



## **Il contrasto dell'UE alla crisi della *Rule of Law* in alcuni Stati membri: una valutazione pragmatica**

DI ANDREA GUAZZAROTTI \*

1. – L'art. 2 TUE è stato indagato dalla dottrina comparatistica (specie tedesca, ma in Italia v. almeno Palermo e Delledonne) nell'ambito delle clausole di omogeneità degli ordinamenti federali, in particolare della Guarantee clause Cost. USA (art. IV, sez. 4, prima frase<sup>1</sup>), e dell'art. 28 del Grundgesetz.<sup>2</sup>

Tali clausole di omogeneità sono disposizioni con cui la costituzione federale impone alle entità federate di assumere una determinata forma di stato compatibile con quella dell'ordinamento federale, prescrivendo a tali entità un «contenuto minimo di coincidenza strutturale e sostanziale» (Stern).

In entrambi gli ordinamenti statunitense e tedesco l'attivazione di tali clausole sembra riservata alla sfera politica (negli USA si parla apertamente di “political question” sin dalla sentenza della C.S. *Luther* del 1849<sup>3</sup>), non tanto nel senso che esse non possano essere assistite da strumenti giuridici di enforcement, bensì che la scelta delle tipologie di tali strumenti e della

---

\* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli studi di Ferrara  
andrea.guazzarotti@unife.it.

<sup>1</sup> «Gli Stati Uniti garantiranno a ogni Stato dell'Unione una forma repubblicana di governo e proteggeranno ogni Stato contro invasioni, e - su richiesta degli organi legislativi o del potere esecutivo (quando il legislativo non possa essere convocato) - contro violenze interne.»

<sup>2</sup> 1. L'ordinamento costituzionale dei Länder deve essere conforme ai principi dello Stato di diritto repubblicano, democratico e sociale ai sensi della presente Legge fondamentale. Nei Länder, nei Distretti (Kreisen) e nei Comuni il popolo deve avere una rappresentanza espressa da elezioni generali, dirette, libere, uguali e segrete. [...]

3. La Federazione garantisce che l'ordinamento costituzionale dei Länder sia conforme ai diritti fondamentali e alle disposizioni di cui ai commi 1 e 2.

<sup>3</sup> *Luther v. Borden* (1849), 48 U.S. (7 How.) 1.

loro attivazione è rimessa al potere politico,<sup>4</sup> con scarso o nessun ruolo autopropulsivo del potere giurisdizionale (Corte suprema USA o Tribunale costituzionale tedesco<sup>5</sup>).

2. – Questa sembrava chiaramente anche l’architettura dell’ordinamento UE, con tutte le accortezze del caso in riferimento alla non assimilabilità di quest’ultimo al ‘modellino’ della federazione. Oltre all’art. 7 TUE (specie nella sua versione originaria del Tr. di Amsterdam), v’è il dato eloquente del considerando n. 10 della decisione quadro sul MAE<sup>6</sup>, cui si aggiunge il braccio di ferro tra il Servizio legale del Consiglio e la Commissione sul potere di quest’ultima di creare meccanismi surrogatori dell’art. 7 (si veda già il parere del 2014<sup>7</sup>, cui è seguito il più noto parere del 2018<sup>8</sup>).

Tuttavia, già con l’introduzione della procedura preventiva dell’art. 7.1 del TUE (Nizza 2001, che internalizza l’esperienza del “caso Haider” in Austria) e poi con la marginale giurisdizionalizzazione della stessa (art. 269 TFUE, introdotto dal Trattato di Lisbona), si è avuta una prima, timida, incrinatura di questa riserva in favore della decisione unanime del “vertice politico” dell’UE (il Consiglio europeo). Il nuovo art. 7.1 TUE, infatti, consente di accertare il mero «rischio di violazione grave» dei valori dell’art. 2 TUE, con una decisione da prendersi in seno al Consiglio a maggioranza dei 4/5 su proposta – non solo di 1/3 degli Stati membri o della Commissione bensì – anche del Parlamento europeo (Nascimbene 2018), mentre alla Corte di giustizia è affidato il compito di pronunciarsi sul rispetto delle sole prescrizioni di carattere procedurale (e solo su ricorso dello Stato membro oggetto di una delle due constatazioni dell’art. 7.1 o 7.2 TUE: art. 269 TFUE).

