminary ruling it is not its task, but the task of national judge to solve the conflict between national law and Community law) – will effectively become the infringement procedure for the European citizen». Cfr. T. Pavone, R.D. Kelemen, *The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and National Courts Revisited*, in *European Law Journal*, No. 25, 2019, p. 353. Secondo gli Autori, l'attribuzione

Il dispiegarsi di questa tendenza, in particolar modo nel corso degli ultimi anni, lo si è potuto apprezzare in riferimento al tentativo di salvaguardare l'autonomia dei sistemi giudiziari – da parte degli stessi giudici – allorché posta sotto attacco dalla scure delle riforme attuate nel contesto degli assetti illiberali, su tutti, quelli di Polonia e Ungheria. Una propensione che – guardata in controluce – disvela la ricerca di dispositivi di autotutela che possano, almeno in parte, sopperire alle carenze dei canali caratterizzati da una maggiore ortodossia. Non potendo qui soffermarsi sulle manifeste problematiche legate al (dis)funzionamento del meccanismo di cui all'art. 7 TUE, ci si riferisce in particolare ad una certa ritrosia della Commissione ad agire ai sensi dell'art. 258 TFUE, deferendo rapidamente le controversie alla Corte di Giustizia, in luogo di un'opposta inclinazione segnata dalla confidenza nella possibilità che dette problematiche possano, in prima battuta, risolversi mediante un confronto dialogico anche in assenza di segnali di arretramento da parte delle autorità governative³⁷.

Per quanto si possa apprezzare – se non altro in relazione al fine – l'apertura verso un innovativo impiego dell'art. 267 TFUE, è altresì doveroso constatare come le decisioni della Corte di Giustizia, analizzate retrospettivamente, si rivelino in tinte chiaroscurate, a dimostrazione del fatto che il rinvio pregiudiziale possa al più considerarsi come uno strumento complementare dell'azione istituzionale di inadempimento, non anche un suo completo surrogato³⁸. Per un verso, infatti, l'occasione del giudizio di *reference* ha consentito ai giudici europei di ampliare e

della facoltà di rinviare la questione interpretativa alla Corte di Giustizia da parte dei giudici nazionali di qualsiasi livello, non consente solo di contestare diffusamente l'azione politica della maggioranza, bensì permette di evitare la sedimentazione di filoni giurisprudenziali contrastanti con il diritto europeo in quanto frutto dell'opera degli organi giurisdizionali di grado superiore, essendo anche questi vincolati al rispetto del verdetto proveniente dalla Corte europea.

³⁷ In proposito, è opportuno un richiamo alle riflessioni di L. Pech, P. Wachowiec, D. Mazur, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 24 marzo 2021, p. 25 i quali, prendendo a parametro di riferimento il contesto polacco, ricordano come a fronte di un numero crescente di richieste pregiudiziali inoltrate alla Corte di Giustizia da parte degli stessi membri dell'ordinamento giudiziario nazionale, al momento, nonostante il progressivo deterioramento delle condizioni entro cui essi sono chiamati ad operare, risultino essere stati attivati solamente quattro procedimenti di infrazione ex art. 258 TFUE. Si tratta delle cause C-192/2018 (riduzione dell'età di pensionamento dei giudici dei Tribunali ordinari) C-619/18 (riduzione dell'età di pensionamento dei giudici della Corte Suprema), C-719/19 (responsabilità disciplinare dei giudici e indipendenza della Sezione Disciplinare della Corte Suprema) al momento pendente dinanzi alla Corte di Giustizia e, da ultimo, dell'azione lanciata il 3 aprile 2020 e deferita alla Corte di Giustizia solamente il 31 marzo 2021 con l'annessa richiesta di misure *ad interim* concernente *lato sensu* la recente disciplina introdotta dalla c.d. *Muzzle Law*. Cfr. P. Wachowiec, E. Rutynowska, M. Tatala, *Rule of Law in Poland 2020: International and European Responses to the Crisis*, Civil Department Forum (FOR), Warsaw, 2020. Per quanto concerne, invece, i rinvii pregiudiziali attualmente in attesa di essere risolti, a titolo di esempio e senza alcuna pretesa di esaustività, di vedano le cause C-487/19, C-508/19, C-748/19, C-55/20, C-132/20, C-491/20 e C-671/20. In generale, sul procedimento di infrazione, L. Prete, B. Smudres, *The Age of Maturity of Infringement Proceedings*, in *Common Market Law Review*, No. 58, 2021, pp. 285 ss. e L.W. Gormeley, *Infringement Proceedings*, in A. Jakab, D. Kochenov (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, cit., pp. 65 ss.

