DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

Fascicolo
2/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.
Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.
Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).
Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.
La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Comittee on Publication Ethics).

***Peer review*.**
Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.
Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

2/2019

LE CRISI SISTEMICHE DELLO STATO DI DIRITTO E I LORO EFFETTI SULLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA NELL'UE (*)

di Valentina Faggiani

SOMMARIO: 1. La «nozione sostanziale» di Stato di diritto. – 2. La c.d. «*rule of law backsliding*». – 3. La fiducia reciproca: tra presunta equivalenza ed esistenza di un sistema a geometria variabile. – 4. L'ammissibilità del test di controllo orizzontale di fronte alla violazione del divieto di trattamento disumani e degradanti nel caso *Aranyosi*. – 5. L'indipendenza giudiziaria come parametro di valutazione della crisi sistemica dello Stato di diritto in Polonia. – 6. Le eccezioni alla fiducia reciproca: diritto costituzionale dell'emergenza o irreversibile declino del principio del riconoscimento mutuo?

1. La «nozione sostanziale» di Stato di diritto.

Lo Stato di diritto costituisce «la spina dorsale di ogni democrazia costituzionale moderna»[1], l'asse portante delle società aperte e plurali caratterizzate dal fenomeno della globalizzazione. Tale principio, inizialmente sviluppatosi nell'ambito dei singoli ordinamenti interni, che lo hanno articolato in modo differente[2], è stato successivamente recepito sia nel diritto internazionale (in particolare l'ONU e il Consiglio d'Europa) sia in quello dell'UE, imponendone una riformulazione in chiave sovranazionale-europea[3]. Malgrado la pluralità di dimensioni e significati assunti nel tempo da questa complessa ed indefinita categoria, si può desumere l'esistenza di un nucleo sostanziale[4] dello Stato

(*) Il contributo è stato realizzato nell'ambito del gruppo di ricerca: *Andalucía, la Unión Europea y el Estado Social* (SEJ-106) e del Progetto di ricerca DER2016-77924P: *Los Derechos fundamentales ante las crisis económicas y de seguridad en un marco constitucional fragmentado*.

[1] Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, Strasburgo, 11.3.2014 COM (2014) 158 final, in particolare p. 2; e *Cfr*. il discorso di Viviane REDING, *The EU and the Rule of Law – What next?*, accessibile a questo link, p. 3.

[2] Il significato che la nozione di Stato di diritto assume nei diversi Stati membri si desume anche dai termini utilizzati: «*the rule of law*» nel Regno Unito, «*l'état de droit*» in Francia e «*Rechtsstaatsprinzip*» in Germania. Per un'approssimazione al concetto di Stato di diritto nei diversi spazi costituzionali, v.: C. Pérez Bernárdez, *La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco*, in *RGDE*, n. 40, 2016, pp. 48-95.

[3] In relazione ai problemi che presenta il recepimento della nozione di Stato di diritto a livello sovranazionale e in particolare dell'UE si v. P.J. MARTIN RODRÍGUEZ, *El Estado de Derecho y el sistema jurídico de la Unión Europea*, in P.J. Martín Rodríguez, D.J. Liñán Nogueras (dirs.), *Estado de Derecho y Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2018, pp. 157 ss.

[4] Sulla nozione formale e sostanziale di Stato di diritto, v. P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, in *Public law*, n. 3, 1997, p. 467-487.

di diritto in quanto valore comune dell'UE e patrimonio degli Stati membri (art. 2 del TUE)[5].

Il nucleo sostanziale, da cui si ricavano i suoi elementi costitutivi e, quindi, indefettibili, sarebbe rappresentato dal principio di legalità, in virtù del quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; dalla certezza del diritto; dal divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; dall'indipendenza ed imparzialità del giudice e dal diritto alla tutela giudiziaria effettiva e ad un processo equo, che è la base per il rispetto degli altri diritti fondamentali e per una giustizia effettiva, in cui i cittadini confidano; e dall'eguaglianza davanti alla legge.

Non si tratta di meri requisiti procedurali, bensì degli strumenti per garantire la democrazia e i diritti dell'uomo, i quali sono intrinsecamente connessi. Da una parte, i diritti sono effettivi solo se azionabili davanti ad un organo giurisdizionale; dall'altra, la democrazia è tutelata se la funzione della magistratura, comprese le corti costituzionali, è in grado di garantire la libertà di espressione e di associazione e le norme che disciplinano il processo politico ed elettorale. In definitiva, lo Stato di diritto sarebbe un principio costituzionale con componenti sia formali sia sostanziali, il cui fine ultimo sarebbe quello di riconoscere, regolare e limitare l'esercizio dei poteri pubblici e, pertanto, il diritto attraverso il diritto[6].

L'esistenza di un nucleo minimo sostanziale, di un denominatore comune, è stata confermata dai documenti elaborati nell'ambito delle principali organizzazioni internazionali e regionali in materia di protezione dei diritti umani, in particolare l'ONU e il Consiglio d'Europa, soprattutto grazie al lavoro della Commissione di Venezia (Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto), organo consultivo su questioni costituzionali, nonché dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte edu) e della Corte di giustizia dell'UE.

Tuttavia, sebbene la Dichiarazione universale dei diritti umani delle Nazioni Unite (1948, DUDU), lo Statuto del Consiglio d'Europa (Statuto CdE) e la Cedu facciano riferimento agli elementi essenziali dello Stato di diritto, non ne offrono una definizione[7].

---

[5] Secondo Viviane REDING, *op. cit.*, p. 4: «*If I try to digest some essential characteristics of the rule of law principle, as they are common to our Member States, I would say the following: By "rule of law", we mean a system where laws are applied and enforced (so not only "black letter law") but also the spirit of the law and fundamental rights, which are the ultimate foundation of all laws*».

[6] B.Z. TAMANAHA, *The History and Elements of the Rule of Law*, in *Sing. J.L.S*, 2012, pp. 233-236. L'A. analizza la categoria dello Stato di diritto a partire dalla nozione più semplice: «*Here is the definition: The rule of law means that government officials and citizens are bound by and abide by the law. I repeat: government officials and citizens are bound by and abide by the law. This is a simple and basic definition*» (p. 233).

[7] Cfr. A/RES/217(III), 10.12.1948. I principali riferimenti agli elementi essenziali dello Stato di diritto si rinvengono nel preambolo e nelle seguenti disposizioni della DUDU: l'art. 11 sulla sicurezza giuridica; gli artt. 1, 2, 6 e 7, 16 e 17, e 22-23 sull'uguaglianza davanti alla legge e sulla non discriminazione; gli artt. 8 e 9 sull'accesso alla giustizia. I principi contenuti nella DUDU sono stati recepiti prima a livello regionale nella Cedu e poi a livello universale nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP), che riconosce gli elementi fondamentali dello Stato di diritto agli artt. 14.1, 15, 18.3, 19.3, 21 e 22 sulla legalità, all'art. 17 sulla prevenzione dall'abuso di potere e agli artt. 9 e 14 sull'accesso alla giustizia. Infine l'art. 4 ha ad oggetto la sospensione delle possibili deroghe agli obblighi imposti dal Patto negli stati di eccezione. Si occupano dello Stato di diritto anche i seguenti rapporti elaborati dal Segretario generale: *El Estado de derecho y la justicia de*

La DUDU considera la protezione dei diritti umani attraverso norme giuridiche il fondamento della «libertà, della giustizia e della pace nel mondo»[8]. Tali concetti sono ribaditi sia nello Statuto CdE sia nella Cedu, che seguono la stessa impostazione, ai sensi dei quali lo Stato di diritto (*rectius* la preminenza del diritto) sarebbe uno dei tre pilastri, accanto alla democrazia e ai diritti dell'uomo[9]. Dalla «preminenza del diritto» ... «dipende ogni vera democrazia», essendo insieme alla libertà individuale e a quella politica parte del «patrimonio comune»[10].

Il principio della preminenza del diritto e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli individui, ai sensi dell'art. 3 dello Statuto CdE, sarebbero una precondizione per l'adesione di nuovi membri, al fine di garantire un'unione più stretta[11]. Inoltre, l'art. 8 dello Statuto CdE stabilisce un meccanismo di *extrema ratio* di difesa dello Stato di diritto, simile a quello istituito nell'ambito dell'UE nell'art. 7 TUE, secondo il quale ogni membro che contravvenga a tali principi può essere sospeso dal diritto di rappresentanza e persino espulso dal Consiglio d'Europa[12]. Sia l'art. 8 dello Statuto CdE sia l'art. 7 del TUE non sono stati mai attivati a causa delle difficoltà applicative che presentano.

In modo simile, neppure la Corte edu offre una definizione di Stato di diritto; tuttavia, ne ha confermato la concezione sostanziale, considerando che si tratta di una categoria intrinseca a tutti gli articoli della Cedu[13]. Nella versione francese la Corte di Strasburgo non utilizza soltanto l'espressione «*pre-eminence du droit*» ma anche «*Etat de droit*». Ad ogni modo, sulla base della sua giurisprudenza, nell'ambito del Consiglio d'Europa, sono stati identificati gli elementi caratterizzanti lo Stato di diritto, i quali permetterebbero di evitare l'arbitrarietà ed offrirebbero protezione all'individuo, in particolare nelle sue relazioni con i poteri pubblici. Tali elementi sarebbero: a) la cornice costituzionale ed organizzativa dello Stato (divisione dei poteri, ruolo della giustizia, garanzia del giudice naturale stabilito per legge, il diritto di voto, il potere dell'esecutivo

---

transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos, Informe del Secretario General, S/2004/616, 3.8.2004; e *Strengthening and coordinating United Nations rule of law activities, Report of the Secretary-General*, A/68/213/Add.1, 11.07.2014.

[8] Cfr. Preambolo DUDU.

[9] Cfr. Preambolo Cedu.

[10] Cfr. Preambolo dello Statuto del CdE.

[11] L'articolo 3 dello Statuto del CdE prevede che: «Ogni Membro del Consiglio d'Europa riconosce il principio della preminenza del Diritto e il principio secondo il quale ogni persona soggetta alla sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Esso si obbliga a collaborare sinceramente e operosamente al perseguimento dello scopo definito nel capo I».

[12] L'art. 8 dello Statuto del CdE dispone che: «Ogni Membro del Consiglio d'Europa che contravvenga alle disposizioni dell'articolo 3, può essere sospeso dal diritto di rappresentanza e invitato dal Comitato dei Ministri a recedere nelle condizioni di cui all'articolo 7. Il Comitato può risolvere che il Membro, il quale non ottemperi a tale invito, cessi d'appartenere al Consiglio dal giorno stabilito dal Comitato stesso». L'art. 9 dello stesso documento prevede che «Il Comitato può sospendere dal diritto di rappresentanza nel Comitato e nell'Assemblea Consultiva il Membro che non soddisfaccia agli obblighi finanziari, fintanto che non li abbia adempiuti».

[13] Corte edu, sentenza del 28 maggio 2001, *Stafford c. United Kingdom*, ricorso n. 46295/99, punto 63.

di rispettare ed applicare il diritto); b) il principio di legalità e di eguaglianza di fronte alla legge; c) il diritto al processo equo e ad un ricorso effettivo[14].

Dall'impostazione adottata nei principali documenti in materia di protezione dei diritti umani a livello internazionale e regionale soprattutto nell'ambito del Consiglio d'Europa, si deduce che la nozione di «Stato di diritto» si sovrapporrebbe, intrecciandosi in modo indissolubile con altri principi fondamentali come quello della «democrazia pluralista» e del «rispetto dei diritti umani»[15].

La relazione esistente tra Stato di diritto e società democratica è stata ripetutamente sottolineata anche dalla Corte edu nella sua giurisprudenza, a partire da quanto disposto nel preambolo della Cedu, che lo considera un elemento dell'eredità comune, ed è stata ribadita in una serie di documenti (risoluzioni e raccomandazioni) della Commissione di Venezia[16].

Quest'ultima, in particolare, sottolinea che, sebbene i diritti costituzionali statali abbiano adottato diverse concezioni, lo Stato di diritto costituisce una norma europea fondamentale che orienta l'esercizio dei poteri pubblici, insita in ogni società democratica, in virtù della quale le istanze decisionali devono rispettare i principi della dignità, dell'uguaglianza, della razionalità, e devono agire in conformità a quanto previsto per legge, permettendo alle persone di adire un giudice indipendente e imparziale per far valere i propri diritti.

Pertanto, nonostante dalle Costituzioni o dalla giurisprudenza degli Stati membri non si possa dedurre una definizione esatta o univoca di Stato di diritto, si può affermare l'esistenza di un denominatore comune, di un criterio che può orientare i giudici, guidandoli nell'interpretazione del diritto nazionale. Questo denominatore consta di un nucleo minimo di elementi *(core elements, benchmarks*), che non sono solo formali ma anche sostanziali (*materieller Rechtsstaatsbegriff*), tra cui in particolare: a) la legalità (secondo cui il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico); b) la certezza del diritto; c) il divieto di arbitrarietà; d) l'accesso alla giustizia davanti a un giudice indipendente e imparziale; e) il rispetto dei diritti dell'uomo e il principio di non discriminazione ed uguaglianza davanti alla legge.

Nel diritto dell'Unione il principio dello Stato di diritto è stato recepito in modo esplicito nel preambolo del Trattato di Maastricht, insieme alla libertà, alla democrazia e al rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e nell'art. 130 U, nell'ambito della cooperazione allo sviluppo (titolo XVII). L'art. F vi faceva implicitamente riferimento sia nel primo comma nella clausola sul rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri, riconoscendo che i loro sistemi di governo si fondano sui

---

[14] Ministers' Deputies, CM Documents, CM (2008)170 21 November 2008, 1042bis Meeting, 27 November 2008, The Council of Europe and the Rule of Law - An overview, pp. 7-11.

[15] *Ivi,* p. 5. Nel documento citato si afferma che: «*Democracy, rule of law and human rights can be seen as three partly overlapping circles. Some principles, such as equality and non-discrimination, belong to all three notions*» … «*Others are more directly associated with two of the three notions, such as the fair trial principle (rule of law and human rights) or the principles of freedom of expression, assembly and association (democracy and human rights). Still other principles operate principally in relation to one of the three notions (e.g. the human rights principle of freedom of movement*)».

[16] V. ad esempio, Commissione di Venezia, studio n. 512/2009 (CDL-AD(2011)003rev) del 4 aprile 2011.

principi democratici, sia nel secondo comma, mediante il rinvio ai «diritti fondamentali» garantiti dalla Cedu, frutto delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario.

Il Trattato di Amsterdam modificò questo articolo, riconoscendo in modo espresso la categoria dello Stato diritto tra i principi su cui si fonda l'Unione insieme alla libertà, alla democrazia, al rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i quali sono comuni agli Stati membri, e istituì il meccanismo sanzionatore *ex* art. 7 TUE, il quale prevede la sospensione di alcuni diritti in caso di una violazione grave e persistente di tali principi da parte di uno Stato membro. L'UE si era resa conto, infatti, della necessità di adottare strumenti che le permettessero di affrontare anche situazioni che non rientrassero nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE, qualora la violazione degli obblighi previsti nei trattati rappresentasse una minaccia sistemica.