Ne è seguito un apparente attivismo della Commissione, più o meno concomitante con l’esplosione del caso ungherese (riforma costituzionale del 2011 e ulteriori riforme illiberali successive).

---

<sup>4</sup> Né la Costituzione USA né il Grundgesetz contengono specifiche procedure di enforcement. La Corte suprema USA, nel citato caso Luther, affermò che il legislatore federale avrebbe potuto stabilire i messi appropriati per applicare la clausola dell’art. IV, sez. 4, eventualmente anche affidando alle Corti il compito di accertare «quando si sia verificata una contingenza che richieda l’interferenza del governo federale» (Luther v. Borden, cit., 48 U.S. 43): Delledonne, p. 138.

<sup>5</sup> In riferimento all’ordinamento costituzionale tedesco, si è affermato che la clausola di cui all’art. 28 GG sia «una norma a bassa o nulla vocazione alla giustiziabilità», potendo le singole violazioni essere eventualmente sanzionate ricorrendo ad altre disposizioni costituzionali che impongono specifici obblighi di omogeneità, come l’art. 31, sulla prevalenza del diritto federale su quello dei Länder, o l’art. 37, sul potere del Bund di ricorrere alla “coercizione federale” per costringere un Land inadempiente a rispettare gli obblighi imposti dal GG o da singole leggi federali (Palermo, p. 150).

<sup>6</sup> Decisione quadro 2002/584/GAI, Considerando 10): «Il meccanismo del mandato d’arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri. L’attuazione di tale meccanismo può essere sospesa solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti all’articolo 6, paragrafo 1, [TUE], constatata dal Consiglio [dell’Unione europea] in applicazione dell’articolo 7, paragrafo 1, [TUE], e con le conseguenze previste al paragrafo 2 dello stesso articolo».

<sup>7</sup> Parere del 27 maggio 2014, 10296/14, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10296-2014-INIT/en/pdf> che ritiene il “Rule of Law Framework” creato dalla Commissione nel 2014 invasivo delle prerogative del Consiglio consacrate nell’art. 7.1 TUE, con speciale riguardo al potere di rivolgere raccomandazioni allo Stato membro interessato.

<sup>8</sup> Parere del 25 ottobre 2018, n. 13593/18, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13593-2018-INIT/en/pdf>, che ritiene la proposta della Commissione di istituire il meccanismo poi disciplinato dal regolamento 2020/2092 contraria all’art. 7 del TUE.

Si va dal Justice Scoreboard del 2013, al Rule of Law Framework del 2014 (affiancato dall'Annual Rule of Law dialogue introdotto dal Consiglio lo stesso anno), per giungere al Rule of Law Review Cycle del 2019: una moltiplicazione di strumenti di *soft law* che è sembrata a qualcuno una cortina fumogena rispetto all'incapacità di adottare tempestivamente il solo rimedio dell'art. 7 TUE davvero efficace per contrastare le derive in atto in alcuni Stati membri (Pech 2020), mentre è stata valutata positivamente da altri, con specifico riferimento all'ultimo di tali strumenti (Nascimbene 2021).

Oggi, finalmente si direbbe, questi strumenti di *soft law* vengono affiancati dal meccanismo "hard" introdotto dal regolamento 2020/2092, il quale, pur finalizzato alla sola sospensione dei finanziamenti europei in caso di violazioni della Rule of Law sufficientemente connesse alla compromissione (o al rischio di compromissione) del bilancio dell'UE, reca con sé l'inevitabile rischio di giurisdizionalizzazione dell'accertamento della violazione sistemica dei valori dell'UE e, prima ancora, della definizione "centralizzata" di tali valori in termini generali. Un profilo problematico che la politicità dell'art. 7 TUE tende comprensibilmente a eludere, se non altro in ossequio al pluralismo sancito dall'art. 4.2 TUE e al rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri (comprensiva della loro struttura fondamentale, politica e costituzionale). Ciò che il vertice politico vuole scongiurare, infatti, è che con il regolamento 2092 venga legittimata la Commissione e il Consiglio (con decisione a maggioranza, eventualmente qualificata, comunque inferiore a quelle dei paragrafi 1 e 2 dell'art. 7 TUE) ad accertare «carenze generalizzate» in uno Stato membro, eventualità che le discusse Conclusioni del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2021 ha cercato di bandire (Nascimbene 2021). L'accertamento di «carenze generalizzate», per il suo potenziale di stigmatizzazione radicale, fa correre quel rischio di «escalation» che solo il Consiglio europeo dovrebbe assumersi (Von Bogdandy).