³⁸ Cfr. P. Bárd, *The AG Opinion in the IS case*, in *VerfBlog*, 20 aprile 2021.

specificare la portata dei riferimenti normativi sottesi ai concetti di indipendenza, inamovibilità e imparzialità che debbono essere garantiti da ciascun paese membro ai componenti del proprio ordine giudiziario in forza dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE al fine di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, così perché possa essere salvaguardato il diritto ad un ricorso effettivo sulla base di quanto disposto dall'art. 47 della Carta³⁹. Così facendo, i giudici europei forniscono i canoni ermeneutici applicabili da ciascun giudice all'interno dei confini dell'Unione europea. Per un altro, tuttavia, la Corte ha cercato di evitare eccessive spinte in avanti, limitandosi ad un più contenuto *self restraint*, almeno per quanto concerne la diretta applicabilità degli effetti connessi alle sue pronunce. In passato non sono mancati casi nei quali, all'esito del suo *iter* argomentativo, la Corte di Giustizia ha indicato apertamente al giudice del rinvio il proprio compito di disapplicare o meno la normativa nazionale sottoposta al suo scrutinio⁴⁰. *Ex adverso*, rispetto ai fatti connessi all'autonomia dei giudici dal potere politico – sul punto pare si possa affermare come la decisione di maggior rilievo sia rappresentata dalla vicenda *A.K.* – benché nel quadro di un impianto motivazionale dal quale è trasparita in maniera abbastanza netta la contrarietà della normativa interna a quella sovranazionale, la scelta finale è ricaduta sulla decisione di affidare al tribunale del rinvio il compito di valutare se in concreto vi fossero le condizioni affinché si potesse procedere ad una sua disapplicazione. Come è stato attentamente sottolineato in dottrina, la «sostanziale decisione di non decidere [...] fornito al governo polacco uno strumento propagandistico non indifferente [...]. Il potere politico è stato dato un appiglio per sostenere che la presunta violazione del diritto europeo non era stata accertata dall'unico soggetto competente a farlo, e che pertanto essa è stata dichiarata tale solo come frutto di un'arbitraria interpretazione da parte di alcuni giudici»⁴¹. Diverso, probabilmente anche se in assenza di una effettiva controprova fattuale, sarebbe stato il caso in cui la Corte, facendo proprie

³⁹ Fra queste, si ricordano Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-216/18 PPU, *LM*, 25 luglio 2018 e Grande Sezione, Cause riunite C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K.*, 19 novembre 2019. Seppur non riferita (direttamente) alla Polonia, tuttavia, è doveroso menzionare anche la pronuncia della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*, 27 febbraio 2018.

⁴⁰ Si vedano, fra le altre, le decisioni della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses v Tribunal de Contas*, 27 febbraio 2018, p.to 51 e Seconda Sezione, Causa C-497/18, *Carlos Escribano Vindel*, 7 febbraio 2019, p.to 73 ove la Corte ha espressamente affermato che le misure nazionali non si ponevano in violazione del principio di indipendenza dei giudici, così come definito ai sensi dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE. Al contrario, nella decisione della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-614/14, *Atanas Ognyanov*, 5 luglio 2016, p.to 36 i giudici sono giunti ad affermare il dovere del tribunale del rinvio, al fine di garantire la piena efficacia dell'art. 267 TFUE, di disapplicare qualora necessario le disposizioni nazionali al centro della controversia principale posto che, nell'interpretazione fornita dalla Corte di ultima istanza bulgara, erano incompatibili con il diritto dell'Unione.

⁴¹ J. Sawicki, *L'Unione europea come argine all'erosione dello stato costituzionale di diritto. Ai margini di una comparazione complessa, e forse un po' ingrata*, in *Costituzionalismo.it*, No. 3, 2020, p. 192.

le conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev⁴², avesse optato per una dichiarazione diretta di incompatibilità. In detta evenienza, è possibile che gli equilibri dello scontro tra la giurisdizione nazionale, la Corte di Giustizia e il governo polacco avrebbero assunto una differente conformazione. Non più uno scontro infra-nazionale fra l'autorità politica e quella giurisdizionale, bensì europeo, fra quest'ultima, l'esecutivo di Varsavia e, soprattutto, il massimo organo giudiziario europeo⁴³.

Un ulteriore (possibile) limite dell'art. 267 TFUE, individuabile soprattutto in una prima fase e che sembra parzialmente affievolirsi in prospettiva, riguarda i criteri sulla base dei quali la Corte pondera *prima facie* la ricevibilità della richiesta pregiudiziale. Come emerge dalla giurisprudenza della Corte, «la circostanza che alcune questioni pregiudiziali rivestano un'importanza particolare non può di per sé bastare a giustificare che la Corte debba rispondervi [...]. Il procedimento pregiudiziale presuppone che al giudice del rinvio sia richiesta [...] una pronuncia che possa tenere conto della sentenza pregiudiziale»⁴⁴. Laddove «risulti che la questione posta manifestamente non è più pertinente ai fini della soluzione di tale controversia, la Corte deve dichiarare il non luogo a statuire»⁴⁵. Per altro verso, deve «sussistere tra la suddetta controversia e le disposizioni del diritto dell'Unione di cui è chiesta l'interpretazione un collegamento tale per cui detta interpretazione risponde ad una necessità oggettiva ai fini della decisione che deve essere adottata dal giudice del rinvio»⁴⁶. Ciò significa che non ogni procedimento potrà essere usato quale canale di comunicazione fra la giurisdizione nazionale e quella europea e ciò vale in particolare allorché venga invocato quale parametro interpretativo l'art. 47 della Carta⁴⁷. Quest'ultimo, infatti, letto in combinato disposto con il successivo art. 51 della Carta – che limita il margine di applicazione dello strumento alla sola attuazione del diritto comunitario da parte degli organi e delle istituzioni dell'Unione – nel prescrivere il principio di tutela giurisdizionale effettiva, presuppone che la persona che lo invochi si avvalga, nel caso di specie, di diritti o libertà direttamente garantiti dal diritto dell'Unione⁴⁸. D'altro canto, come il caso *Miasto Łowicz* appena richiamato insegna, anche in presenza di una normazione contraria al diritto dell'Unione, dacché suscettibile di esporre i giudici nazionali al

⁴² Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, Cause riunite C-585/18, C-624/18, C-625/18, *A.K.*, 27 giugno 2019, p.to 157.