Infine, l'art. 2 del TUE (versione Lisbona) considera lo Stato di diritto tra i «valori comuni» a partire dai quali si è costruita l'Unione e che la legittimano[17], insieme al rispetto della dignità, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dei diritti umani, inclusi quelli delle persone appartenenti a minoranze, nell'ambito di una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini[18]. Lo Stato di diritto e i valori che gli sono inerenti sono un elemento essenziale dell'identità dell'UE, in quanto insiti nella struttura fondamentale, politica e costituzionale dei suoi Stati membri (art. 4, par. 2, TUE), e costituiscono, inoltre, uno dei «criteri di Copenaghen»[19] (art. 49 TUE), i quali condizionano l'adesione all'UE al rispetto degli altri valori indicati nell'art. 2 TUE e dei diritti fondamentali e degli obblighi derivanti dai Trattati[20].

L'art. 2 TUE è completato[21] dall'art. 21 TUE che concepisce lo Stato di diritto come uno dei principi fondamentali che deve guidare l'azione esterna dell'UE al fine di

---

[17] Consiglio dell'Unione Europea, Conclusioni del Consiglio sui diritti fondamentali e lo stato di diritto e sulla relazione 2012 della Commissione sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bruxelles, 29 maggio 2013 (06.06) (OR. en) 10168/13, p. 3.

[18] In termini simili si esprimono il preambolo sia del TUE che della Carta. Al riguardo v. L. PECH, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, in *Jean Monnet Working Paper 04/09*, NYU School of Law, 2009, pp. 1-79. Secondo l'A. «[…] *similarly to national traditions, this principle has progressively and rightfully become a dominant organizational paradigm as regards the EU's constitutional framework, a multifaceted or umbrella legal principle with formal and substantive elements and which lacks "full" justiciability. The EU rule of law nonetheless presents distinctive features and, in particular, has a broader scope of application than the one it normally has at the national level. Indeed, it is also used as a politico-legal benchmark with respect to current EU Member States and prospective ones, and as a policy objective in relation to so-called third countries and other regional organizations*» (p. 9).

[19] I cc.dd. criteri di Copenaghen sono i tre criteri che ogni nuovo Stato membro deve soddisfare per aderire all'UE: 1) in campo politico: stabilità istituzionale che garantisca la democrazia, lo stato di diritto, i diritti umani, il rispetto e la protezione delle minoranze; 2) in campo economico: l'esistenza di una valida economia di mercato e la capacità di far fronte alla pressione competitiva e alle forze del mercato all'interno dell'Unione; 3) accettazione dell'acquis comunitario: la capacità di assumere gli obblighi inerenti all'adesione, inclusa l'adesione agli obiettivi dell'unione politica, economica e monetaria.

[20] In tal senso, v. le Conclusioni del Consiglio sui diritti fondamentali e lo stato di diritto e sulla relazione 2012 della Commissione sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, p. 13.

[21] Un'allusione al concetto di Stato di diritto si rinviene anche nel preambolo.

promuovere lo sviluppo dei paesi terzi. Tuttavia, neppure il Trattato di Lisbona offre una definizione di questa categoria, né dei suoi contenuti né istituisce dei meccanismi che ne assicurino la giustiziabilità.

La nozione di Stato di diritto, meramente enunciata nei Trattati istitutivi, è stata oggetto di maggiore attenzione da parte della Corte di giustizia, la quale non adotta una concezione meramente formale e procedurale di questa clausola (*thin*) ma ne evidenzia il valore sostanziale (*thick*), specificando che affermare l'esistenza di un'«Unione di diritto» implica che le istituzioni UE sono soggette al sindacato giurisdizionale della conformità dei loro atti sia rispetto al trattato sia «ai principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali»[22].

Inoltre, il Tribunale di Lussemburgo, sin dal caso *Les verts* (1986)[23], ha sottolineato che l'UE (in quel momento Comunità Europea) è una Comunità di diritto[24]. Di conseguenza, né i suoi Stati membri né le sue istituzioni possono sottrarsi al controllo sul rispetto da parte dei loro atti del Trattato, che costituisce la carta costituzionale fondamentale di questo sistema. A tal fine, si è creato un modello di giustizia decentrato, caratterizzato dalla dialettica costante tra i giudici europei (giudici nazionali e Corte di giustizia). La Corte di giustizia seppur non offra una definizione di Stato di diritto, lo include implicitamente nel novero dei principi costituzionali-strutturali dell'UE, attraverso un approccio legalista e procedurale basato sui principi di legalità, tutela giudiziaria e revisione giudiziaria, i quali costituiscono parte del patrimonio costituzionale comune e sono sottesi a tutti i moderni ordinamenti democratici[25].

Tale modello ha contribuito a rafforzare una nuova nozione di Stato di diritto, decentralizzata, la quale si alimenta delle interrelazioni tra l'Unione Europea e gli Stati membri. Le conseguenze delle deficienze strutturali del sistema giudiziario, verificatesi anche solo in uno degli Stati membri, acquistano una dimensione che trascende le frontiere statali, non costituendo delle fattispecie isolate ma potendo produrre conseguenze negative sugli altri Stati e nei confronti dell'UE.

La relazione di reciproca dipendenza tra il rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri UE e la tenuta dei loro sistemi di giustizia si è sempre più rafforzata, attraverso la progressiva europeizzazione dell'ambito della giustizia e degli affari interni, da cui successivamente si è sviluppata la cooperazione giudiziaria in materia penale (c.d. ex terzo pilastro).

Detto ambito, che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stato comunitarizzato, acquistando una dimensione sovranazionale, comprende l'insieme dei meccanismi giudiziari ed extragiudiziari, di carattere civile, penale e di polizia, diretti a risolvere i problemi derivanti da fattispecie dotate di una dimensione transfrontaliera,

---

[22] *Ex pluribus*, Corte di giustizia, sentenza del 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio dell'Unione europea*, C-50/00 P, ECLI:EU:C:2002:462, punti 38 e 39; Corte di giustizia, sentenza del 3 settembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea*, C 402/05 P e C 415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, punto 316.

[23] Corte di giustizia, sentenza del 20 febbraio 1984, *Les Verts c. Parlamento*, causa 190/84, ECLI:EU:C:1988:94.

[24] Nella sentenza della Corte di giustizia UE, del 18 luglio 2013, *Comisión c. Kadi*, C-584/10 P, EU:C:2013:518, punto 66, si definisce l'Unione come un'Unione di diritto.

[25] In tal senso, L. PECH, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, cit., p. 16.

ovvero caratterizzate da elementi di extraterritorialità. In particolare, gli strumenti di cooperazione giudiziaria intendono favorire l'integrazione tra i diversi sistemi di giustizia europei, mediante il riconoscimento mutuo delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, la prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri, l'adozione di norme che permettano di colmare le lacune normative presenti nei diversi Stati membri e favorire il ravvicinamento delle loro legislazioni. Questi meccanismi sono volti non solo a rafforzare il mercato interno, attraverso uno spazio economico e monetario comune, ma soprattutto ad offrire ai cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG), in cui sia i cittadini sia le istituzioni nazionali abbiano fiducia nei sistemi giuridici di tutti gli altri Stati membri.

2. La c.d. «*rule of law backsliding*».

Nell'ultimo decennio, l'Unione Europea è stata messa a dura prova da una pluralità di crisi, che stanno determinando un'involuzione dei principi strutturali, sui quali si è costruita, pregiudicando la tenuta della democrazia. Nel contesto attuale, infatti, alla crisi dell'euro e della *multilevel governance*, aggravata dal risultato negativo del referendum sulla *Brexit*, si aggiungono la crisi umanitaria dei rifugiati, che ha messo in discussione il Sistema di Schengen, e la crisi della politica europea di difesa e sicurezza con la minaccia del terrorismo[26].

La cornice descritta sta favorendo, a sua volta, l'ascesa a livello globale di partiti populisti e di movimenti antidemocratici, sia di destra che di sinistra, caratterizzati dalla presenza di personalità carismatiche, che, con le loro politiche eversive, stanno questionando i valori e i principi fondamentali dell'Unione, i quali dovrebbero essere condivisi e rispettati da tutti gli Stati membri. Si tratta della risposta ad una situazione

[26] Sul carattere multidimensionale della crisi che sta attraversando l'UE si veda: J.E. FOSSUM, A.J. MENÉNDEZ (eds.), *The European Union in Crises or the European Union as Crises?*, in *ARENA Report*, n. 2, Centre for European Studies, University of Oslo, Oslo, 2014; A.J. MENÉNDEZ, *La mutación constitucional de la Unión Europea*, in *REDC*, n. 96, 2012, p. 44. Secondo l'A., «[…] *lo que habitualmente denominamos la crisis europea es en realidad la agregación y superposición de cinco crisis (económica, financiera, fiscal, de gobierno macro-económico y política), que a su vez resultan de cinco debilidades estructurales de la Unión Europea: (1) carencia de un modelo económico capaz de sostener el Estado Social y Democrático de Derecho a medio y largo plazo; (2) pretensión de emancipar el sistema financiero de la economía en su conjunto (y, obviamente, en particular de las actividades no financieras), lo que desencadenó un proceso insostenible de financiarizacion de la economía; (3) progresiva pérdida de la base cognitiva y de instrumentos de coerción efectivos para asegurar la viabilidad fiscal del Estado; (4) pérdida o renuncia de las palancas fundamentales de gobierno macroeconómico o renuncia a utilizarlas; (5) creciente heterogeneidad de las Constituciones socio-económicas de los Estados miembros de la Unión Europea, que hace más frágil un proceso de integración basado esencialmente en la síntesis de las tradiciones constitucionales nacionales*». A questo proposito, v. anche V. FAGGIANI, *La UE ante los nuevos desafíos: ¿hacia la desintegración del sueño Europeo?*, in F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López, J.F. Sánchez Barrilao (ed.), *La reforma de la gobernanza económica de la Unión Europea y el progreso de la integración política*, Thomson Reuters, Aranzadi, 2017, pp. 419-437.

di disaffezione nei confronti delle istituzioni statali ed europee, a causa delle misure adottate negli ultimi anni e delle contraddizioni del sistema[27].

Quando si fa riferimento alla c.d. «crisi dei valori» dell'UE, non ci si riferisce semplicemente a degli incidenti isolati, che interessano in particolare determinati Stati, ma ad una situazione generalizzata, che ha assunto dimensioni sistemiche, nella quale si constata la violazione reiterata degli elementi fondamentali dello Stato di diritto in vari Paesi. Si tratta di un «momento costituzionale», di una situazione destinata ad incidere fortemente sull'assetto delle democrazie, in cui è necessario che l'UE opponga delle «linee rosse»[28].

Questa crisi è stata finora sottovalutata. Da una parte, non richiedeva una risposta così immediata ed urgente, come le altre; dall'altra si pensava che riguardasse solo pochi Stati dell'UE, in particolare dell'area centro-orientale, tradizionalmente considerati più deboli. Non si prevedeva che si sarebbe estesa; si credeva, piuttosto, che sarebbe stato possibile rientrare nella normalità, una volta superata la difficile congiuntura. L'UE non ne aveva calcolato né l'intensità né i suoi effetti sul progetto di integrazione.

Tale contesto è stato se non determinato, di sicuro aggravato dalla crisi economica dell'ultimo decennio, la quale, alterando in modo definitivo le relazioni tra Stato e mercato, ha contribuito ad erodere progressivamente la struttura costituzionale dello Stato sociale e dell'UE come organizzazione politica[29]. Le misure adottate dagli Stati dell'UE non hanno prodotto solo importanti conseguenze in ambito economico,

---

[27] J.-W. MÜLLER, *The EU as a militant democracy, or: are there limits to Constitutional mutations within EU member States?*, in *REP*, n. 165, 2014, pp. 141-162. L'A. al riguardo fa riferimento non solo alla crisi dell'UE ma all'esistenza di diversi deficit democratici all'interno dei singoli Stati membri («*In short: we might now also find distinct democratic deficits within individual Member States*», p. 142).

[28] Cfr. A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI, M. SCHMIDT, *Un possibile «momento costituzionale» per lo Stato di diritto europeo. L'importanza delle linee rosse*, in *www.forumcostituzionale.it*, 12 luglio 2018, pp. 1-11. E più recentemente: v.: A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *Un possibile "momento costituzionale" per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2018, pp. 855-878.

[29] Sulla crisi economica come crisi costituzionale dello Stato sociale e democratico di diritto *ex multis*: E. ÁLVAREZ CONDE, *El derecho constitucional y la crisis*, in *Rev. Derecho Polít.*, n. 88, 2013, pp. 83-122; G. AMATO, *Il costituzionalismo oltre i confini dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2013, pp. 1-8; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisis económica y crisis constitucional en Europa*, in *REDC*, n. 98, 2013, pp. 91-107; M. DAWSON, F. WITTE, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis*, in *MLR*, vol. 76, n. 5, 2013, pp. 817-844; A.J. MENÉNDEZ, *De la crisis economica a la crisis constitucional de la Union Europea*, Eolas Ediciones, León, 2012; C. DE CABO MARTÍN, *La crisis del Estado Social*, Barcelona, Ppu, 1986; ID., *Constitucionalismo del Estado social y Unión Europea en el contexto globalizador*, in *ReDCE*, 2009, n. 11, pp. 17-48; ID., *Propuesta para un constitucionalismo crítico*, in *ReDCE*, 2013, n. 19, pp. 387-399; V. FAGGIANI, *La constitucionalización del «equilibrio presupuestario»: entre spending review y garantía del nivel mínimo de las prestaciones sociales*, in M.A. García Herrera, J. Asensi Sabater, F. Balaguer Callejón (coords.), in *Constitucionalismo crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 709-743; G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione: Le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2013, pp. 905-919; A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione (Relazione conclusiva per l'Italia delle V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale su «La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale», Lecce, 14-15.09.2012)*, in *www.giurcost.org*, pp. 1-21. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali — Relazione al XXVIII Convegno Annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2013, pp. 1-39.

permettendo soprattutto ad alcuni (come Grecia, Spagna e Portogallo) di evitare il *default* e di riacquistare la fiducia dei mercati internazionali, ma hanno avuto delle ricadute sugli equilibri costituzionali interni di tutti gli Stati membri, incidendo sui loro principi fondamentali e contribuendo a plasmare progressivamente un nuovo modello.

Le misure di austerità, anche se hanno permesso di superare la situazione di iniziale emergenza economica, hanno pregiudicato sia le conquiste dello Stato sociale e democratico di diritto, snaturando alcune delle sue principali categorie, compresa l'effettività dei diritti fondamentali, in particolare dei diritti sociali, sia la distribuzione del potere politico tra Stato centrale ed autonomie territoriali. La crisi della moneta unica non è solo di carattere economico ma ha piuttosto un carattere multidimensionale, che ha leso profondamente le basi costituzionali dello Stato di diritto, mostrando tutte le sue debolezze.

Allo stesso tempo, l'UE non si aspettava né l'esito positivo del referendum sulla Brexit, né la violenta esplosione del terrorismo di matrice jaddista, né l'arrivo nel 2015 di più di 1.500.000 persone costrette a fuggire da Paesi in guerra come la Siria, l'Iraq e l'Afghanistan o da una situazione di collasso economico come quella che sta coinvolgendo il Venezuela. Secondo le stime dell'Acnur il numero di persone alla ricerca di protezione internazionale in tutto il mondo supera attualmente i 70.000.000, una cifra che non è destinata a diminuire e che produrrà dei cambiamenti strutturali nella nostra società[30].