3. – Nello stesso arco di tempo che va dallo scoppio della prima crisi della Rule of Law in Ungheria (2011) all'adozione del regolamento 2092 l'UE ha affinato le sue armi nella tecnica della condizionalità, alla cui filosofia si ispira tale regolamento. Nell'alveo della governance economica europea durante la crisi dei debiti sovrani, le istituzioni europee hanno indotto, ricorrendo alla condizionalità, alcuni Stati membri a operare riforme in ambiti esterni alla sfera di competenza dell'UE (come la riforma delle pensioni o dei licenziamenti), spingendosi addirittura a compiere la valutazione macroeconomica di revisioni costituzionali di ampia portata, come quella del Governo italiano nel 2016 poi bocciata dal referendum, nell'ambito della valutazione annuale dei Programmi nazionali di riforma entro il Semestre europeo (Guazzarotti 2018).

Ma novità di rilievo si sono avute anche su un diverso versante: sono stati varati o resi operativi importanti dispositivi di cooperazione in settori tradizionalmente rientranti nella sfera della sovranità statale, quali l'OLAF (2013) e l'EPPO (2017).

La pandemia ha, poi, innescato l'urgenza di attivare strumenti fiscali e di bilancio inauditi, con l'emissione di debito congiunto a finanziare il NGEU/RRF, la cui copertura ha richiesto la decisione all'unanimità del Consiglio (art. 311 TFUE). Non da ultimo, l'importante accordo internazionale sulla Global Minimum Tax dovrà essere attuato nell'UE con una decisione da prendersi all'unanimità del Consiglio (proposta di direttiva del dicembre 2021 da parte della Commissione).

Tutto questo ha comportato e comporta, evidentemente, un delicatissimo e quotidiano impegno della Commissione in trattative con i governi nazionali, cui fa, però, da pendant, l'esigenza di eseguire a livello nazionale impegni sempre più stringenti, con un'accresciuta collaborazione sia orizzontale (MAE), che verticale (OLAF ed EPPO).

4. – Le due funzioni, quella politico-legislativa di programmazione di nuovi e assai impegnativi strumenti di intervento sovranazionale, e quella dell'esecuzione quasi esclusivamente nazionale, hanno caratteristiche tali per cui la prima richiede il costante coinvolgimento dei governi nazionali con procedure consensuali se non addirittura unanimistiche; la seconda, impone l'esigenza di verificare dal centro il corretto operato degli organi nazionali dell'esecuzione della legislazione “para-federale”. Sono due funzioni imperniate sulla Commissione, che fatica a gestire entrambi i ruoli di promotore e mediatore di accordi, da un lato, e di “cane da guardia”, dall'altro. Un dilemma che, agli albori della costruzione dell'ordinamento comunitario, fu brillantemente risolto dall'uso del rinvio pregiudiziale come surrogato della *judicial review of legislation*, secondo la rivoluzionaria dottrina *Van Gend & Loos* (Craig). Rimedio originale e, per molti versi, straordinariamente efficace, ma che difficilmente può risolvere oggi il problema della crisi della Rule of Law in singoli Stati membri, tanto più perché questa crisi agisce negativamente (anche) sul presupposto operativo di quel rimedio, l'indipendenza della magistratura.