⁴³ J. Sawicki, *L'Unione europea come argine all'erosione dello stato costituzionale di diritto. Ai margini di una comparazione complessa, e forse un po' ingrata*, cit., p. 193.

⁴⁴ Corte di Giustizia, Terza Sezione, *Ordinanza* nella Causa C-522/18, *DS*, 29 gennaio 2020, p.ti 26-27.

⁴⁵ *Idem*, p.to 28.

⁴⁶ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*, 26 marzo 2020, p.to 48. Analogamente, Corte di Giustizia, Ottava Sezione, *Ordinanza* nella Causa C-623/18, *Prokuratura Rejonowa w Ślubicach*, 6 ottobre 2020.

⁴⁷ *Passim*, M. Safjan, D. Düsterhaus, *A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 33 No. 1, 2014, pp. 3 ss.

⁴⁸ *Ex plurimis*, Corte di Giustizia, Grande Sezione, Cause riunite C-245/19 e 246/19, 6 ottobre 2020, p.to 55.

pericolo di essere sottoposti a un procedimento disciplinare per aver adito la Corte dell'Unione mediante rinvio pregiudiziale, la difettosità della connessione con le vicende alla base dei procedimenti principali ha portato alla dichiarazione di irricevibilità del rinvio⁴⁹. Una tesi che trova suffragio qualora giustapposta alle vicende *A.K.*, e *A.B. et al.*, dove i giudizi principali erano stati instaurati proprio da giudici che invocavano una lesione dei loro diritti come garantiti dall'ordinamento europeo⁵⁰.

A fronte di una simile impostazione restrittiva, purtroppo, alcuni significativi segnali di apertura possono essere individuati nel più recente *case law* della Corte. In *Repubblika*, per esempio, i giudici europei hanno riconosciuto la ricevibilità di un rinvio pregiudiziale promosso nel corso di un procedimento principale a sua volta iniziato a fronte di un'*actio popularis* ove il soggetto ricorrente (un'associazione il cui scopo è la promozione dello Stato di diritto all'interno dei confini nazionali) chiedeva fosse dichiarata la contrarietà del sistema maltese di nomina dei giudici al disposto congiunto degli artt. 19, par. 1, secondo comma, TUE e 47 della Carta⁵¹. Secondo la Corte, ogni Stato membro ha il dovere di garantire che i propri organi giurisdizionali, i quali possono trovarsi a dover statuire sull'applicazione o sull'interpretazione del diritto dell'Unione, soddisfino i requisiti della tutela giurisdizionale effettiva, come previsto dall'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE. Ne consegue, pertanto, che la suddetta disposizione è destinata a trovare applicazione nel contesto di un ricorso avente ad oggetto «la contestazione della conformità al diritto dell'Unione di disposizioni del diritto nazionale asseritamente idonee ad incidere sull'indipendenza dei giudici»⁵². Benché la non invocabilità di una prerogativa prevista direttamente dal diritto dell'Unione non abbia assistito alla possibilità di ampliare il *thema decidendum* anche all'art. 47 della Carta, è comunque vero che lo stesso dovrà pur sempre essere tenuto in giusta considerazione ai fini dell'interpretazione dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE⁵³. Ove a ciò si aggiunga, in definitiva, come da quest'ultimo derivi a carico

⁴⁹ Per un'analisi critica della vicenda, S. Platon, *Preliminary Reference and Rule of Law: Another Case of Mixed Signals from the Court of Justice Regarding the Independence of National Courts: Miasto Łowicz*, in *Common Market Law Review*, No. 57, 2020, pp. 1843 ss.

⁵⁰ P. Bárd, *The Kúria's Judgement on the Illegality of a Preliminary Reference to the ECJ*, cit.

⁵¹ M. Leloup, *The ECJ Rules on the System of the Appointment of Judges in Malta*, in *VerfBlog*, 21 aprile 2021, ha sostenuto come alla luce della decisione del Giudice europeo, essenzialmente, «every national court can, pure and simple, enquire the Court about any aspect of the domestic judicial organization, even when this aspect stems from the Constitution».

⁵² Corte di Giustizia, Grande Camera, Causa C-896/19, *Repubblika*, 20 aprile 2021, p.to 39.