Ad ogni modo, la crisi dello Stato di diritto non è solo il risultato, la diretta conseguenza delle insufficienti politiche economiche e monetarie dell'UE né della cattiva gestione della crisi umanitaria dei rifugiati, ma soprattutto delle carenze che hanno da sempre caratterizzato il processo di integrazione e delle sue contraddizioni. L'allargamento dell'UE in blocco agli Stati dell'Est tra il 2004 e il 2007, subito dopo il crollo del muro di Berlino (1989) e la conseguente caduta dei regimi comunisti, che ruotavano intorno all'ex Unione Sovietica, i quali non potevano ancora contare su un regime democratico forte, ha indebolito il progetto di integrazione ed i valori europei fondamentali. Malgrado i progressi fatti soprattutto da alcuni Stati, non si è riusciti a sanare la profonda frattura esistente tra Europa occidentale ed orientale[31].

[30] V. il rapporto di ACNUR, *Tendencias Globales. Desplazamiento forzado en 2016*, in *www.acnur.org*, 2017, 72 pp.
[31] A. MANGAS MARTÍN, *Polonia en el punto de mira ¿solo riesgo de violación grave del Estado de Derecho?*, in *RGDE*, n. 44, 2018, pp. 1-12.

Da una parte, la Romania e la Bulgaria[32] non sono mai state pronte per entrare nell'UE; dall'altra l'Ungheria[33] e la Polonia[34], soprattutto dopo le riforme degli ultimi anni, hanno assunto una posizione alquanto singolare nel panorama europeo, a causa dell'adozione di disposizioni costituzionali e legislative che alterano il corretto esercizio della funzione giudiziaria, determinando un'involuzione, che sta pregiudicando gli aspetti più essenziali dello Stato di diritto.

In particolare, il cambio di rotta della Polonia non era prevedibile. Questo paese si era distinto negli ultimi 25 anni per essere riuscito a superare un passato difficile. Gli sforzi realizzati le avevano permesso di resistere più degli altri Stati dell'UE alla crisi e alla recessione economica, diventando un esempio[35]. Ciononostante, dal 2015, a seguito dell'ascesa al potere del partito Diritto e Giustizia (PiS), ha adottato un pacchetto di misure palesemente contrarie ai principi fondamentali dello Stato di diritto, inducendo, come noto, la Commissione europea, dopo lunghe esitazioni, a proporre per la prima volta al Consiglio l'applicazione dell'art. 7 TUE, la c.d. «opzione nucleare»[36].

La dottrina ha iniziato ad utilizzare il concetto di *backsliding* per fare riferimento al processo di erosione dello Stato di diritto[37]. Si tratta di un fenomeno progressivo. Non

---

[32] Al riguardo v.: J.-W. MÜLLER, *op. cit.*, p. 145. A suo avviso, «[…] *it has to be remembered —and this is again a political point, not a legal one— that one of the explicit goals of European enlargement to the East was to consolidate liberal democracies (or, in the case of Romania and Bulgaria, complete the transition to liberal democracy in the first place). The region's governments sought to lock themselves into Europe so as to prevent "backsliding"; it was like Ulysses binding himself to the mast in order to resist the siren songs of illiberal and antidemocratic voices in the future*». L'esistenza di problemi sistemici era già stata messa in rilievo in relazione a tre paesi: Romania, Francia ed Ungheria, in particolare, in V. REDING, *op. cit*. Al riguardo v. anche: D. KOCHENOV, L. PECH, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, in *EuConst*, vol. 11, n. 3, 2015, pp. 512-540.

[33] La riforma della Costituzione ungherese, approvata nel 2011, entrò in vigore il 1º gennaio 2012.

[34] Sulla situazione della Polonia, v. *infra.*

[35] Al riguardo, si permetta il rinvio a V. FAGGIANI, *Polonia: «¿a green island in the EU economic crisis?*, in F. Balaguer Callejón, M. Azpitarte Sánchez, E. Guillén López e J.F. Sánchez Barrilao (eds.), *El impacto de la crisis económica en los UE y en los Estados miembros*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, pp. 389-414.

[36] Il presidente Barroso nel suo discorso annuale sullo stato dell'Unione pronunciato al Parlamento europeo nel settembre 2012 aveva dichiarato: «Abbiamo bisogno di sviluppare meglio i nostri strumenti, superando la dicotomia tra il "potere leggero" della persuasione politica e l'"opzione nucleare" dell'art. 7 del TUE». Al riguardo v. anche la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, cit., p. 2. Sui limiti dell'art. 7 TUE, si rinvia a: B. NASCIMBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Rivista.eurojus.it*, 24 ottobre 2017, pp. 1-9.

[37] Per un'analisi della categoria della «*backsliding*» si rinvia a J.-W. MÜLLER, *op. cit.*; ID., *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, in *ELJ*, vol. 21, n. 2, 2015, pp. 141-160. Sulla *backsliding* in Ungheria e in Polonia v. G. HALMAI, *Second-Grade Constitutionalism? Hungary and Poland: How the EU Can and Should Cope with Illiberal Member States*, in I. Motoc, P. Pinto de Albuquerque, K. Wojtyczek (eds.), in *New Developments in Constitutional Law, Essays in Honour of András Sajó*, Eleven International Publishing, Aia, Paessi Bassi, 2018, pp. 159-177; ID., *Is There Such Thing as 'Populist Constitutionalism'? The Case of Hungary*, in *FJHSS*, vol. 11, n. 3, 2018, pp. 323-339; e ID., *How the EU can and should cope with illiberal Member States*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2018, pp. 313-340; K.L. SCHEPPELE, L. PECH, *What is Rule of Law Backsliding?*, in *verfassungsblog.de*, 2 marzo 2018; L. PECH, K.L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *CYELS*, vol. 19, 2017, pp. 3-47. Questo concetto appare anche nei documenti delle istituzioni europee: European Commission, Turkey 2016 Report, Commission Staff Working Document, SWD (2016) 366 final,

si produce una degenerazione immediata come nel caso di un colpo di stato o della dichiarazione dello stato di emergenza (*authoritarian reversion*). Si tratterebbe, piuttosto, di una situazione di «*constitutional retrogression*», in cui si ravvisa un sistematico indebolimento dei suoi elementi strutturali[38]. Lo schema si sta ripetendo con gli stessi canoni in diversi Stati dell'UE. I casi dell'Ungheria e della Polonia costituiscono l'esempio di una tendenza generalizzata, che sta contribuendo a sviluppare un nuovo modello, alternativo seppur antitetico a quello tipico delle democrazie costituzionali del secondo dopoguerra.

Il processo di erosione ha avuto inizio con la perdita di fiducia da parte dei cittadini nei sistemi di governo (nazionali e dell'UE) a causa dell'aumento della disuguaglianza, della persistente disoccupazione e del divario sociale. Uno dei primi effetti della crisi economica è stato, infatti, la crisi dei partiti e l'emersione di nuovi movimenti reazionari, i quali stanno riuscendo a convincere i cittadini scontenti con vane promesse di rompere il vigente quadro costituzionale, duramente attaccato, e di dare una svolta, attraverso radicali cambiamenti.

Si tratta di un'involuzione che colpisce i tre elementi essenziali del concetto di democrazia: elezioni competitive, diritti fondamentali ed un sistema giudiziario ed amministrativo che rispetti la legge e sia funzionale alle scelte democratiche. Questi nuovi governi «autocratici», appena raggiunto il potere, sono soliti adottare una serie di riforme volte ad annullare l'autonomia di quelle istituzioni che potrebbero ostacolare il rafforzamento dei loro poteri, come il potere giudiziario, le forze di sicurezza e i mass media, al fine di controllare il dibattito pubblico ed eliminare punti di vista alternativi ed opinioni dissenzienti. Dall'altra, adottano misure demagogiche con cui cercano di alleviare (naturalmente solo in apparenza) il malcontento della società. I cittadini in generale si rendono conto di essere stati ingannati quando ormai è troppo tardi.

Secondo Müller la *rule of law blacksliding* è il processo mediante il quale le autorità pubbliche volontariamente elette implementano schemi governativi tendenti ad annientare o almeno ad indebolire in modo sistematico i controlli interni al potere con lo scopo di smantellare lo Stato democratico liberale[39]. Questo processo non interessa solo i cittadini del paese in cui sono state adottate misure controverse ma anche i cittadini dell'Unione che vi risiedono, pur possedendo la nazionalità di un altro, ed indirettamente tutti cittadini dell'UE. Bisogna, infatti, considerare che tali paesi continuano ed essere parte dell'Unione e, pertanto, a partecipare ai suoi processi decisionali, incidendo sulle sue scelte, e ad adottare norme che vincolano tale spazio.

Tuttavia, uno Stato, che assume caratteri illiberali, non si sente più vincolato al rispetto dei valori europei fondamentali né avrà più interesse a realizzare una corretta

---

9.11.2016, p. 17.

[38] Fanno riferimento ad una situazione di «*constitutional retrogression*»: A. HUQ, T. GINSBURG, *How to Lose a Constitutional Democracy*, in *UCLA L. Rev*, 78, 2018, pp. 65-169 (in particolare v. p. 94 ss e 117 ss.).

[39] J.-W. MÜLLER, *Should the EU protect democracy and the rule of law inside Member States*, cit., p. 141. Secondo l'A. la: «*rule of law backsliding as the process through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party*».

applicazione del diritto dell'Unione. Si tratta di una strategia diretta a minare il pluralismo e a smantellare in modo definitivo lo Stato di diritto. Quando uno Stato si trova in una situazione di grave crisi costituzionale, in cui la separazione dei poteri, la giustizia costituzionale, il sistema giudiziario e i mass media soffrono violazioni reiterate e sistematiche, non sarà neppure disposto a collaborare e dialogare con le istituzioni europee. Le vicissitudini di uno Stato membro sono destinate a produrre i loro effetti sull'UE e sulla sua architettura nel suo complesso. In tal senso, «uno Stato di diritto deficiente si traduce, automaticamente, in uno Stato di diritto dell'UE deficiente»[40].

In definitiva, la crisi dei valori come crisi dello Stato di diritto è un problema nuovo e diffuso, la conseguenza naturale dell'esistenza di carenze di natura sistemica, il quale sta producendo un'involuzione. Da lì, la necessità di elaborare una strategia che permetta alle istituzioni europee e agli Stati membri, attraverso processi interni di rigenerazione costituzionale, di reagire a questa situazione, frenando l'avanzata delle democrazie illiberali[41] e ristabilendo la separazione dei poteri, attraverso l'adozione di un «diritto costituzionale della crisi o dell'emergenza» [42].

3. La fiducia reciproca: tra presunta equivalenza ed esistenza di un sistema a geometria variabile.

Il concetto di «carenza sistemica» rinvia all'esistenza nell'ambito di uno Stato dell'UE di deficienze o problemi strutturali, che provocano la violazione reiterata e

---

[40] In tal senso, v. A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *La deficiencia sistémica en el Estado de Derecho: qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer*, in *REP*, n. 165, 2014, pp. 19-64. Gli autori definiscono la crisi sistemica come crisi costituzionale dei valori dell'UE, affermando che «*Un deficiente Estado de Derecho interno se traduce, automáticamente, en un deficiente Estado de Derecho de la UE. La UE, como Comunidad de Derecho, como Unión de Derecho y, por tanto, como la totalidad de una estructura, se desmorona, y a los individuos se niega un derecho europeo verdaderamente fundamental: el derecho de tener derechos europeos*» (p. 27). Per un'analisi della crisi dello Stato di diritto, si rinvia anche a: A. JAKAB, D. KOCHENOV, *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, 2017.

[41] A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. TABOROWSKI, M. SCHMIDT, *Un possibile «momento costituzionale» per lo Stato di diritto europeo. L'importanza delle linee rosse*, cit., p. 2. Secondo gli autori dall'atteggiamento dell'UE si potrà comprendere se le democrazie illiberali abbiano diritto di cittadinanza nell'ordinamento pubblico europeo come previsto dall'art. 2 TUE ovvero siano da questo osteggiate. Nel primo caso lo Stato di diritto europeo diventerebbe tale da ricomprendere quanto sta succedendo in Polonia, che potrebbe costituire un precedente per altri Stati (come la Turchia). Nel secondo caso, lo Stato di diritto europeo imporrebbe delle «linee rosse». Anche ciò corrisponderebbe ad un momento costituzionale, poiché darebbe sostanza e mordente ai valori europei.

[42] Sulla necessità dello sviluppo di un diritto costituzionale della crisi, vale a dire della necessità di rispondere alle crisi costituzionali nel rispetto e sotto il controllo dei principi costituzionali fondamentali, v.: A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *La deficiencia sistémica en el Estado de Derecho: qué es, qué se ha hecho y qué se puede hacer*, cit., pp. 61 e 62. Gli stessi ordinamenti interni generalmente hanno recepito a livello costituzionale una serie di disposizioni per regolare eventuali stati di «eccezione» o di «emergenza», suscettibili di alterare l'ordine giuridico costituito. Per un panorama di tali stati nel diritto comparato si rinvia a: V. FAGGIANI, *Los estados de excepción. Perspectivas desde el derecho constitucional europeo*, in *ReDCE*, n. 17, 2012, pp. 181-232.

sistematica dei principi fondamentali dello Stato di diritto. Tali problemi, derivanti dall'adozione di misure palesemente contrarie al diritto UE, sono destinati ad incidere non solo sull'ordinamento interno dello Stato che le ha adottate ma sull'ordinamento dell'Unione nel suo complesso.

In tali Stati, infatti, si ravvisa non tanto l'impossibilità quanto piuttosto l'assenza della volontà di collaborare con le istituzioni europee e con gli altri Stati membri. Si tratta di un atteggiamento in evidente contrasto con il principio di leale cooperazione, il quale è volto a garantire la corretta ed uniforme applicazione ed interpretazione del diritto dell'UE (art. 4, par. 3, TUE), e con la fiducia reciproca, che costituisce la base per l'applicazione del principio del riconoscimento mutuo.

Quando uno Stato non adempie al dovere fondamentale di cooperazione, in virtù del quale deve adottare tutte le misure di carattere politico, amministrativo e giudiziario (sia in materia civile sia penale) necessarie per garantire l'effetto utile del diritto dell'UE, sta mettendo altresì a repentaglio l'intera costruzione europea. Si tratta di un processo circolare: se si rompe un anello della catena si frantuma tutto il meccanismo. Nei sistemi, caratterizzati da carenze sistemiche, infatti, generalmente si creano spazi di impunità, in cui i poteri pubblici si sentono liberi di adottare misure che ledono in modo sistematico i diritti fondamentali dei cittadini. Quando, pertanto, in tali Stati si supera la c.d. soglia di tolleranza, è necessario un intervento dell'UE per ristabilire la certezza del diritto e la fiducia nelle istituzioni non solo dei cittadini ma anche degli altri Stati membri.

La fiducia reciproca e il principio di equivalenza sono gli elementi costitutivi, il prerequisito, per il corretto funzionamento del riconoscimento mutuo delle sentenze e delle decisioni giudiziarie, principio fondamentale alla base della cooperazione sia in materia civile-commerciale sia in materia penale[43]. Questo meccanismo permette che le decisioni adottate da un organo giurisdizionale nazionale siano automaticamente (o quasi) riconosciute ed eseguite negli altri Stati membri.