Non va trascurato, infine, che l'esigenza di collaborazione politica ha segnato anche l'operato del Parlamento europeo e dei suoi gruppi parlamentari: il regolamento che impone ai partiti europei il rispetto dei valori dell'UE è giunto nel 2014<sup>9</sup>, mentre la modifica del regolamento del gruppo del Partito popolare europeo al PE volta a consentire l'espulsione del partito di Orbán, Fidesz, è solo del marzo 2021.<sup>10</sup> Ritardo parzialmente comprensibile, dato l'esito delle elezioni del PE nel 2019 e l'esigenza di raccogliere i voti necessari alla complessa formazione della Commissione Von der Leyen (Lupo).

5. – Ho fornito, fin qui, uno schizzo di quelli che rappresentano i due vettori di forze contrastanti nei rapporti tra istituzioni europee e Stati membri: la collaborazione costante, che presuppone funzioni di mediazione, la corretta esecuzione delle decisioni collettive, che presuppone funzioni di vigilanza e sanzione delle inadempienze. Questo schizzo ci permette ora di ritornare al tema iniziale della clausola d'omogeneità nei sistemi federali e dell'interpretazione dell'art. 2 TUE in tale prospettiva.

Tra le funzioni principali della clausola di omogeneità negli ordinamenti federali, spicca quella di salvaguardia, volta a prevenire il pericolo di differenze così profonde tra Stati membri da turbare la funzionalità del livello federale (Delledonne).

Tale funzione è assai più cruciale nel federalismo tedesco che non in quello USA, posto che nel primo l'esecuzione delle leggi federali è prevalentemente affidata agli esecutivi dei Länder (Scharpf). Occorre dunque potersi fidare di tali esecutivi e, per questo, è necessaria la

---

<sup>9</sup> Regolamento 1141/2014, art. 3, lett. c).

<sup>10</sup> Alla modifica del regolamento del gruppo del PPE ha fatto seguito l'uscita dei 12 parlamentari ungheresi di FIDESZ nel marzo del 2021 <https://www.ilsole24ore.com/art/europarlamento-partito-viktor-orban-e-fuori-ppe-ADOnXWNB>

precondizione dell'omogeneità dei valori. È una necessità molto più urgente rispetto al federalismo USA, che ha un doppio livello di esecuzione (è in tal senso la nota proposta dello “sdoppiamento” per l'UE avanzata da S. Fabbrini).

Il dilemma fa capolino anche nel nostro ordinamento, nonostante la notevole differenza tanto con l'UE che con il federalismo tedesco. Il caso del commissariamento della sanità in Calabria è eloquente. Dopo più di un decennio, tale commissariamento non solo non sta risolvendo il problema, ma forse lo sta aggravando. Il problema, per la Corte costituzionale (sent. 168 del 2021<sup>11</sup>), sta “nel manico”, ossia nel fatto che il Commissario governativo deve basarsi sui mezzi e sul personale messo a disposizione dalla stessa Regione commissariata, mezzi che, pertanto, vanno a sottrarsi alle già magre risorse regionali e presentano tutti i limiti (di cultura dell'efficienza, della legalità, ecc.) che hanno caratterizzato quell'amministrazione regionale per anni. Dunque, se il centro vuole correggere le storture della periferia, deve metterci risorse fresche, aggiuntive e competenti, provenienti dall'esterno dell'amministrazione regionale. Possiamo applicare questo schema alla crisi della Rule of Law in alcuni Stati membri dell'UE? Assai improbabile, ma il dilemma del “federalismo d'esecuzione” resta.

6. – Vengo finalmente all'attualità e al regolamento 2020/2092 del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