⁵³ *Idem*, p.to 46. Concetto ribadito nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, Causa C-791-19, 6 maggio 2021, p.to 69, secondo cui esiste una sorta di «passerella costituzionale tra l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e l'articolo 47 della Carta, e la giurisprudenza vertente sui medesimi inevitabilmente si interseca, considerato che dette disposizioni condividono fonti di diritto in comune. Pertanto, i diritti rientranti in ciascuna di esse sono destinati a sovrapporsi e l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE include anche, ma non solo, l'obbligo di avvalersi di giudici indipendenti ed imparziali». Inoltre, si consideri che laddove la Carta contenga al proprio interno diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, l'articolo 52, paragrafo 3, della stessa va inteso nel senso di assicurare la necessaria coerenza tra i diritti contenuti in quest'ultima e i

degli Stati membri un «un obbligo di risultato chiaro e preciso e non accompagnato da alcuna condizione con riferimento all'indipendenza che deve caratterizzare i giudici chiamati a interpretare e ad applicare il diritto dell'Unione»⁵⁴, si comprende come dalle ultime decisioni della Corte si possa inferire una percettibile distensione delle condizioni entro le quali possa, *rectius* potrà, essere invocata, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale, la salvaguardia dell'indipendenza e dell'imparzialità delle autorità giudiziarie nazionali.

3. Le limitazioni introdotte da Polonia ed Ungheria e la doverosa risposta delle istituzioni europee

Quanto sin qui osservato dovrebbe contribuire a chiarire meglio la capacità potenziale racchiusa nel meccanismo previsto dall'art. 267 TFUE, specialmente quando ad oggetto del rinvio siano poste questioni dotate di un elevato grado di sensibilità politica – quali l'indipendenza dell'ordinamento giudiziario – di creare le condizioni affinché il governo di un paese membro sia posto, ancorché in conflitto con il proprio disegno riformatore, nella posizione «to give up its current policy and initiate legislative reforms or involve different types of financial risks, such as state liability for infringement of EU law»⁵⁵.

Al tempo stesso non risulta difficile intuire perché nel corso dell'ultimo periodo, nella cornice ordinamentale di Polonia ed Ungheria in particolar modo, siano aumentate le iniziative precipuamente indirizzate a recidere le vie del dialogo fra i giudici nazionali e quello europeo. Le due fattispecie con le quali si è aperto questo contributo costituiscono la plastica rappresentazione – seppur parziale – di come si

corrispondenti diritti salvaguardati dalla CEDU. Poiché l'art. 47 della Carta corrisponde all'art. 6, par. 1, CEDU, significa che allorché posto in applicazione, la Corte dovrà sincerarsi che l'interpretazione da essa fornita dell'articolo 47 della Carta assicuri un livello di protezione che non conculchi quello garantito all'articolo 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Cfr. Corte di Giustizia, Prima Sezione, Causa C-38/18, *Gambino e Hyka*, 29 luglio 2019, p.to 39. Un esempio concreto è individuabile nella sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Simpson e HG*, 26 marzo 2020 dove, nel ricostruire la portata definitoria dell'espressione “costituito per legge” riferita alla figura del giudice, la Corte si è rifatta alla giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU. All'uopo, si veda L. Pech, *Dealing with 'Fake Judge' Under EU Law: Poland as a Case Study in Light of the Court of Justice's Ruling of 26 March in Simpson and HG*, in *Reconnect*, working Paper No. 8, maggio 2020, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/05/RECONNECT-WP8.pdf>. Sul rapporto fra la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di protezione dello Stato di diritto e tutela giurisdizionale si rimanda a R. Spano, *The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary*, in *European Law Journal*, Early View, 2021, pp. 13 ss.

⁵⁴ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021, p.to 146. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Tanchev, Causa C-508/19, *M.F.*, 14 aprile 2021, p.to 21.

⁵⁵ K. Leijon, *National Courts and Preliminary References: Supporting Legal Integration, Protecting National Autonomy or Balancing Conflicting Demands?*, in *West European Politics*, Vol. 22 No. 3, 2021, p. 4.

possa creare un contesto tale da dissuadere⁵⁶ i singoli componenti dell'ordinamento giudiziario dal trasferire in sede europea, in assenza di adeguati strumenti interni, la risoluzione di un conflitto che, lungi dal poter essere ricondotto ad una dinamica meramente intestina, punta dritto al cuore del processo di integrazione europeo, al principio dello Stato di diritto e alla salvaguardia del patrimonio valoriale di cui all'art. 2 TUE.

La necessità di garantire il “lineare” funzionamento del rinvio pregiudiziale, rimettendone l'attivazione alla sola e libera decisione del giudice avanti al quale pende la controversia principale, d'altro canto, è già stata ribadita in più occasioni dalla Corte di Giustizia. Come stabilito in *Melki*, è inconciliabile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi disposizione dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto europeo per il fatto che sia negato al giudice, competente a darvi attuazione, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino, anche temporaneamente, alla piena efficacia delle norme eurounitarie⁵⁷. L'efficacia del diritto europeo rischierebbe di essere compromessa qualora, per esempio, «l'esistenza di un ricorso obbligatorio dinanzi alla Corte costituzionale potesse impedire al giudice nazionale [...] di esercitare la facoltà, attribuitagli dall'art. 267 TFUE, di sottoporre alla Corte di Giustizia le questioni vertenti sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, al fine di consentirgli di