Il concetto di fiducia reciproca, la cui importanza è fondamentale per la creazione e lo sviluppo di uno spazio europeo senza frontiere interne, si deve concepire non solo

---

[43] Sul principio del riconoscimento mutuo delle sentenze e delle decisioni giudiziarie in materia penale, *ex multis, vid.*: C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2006; M. DE HOYOS SANCHO, *Armonización de los procesos penales, reconocimiento mutuo y garantías esenciales*, in M. De Hoyos Sancho (coord.), *El proceso penal en la Unión Europea: Garantías esenciales/Criminal proceedings in the European Union: essential safeguards*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 42-79; ID., *El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea: ¿asimilación automática o corresponsabilidad?*, in *Revista derecho com. eur.*, n. 22, 2005, pp. 807-842; ID., *El principio de reconocimiento mutuo como principio rector de la cooperación judicial europea*, in M. Jimeno Bulnes (coord.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Bosch, Barcelona, 2007, pp. 67-93; V. FAGGIANI, *El principio de reconocimiento mutuo en el espacio europeo de justicia penal. Elementos para una construcción dogmática*, in *RGDE*, n. 38, 2016, pp. 73-107; e più recentemente ID., *Los derechos procesales en el espacio europeo de justicia penal. Técnicas de armonización*, Aranzadi, 2017, pp. 127-175 (in particolare sulla fiducia reciproca si rinvia a pp. 154-168); M. JIMENO BULNES, *Perspectiva de la Orden europea de detención y entrega: el principio de reconocimiento mutuo y la cooperación judicial en la Unión Europea*, in J. Burgos Ladrón de Guevara (coord.), *La cooperación judicial entre España e Italia. La Orden europea de detención y entrega en la ejecución de sentencias penales*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2017, pp. 5-33; J.R. SPENCER, *The Principle of Mutual Recognition*, in R.E. Kostoris, *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, 2018, pp. 281-295.

in termini di conformità al diritto dell'UE e, in particolare, di rispetto dei diritti fondamentali, che costituiscono il parametro di valutazione degli atti adottati nel seno dell'Unione ma anche di corretta applicazione da parte degli altri Stati. Di conseguenza, se uno Stato non rispetta i valori europei fondamentali *ex* art. 2 TUE (tra cui lo Stato di diritto), gli altri Stati membri, attraverso le istituzioni europee, sono tenuti a reagire, poiché è necessario che siano rispettati in tutto il territorio dell'Unione.

Il concetto di fiducia reciproca non è stato recepito in modo espresso nei Trattati istitutivi. Inoltre, né il legislatore europeo nei vari strumenti di diritto derivato, né la Corte di giustizia hanno elaborato una nozione chiara, limitandosi a formulare delle mere dichiarazioni di principio.

La Corte di Lussemburgo, in particolare, ha iniziato a riconoscerne l'esistenza nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale per facilitare l'applicazione del *ne bis in idem* transnazionale, ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen (CAAS), costituendo la causa *Gözütok e Brügge* il *leading case*[44]. In questa pronuncia la Corte di giustizia afferma che «il principio del *ne bis in idem*, sancito nell'art. 54 della CAAS, […] implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale», i quali devono accettare «l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse»[45].

Malgrado l'assenza di un riconoscimento normativo esplicito a livello dei Trattati, il fondamento della fiducia reciproca si rinviene nell'art. 2 TUE, in quei valori costituenti il nucleo duro del patrimonio costituzionale degli Stati dell'Unione. Il fatto che sia stata configurata come una categoria ibrida[46], dotata di contorni indefiniti, non è casuale: la necessità di favorire l'adesione all'UE di un numero sempre maggiore di Stati per avanzare nel processo di integrazione rese necessario costruire la finzione della protezione equivalente, mediante il filtro del riconoscimento mutuo, nella speranza che anche i nuovi Stati raggiungessero rapidamente lo standard minimo richiesto. L'attuale

---

[44] Corte di giustizia UE, sentenza dell'11 febbraio 2003, *Gözütok e Klaus Brügge*, C-187/01 e C-385/01, ECLI:EU:C:2003:87.

[45] *Ivi,* punto 33. Realizza un'interessante analisi della portata della fiducia reciproca nella cooperazione giudiziaria in materia penale S. Montaldo, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione Europea,* Editoriale Scientifica, Napoli, Collana: Univ. Torino-Quaderni dip. giurisprudenza, 2015, pp. 367-370, il quale sottolinea l'importante contributo giurisprudenziale nella «definizione della natura e della portata del principio. Inoltre, l'assenza di una "rete di sicurezza" di norme minime comuni fa sì che, a livello sovranazionale, la situazione tipica in cui il divieto di doppio giudizio opera sia paragonabile all'equilibrismo su una fune tesa a grande altezza tra due sistemi penali che si fronteggiano in quanto tali, senza mediazioni normative o istituzionali. Le autorità giudiziarie di due Stati membri, con i rispettivi bagagli di cultura, norme e prassi giuridiche, si trovano a dover decidere quale delle due debba cedere il passo, alla luce del quadro positivo interno e dell'attività processuale già compiuta in sede nazionale. In simili situazioni, sembra suggerire la Corte, l'assenza di fiducia equivale ad una certa e rovinosa caduta, con esiti infausti per le autorità giudiziarie, per la persona nei confronti della quale si proceda e, a livello sistematico, per lo spazio giudiziario europeo» (pp. 367-368).

[46] A. WILLEMS, *Mutual trust as a term of art in EU criminal law: revealing its hybrid character*, in *EJLS*, vol. 9 n. 1, 2016, pp. 211-249.

crisi dell'UE pare però che stia facendo affiorare tutte le contraddizioni che si era cercato di nascondere o, comunque, di mantenere in un secondo piano.

Ciononostante, la fiducia reciproca (e di conseguenza il principio di equivalenza) continua ad essere uno dei capisaldi del sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali. L'alto livello di sviluppo raggiunto dalla cooperazione giudiziaria in materia penale esige, infatti, di concederle un valore autonomo e non meramente referenziale, includendola tra i valori comuni di cui all'art. 2 TUE o incorporandola in una specifica disposizione.[47]

Come si è anticipato, la fiducia reciproca costituisce la *conditio sine qua non* per il corretto funzionamento del riconoscimento mutuo. A sua volta, questa categoria si basa sulla presunzione *iuris tantum* del rispetto da parte degli Stati membri del diritto dell'UE e sul presupposto che i sistemi di giustizia degli Stati membri siano equivalenti. Il fatto che le diverse normative interne siano funzionalmente comparabili, non significa che le legislazioni degli Stati membri debbano essere omogenee ma solo che le garanzie processuali e i principi fondamentali dei sistemi di giustizia interni rispondono ad una cornice minima comune e a valori generalmente condivisi (art. 2 TUE) e che devono garantire un livello di protezione simile. Tali valori europei fondamentali costituiscono sia il nucleo dell'identità costituzionale dei singoli Stati membri sia dell'UE nel suo complesso (art. 4, par. 2, TUE)[48]. L'esistenza di un nucleo minimo di valori comuni[49], su cui si basa la fiducia reciproca, permette di avvicinare i diversi ordinamenti, favorendo l'armonizzazione dei sistemi di giustizia penale e garantendo, altresì, il carattere automatico del riconoscimento mutuo delle sentenze e delle decisioni giudiziarie[50].

---

[47] V. P.J. MARTÍN RODRÍGUEZ, *Confianza Mutua y Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, in A.Mª. Salinas De Frías e E.J. Martínez Pérez (dirs.), *La Unión Europea y la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 247-258. L'A. ritiene correttamente che «[…] *el principio de confianza mutua solo podría desarrollar un contenido propio o autónomo si hubiese una cláusula en los Tratados que prescribiese que los EEMM se deberán confianza mutua (una auténtica full faith and credit clause) o, al límite, si la confianza mutua estuviera contemplada en el art. 2 TUE como uno de los valores en que se basa la Unión y sus EEMM. En su defecto, dicho principio no puede tener más que un contenido referencial*», p. 248.

[48] Corte di giustizia UE, parere 2/13, 18 dicembre 2014, Adesione dell'Unione alla Cedu, EU:C:2014:2454, punto 168.

[49] MªP. CALDERÓN CUADRADO, *¿Hacia una europeización del proceso?*, in J. Martín Ostos (coord.), *El Derecho Procesal en el espacio judicial europeo: estudios dedicados al catedrático Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 125-150. Secondo l'A., «*el reconocimiento mutuo fue consecuencia de un cambio de mentalidad que surgió a finales del siglo pasado y que se inspiró en la confianza, de un lado, y en la equivalencia, de otro. Confianza, se dijo –y dirá–, en unos ordenamientos jurídicos de carácter estatal y de cuidado especial por los derechos humanos... y confianza también y además en una aplicación intachable a cargo de los órganos jurisdiccionales internos. La equivalencia, por su parte, se refirió –y refiere– a las resoluciones judiciales adoptadas en los distintos países integrantes de la Unión y se dio –y da– por pertenecer todos a una misma comunidad jurídica, por partir de unos mismos valores y objetivos y por responder el enjuiciamiento a unas mismas garantías*» (p. 132).

[50] P.J. MARTÍN RODRÍGUEZ, *Confianza Mutua y Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, cit. L'A. considera che: «*Dos claves, creo, han de mencionarse aquí. Primera, que este fundamento (la debida confianza mutua) actúa de manera subsidiaria y residual en la medida en que el espacio que comprende queda definido por cuándo opera el reconocimiento y para todo aquello no cubierto por el sustrato normativo común. Segunda, que la equivalencia no desaparece sino que se traslada del reconocimiento a la confianza: los EEMM se deben confianza mutua porque en todos ellos el respeto de los derechos fundamentales no solo existe, sino que es equivalente. El corolario de este planteamiento normativo es justamente el opuesto al que se viene manejando: la cuestión central a determinar no*

La fiducia reciproca (che non è fiducia cieca/«*blind trust* »[51]) ed il principio di equivalenza sono sottoposti al rispetto da parte dello Stato di emissione dei diritti fondamentali e dei principi giuridici enunciati nell'art. 6 del TUE e nella Carta, in particolare il titolo VI, dedicato alla giustizia[52], ai principi sanciti nel diritto internazionale e negli accordi internazionali di cui sono parte l'Unione o gli Stati membri, *in primis* la Cedu, così come nelle Costituzioni[53].

Inoltre, «Ogni limitazione di tali diritti derivante dall'applicazione del riconoscimento mutuo dovrebbe rispettare pienamente i requisiti stabiliti nell'art. 52 della Carta quanto alla necessità, agli obiettivi di interesse generale da perseguire, nonché all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»[54]. In modo analogo, l'art. 82 TFUE, sebbene non faccia riferimento in modo esplicito alla fiducia reciproca prevede il riconoscimento mutuo e l'art. 67 TFUE lo condiziona al rispetto dei diritti fondamentali e dei sistemi e delle tradizioni giuridiche degli Stati membri, che pertanto possono costituire dei limiti al suo carattere automatico.

Sebbene, in linea di principio, esista la presunzione di una protezione equivalente dei diritti fondamentali, basata sul rispetto dello standard minimo previsto nel diritto dell'UE, lo spazio giuridico europeo è caratterizzato da un sistema a geometria variabile, con un panorama complesso e frammentato. I sistemi di giustizia nazionali sono molto differenti tra loro e, in alcuni, si sta riscontrando la presenza di carenze sistemiche che non possono essere trascurate. Non si tratta solo di mere differenze nell'architettura e nello sviluppo del processo penale ma di insufficienze che provocano violazioni reiterate dei diritti e dei valori europei fondamentali.

Tali situazioni, già denunciate dalla Corte edu nelle sentenze pilota[55], stanno iniziando ed essere analizzate anche dalla Corte di giustizia, costringendola a porre

---

es cuándo la confianza mutua o el reconocimiento mutuo son excepciones al respeto de los derechos fundamentales, sino cómo el respeto de tales derechos informa, determina o modula el funcionamiento y aplicación de dichos principios que, aunque íntimamente relacionados, es preciso diferenciar» (p. 249).

[51] K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *CMLR*, vol. 54, n. 3, 2017, pp. 805–840.

[52] Considerando n. 12 della Direttiva 2014/41/UE.

[53] In tal senso, v. ad esempio i considerando n. 10, 12 e 13 e art. 1.3 della decisione quadro 2002/584/GAI e l'art. 1.4 della direttiva 2014/41/UE.

[54] Considerando n. 12 della direttiva 2014/41/UE.

[55] Sulle sentenze pilota si rinvia a: A. BUYSE, *The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges*, in *Nomiko Vima*, n. 57, 2009, pp. 1890-1902; J. ABRISKETA URIARTE, *Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derchos Humanos, de juez a legislador*, in *REDI*, vol. 65, n. 1, 2013, pp. 73-99; E. APRILE, *I meccanismi di adeguamento del sistema penale nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in V. Manes e V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 509-546; L. GLAS, *The Functioning of the Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights in Practice*, in *NQHR*, vol. 34, n. 1, 2016, pp. 41-70; D. HAIDER, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013; E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo*, in *RDP*, n. 69, 2007, pp. 355-388; P. LEACH, H. HARDMAN, S. STEPHENSON, B.K. BLITZ, *Responding to systemic human rights violations. An Analysis of «Pilot Judgments» of the European Court of Human Rights and their Impact at National Level*, Intersentia, Antwerp - Oxford - Portland, 2010; F. TULKENS, *Perspective from the Court; A Typology of the Pilot-Judgment Procedure (Seminar at the Court,*

limiti al carattere automatico del riconoscimento mutuo nello SLSG. Questo significa che, qualora si constati l'assenza dell'equivalenza a causa del mancato rispetto di quel nucleo minimo di valori comuni generalmente condivisi dall'UE e dagli Stati membri, si supererà anche la presunzione *iuris tantum* e, di conseguenza, il divieto di realizzare il controllo esterno-orizzontale di tali diritti.

La possibilità di applicare eccezioni al carattere automatico del riconoscimento mutuo nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale è stata prospettata dalla Corte di giustizia nel parere 2/13[56] sull'adesione dell'UE alla Cedu, in cui ha finalmente concesso rango costituzionale al principio della fiducia reciproca, mediante il rinvio alla sentenza *N. S. e altri*[57] e alla sentenza *Melloni*[58]. In quest'ultima la Corte di giustizia ha affermato che la cooperazione giudiziaria in materia penale è un ambito totalmente determinato/armonizzato dal diritto dell'UE, in cui pertanto gli Stati sono tenuti a rispettare il principio del primato.

Nel parere 2/13 non si è ribadito soltanto il carattere *iuris tantum* della presunzione del rispetto dei diritti fondamentali definiti nel quadro dell'Unione ma si è anche prevista la possibilità che si producano casi eccezionali, al di là dei motivi di rifiuto tassativamente indicati. In tali fattispecie gli Stati potrebbero essere legittimati a verificare se gli altri Stati membri abbiano effettivamente protetto in una determinata fattispecie concreta i diritti fondamentali, garantiti dall'UE[59].

Strasbourg, 14 June 2010).

[56] Corte di giustizia UE, parere 2/13, cit., punto 191.