L'esigenza dell'UE di assicurarsi la fedele esecuzione delle sue politiche la troviamo rispecchiata, nel regolamento 2092, sia nella scelta di incentrare i casi di violazione attorno a concrete tipologie di violazione della Rule of Law, con particolare enfasi sull'indipendenza della magistratura (art. 3, lett. a) e 4.2, lett. d) del regolamento 2092), sia sulla mancata cooperazione con l'OLAF e con l'EPPO (art. 4.2, lett. g), dato particolarmente sottolineato nelle linee guida della Commissione<sup>12</sup> (specie ai punti 21 e 22). Contemporaneamente, il regolamento e le linee guida evitano di imbarcarsi in impegnative definizioni della Rule of Law o, peggio, dei valori dell'art. 2 TUE. Uno strumento relativamente settoriale, dunque, che ridimensiona l'ambiziosa proposta avanzata dalla Commissione nel 2018 in cui la tutela della Rule of Law veniva posta in primo piano. Né poteva essere diversamente, stante la base giuridica prescelta dell'art. 322 TFUE: la conferma arriva dalle sentenze della CGUE nelle cause C-156/21 e C-157/21<sup>13</sup> e la sottolineatura in esse ricorrente dell'esigenza di un “nesso effettivo” con il pregiudizio o il rischio di pregiudizio al bilancio e/o agli interessi finanziari dell'UE (Pech 2022; Alberti 2022).

Adottando un approccio tanto scettico quanto pragmatico, il maggior vantaggio che può intravedersi nel regolamento sulla condizionalità orizzontale è quello di aver risolto l'impasse sulla risposta giuridica da dare alle involuzioni illiberali ormai più che conclamate in Polonia e Ungheria, a fronte dello stallo sulle due procedure ex art. 7 TUE innescate contro la Polonia e l'Ungheria.

---

<sup>11</sup> Che ha dichiarato l'incostituzionalità del d.l. n. 150 del 2020, «nella parte in cui non prevede che al prevalente fabbisogno della struttura commissariale provveda direttamente lo Stato e nella parte in cui, nell'imporre alla Regione di mettere a disposizione del commissario ad acta un contingente di venticinque unità di personale, stabilisce che tale entità costituisce un “minimo” anziché un “massimo”».

<sup>12</sup> Orientamenti sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione (2022/C 123/02), pubblicati il 18 marzo 2022.

<sup>13</sup> Sentenze pronunciate dalla Corte di giustizia in Seduta plenaria il 16 febbraio 2022.

La sincronizzazione tra approvazione del regolamento 2092 e approvazione del NGEU e il valore fortemente simbolico di quest'ultimo (c.d. 'Hamiltonian moment'), ha fatto parlare di un contributo alla costituzionalizzazione dell'UE (Lindseth, Fasone), ma già prima v'era chi intravedeva in questa forma di condizionalità a tutela dei valori un contrappeso alla cattiva fama acquistata nel passato dalla condizionalità con cui si è fronteggiata la crisi dell'euro, con metodi assai discutibili sia per la Rule of Law che per la democrazia (Pinelli).

Dubito che la costituzionalizzazione dell'UE possa davvero avvenire ricorrendo a strumenti para-sanzionatori e "top-down", senza che vi sia, contemporaneamente, un irrobustimento della democrazia a livello sovranazionale, specie in termini di autentici partiti europei (Guazzarotti 2016). Ancora più ingombrante il dubbio di come si possano superare i limiti che hanno inficiato, vent'anni or sono, le procedure di adesione, in cui un "ottimismo istituzionale" poco disinteressato ha consentito valutazioni manageriali delle riforme legislative e costituzionali degli Stati richiedenti, ignorando la carente base sociale e culturale necessaria a far attecchire quelle riforme (Blokker; Bugarić). Insomma: se non ha funzionato allora la carota, perché dovrebbe funzionare oggi il bastone?

Permane, infine, il rischio del doppio standard di valutazione degli SM di più antica tradizione liberal-democratica e quelli usciti da poco da regimi autoritari, cui si connette il rischio di ampliare la frattura culturale tra Est e Ovest (Baraggia, Bonelli), dopo che la crisi economica aveva ampliato quella Nord-Sud.

Non bisogna, infine, sottovalutare la dimensione geopolitica delle strategie che il regolamento 2092 ha reso possibile: prima dell'entrata in vigore di questo, la Commissione aveva preferito colpire con l'attivazione dell'art. 7 TUE la Polonia (dicembre 2017), il cui partito al potere non aderiva ad alcun gruppo parlamentare "europeista" del PE, risparmiando l'Ungheria (i cui parlamentari europei, come già accennato, aderivano al PPE) finché il PE non ha attivato l'art. 7 nel settembre 2018 anche nei confronti di quest'ultima (Halmai). Oggi la strategia della Commissione si è invertita, con la sola Ungheria fatta oggetto di un avvio di procedura in base al regolamento 2092<sup>14</sup> subito dopo la rielezione di Orbán e il suo (ri-)allineamento filo-Putin, rinnovato proprio nel mezzo del conflitto ucraino e nonostante il chiaro orientamento dell'UE sulla guerra.