⁵⁶ Approfonditamente sulla questione, L. Pech, *The Concept of Chilling Effect. Its Untapped Potential to Better Protect Democracy, the Rule of Law, and Fundamental Rights in the EU*, Open Society Foundation, marzo 2021, https://www.opensocietyfoundations.org/publications/the-concept-of-chilling-effect#publications_download. Un utile esempio è fornito dalla richiesta formulata dal Ministero della Giustizia polacco e diretta ai Presidenti delle Corti Distrettuali e delle Corti di Appello con la quale veniva imposto loro di comunicare «the list of ruling issued by Common Courts concerning, in any way, the status of judge appointed by the President of the Republic on a proposal of the National Council of the Judiciary composed as 2018, in particular those ruling concerning disqualification of these judges from hearing case, invalidity of the proceedings, improper or unlawful composition of a Court, the issuing of a ruling by an unauthorized person, or the question of law (at least a case number and the date of the ruling are required)». Si veda Ministry of Justice, Department of Personnel and Common and Military Courts Organization, DKO-VII.50006.10.2020, Warsaw, 20 febbraio 2020. In precedenza, lo stesso Dipartimento del Ministero guidato da Zbigniew Ziobro aveva inviato un'ulteriore comunicazione ai medesimi destinatari con cui, in questo caso, si chiedeva «not to respond to request of foreign judicial authorities concerning legislative changes in the justice system as well as related to individuals (in particular those subject of European arrest warrants). Please refer the foreign judicial authorities to the Ministry of Justice in due course or demand that correspondence be conducted officially via relevant Ministries». Ministry of Justice, Department of Personnel and Common and Military Courts Organization, DKO-784-9/19, Warsaw, 13 settembre 2020.

⁵⁷ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Procedimenti riuniti C-188/10 e C-189/10, *Aziz Melki*, 22 giugno 2010, p.to 44. Si veda anche Corte di Giustizia, Procedimento C-312/93, *Peterbroeck*, 14 dicembre 1995, p.to 13.

giudicare se una norma nazionale sia o meno compatibile con quest'ultimo»⁵⁸. Similmente, in *Cartesio*, i giudici dell'Unione hanno sancito l'incompatibilità della legislazione nazionale sul rinvio pregiudiziale nella parte in cui, consentendo di appellare limitatamente la decisione relativa al rinvio, pregiudicava l'autonoma competenza del giudice che lo aveva disposto. Riformandone la decisione, ossia rendendola priva di effetti e ordinando al giudice che ha emanato tale deliberazione di riprendere la trattazione del procedimento sospeso, il giudice dell'appello avrebbe potuto impedire a quello del rinvio di esercitare la facoltà di adire la Corte⁵⁹. Allo stesso modo, non corrisponde al diritto dell'Unione una normazione che imponga al giudice del rinvio di dichiararsi incompetente con riguardo al procedimento principale di cui è investito per il solo fatto di aver esposto il contesto di fatto e diritto del procedimento stesso all'interno della domanda pregiudiziale, vedendosi vieppiù sottoposto per tali ragioni ad un'azione di responsabilità per illecito disciplinare. Una regolamentazione di questo genere, comportando concretamente il rischio che un giudice preferisca optare per astenersi dal proporre un rinvio pregiudiziale in modo da evitare di vedersi sottrarre la competenza e infliggere sanzioni disciplinari, evidentemente lede le prerogative ad esso riconosciute dall'art. 267 TFUE e, pertanto, l'efficace cooperazione fra la Corte e i giudici statali, che rappresenta il fondamento del meccanismo del rinvio pregiudiziale⁶⁰.

La possibilità che l'azionamento dell'art. 267 TFUE sia condizionato dal pericolo di sanzioni nei confronti del magistrato rimettente, è stata oggetto di altre decisioni con cui la Corte ha stigmatizzato il concretizzarsi di una simile possibilità. Per esempio, nella vicenda *RH*, i giudici europei hanno avuto modo di ribadire come, oltre al principio di inamovibilità o la percezione da parte degli stessi giudici di una retribuzione adeguata all'importanza delle funzioni di cui sono investiti, il crisma dell'indipendenza richiede che il loro regime disciplinare «presenti le garanzie necessarie per evitare qualsiasi rischio di utilizzo di un siffatto regime come sistema di controllo politico del contenuto delle decisioni giudiziarie [...]. Costituisce una garanzia inerente all'indipendenza dei giudici il fatto di non essere esposti a sanzioni disciplinari per l'esercizio di una facoltà, come quella di trasmettere alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale, o di scegliere di attendere la risposta a una simile domanda prima di pronunciarsi nel merito della causa al loro esame, e che rientra nella loro esclusiva competenza»⁶¹. Quest'ultimo principio, in seguito, è stato oggetto di un ulteriore e generalizzato chiarimento nel già menzionato procedimento *Miasto Lowicz*. Una norma di diritto nazionale non può impedire a un organo giurisdizionale di avvalersi di una facoltà, qual è il rinvio

⁵⁸ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Procedimenti riuniti C-188/10 e C-189/10, *Aziz Melki*, 22 giugno 2010, p.to 45.

⁵⁹ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-210/06, *Cartesio Oktató és Szolgáltató*, 16 dicembre 2008, p.to 95.

⁶⁰ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-614/14, *Atanas Ognyanov*, 5 luglio 2016, p.to 25.