[57] Corte di giustizia UE (grande sezione), sentenza del 21 dicembre 2011, *N. S. c. Secretary of State for the Home Department e M. E. e altri c. Refugee Applications Commissioner e Minister for Justice, Equality and Law Reform,* C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, in particolare punti 78 a 80. Circa la riconfigurazione del concetto di fiducia reciproca dopo questa sentenza, v. S. PEERS, *Court of Justice: the NS and ME Opinions - The Death of «Mutual Trust»?*, in *www.statewatch.org*, 2011; E. BROUWER, *Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof*, in *Utrecht L Rev*, vol. 9, n. 1, 2013, p. 135-147; C. COSTELLO, *Dublin-case NS/ME: Finally, an end to blind trust across the EU?*, in *A&MR*, n. 2, 2012, p. 83-92; V. MORENO-LAX, *Dismantling the Dublin System: M.S.S. v. Belgium and Greece*, in *E.J.M.L.*, vol. 14, n. 1, 2012, p. 1-31; G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N. S. e altri*, in *Studi int. eur.*, vol. 7, n. 1, 2012, p. 147-162. La Corte di giustizia UE, in linea con la giurisprudenza della Corte edu nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia* (Corte edu, Grande sezione, sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, ricorso n. 30696/09) ha individuato l'esistenza di una «carenza sistemica» in relazione alla procedura di asilo e alle condizioni di accoglienza dei richiedenti in Grecia. In tale sentenza la Corte di giustizia UE ha affermato che la mera ratifica da parte di uno Stato di accordi in materia di protezione dei diritti fondamentali (in particolare nel caso di specie la Convenzione di Ginevra e la Cedu) non è sufficiente, dal momento che uno Stato si può trovare dinanzi a gravi difficoltà di funzionamento. In tal modo, ha ammesso che non esiste una protezione equivalente nei diversi Stati membri. La presunzione *iuris tantum* di rispetto dei diritti fondamentali, infatti, imporrebbe allo Stato membro di non trasferire un richiedente asilo verso lo «Stato membro competente», ai sensi prima del regolamento n. 343/2003 e poi del regolamento 604/2013, qualora si constatassero carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro, che costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi dell'art. 4 della Carta.

[58] Corte di giustizia UE, sentenza del 26 febbraio 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, punti 37 e 63.

[59] Corte di giustizia UE, parere 2/13, cit., punto 192, secondo cui: «Allorché attuano il diritto dell'Unione, gli Stati membri possono quindi essere tenuti, in forza di tale diritto, a presumere il rispetto dei diritti

Infatti, malgrado si continui ad affermare che la presunzione *iuris tantum* di rispetto dei diritti fondamentali costituisce la regola, obbligando le autorità giudiziarie di uno Stato membro a riconoscere nel proprio ordinamento le decisioni adottate negli altri Stati membri, ed il rifiuto sia concepito un'eccezione, che deve essere interpretata restrittivamente[60], il riferimento anche solo generico a tali casi ha modificato progressivamente le relazioni interstatali nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale. Si è creata, infatti, una frattura che ha richiesto una riformulazione del carattere automatico del principio del riconoscimento mutuo e della fiducia reciproca al fine di garantire una protezione uniforme dei diritti fondamentali nello spazio di giustizia europeo[61].

4. L'ammissibilità del test di controllo orizzontale di fronte alla violazione del divieto di trattamento disumani e degradanti nel caso *Aranyosi*.

La Corte di giustizia ha ammesso la possibilità di derogare il principio del riconoscimento mutuo, al di là delle fattispecie tipizzate, nella sentenza *Aranyosi* e *Căldăraru*[62], in cui, introducendo un ulteriore motivo facoltativo[63] di non esecuzione di un mandato d'arresto europeo (mae), ha cercato di definire, per la prima volta, i «limiti costituzionali della fiducia reciproca» nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale[64].

---

fondamentali da parte degli altri Stati membri, con la conseguenza che risulta loro preclusa la possibilità non solo di esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, salvo in casi eccezionali, di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, in un caso concreto, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione».

[60] Corte di giustizia UE, sentenza del 10 agosto 2017, *Tupikas*, C 270/17 PPU, EU:C:2017:628, punti 49 e 50.

[61] La Corte di giustizia UE, nella sentenza 6 marzo 2014, *Siragusa c. Regione Sicilia*, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126, facendo riferimento alla sentenza *Melloni*, osserva che: «Occorre inoltre tenere conto dell'obiettivo della tutela dei diritti fondamentali nel diritto dell'Unione, che è quello di vigilare a che tali diritti non siano violati negli ambiti di attività dell'Unione, che ciò avvenga in conseguenza dell'attività dell'Unione o in conseguenza dell'attuazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri» (punto 31) ... «Il perseguimento di tale obiettivo è motivato dalla necessità di evitare che una tutela dei diritti fondamentali variabile a seconda del diritto nazionale considerato pregiudichi l'unità, il primato e l'effettività del diritto dell'Unione» (punto 32).

[62] Corte di giustizia UE, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi* e *Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198.

[63] Al riguardo: G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru: una (difficile) coesistenza tra tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 2, 2016, pp. 1-18; N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza 'Aranyosi e Caldararu'*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, n. 2, 2016, pp. 445-453; S. Gáspár-Szilágy, *Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant*, in *Eur J Crime Crim Law Crim Justice*, vol. 24, n. 2-3, 2016, 197-219.

[64] Su questo punto, si rinvia a: P.J. MARTÍN RODRÍGUEZ, *La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Căldăraru*, in *Revista derecho com. eur.*, n. 55, 2016, pp. 859-900. Sulla fiducia reciproca nella sentenza *Aranyosi* v. anche G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the*

Per comprendere la portata di questa sentenza, è opportuno sottolineare che il mae, regolato nella decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI[65], è stato il primo ed anche il più importante strumento di concretizzazione del principio del riconoscimento mutuo in materia penale. In tal modo, si intendeva sostituire il sistema multilaterale di estradizione previsto nella convenzione europea del 13 dicembre 1957 con un sistema semplificato e più efficace di consegna tra le autorità giudiziarie delle persone condannate o sospettate, ai fini dell'esecuzione delle sentenze o dell'esercizio di azioni penali, facilitando ed accelerando la cooperazione giudiziaria allo scopo di consolidare uno spazio di LSG, che dovrebbe basarsi sull'elevato livello di fiducia tra gli Stati membri[66].

Nel caso *Aranyosi*, la Corte di giustizia deduce l'eccezione all'esecuzione del mae dall'art. 1.3 della decisione quadro 2002/584/GAI, secondo cui tale atto normativo non può comportare la modifica dell'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici sanciti agli artt. 2 e 6 TUE, e dal carattere assoluto dell'art. 4 della Carta, che riconosce il divieto di tortura e di pene o trattamenti disumani o degradanti. Tale motivo di non esecuzione, non previsto espressamente nella decisione quadro ma formulato in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia, non funzionerebbe, tuttavia, in modo automatico, essendo condizionato alla valutazione dell'autorità giudiziaria di esecuzione, che è tenuta a realizzare il «doppio test o controllo generale concreto»[67].

La Corte ha riconosciuto, quindi, all'autorità giudiziaria di esecuzione la facoltà di bloccare la procedura di consegna, qualora la persona sottoposta al mae possa soffrire un trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 4 della Carta. Il test di controllo esterno o orizzontale si sviluppa in due fasi successive: nella prima l'autorità giudiziaria di esecuzione dovrà raccogliere «elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati sulle condizioni di detenzione all'interno degli istituti penitenziari dello Stato membro emittente che dimostrino la presenza di carenze sistemiche o generalizzate o che colpiscono determinati gruppi di persone o istituti penitenziari». Tali elementi possono risultare, in particolare, da decisioni giudiziarie adottate a livello internazionale, come le sentenze della Corte edu, nonché da decisioni giudiziarie dello Stato membro emittente e da decisioni, rapporti ed altri documenti predisposti dagli organi del Consiglio d'Europa o nel seno delle Nazioni Unite[68].

European arrest warrant: Aranyosi and Caldararu, in *CMLR*, vol. 53, n. 6, 2016, pp. 1675-1704.

[65] Decisione quadro del Consiglio 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, OJ L 190, 18.7.2002, p. 1–20.

[66] Corte di giustizia UE, sentenza del 10 novembre 2016, *Poltorak*, C 452/16 PPU, EU:C:2016:858, punto 25.

[67] P.J. MARTÍN RODRÍGUEZ, *La emergencia de los límites constitucionales de la confianza mutua en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Sentencia del Tribunal de Justicia Aranyosi y Căldăraru*, cit., p. 882. Nel caso *Aranyosi* la Corte di giustizia estende, come afferma l'autore, «lo spirito della giurisprudenza N. S.-Abdullahi, riuscendo ad articolare "un'eccezione sostanziale meglio definita e, soprattutto procedimentale», attraverso il c.d. «doppio test o controllo generale concreto».

[68] Corte di giustizia Ue, *Aranyosi*, cit. punto 89. In questo caso, l'*Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen* (Corte superiore regionale civile e penale di Brema) si basò su un rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene e trattamenti disumani e degradanti, da cui si deducono indizi concreti che le condizioni di reclusione in Ungheria non compiono le norme minime del diritto internazionale, avuto riguardo anche alle visite realizzate tra l'anno 2009 e l'anno 2013.

In modo specifico, nel caso *Aranyosi* la Corte di giustizia si è avvalsa delle decisioni della Corte edu sulle condizioni delle carceri nei casi *Torreggiani c. Italia*[69] e *Varga e altri c. Ungheria*[70]. Nelle sentenze pilota menzionate si è accertata l'esistenza di un problema strutturale dei sistemi penitenziari di tali Stati, che provocava violazioni reiterate del divieto di trattamenti disumani e degradanti, i quali sono contrari alla dignità umana. La prima sentenza pilota contro la Romania è stata pronunciata, invece, più recentemente, il 25 aprile 2017, nel caso *Rezmiveș e altri*[71].

Nella seconda fase, sulla base di tali elementi l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a verificare, mediante un'analisi individualizzata delle caratteristiche della fattispecie concreta, «se sussistono motivi seri e comprovati di ritenere che la persona colpita da un mae emesso ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dell'esecuzione di una pena privativa della libertà, a causa delle condizioni di detenzione in tale Stato membro, corra un rischio concreto di trattamento inumano o degradante, ai sensi dell'art. 4 della Carta, in caso di consegna al suddetto Stato membro».[72]

L'accertamento dell'esistenza di un rischio reale a causa di mere deficienze sistemiche o generalizzate che pregiudicano determinati gruppi di persone o alcuni centri di reclusione nello Stato membro di emissione non può condurre, di per sé, al rifiuto di dare esecuzione ad un mae. L'autorità giudiziaria dovrà esaminare la fattispecie concreta.[73]

Pertanto, da una parte, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione[74] deve chiedere a quella di emissione di fornire con urgenza le informazioni complementari necessarie riguardanti le condizioni alle quali si prevede di detenere la persona interessata all'interno di tale Stato membro[75]. Siffatta richiesta può anche riguardare l'esistenza di eventuali procedimenti e meccanismi nazionali o internazionali di controllo collegati, ad esempio, visite negli istituti penitenziari, che consentano di valutare il loro stato attuale. Dall'altra, l'autorità giudiziaria emittente è tenuta a fornirle tali informazioni.

Si tratterebbe di una soluzione di *extrema ratio*, applicabile in modo eccezionale qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione ritenga di non disporre di tutti gli elementi formali necessari per l'adozione della sua decisione[76]. Non è quindi possibile farne uso in modo sistematico[77]. Se questa constatasse che sussiste per la persona oggetto del mae

---

[69] Corte edu, sentenza 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, ricorso n. 43517/09, 46882/09, 55400/09 et al.

[70] Corte edu, sentenza 10 marzo 2015, *Varga e altri c. Ungheria*, 14097/12, 45135/12, 73712/12, 34001/13, 44055/13, e 64586/13.

[71] Corte edu, sentenza del 25 aprile 2017, *Rezmiveș e altri c. Romania*, ricorso n. 61467/12. Anteriormente, la Romania era già stata condannata dalla Corte edu per la violazione dell'art. 3 della Cedu in relazione alle condizioni delle carceri nella sentenza del 10 giugno 2014, *Voicu c. Romania; Bujorean c. Romania*; *Constantin Aurelian Burlacu c. Romania*; e *Mihai Laurențiu Marin c. Rumania*, ricorso n. 22015/10.

[72] Corte di giustizia UE, *Aranyosi*, cit., punto 104; e Corte di giustizia UE, sentenza del 25 luglio 2018, *M.L. c. Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589, punti 59 e 60.

[73] Corte di giustizia UE, *Aranyosi*, cit., punto 93.

[74] *Ivi*, punto 95, che rinvia all'art. 15.2 della decisione quadro 2002/584/GAI.

[75] *Ivi*, punto 97.

[76] Corte di giustizia UE, sentenza del 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, C 367/16, EU:C:2018:27, punti 60 e 61.

[77] Corte di giustizia UE, *M.L.*, punto 80.

un rischio reale di trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta, l'esecuzione del mae dovrà essere rinviata ma non potrà essere abbandonata[78]. Nel caso in cui, invece, tali informazioni permettessero di escludere l'esistenza di un simile rischio, il giudice dell'esecuzione dovrà pronunciarsi, entro i termini fissati dalla decisione quadro, fatta salva la possibilità per la persona interessata, una volta consegnata, di esperire nello Stato membro emittente i mezzi di ricorso per contestare la legittimità delle sue condizioni di detenzione[79].

Sebbene in *Aranyosi* si riaffermi che il riconoscimento mutuo, che costituisce il pilastro per la costruzione di uno SLSG senza frontiere interne, si basa sulla fiducia reciproca dell'esistenza negli Stati membri di una protezione equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali riconosciuti nel diritto UE ed, in particolare, nella Carta, a sua volta, si ammette che detta presunzione e, pertanto, l'obbligo di eseguire un mae non sono assoluti, potendo rompersi in circostanze eccezionali di crisi sistemica[80].

Di conseguenza, oltre alle fattispecie tassative di non esecuzione obbligatoria (art. 3 della decisione quadro 2002/584/GAI), di non esecuzione facoltativa (art. 4 e 4 *bis* della decisione quadro 2002/584/GAI), di quelle previste nell'art. 5 della decisione quadro 2002/584/GAI che subordina l'esecuzione del mae a determinate garanzie, e di sospensione, ai sensi dell'art. 7 TUE, nel caso di violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei principi contemplati nell'art. 2 TUE, l'obbligo di dare esecuzione a un mae verrebbe meno in tutte quelle situazioni in cui l'applicazione del diritto UE (in questo caso la decisione quadro 2002/584/GAI) potrebbe comportare la violazione di diritti o valori equivalenti o superiori.

Il divieto di cui all'art. 4 della Carta, in linea con quanto disposto nell'art. 3 (art. 52.3 Carta) e nell'art. 15, par. 2, della Cedu, che non autorizza nessuna deroga[81], avrebbe,

---

[78] Corte di giustizia UE, *Aranyosi*, cit, punto 98.

[79] *Ivi*, punto 103.

[80] Corte di giustizia UE, parere 2/13, cit., punto 191.