Il regolamento 2092, tuttavia, può recare almeno il vantaggio strategico del riaccentramento del conflitto sulla Rule of Law, finora pericolosamente decentrato a livello di corti nazionali, confidando ottimisticamente nell'alleanza che queste ultime possono istituire con la CGUE tramite il rinvio pregiudiziale (Von Bogdandy et al.). Un'alleanza che, almeno in Polonia, ha condotto a un'escalation del contrasto interno tra Corte suprema, da un lato, e Governo e Corte costituzionale, da un altro, portando quest'ultima a scontrarsi frontalmente con la Corte di giustizia e a dichiarare incostituzionale il primato del diritto dell'UE.<sup>15</sup>

Il regolamento può valere, in quest'ottica, a rendere meno dirompente il dilemma dei rapporti para-federali tra UE e Stati membri, senza pretendere di risolverlo, posto che lascia nelle mani del braccio politico la scelta di ricorrere alla sospensione dei vari meccanismi di finanziamento e/o sostegno finanziario che l'esecuzione del bilancio UE garantisce agli Stati

---

<sup>14</sup> <https://www.euractiv.com/section/politics/news/hungary-commission-officially-launches-procedure-linking-bloc-funds-to-rule-of-law/>

<sup>15</sup> Sentenza k 3/21 del 7 ottobre 2021 <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>.

beneficiari, riservando, in particolare, al Consiglio l'approvazione definitiva – ed eventualmente la modifica – della proposta della Commissione sull'*an* delle violazioni alla Rule of Law (purché sufficientemente connesse con la tutela del bilancio e degli interessi finanziari dell'UE), ma anche sul *quomodo* della reazione a tali violazioni (art. 6.10).

Il ri-accentramento che si profila con la (minaccia di) attivazione del regolamento 2092 consente una maggiore condivisione politica degli oneri fin qui assunti dal braccio giurisdizionale (tandem Corti nazionali-CGUE). Il che sembra aver già prodotto un risultato rispetto alla crisi polacca: l'udienza dinanzi alla Corte costituzionale polacca, in cui si sarebbe dovuto decidere stavolta dell'incostituzionalità della base giuridica del regolamento 2092 (l'art. 322 TFUE), fissata lo stesso giorno dell'udienza dinanzi alla CGUE nelle già citate cause sul regolamento 2092 (il 16 febbraio 2022), è stata rinviata a data da definirsi<sup>16</sup> e il governo polacco sembra aver intrapreso un dialogo con la Commissione per evitare lo scontro.

Ma, come accennato per l'Ungheria, l'evoluzione della questione polacca non può essere valutata senza tener conto anche della pesante influenza dalla dimensione geopolitica del conflitto in Ucraina.<sup>17</sup> Non va dimenticato, del resto, come il mutamento di regime dei Paesi dell'Est Europa non fu l'esito di una serie di moti popolari anelanti alla democratizzazione dei propri ordinamenti, bensì proprio della geopolitica (l'implosione dell'Unione sovietica), cui seguì l'adesione delle élites di quei Paesi alle ricette del Washington Consensus (Bugarič).

Per cui, e in conclusione, è difficile dire se sarà il ritorno del diritto (l'effettività nella difesa dei valori dell'art. 2 TUE) o il ritorno della geopolitica a determinare la svolta nella crisi della Rule of Law nell'UE.

---

<sup>16</sup> <<https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wokanda/art/11784-ogolny-system-warunkowosci-w-zakresie-ochrony-budzetu-unii>>.

<sup>17</sup> <https://www.politico.eu/article/war-risks-pushing-aside-eu-rule-of-law-concerns/>.