⁶¹ Corte di Giustizia, Prima Sezione, *Ordinanza* nella Causa C-8/19 PPU, *RH*, 12 febbraio 2019, p.to 47.

pregiudiziale, inerente al sistema di cooperazione fra i giudici nazionali e la Corte europea. Non possono essere ammesse disposizioni dalle quali possa derivare per i giudici nazionali anche solo «il rischio di esporsi a procedimenti disciplinari per il fatto di aver adito la Corte mediante un rinvio pregiudiziale [...]. La mera prospettiva di poter essere, se del caso, oggetto di procedimenti disciplinari per il fatto di aver proceduto ad un siffatto rinvio o di aver deciso di mantenerlo successivamente alla sua introduzione è atta a pregiudicare l'effettivo esercizio, da parte dei giudici nazionali interessati, della facoltà e delle funzioni»⁶² loro attribuite dall'art. 267 TFUE.

In via analogica, ed in aggiunta, può essere utile un richiamo alla sentenza della Corte di Giustizia con cui ha condannato la Francia – a seguito di un ricorso per inadempimento ai sensi dell'art. 258 TFUE esperito dalla Commissione – per la violazione, in questo frangente, dell'art. 267, terzo comma, TFUE, in ragione del mancato rinvio pregiudiziale da parte del *Conseil d'État*, in qualità di organo rispetto alle cui decisioni non è prevista alcuna impugnativa giurisdizionale⁶³. Eccezion fatta per le condizioni a suo tempo dettate nel caso *CILFIT*, ovvero che la questione sia irrilevante, che la disposizione ad oggetto della richiesta di rinvio sia già stata attenzionata dall'interpretazione della Corte europea, oppure che l'evidenza del suo contenuto non lasci adito a dubbi ermeneutici⁶⁴, l'obbligo di adire la Corte ha «l'obiettivo di evitare che in un qualsiasi Stato membro si consolidi una giurisprudenza nazionale in contrasto con le norme del diritto dell'Unione»⁶⁵. Ovviamente, nell'occasione si è trattato di un mancato rinvio pregiudiziale ad opera della Corte di ultima istanza amministrativa francese non dettato da problematiche connesse alla sua indipendenza od autonomia rispetto al potere politico. Cionondimeno, rappresenta un importante segnale a dimostrazione dell'importanza rivestita dallo strumento del rinvio pregiudiziale, al punto da spingere, in quel caso, la Commissione ad attivarsi contro il paese membro a causa di una trasgressione compiuta da una sua istituzione costituzionalmente indipendente⁶⁶.

⁶² Corte di Giustizia, Grande Sezione, Cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*, del 26 marzo 2020, p.to 58.

⁶³ A commento della decisione, C. Fasone, *Violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e ricorso per inadempimento: verso un sistema di giustizia costituzionale "composito" nell'Unione? (Prime riflessioni a partire dalla sentenza Commissione c. Francia, C-416/17)*, in *Diritti Comparati*, 3 dicembre 2018, nonché D. Sarmiento, *Judicial Infringements at the Court of Justice. A brief Comment on the Phenomenal Commission/France (C-416/17)*, in *Kluwer International Tax Blog*, 11 ottobre 2018, <http://kluwertaxblog.com/2018/10/11/judicial-infringements-court-justice-brief-comment-phenomenal-commissionfrance-c-41617/?print=pdf>.

⁶⁴ Corte di Giustizia, Procedimento 283/81, *CILFIT*, 6 ottobre 1982, p.to 21.

⁶⁵ Corte di Giustizia, Quinta Sezione, Causa C-416/17, 4 ottobre 2018, p.to 109. Ad ulteriore conferma del contenuto, Corte di Giustizia, Seconda Sezione, Causa C-160/14, *João Felipe Ferreira da Silva e Brito et al.*, 9 settembre 2015, p.to 44.

⁶⁶ Un aspetto su cui la Corte aveva già auto modo di esprimersi in passato, ad esempio, in Corte di Giustizia, Causa C-129/00, 9 dicembre 2003, p.to. 29. Cfr. E. Turičnik, *Preliminary Reference Procedure – The Right, the Duty and the Exception*, in *Journal of International and European Law, Economics and Market Integrations*, Vol. 1 No. 1, 2014, pp. 14 ss. Secondo L. Prete, B. Smulders, *The Age of Maturity of Infringement Proceedings*, cit., p. 289, per quanto la condanna fosse derivata

Ribaltando l'ordine dei fattori, pare non sia possibile intravedere fondate motivazioni che giustificano – anche solo in via di principio – il mancato rinvio pregiudiziale da parte di un giudice di uno Stato membro in quanto astrattamente impeditogli, come in Ungheria, da un sistema normativo che attribuisce ad un organo giurisdizionale di grado superiore la possibilità di dichiarare l'illegittimità della sua decisione; ovvero, come in Polonia, suscettibile di sottoporre il magistrato che propenda per il rinvio alla “spada di Damocle” di vedersi destinatario di un procedimento disciplinare⁶⁷, nonché funzionale a sottrargli la competenza nel procedimento principale, dunque la possibilità di poter attendere e dare attuazione al verdetto europeo. La stessa Corte di Giustizia, aggiungendo un ulteriore tassello nel mosaico della sua giurisprudenza, richiamando l'art. 49 TUE, ha tenuto a ribadire come la partecipazione all'Unione europea sia stata, per ciascun paese membro, il frutto di una scelta libera e della volontaria adesione ai valori comuni previsti all'art. 2 TUE. Dunque, un impegno profuso al loro rispetto e alla loro promozione⁶⁸. Ne consegue, *per tabulas*, l'obbligo riferito a ciascuno di essi di non modificare la propria normativa «in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare, nell'art. 19 TUE [...]. Gli Stati membri sono quindi 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»⁶⁹.