[81] Pare che con la sentenza *Aranyosi* la Corte di giustizia abbia risposto alla provocazione del *Bundesverfassungsgericht* (*BverfG*) nel ricorso contro il Sign. R., del 15 dicembre 2015, in cui ha realizato, per la prima volta, il controllo del rispetto dell'identità costituzionale *ex* art. 4.2 TUE. La giurisprudenza pronunciata in questo caso è stata confermata e chiarita in alcune pronunce successive, come quella del 6 settembre 2016 (2 BvR 890/16), in cui il *BverfG* ha autorizzato la consegna del ricorrente oggetto del mae, anche se lo standard di protezione garantito dal Regno Unito fosse inferiore, considerando che, in conformità con la giurisprudenza della Corte edu, non costituisce una violazione dell'art. 6 della Cedu il fatto che il silenzio possa essere utilizzato in pregiudizio della persona. La restrizione prevista nel diritto inglese (Legge sulla giustizia penale e l'ordine pubblico del 1994), secondo cui il silenzio può essere considerato una prova in determinate circostanze, non violerebbe il contenuto essenziale del diritto a non dichiarare contro se stessi. Nel caso di specie, pertanto, sebbene il *BverfG* ribadisca la conformità di un controllo esterno da parte dell'autorità giudiziaria del mae al principio di leale cooperazione, tuttavia precisa che l'esecuzione del mae potrà essere rifiutata solo qualora il diritto dello Stato membro di emissione violi il contenuto essenziale della dignità umana, riconosciuta all'art. 1 della Legge fondamentale (e pertanto solo il suo nucleo minimo indefettibile), che continua pertanto ad essere considerato il parametro di conformità del diritto europeo allo standard di protezione riconosciuto nella Costituzione tedesca. Si sarebbe pervenuti ad una soluzione differente qualora il ricorrente fosse stato obbligato a dichiararsi colpevole. Poco dopo, nella sentenza del 19 dicembre 2017, il *BverfG* mediante un'interpretazione sistematica dell'art. 101.1 della Legge fondamentale sul diritto al giudice precostituito per legge si è dichiarato

quindi, carattere assoluto, in quanto strettamente connesso al rispetto della dignità umana (art. 1 della Carta). Per tale ragione, in ogni circostanza, anche in caso di lotta al terrorismo e al crimine organizzato, la Cedu vieta in termini assoluti la tortura e le pene e i trattamenti inumani o degradanti, qualunque sia il comportamento dell'interessato[82].

La Corte di giustizia ha avuto modo di chiarire nella sentenza del 25 luglio 2018 concernente il rinvio pregiudiziale sollevato dal *Generalstaatsanwaltschaft* Bremen che il giudice dell'esecuzione non può escludere l'esistenza di un rischio reale che la persona oggetto di un mae emesso ai fini dell'esecuzione della pena sia oggetto di un trattamento inumano o degradante (art. 4 della Carta) per il solo motivo che disponga nello Stato membro emittente di un mezzo di ricorso volto a verificare la legittimità delle condizioni di detenzione alla luce dei diritti fondamentali. È un aspetto che deve essere preso in considerazione ma non è determinante. Si dovrà procedere comunque ad un esame individuale della situazione[83].

Nel caso di specie, ad esempio, in cui si è ravvisata la presenza di una situazione di carenza sistemica o generalizzata, si è considerato che non era sufficiente che l'Ungheria avesse previsto a partire dal 1º gennaio 2017 la possibilità per i detenuti di impugnare la legittimità delle loro condizioni di detenzione. Inoltre, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione dovrebbe esaminare unicamente le condizioni degli istituti penitenziari nei quali è probabile, secondo le informazioni a sua disposizione, che la suddetta persona sarà trasferita, anche in via temporanea o transitoria[84].

Inoltre, in questa pronuncia, la Corte di giustizia, consapevole dell'assenza di norme minime al riguardo, formula alcuni principi fondamentali, che prende in prestito dalla giurisprudenza della Corte edu. Innanzitutto, afferma che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione si deve limitare a verificare le condizioni concrete e precise della detenzione della persona interessata che siano rilevanti per stabilire se correrà un rischio reale di trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta. In virtù dell'art. 3 della Cedu, infatti, le autorità dell'esecuzione hanno l'obbligo positivo di

---

incompetente. Facendo rinvio alla dottrina dell'atto chiaro considera che il giudice dell'esecuzione (Tribunale di Amburgo) di fronte a un dubbio determinante per la soluzione del caso concreto sulle condizioni minime delle carceri in Ungheria, ai sensi della giurisprudenza della Corte edu, avrebbe dovuto sollevare un rinvio pregiudiziale. Come si può osservare, il *BverfG* non dice se il Tribunale di Amburgo avrebbe dovuto rifiutare o meno l'esecuzione del mae, non entrando quindi nel merito, ma considera che la Corte di giustizia non ha ancora definito gli standard sulle condizioni minime della detenzione ai sensi dell'art. 4 della Carta, né i parametri interpretativi, né quali norme si potrebbero applicare alla revisione della detenzione in conformità con la legislazione dell'Unione, integrando la giurisprudenza *Aranyosi*. Sul punto v. L. Bachmaier Winter, *Diálogo entre Tribunales cinco años después de Melloni: reacciones a nivel nacional*, in *RGDE*, n. 45, 2018, pp. 209-231.

[82] Corte di giustizia UE, *Aranyosi* y *Căldăraru*, cit., punti 85 a 87.

[83] La Corte edu nella sentenza del 14 novembre 2017, *Domján c. Ungheria*, ricorso n. 5433/17, da un lato, si è limitata a constatare che il ricorso avrebbe dovuto essere respinto fintantoché non fossero stati esauriti gli strumenti previsti nel diritto interno, dal momento che i ricorsi introdotti nella legge del 2016 garantirebbero, in via di principio, un'effettiva correzione delle violazioni della Cedu derivanti dal sovraffollamento delle carceri e da altre condizioni di detenzione inadeguate in Ungheria. Dall'altro lato, essa ha precisato che si sarebbe riservata il diritto di riesaminare l'effettività di tali ricorsi alla luce della loro applicazione pratica.

[84] Corte di giustizia UE, *M.L.*, cit., punti 87 e 88.

assicurare che tali condizioni rispettino la dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la sua salute e il suo benessere siano assicurati in modo adeguato[85]. La soglia minima di gravità di un trattamento dipende dall'insieme dei dati della causa, in particolare dalla sua durata e dai suoi effetti fisici o psichici e, in alcune circostanze dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima[86].

Costituisce un elemento di grande importanza in questo senso lo spazio personale di cui dispone un detenuto, che, salvo in casi particolari e per brevi periodi, non può essere inferiore ai 3 m.² in una cella collettiva[87]. Si dovranno assicurare, inoltre, una sufficiente libertà di movimento e un'adeguata attività fuori cella, avuto riguardo alle caratteristiche dell'istituto[88]. Il carattere temporaneo o transitorio di una detenzione in siffatte condizioni non è idoneo, di per sé solo, ad escludere qualsiasi rischio reale di trattamento inumano o degradante ai sensi dell'art. 4 della Carta[89]. Nel caso di specie una simile garanzia, sebbene fosse stata fornita dal Ministero della giustizia ungherese, che non è un'autorità giudiziaria, risulterebbe corroborata dalle informazioni di cui dispone il pubblico ministero di Brema.

L'importanza della giurisprudenza *Aranyosi e Căldăraru* e delle sue successive applicazioni si rinviene soprattutto nel fatto che questa pronuncia rappresenta un precedente per la progressiva inclusione di altre eccezioni al principio del riconoscimento mutuo in materia penale. Tali deroghe potrebbero trovare un fondamento, ad esempio, nel considerandum n. 12 della decisione quadro 2002/584/GAI, il quale riafferma che la presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi riconosciuti nell'art. 6 del TUE (art. 1.3 decisione quadro 2002/584/GAI) e nella Carta, in particolare nel titolo VI. Stabilisce, inoltre, che non si può autorizzare l'esecuzione di un mae qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che sia stato emesso per perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi. Tali casi potrebbero essere considerati, quindi, degli ulteriori limiti alla fiducia reciproca in materia penale.

Sebbene questa supporrebbe il riconoscimento automatico delle decisioni dello stato di emissione, la Corte di giustizia, consapevole dei problemi strutturali, che caratterizzano alcuni Stati dell'UE, stabilisce un filtro ulteriore. Non si tratta del fallimento del riconoscimento mutuo, dal momento che questa «eccezione» si applicherebbe a casi individualizzati e sarebbe sottoposta ad un procedimento di controllo ma della necessità che alcuni Stati adottino misure per raggiungere lo standard minimo di protezione stabilito a livello europeo ed assicurare un miglior funzionamento

---

[85] Corte edu, *Rezmiveș e altri c. Romania*, cit., punto 72.
[86] Corte edu, 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*, ricorso n. 7334/13, punti 97 e 122.
[87] *Ivi*, punto 124.
[88] *Ivi*, punto 138.
[89] Corte di giustizia UE, *M.L.*, cit., punto 100.

di questo meccanismo. Si cerca così di risolvere il tradizionale conflitto tra riconoscimento mutuo e diritti fondamentali, rafforzando questi ultimi.

Ad ogni modo, la Corte di giustizia dovrà specificare e delimitare più chiaramente le fattispecie in cui si possono applicare tali eccezioni e i procedimenti per constatare l'esistenza delle situazioni di rischio. In caso contrario, si potrebbe pregiudicare davvero il funzionamento del riconoscimento mutuo e, pertanto, la cooperazione giudiziaria in materia penale nel suo complesso.

Infine, si osserva che le violazioni sistemiche si stanno convertendo sia nell'ambito della politica europea in materia di immigrazione e asilo sia della cooperazione giudiziaria in materia penale nel parametro per valutare se esistono gli estremi per superare la presunzione *iuris tantum* di rispetto dei diritti fondamentali, a causa dell'assenza di equivalenza, e pertanto per applicare un'eccezione alla fiducia reciproca e al principio del riconoscimento mutuo. Nella soluzione di tali fattispecie controverse assume un ruolo determinante il dialogo giudiziario tra l'autorità di emissione e di esecuzione, le quali saranno tenute a collaborare affinché la procedura di consegna si svolga correttamente e non si prolunghi nel tempo.

5. L'indipendenza giudiziaria come parametro di valutazione della crisi sistemica dello Stato di diritto in Polonia.

La progressiva riformulazione della categoria della fiducia reciproca nell'ambito dello SLSG ha imposto alla Corte di Lussemburgo di meglio definire e specificare le cc.dd. «fattispecie eccezionali», che costituirebbero dei motivi ulteriori di rifiuto del principio del riconoscimento mutuo in materia penale rispetto a quelli tassativamente previsti negli strumenti di diritto derivato dell'UE.

Un passo ulteriore in questa linea è stato offerto dalla sentenza *L.M.*, del 25 luglio 2018, in cui la Corte di giustizia si è pronunciata in modo espresso, per la prima volta, sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia a seguito delle riforme del sistema giudiziario, introdotte dal 2015[90]. La soluzione prospettata, che recepisce sostanzialmente le più

[90] Corte di giustizia UE, sentenza del 25 luglio 2018, *L.M.*, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586. Nella causa in esame, il Sign. L.M., convenuto nel processo principale dinanzi alla *High Court* (Alta Corte, Irlanda, il giudice del rinvio) è oggetto di tre mae emessi dalle autorità giudiziarie polacche tra il 2012 e il 2013, ai fini dell'arresto e della consegna a dette autorità giudiziarie per l'esercizio di azioni penali, per i delitti di traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope. L'interessato arrestato in Irlanda nel 2017 non acconsentì alla consegna, adducendo che sarebbe stato esposto a un rischio reale di flagrante diniego di giustizia (art. 6 della Cedu). Alla stessa conclusione pervenne la *Hight Court*, considerando che in Polonia era stato violato il principio fondamentale dello Stato di diritto di cui all'art. 2 TUE, a causa delle riforme legislative del sistema giudiziario susseguitesi negli ultimi due anni. Tali riforme non assicurerebbero il diritto del convenuto a un giudice indipendente e, di conseguenza, ad un processo equo in Polonia, pregiudicando in modo sostanziale le basi della fiducia reciproca tra l'autorità emittente e l'autorità dell'esecuzione, circostanza che rimetterebbe altresì in discussione il funzionamento del meccanismo del mae. La gravità della situazione sarebbe confermata dalla proposta motivata della Commissione, del 20 dicembre 2017, in cui, per la prima volta, si richiede al Consiglio di attivare la procedura *ex* art. 7, par. 1, del TUE sullo Stato di diritto in Polonia, invitandolo a constatare l'esistenza di un rischio evidente di violazione grave dei valori

dettagliate conclusioni dell'Avvocato generale[91], è prudente. La Corte, infatti, non formula[92] un nuovo motivo di rifiuto assoluto dell'esecuzione dei mae emessi dalla Polonia; tuttavia denuncia in modo aperto le carenze sistemiche di questo Paese.

La Corte di giustizia sviluppa il suo *reasoning* a partire dall'interpretazione sistematica del «"triangolo" giuridico ed assiologico»[93] dell'art. 47 della Carta insieme

---

di cui all'art. 2 TUE nonché di rivolgere a tale Stato membro le raccomandazioni necessarie a tale riguardo. Nella proposta motivata la Commissione realizza un'analisi dettagliata del contesto e dell'evoluzione della situazione di crisi in Polonia, avvalendosi anche dei pareri e degli studi realizzati da altre organizzazioni internazionali, come la Commissione di Venezia (Commissione Europea, Proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'unione europea sullo Stato di diritto in Polonia. Proposta di decisione del Consiglio, Bruxelles, 20.12.2017, COM(2017) 835 final 2017/0360 (NLE)). Questa situazione, degenerata in seguito a dette riforme legislative (una sequenza di 13 leggi in due anni), che hanno inciso sull'apparato giudiziario di questo Stato, sta mettendo seriamente a rischio l'indipendenza della magistratura e la separazione dei poteri. Da tali circostanze, si desumerebbe che l'interessato rischierebbe di essere trattato in modo arbitrario nel corso del processo a suo carico nello Stato membro emittente. Secondo la *High Court* l'autorità giudiziaria dello stato di esecuzione dovrebbe rifiutare la consegna dell'interessato, in conformità con il diritto irlandese e con l'art. 1, par. 3, della decisione quadro 2002/584/GAI, in combinato disposto con il considerando 10 dello stesso testo, poiché a causa di dette carenze sistemiche l'autorità giudiziaria emittente non può fornire alcuna garanzia individuale idonea ad escludere qualsiasi rischio per l'interessato. Alla luce di tali considerazioni, il giudice del rinvio decise di sospendere il giudizio e di chiedere alla Corte di giustizia di chiarire nell'ambito di un rinvio pregiudiziale d'urgenza se nel caso di specie fosse tenuto ad applicare la seconda fase del test-Aranyosi, anche qualora nello Stato membro emittente sussistano carenze del sistema giudiziario tali da costituire una violazione dello Stato di diritto, o se piuttosto la situazione in Polonia legittimasse l'introduzione di un nuovo motivo di rifiuto sistematico. A suo avviso, in una situazione simile, sarebbe irrealistico esigere le garanzie inerenti al procuratore o ai membri del collegio giudicante, compresi i giudici d'appello, o relative al rispetto delle decisioni della Corte costituzionale, qualora dichiari l'incostituzionalità di una disposizione che può incidere sul procedimento in questione.

[91] Conclusioni dell'avvocato generale Tanchev presentate il 28 giugno 2018 nella causa *Minister for Justice and Equality c. L.M.*, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:517.