La possibilità, scevra da condizionamenti, di proporre un rinvio ai sensi dell'art. 267 TFUE, nel momento in cui maturi un dubbio interpretativo riferito al diritto dell'Unione, costituisce un affidabile termometro del grado di indipendenza del singolo giudice, nonché del sistema giudiziario *tout court*. Una condizione non negoziabile la cui difesa, come si è avuto modo di dire *supra*, rappresenta un dovere primario delle istituzioni dell'Unione e, in particolare, della Commissione europea nel suo ruolo di “Guardiano dei Trattati”. Ciò, in quanto la sola prospettiva che un giudice nazionale possa subire pressioni o essere sottoposto a procedimenti sanzionatori, non mina nella sua essenza la sola procedura di *reference*, bensì «le vere e proprie basi della stessa Unione»⁷⁰.

da una violazione prettamente tecnica del Consiglio di Stato, non come un'aperta opposizione dello stesso rispetto al ruolo dello strumento di matrice europea, «at the same time, the judgment was given at a time when the ECJ rendered many decisions emphasizing the key contribution given by the national courts to the European project, and defending their independence against external pressure».

⁶⁷ Cfr. 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 *Osservatorio AIC*, No. 1, 2021, pp. 22-23.

⁶⁸ Aspetto messo in luce anche da S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, No. 2, 2018, pp. 297-298.

⁶⁹ Corte di Giustizia, Grande Camera, Causa C-896/19, *Repubblika*, 20 aprile 2021, p.ti 63-64. Sul principio di “non regressione”, si vedano anche D. Kochenov, A. Dimitrovs, *The Repubblica Decision of the European Court of Justice*, in *VerfBlog*, 28 aprile 2021.

⁷⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, Causa C-791/19, 6 maggio 2021, p.to 132.

4. *Riflessioni conclusive*

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, in ultimo, sorge l'interrogativo su quale sia la strada da intraprendere affinché si possa riuscire nell'intento di fornire una efficace risposta a questa (ulteriore) tendenza in atto, in grado di incidere in modo ulteriormente regressivo sul grado di autonomia ed indipendenza degli organismi giurisdizionali in Polonia e Ungheria.

Il riscontro empirico della sofisticazione e, soprattutto, della rapidità con cui gli ordinamenti illiberali hanno dimostrato di sapersi muovere nel corso degli ultimi anni rende alquanto difficile l'esercizio di ricerca della "via maestra" in grado di approntare una efficace soluzione a problematiche indubbiamente complesse. In un contesto istituzionale all'interno del quale, completato il processo di *capture* dei rispettivi organi di giustizia costituzionale, le forze politiche hanno concentrato la propria attenzione sull'obiettivo di un progressivo e tentacolare controllo dell'autorità giudiziaria, il ricorso alla Corte di Giustizia in forza dell'art. 267 TFUE è sembrato poter svolgere, dalla parte dei giudici nazionali, un prezioso contributo a tutela della propria indipendenza. Una risposta sicuramente importate e purtroppo imperfetta, come dimostrato dalle vicende succedute alla decisione resa nei riguardi della Sezione Disciplinare della Corte Suprema in *A.K.*, allorché il combinato disposto dell'operato del Ministero della Giustizia, del Tribunale costituzionale e, infine, del legislatore, hanno di fatto reso inattuabile il verdetto del giudice europeo, per di più limitando le possibilità di rivolgersi nuovamente alla Corte in futuro.

La fragilità insita nello strumento in parola, ad ogni modo, non deve condurre a pensare che esso abbia esaurito la sua funzione, rivelando una connaturata fallacia nel contrapporsi agli attacchi direzionati avverso l'autonomia della magistratura. Al contrario, ciò disvela al tempo stesso le sue potenzialità e il bisogno di protezione. A proposito del primo aspetto, infatti, urge una presa di consapevolezza maggiore della Corte europea che si riveli nella dimostrazione di ancor più coraggio nelle decisioni che attengono al ruolo ed alla funzione dei giudici. Una minor reticenza, anche alla luce di quanto emerso in talune conclusioni degli Avvocati Generali che, come mostrato, non hanno mancato di "suggerire" interventi più diretti della Corte, indicando al Tribunale del rinvio non solo il principio di diritto applicabile al caso concreto, bensì la soluzione stessa della fattispecie. Si riconosce, certamente, come un simile *modus procedendi*, in specie considerando l'ambiente all'interno del quale il provvedimento sarebbe destinato a produrre i propri effetti, rischierebbe di "esporre" la Corte, che finirebbe per spingersi al limite delle proprie competenze, e certamente della propria giurisprudenza. È pur vero, però, che in passato decisioni simili, pur in contesti differenti, sono state prese e la non convenzionalità della sfida lanciata dalle democrazie illiberali giustifica interventi al limite della convenzionalità stessa.

Ancor prima, però, la possibilità di ricorrere all'utilizzo del rinvio pregiudiziale in quanto tale deve essere salvaguardata e lo strumento che, allo stato attuale della

normazione europea, sembra essere maggiormente adatto allo scopo è rappresentato dall'azione per inadempimento *ex art. 258 TFUE*, rimessa nelle mani della Commissione europea. Seppur con alcuni ritardi connessi all'esercizio della procedura di infrazione nei riguardi della Polonia, tra le diverse violazioni oggetto di contestazione di cui alla procedura C-791/19 – attualmente pendente dinanzi ai giudici europei – si può individuare l'essere venuta meno agli obblighi incombenti in forza dell'art. 267 TFUE, consentendo che il diritto degli organi giurisdizionali di sottoporre alla Corte di Giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale possa essere limitato a causa della eventualità che venga avviato un procedimento disciplinare a loro danno. Le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Evgeni Tanchev non lasciano dubbi circa la contrarietà della disciplina polacca rispetto agli standard imposti dal diritto dell'Unione. Nel frattempo, però, la situazione del sistema giudiziario polacco, complice l'approvazione della c.d. *Muzzle Law* (o legge “museruola”), è andata incontro ad ulteriore compromissione. Ration per la quale, almeno per quanto riguarda quest'ultimo punto, nel deferire alla Corte il quarto procedimento di infrazione lanciato a suo tempo il 3 aprile del 2020, la Commissione ha chiesto l'adozione di misure provvisorie e, in particolare, «to suspend the provision preventing Polish judges from directly applying certain provision of EU law protecting judicial independence, and from putting references for preliminary rulings on such questions to the Court of Justice as well as the provision qualifying action taken by judges in that respect as disciplinary offences»⁷¹.

Questa peculiare dinamica dimostra come neppure la messa in moto dell'art. 258 TFUE, considerato isolatamente e a determinate condizioni, ovvero a fronte di una deliberata scelta del paese inadempiente di non conformarsi all'eventuale sentenza di condanna della Corte di Giustizia, possa dirsi risolutiva. Per questo, risulta ancor più urgente che la Commissione, nel proseguire lungo quell'«approccio strategico per le procedure d'infrazione riguardanti lo Stato di diritto, esigendo ove necessario un procedimento accelerato e l'applicazione di misure provvisorie»⁷², ponga la dovuta attenzione anche al suo seguito. Ovvero, come richiesto a norma dell'art. 260, par. 2, primo comma, TFUE, sovrintenda all'effettiva esecuzione delle decisioni della Corte di Giustizia e, in caso contrario, si rivolga nuovamente ai giudici europei chiedendo loro di comminare una somma forfettaria, ovvero una penalità allo Stato in questione sinché non assuma tutte le misure che del caso sono richieste⁷³. Se vi è un insegnamento che può essere tratto dalle vicende polacche ed

⁷¹ Commissione europea, Press release, *Rule of Law: European Commission Refers Poland to the European Court of Justice to Protect Independence of Polish Judges and Asks for Interim Measures*, 31 marzo 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1524.

⁷² Commissione europea, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma d'azione (COM(2019) 343 final)*, 17 luglio 2019, p. 15.

⁷³ L. Pech, P. Wachowiec, D. Mazur, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, cit., p. 39.

ungheresi è che solo in presenza di un approccio olistico è possibile traguardare qualche risultato positivo.

Per concludere, un'ultima considerazione, suggerita da un recente contributo di Daniel Sarmiento⁷⁴. Riprendendo le pronunce in tema di mandato di arresto europeo riguardanti la Polonia – tanto la vicenda *LM*, quanto la più recente *L&P*⁷⁵ – l'Autore ha evidenziato come nel caso la Corte fosse giunta alla conclusione che le riforme adottate dal paese membro fossero di portata tale da escludere automaticamente la possibilità di considerare i membri dell'ordinamento giudiziario nazionale "autorità giudiziaria emittente" ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, si sarebbero prodotti effetti a cascata nei confronti dell'intero sistema giudiziario. Uno su tutti, nessun organo giurisdizionale dello Stato membro avrebbe potuto essere ancora considerato una "giurisdizione" ai fini dell'applicazione di altre disposizioni del diritto dell'Unione quali l'art. 267 TFUE.

Uno dei presupposti perché un giudice sia nelle condizioni di riferire alla Corte di Giustizia è costituito dal fatto che possa effettivamente essere considerato un organo giurisdizionale indipendente⁷⁶. Il meccanismo del rinvio pregiudiziale e l'indipendenza di coloro i quali possono farne utilizzo rappresentano, dunque, i due lati di una medesima medaglia. Un motivo in più, l'ennesimo, perché la Commissione si adoperi senza indugio a garantire l'autonomia del sistema giudiziario all'interno di Polonia e Ungheria, così la possibilità per i loro giudici di rivolgersi alla Corte. Il rischio, qualora ciò non accadesse, è che in un prossimo futuro sia proprio la Corte di Giustizia a dover negare la ricevibilità di un loro ricorso, non potendo più considerarli una "giurisdizione" ai sensi del diritto dell'Unione.

⁷⁴ D. Sarmiento, *Europe's Judiciary at the Crossroads*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 28 No. 1, 2021, p. 5.

⁷⁵ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Cause riunite C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *L&P*, 17 dicembre 2020.

⁷⁶ Fra le altre, Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-274/14, *Banco de Santander SA*, 21 gennaio 2020, p.to 51 e Quinta Sezione, Causa C-503/15, *Ramón Margarit Panicello*, 16 febbraio 2017, p.to 27.