[92] Accolgono positivamente la sentenza *L.M.*: A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *Drawing Red Lines and Giving (Some) Bite – the CJEU's Deficiencies Judgment on the European Rule of Law*, in *verfassungsblog.de*, 3 Agosto 2018. Criticano, invece, la sentenza: A. FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, *Drawing Red Lines With No (Significant) Bite – Why an Individual Test Is Not Appropriate in the LM Case*, in *verfassungsblog.de*, 30 luglio 2018; W. VAN BALLEGOOIJ, P. BÁRD, *The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU*, in *verfassungsblog.de*, 29 luglio 2018; e K.L. SCHEPPELE, *Rule of Law Retail and Rule of Law Wholesale: The ECJ's (Alarming) «Celmer» Decision*, in *verfassungsblog.de*, 28 luglio 2018. Secondo quest'ultima, «*A craving for the rule of law can also be satisfied in two ways. You can invoke it legally through a case-by-case checking of its presence in any particular instance (though of course, retail assessment means you're at the mercy of the court near you) or you can better guarantee a steady and plentiful delivery by contracting wholesale, thus providing a legal constraint on the supplier's ability to deviate. This week's decision of the European Court of Justice in the "Celmer" case (Case C-216/18 PPU, Minister for Justice and Equality v LM) tells us that the rule of law is now available retail in the European Union, but it is not now – and probably can never be – available wholesale. Celmer is an advance over prior the state of affairs because you may now be able to find rule of law in your local courts, but this doesn't provide structural assurances that the rule of law will always be available. On providing wholesale guarantees for the rule of law, the Celmer judgment is alarming*».

[93] Su questa pronuncia, v. M. OVÁDEK, *Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?*, in *verfassungsblog.de*, 28 febbraio 2018; N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli «anticorpi» dei trattati?*, in *Osservatoriosullefonti.it*, anno XI, n. 1, 2018, pp. 1-21; M. KRAJEWSKI, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses: The Court of Justice and*

agli artt. 2 e 19 TUE, formulata nel rinvio pregiudiziale promosso dal *Supremo Tribunal Administrativo* portoghese (Corte amministrativa suprema) nel procedimento *Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas*[94] sulla riduzione temporanea dell'importo delle retribuzioni versate ai membri di tale organo nell'ambito degli orientamenti della politica di bilancio dello Stato portoghese.

Il messaggio contenuto nella sentenza *ASJP*, in cui la Corte di giustizia aveva sottolineato il nesso tra indipendenza giudiziaria, Stato di diritto e diritto alla tutela giudiziaria effettiva e gli effetti di un'eventuale violazione di tali categorie sulla corretta ed uniforme applicazione del diritto dell'UE, in realtà, non era rivolto al Portogallo[95], le cui misure anticrisi, peraltro, sono state ritenute conformi al diritto dell'UE, ma era diretta, innanzitutto, alla Polonia e all'Ungheria. Questo rinvio pregiudiziale ha offerto, infatti, alla Corte di giustizia l'opportunità per ribadire che le riforme nazionali tendenti ad incidere sull'indipendenza giudiziaria e, in generale, sui sistemi di giustizia degli Stati membri, non sono riservate all'autonomia processuale degli Stati ma rientrano nell'ambito di applicazione del diritto UE. In tal modo, si intendeva sia legittimare un intervento in via pregiudiziale in relazione a fattispecie in cui si lamentasse la violazione di tale garanzia sia sostenere le iniziative della Commissione europea nel quadro della difesa dello Stato di diritto, dotandole di maggiore legittimazione.

Questi obiettivi, che si deducono solo implicitamente nella causa *ASJP*, emergono, invece, in modo espresso in *L.M.*, arricchendosi di ulteriori profili di interesse. In questa pronuncia, infatti, la Corte di giustizia valuta la giustiziabilità della clausola dello Stato di diritto, sotto il profilo della violazione dell'indipendenza, in relazione all'esecuzione di un mae emesso dalla Polonia, quale principale strumento della cooperazione giudiziaria in materia penale, ribadendo che questa garanzia non è solo parte del contenuto essenziale del diritto a un equo processo ma è altresì uno degli elementi costitutivi dello Stato di diritto ai sensi dell'art. 2 del TUE[96], in quanto strumentale alla cooperazione giudiziaria. L'Unione è, infatti, un'Unione di diritto in cui i singoli possono contestare in sede giurisdizionale la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione di un atto dell'Unione nei loro confronti[97].

Athena's Dilemma, in *European papers: a journal on law and integration*, vol. 3, n. 1, 2018, pp. 395-407.

[94] V. Corte di giustizia UE, sentenza del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, C 64/16, EU:C:2018:117, in cui si afferma che l'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE deve essere interpretato nel senso che il principio dell'indipendenza dei giudici non impedisce l'applicazione ai membri del *Tribunal de Contas* (Corte dei conti) di misure generali di riduzione salariale, come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, connesse ad esigenze imperative e al tempo stesso temporanee di eliminazione di un disavanzo eccessivo di bilancio nonché ad un programma di assistenza finanziaria dell'Unione.

[95] V. l'ordinanza della Corte di giustizia UE (sala sesta) del 7 marzo 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte e a. contro BPN – Banco Português de Negócios SA,* causa C-128/12, in cui si dichiara «"manifestamente incompetente" per conoscere del rinvio pregiudiziale sollevato dal *tribunal do trabalho do Porto* con decisione del 6 gennaio 2012».

[96] Corte di giustizia UE, *L.M.*, cit., punto 48.

[97] *Ivi*, punto 49.

In virtù dell'art. 19, che concretizza il valore dello Stato di diritto ai sensi dell'art. 2 TUE, compete ai giudici nazionali e alla Corte garantire la piena applicazione del diritto UE in tutti gli Stati membri nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti ai soggetti dell'ordinamento in forza di detto diritto. Essendo l'esistenza di un controllo giurisdizionale effettivo una caratteristica intrinseca allo Stato di diritto, gli Stati devono preservare *in primis* l'indipendenza degli organi giurisdizionali, riconosciuta all'art. 47, par. 2, della Carta, che menziona l'accesso a un giudice «indipendente» tra i requisiti connessi al diritto fondamentale a un ricorso effettivo.

In tal modo, si intende garantire sia la cooperazione verticale in relazione al corretto funzionamento del rinvio pregiudiziale sia quella orizzontale tra i diversi Stati membri, come nel caso dell'esecuzione di un mae. Da una parte, il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE può essere sollevato solo da un organo giurisdizionale che sia indipendente[98]. Dall'altra, non si può trascurare che le decisioni in materia di mae, sia dell'autorità di emissione sia di esecuzione, devono essere sottoposte a un controllo giudiziario con tutte le garanzie ai sensi dell'art. 47 della Carta.

In questo senso, «per poter partecipare al sistema europeo di riconoscimento reciproco (in qualsiasi settore del diritto: *penale*, civile e amministrativo), i giudici nazionali devono riunire tutti i criteri che definiscono un'"autorità giurisdizionale" secondo il diritto dell'Unione, ivi compresa la sua indipendenza»[99]. Inoltre, nonostante il principio di autonomia processuale degli Stati membri, il senso e la portata della nozione di «autorità giudiziaria», secondo la decisione quadro 2002/584/GAI, non possono essere lasciati alla discrezionalità dei singoli Stati membri, richiedendo un'interpretazione autonoma e uniforme[100].

Per valutare la qualità della «giurisdizione» si dovrà avere riguardo al fondamento legale dell'organo, al suo carattere permanente, alla sua obbligatorietà, alla natura contraddittoria del procedimento, all'applicazione delle norme giuridiche e alla sua indipendenza[101]. Qualora «i giudici penali di uno Stato membro non [possano] più garantire il diritto ad un processo equo», «l'applicazione del principio della fiducia reciproca non sarebbe più opportuna» e il «riconoscimento reciproco automatico» sarebbe quindi escluso[102]. L'esistenza di un rischio concreto che il procedimento condotto nello Stato membro emittente non si svolga secondo i requisiti previsti

---

[98] *Ivi*, punto 54.

[99] Conclusioni dell'avvocato generale Bobek nella causa *Zdziaszek*, C-271/17 PPU, EU:C:2017:612, punto 86 e nota 16; e Conclusioni, *L.M.*, cit., punto 64.

[100] Corte di giustizia UE, sentenza del 10 novembre 2016, *Poltorak*, C-452/16 PPU, ECLI:EU:C:2016:858, in particolare punti 31 e 32. Nel caso di specie, sebbene tale nozione ricomprenda non solo i giudici o gli organi giurisdizionali di uno Stato membro ma più in generale le autorità chiamate a partecipare all'amministrazione della giustizia, si escludevano dalla portata del concetto di autorità giudiziaria i servizi di polizia di uno Stato membro, dovendosi distinguere al riguardo il potere giurisdizionale da quello esecutivo.

[101] Conclusioni, *L.M.*, cit, punto 64.

[102] *Ivi*, punto 65.

nell'art. 47, par. 2, della Carta, fa venire meno anche l'obbligo di eseguire il mae (art. 1, par. 2, della decisione quadro 2002/584/GAI), potendo quindi impedirne l'esecuzione[103].

Lo sforzo della Corte di giustizia di dimostrare le carenze sistemiche della Polonia è senza dubbio positivo. Il nesso indipendenza giudiziaria-Stato di diritto-tutela giudiziaria effettiva e il tentativo di applicarlo in modo diretto alla crisi di questo Paese rappresentano gli aspetti più significativi di questa pronuncia, costituendo la base giuridica per legittimare l'introduzione di un nuovo motivo di rifiuto (seppur facoltativo) di un mae.

Non pare, invece, sufficientemente precisa, la definizione di indipendenza giudiziaria (*rectius* degli indici o criteri da cui si può dedurre l'esistenza di questa garanzia)[104]. Sia la Corte di giustizia sia l'avvocato generale si limitano a fare riferimento all'indipendenza *ad extra*. Infatti, sebbene sia corretto concepire questo diritto-garanzia, in termini di autonomia dell'organo giurisdizionale, il quale è chiamato ad esercitare le sue funzioni senza essere soggetto ad alcun vincolo gerarchico o di subordinazione nei confronti di alcuno o senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte, che rischierebbe di compromettere il giudizio ed influenzare la sua decisione[105], non si può trascurare che il giudice deve essere indipendente anche *ad intra*, vale dire, rispetto alle possibili ingerenze provenienti dagli altri organi giurisdizionali e dagli organi di garanzia del potere giudiziario.

In secondo luogo, quando sia l'avvocato generale sia la Corte di giustizia fanno riferimento ai «due aspetti dell'indipendenza giudiziaria», vale a dire al profilo interno ed esterno, pare che confondano e quasi sovrappongano questo concetto con quello di imparzialità, senza tener conto che si tratta di due garanzie distinte, sebbene complementari. L'imparzialità si concretizza nell'equidistanza dell'organo giudiziario dalle parti e nell'assenza di qualsiasi tipo interesse (di carattere personale, familiare, ecc.) nella controversia. Il giudice dovrà pertanto assumere un atteggiamento oggettivo, limitandosi alla stretta applicazione della norma giuridica. Ciononostante, non si può trascurare che un giudice può essere indipendente ma non imparziale[106]. Questa

---

[103] *Ivi,* punto 66. La Corte edu, come osserva l'avvocato generale, vieta agli Stati contraenti di espellere una persona qualora corra, nel paese di destinazione, un rischio concreto di essere sottoposta non soltanto a trattamenti contrari all'art. 3 della Cedu (Corte edu, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Svizzera*, ricorso n. 29217/12, punto 93) o alla pena di morte (Corte edu, 24 luglio 2014, *Al Nashiri c. Polonia,* ricorso n. 28761/11, punti 576 a 579), in violazione dell'art. 2 della Cedu e dell'art. 1 del Protocollo n. 13 della Cedu, ma anche ad un flagrante diniego di giustizia, in violazione dell'art. 6 della Cedu (Corte edu, 17 gennaio 2012, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito,* ric. n. 8139/09, punto 258).

[104] È critico sulla nozione di indipendenza formulata dalla Corte di giustizia UE: D. KOSAŘ, *The CJEU Has Spoken Out, But the Show Must Go On*, in *verfassungsblog.de*, 2 agosto 2018.

[105] Corte di giustizia UE, *ASJP*, cit., punto 44; Corte di giustizia UE, *L.M.*, cit., punti 63; conclusioni, *L.M.*, cit., punto 89.

[106] Sulle garanzie dell'indipendenza e dell'imparzialità si rinvia a F.J. GARRIDO CARRILLO, *Delimitación del concepto de independencia judicial*, in F. Balaguer Callejón e E. Arana García (coords.), *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Vol. 1, Thomson Reuters-Civitas, 2014, pp. 877-904. L'autore, che delimita in modo preciso e dettagliato queste due categorie, sottolinea che non bisogna confondere l'indipendenza con l'imparzialità giudiziaria, considerando che un giudice può essere indipendente ma non imparziale o viceversa un giudice può essere imparziale ma non indipendente. Per determinare se un giudice è

impostazione è confermata dalla giurisprudenza della Corte edu, la quale distingue in modo chiaro le due categorie.

Una simile confusione-sovrapposizione induce la Corte di giustizia a fraintendere anche le restanti garanzie dell'esercizio della funzione giudiziaria[107]. Da una parte, infatti, l'inamovibilità, il regime disciplinare, che include le norme sui comportamenti che integrano gli illeciti disciplinari e le contestuali sanzioni, e la previsione di un organo di autogoverno della magistratura mirano a garantire l'indipendenza giudiziaria[108]. Dall'altra, la percezione di una retribuzione adeguata all'importanza della funzione svolta dagli organi giurisdizionali intende assicurare l'indipendenza economica. Infine, le norme concernenti le cause di astensione e di ricusazione[109] sono dirette a preservare l'imparzialità.

Per quanto concerne poi la violazione del diritto a un processo equo, sebbene la Corte di giustizia non si soffermi sulla soglia di gravità, è opportuno considerare che l'avvocato generale distingue tra «semplici violazioni dell'indipendenza» e «flagrante diniego», nel senso che tale violazione deve essere talmente grave da annullare l'equità del processo[110]. L'eccezionalità di tali circostanze, con il conseguente rinvio del mae, infatti, non potrebbe essere integrata da qualsiasi violazione dell'art. 47, par. 2, della Carta, a prescindere dalla sua gravità, ma solo laddove sussista nello stato di emissione un rischio concreto di una lesione particolarmente grave di tale disposizione, vale a dire un flagrante diniego di giustizia.

Detta impostazione è in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte edu secondo cui l'esistenza di mere irregolarità o l'assenza di garanzie nel processo di per sè non sono sufficienti[111]. Solo in quattro occasioni ha dichiarato che

---

indipendente è sufficiente avere riguardo alla normativa che nel suo complesso regola lo statuto giuridico del giudice in un determinato Stato. L'imparzialità, invece, richiede di analizzare il comportamento di un giudice in un determinato processo.

[107] Corte di giustizia UE, *L.M.*, cit, punto 64.

[108] *Ivi*, punto 67.

[109] *Ivi*, punto 66; e conclusioni, *L.M.*, cit., punto 89.

[110] Conclusioni, *L.M.*, cit., punti 69-96.

[111] In conformità con la giurisprudenza della Corte edu, per impedire l'estradizione o l'espulsione dell'interessato sarebbe necessario che la violazione del principio di equità del processo (art. 6 della Cedu) sia talmente grave da comportare l'annullamento o addirittura la negazione totale dell'essenza stessa di questo diritto (Corte edu, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, cit., punto 260; e Corte edu, *Al Nashiri c. Polonia*, cit., punto 563), come nel caso in caso sia stata pronunciata una condanna in contumacia senza possibilità di ottenere un riesame nel merito dell'accusa (Corte edu, sentenza del 16 ottobre 2001, *Einhorn c. Francia*, ricorso n. 71555/01, punti 33 e 34); ci si trovi dinnanzi ad un processo di natura sommaria, svolto nel totale disprezzo dei diritti della difesa (Corte edu, sentenza dell'8 novembre 2005, *Bader e Kanbor c. Svezia* ricorso n. 13284/04, punto 47); non sia possibile far esaminare la regolarità della detenzione da un giudice indipendente e imparziale; qualora si rifiuti in modo deliberato e sistematico di consentire ad un individuo, in particolare a un individuo detenuto in un paese straniero, di comunicare con un avvocato (Corte edu, sentenza del 20 febbraio 2007, *Al-Moayad c. Germania*, ricorso n. 35865/03, punti da 100 a 108). Infine, sarà opportuno anche considerare se un civile debba comparire dinanzi a un tribunale composto, anche se solo in parte, da militari, i quali dipendono dal potere esecutivo (Corte edu, sentenza del 12 maggio 2005, *Öcalan c. Turchia,* ricorso n. 46221/99, punto 112), e Corte edu, *Al Nashiri c. Polonia*, cit., punto 562. Al riguardo, si rinvia a: conclusioni, *L.M.*, cit. punto 82.

un'estradizione o un'espulsione avrebbe comportato una violazione dell'art. 6 della Cedu per un flagrante diniego di giustizia[112], due delle quali, le sentenze *Al Nashiri c. Polonia* e *Al Nashiri c. Romania*, aventi ad oggetto la mancanza di indipendenza e di imparzialità nella composizione dei giudici del paese di destinazione, riguardavano giudici straordinari, competenti in materia di terrorismo e composti esclusivamente da militari.

In particolare, nella sentenza *Al Nashiri c. Polonia*, in cui il ricorrente era un cittadino saudita, che, catturato negli Emirati arabi uniti e trasferito in un centro di detenzione segreto in Polonia, era stato successivamente trasferito nella base militare americana di Guantanamo e processato dinanzi ad una commissione militare per aver organizzato un attentato suicida contro una nave da guerra americana e per aver partecipato ad un attentato contro una petroliera francese, la Corte edu ha dichiarato la sussistenza di un rischio concreto di flagrante diniego di giustizia ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Cedu, sulla base di tre elementi. In primo luogo, la commissione militare non era né indipendente né imparziale e non poteva essere considerata un «tribunale», in quanto essendo stata istituita per giudicare «determinati cittadini stranieri nella guerra contro il terrorismo», non faceva parte del sistema giudiziario federale degli Stati Uniti ed era composta esclusivamente da militari. In secondo luogo, non si trattava di un tribunale «costituito per legge»; infine esisteva un'alta probabilità che fossero utilizzati contro il ricorrente elementi di prova ottenuti con la tortura[113].

Tali considerazioni indussero la Corte di giustizia ad estendere il test *Aranyosi* al caso *L.M.* Qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione consideri che la persona oggetto del mae in caso di consegna corra un rischio reale di soffrire una violazione del suo diritto fondamentale a un giudice indipendente e, pertanto, del contenuto essenziale del diritto a un equo processo, garantito dall'art. 47, par. 2, della Carta, è autorizzata ad astenersi, a titolo eccezionale, dal dare seguito a tale mae, in base all'art. 1, par. 3, della decisione quadro 2002/584/GAI.

L'indipendenza giudiziaria diviene, quindi, il parametro alla stregua del quale valutare l'esistenza di un rischio concreto di lesione non già del divieto di trattamenti disumani e degradanti (art. 4 della Carta), come nel caso *Aranyosi*, bensì del diritto ad un processo equo (art. 47 della Carta). A tal fine, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, in una prima fase, deve valutare, in base a elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario nello Stato membro emittente, la presenza di un rischio reale per la mancanza di indipendenza dei giudici, a causa delle carenze sistemiche o generalizzate presenti in detto Stato membro[114].

In un secondo momento, qualora, il risultato di tale accertamento sia positivo, si dovrà esaminare, avuto riguardo alle preoccupazioni espresse dal ricorrente e alle

---

[112] V. le seguenti sentenze: *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, cit.; *Husayn c. Polonia*, cit.; *Al Nashiri c. Polonia*, cit.; e *Al Nashiri c. Romania*, cit.

[113] Conclusioni, *L.M.*, cit., punto 84, in cui si rinvia alla Corte edu, *Al Nashiri c. Polonia*, cit., punti da 565 a 569.

[114] Corte di giustizia UE, *Aranyosi*, cit., punto 89.

informazioni da questi fornite, se esistano motivi seri e comprovati per ritenere che, in seguito alla sua consegna allo Stato membro emittente, possa essere violato il diritto fondamentale del ricercato ad un giudice indipendente e, pertanto, il contenuto essenziale dell'equo processo[115]. A tal fine, bisognerà tener conto della sua situazione personale nonché della natura del reato per cui è perseguito e delle circostanze di fatto. In caso contrario, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve astenersi dal dare seguito al mae. Si tratterebbe di una sospensione in un caso concreto.

Un simile esame è ancor più necessario quando, come nel caso di specie, lo Stato membro emittente è stato oggetto di una proposta motivata della Commissione, adottata ai sensi dell'art. 7, par. 1, TUE, e l'autorità giudiziaria dell'esecuzione ritiene, proprio sulla base di siffatta proposta, di disporre di elementi idonei a dimostrare l'esistenza di carenze sistemiche riguardanti il potere giudiziario di tale Stato membro.

L'autorità dell'esecuzione, infatti, sarebbe tenuta a rifiutare automaticamente l'esecuzione di un mae da uno Stato membro, senza dover svolgere alcuna valutazione concreta del rischio reale corso dall'interessato di lesione del contenuto essenziale del suo diritto fondamentale a un equo processo, soltanto in presenza di una decisione del Consiglio europeo, che constati, alle condizioni di cui all'art. 7, par. 2, TUE, una violazione grave e persistente nello Stato membro emittente dei principi sanciti all'art. 2 TUE, come quelli inerenti allo Stato di diritto, seguita dalla sospensione da parte del Consiglio dell'applicazione della decisione quadro 2002/584/GAI nei confronti di tale Stato membro (considerando 10 di quest'ultima).

Pertanto, fintantoché il Consiglio Europeo non adotti una simile decisione, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione potrà astenersi solo in presenza di circostanze eccezionali, che dovrà verificare in conformità con il test *Aranyosi*, al fine di accertare in quale misura le carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza dei giudici dello Stato membro emittente, attestate dagli elementi a sua disposizione, siano idonee ad avere un impatto sui giudici di tale Stato membro competenti a conoscere dei procedimenti a cui sarà sottoposto il ricercato.

6. Le eccezioni alla fiducia reciproca: diritto costituzionale dell'emergenza o irreversibile declino del principio del riconoscimento mutuo?

Il processo di erosione dello Stato di diritto (*backsliding)* sta provocando il sistematico indebolimento dei suoi elementi strutturali. Lo schema si sta ripetendo con gli stessi canoni in diversi Stati dell'UE. I casi dell'Ungheria e della Polonia costituiscono l'esempio paradigmatico di una tendenza generalizzata, che sta contribuendo a sviluppare un nuovo modello, alternativo seppur antitetico a quello tipico delle democrazie costituzionali del secondo dopoguerra.

In tali Stati, infatti, si ravvisa non tanto l'impossibilità quanto piuttosto l'assenza della volontà di collaborare con le istituzioni europee e con gli altri Stati membri. Un

[115] *Ivi,* punti 92-94.

simile atteggiamento sta mettendo a repentaglio l'intera costruzione europea. Si tratta di un processo circolare: se si rompe un anello della catena si frantuma tutto il meccanismo. Nei sistemi, caratterizzati da carenze sistemiche si creano spazi di impunità, in cui i poteri pubblici si sentono liberi di adottare misure che ledono in modo sistematico i diritti fondamentali dei cittadini. Quando, pertanto, in tali Stati si supera la c.d. soglia di tolleranza, è necessario un intervento dell'UE per ristabilire la fiducia reciproca, la quale costituisce il principio fondamentale alla base della cooperazione sia in materia civile-commerciale sia in materia penale ed, in generale, dello sviluppo dello SLSG. Di fronte al fallimento degli strumenti politici a disposizione dell'UE, pare che una risposta alla crisi dello Stato di diritto possa provenire proprio dalla cooperazione giudiziaria in materia penale sia verticale che orizzontale.

Il meccanismo pre-art. 7 Tue, basato sul dialogo strutturato, si è rivelato insufficiente, la proposta della Commissione di attivare l'art. 7, par. 1, TUE, presentata a dicembre 2017, non ha ancora ricevuto una risposta dal Consiglio, e lo stesso probabilmente accadrà con quella del Parlamento europeo nei confronti dell'Ungheria[116]. L'«opzione nucleare» non è mai stata attivata non solo perché si tratta di un procedimento molto complesso ma anche per le conseguenze che potrebbe avere sul processo di integrazione europea.

In questa pericolosa situazione, in cui si ravvisa la necessità di adottare un diritto costituzionale europeo dell'emergenza, basato su standard comuni, sostanziali e processuali, pare che la Corte di giustizia, quale principale motore del dialogo giudiziario europeo, ed i giudici nazionali siano destinati ad essere i custodi dei diritti fondamentali a difesa della democrazia. Nel rinvio pregiudiziale relativo al caso *L.M*, infatti, è evidente che la Corte di Lussemburgo utilizza il nesso indipendenza-tutela giudiziaria effettiva-Stato di diritto per intervenire direttamente nella crisi polacca, denunciando le sue carenze sistemiche. Si tratta di un ultimatum nei confronti della Polonia. L'introduzione di un nuovo motivo assoluto di rifiuto del principio del riconoscimento mutuo sarebbe stata una reazione sproporzionata, che avrebbe bloccato qualsiasi tipo di cooperazione e di dialogo con questo paese.

L'intervento della Corte di giustizia nelle crisi sistemiche, quindi, è senza dubbio positivo. Per quanto riguarda gli effetti dell'introduzione di ulteriori limiti alla fiducia reciproca, ad avviso di chi scrive, il rifiuto di dare esecuzione al mae nel caso *L.M.*, mediante la sospensione della decisione quadro «in un caso concreto», anche se dovrà essere applicato dai giudici comuni con molta cautela, non segna necessariamente il declino del riconoscimento mutuo, potendo rafforzare, piuttosto, la tutela dei diritti fondamentali.

Detta eccezione, infatti, non violerebbe l'uguaglianza tra gli Stati membri sancita dall'art. 4, par. 2, TUE[117]. L'esistenza in Polonia di un rischio concreto di flagrante diniego

---

[116] Parlamento europeo, 2014-2019, Situazione in Ungheria. Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'UE, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (2017/2131(INL)).

[117] In tal senso v. Conclusioni, *L.M.*, cit., punto 107.

di giustizia a causa delle recenti riforme del sistema giudiziario non implica che nessun giudice polacco sia in grado di prendere decisioni in conformità all'art. 47, par. 2, della Carta. Una simile posizione è avallata anche dalla Corte edu, che nella giurisprudenza sull'art. 3 della Cedu e in quella concernente la sussistenza di un rischio concreto di flagrante diniego di giustizia, considera non solo la situazione nel paese di destinazione ma anche le circostanze particolari dell'interessato[118] relative alla persona o al reato per cui è perseguita o di cui è stato condannato per verificare se effettivamente può essere esposto a tale rischio[119]. Secondo la Commissione europea, infatti, potrebbe sussistere un maggior rischio nel caso in cui la persona oggetto del mae sia un oppositore politico o appartenga ad un gruppo sociale o etnico che è stato oggetto di discriminazioni, se il reato ha natura politica o se il governo in carica rilascia dichiarazioni pubbliche riguardanti tale reato o la sua sanzione.

Ai sensi del considerando 12 della decisione quadro 2002/584/GAI è possibile rifiutare la consegna di una persona qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mae sia stato emesso per perseguirla penalmente o punirla per le sue opinioni politiche[120]. Spetterebbe, quindi, alla persona interessata provare l'esistenza di tali motivi gravi e comprovati che facciano dedurre l'esistenza di un rischio concreto che possa essere esposta a un flagrante diniego di giustizia nello Stato membro di emissione[121].

Nel caso di specie, tuttavia, né L.M. né il suo rappresentante hanno spiegato in che modo le recenti riforme del sistema giudiziario polacco pregiudicherebbero la sua posizione, né come le carenze di tale sistema, ammesso che siano dimostrate, impedirebbero che la sua causa fosse trattata da un giudice indipendente ed imparziale. In questo senso, l'esistenza di un problema generalizzato di rispetto dei diritti dell'uomo in un determinato paese non dimostra di per sé che l'interessato nello Stato membro di emissione sarebbe sottoposto ad un rischio di flagrante diniego di giustizia. Nel caso di specie, ad esempio, il Sign. L.M. è accusato di traffico di stupefacenti e non di un reato di carattere politico.

La Corte di giustizia, da una parte, assume la funzione di interprete dei valori europei, sanciti nell'art. 2 TUE, rafforzando sia il suo ruolo di giudice costituzionale dell'UE sia l'iniziativa intrapresa dalla Commissione nei confronti della Polonia nell'ambito del ricorso per inadempimento[122] per il mancato rispetto dell'indipendenza

---

[118] *Ivi*, punti 109-112, in cui si fa riferimento alle seguenti pronunce della Corte edu: sentenza del 18 aprile 2013, *Mo. M. c. Francia*, ricorso n. 18372/10, punti da 38 a 43; sentenza del 25 marzo 2014, *M. G. c. Bulgaria*, ricorso n. 59297/12, punti da 87 a 91; e sentenza del 27 ottobre 2011, *Ahorugeze c. Svezia*, ricorso n. 37075/09, punti da 125 a 129.

[119] *Ivi*, punto 113.

[120] *Ivi*, punto 114.

[121] *Ivi*, punto 115.

[122] La Commissione europea ha presentato due ricorsi per inadempimento contro la Polonia aventi ad oggetto rispettivamente la riforma della legge sui tribunali ordinari del 12 luglio del 2017 e la legge di riforma della Corte Suprema adottata il 3 aprile 2018 ed entrata in vigore il 3 luglio (causa C-192/18, *Commissione/Polonia*, ricorso del 15 marzo 2018, e causa *Commissione/Polonia*, C-619/18, ricorso del 2 ottobre 2018). In entrambi i casi, si lamenta la violazione degli obblighi derivanti dall'art. 19, par. 1, del TUE insieme all'art. 47 della Carta, in particolare sotto il profilo dell'inamovilità e della garanzia dell'indipendenza. La Corte di giustizia UE, poco dopo la sentenza *L.M.*, ha adottato misure cautelari (ordinanza del 19 ottobre

giudiziaria; dall'altra, rimettendo ai giudici comuni il compito di pronunciarsi sulla violazione dello Stato di diritto/processo equo a causa delle carenze del sistema giudiziario polacco, sancisce un meccanismo giuridico di soluzione delle crisi sistemiche alternativo all'art. 7 TUE, che costituisce uno strumento meramente politico, peraltro, molto complesso. L'intimazione della Corte di giustizia alla Polonia di bloccare la cooperazione giudiziaria in materia penale perché, in caso contrario, potrebbe essere esclusa dal sistema europeo di cooperazione giudiziaria in materia penale, può, infatti, produrre effetti molto più rapidi ed effettivi.

2018 nella causa C-619/18), *inaudita altera parte*, ordinando alla Polonia la sospensione immediata e con effetto retroattivo dell'applicazione delle disposizioni nazionali relative alla riduzione dell'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema da 70 a 65 anni. In tal modo, l'ha obbligata a riassumere nei loro posti di lavoro i giudici che secondo la nuova legge si sarebbero dovuti ritirare anticipatamente.