



I criteri funzionali al riconoscimento di una “*carezza sistemica o generalizzata*” dei valori fondanti dell’Unione europea

Miriana Lanotte*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’enucleazione della nozione di “carezza sistemica e generalizzata”. – 3. I criteri funzionali al riconoscimento della violazione sistemica. – 4. Conclusioni: la portata innovativa dell’accertamento delle violazioni strutturali?

1. Se *prima facie* l’utilizzo da parte della Corte di giustizia della nozione di “carezza sistemica e generalizzata” sembra costituire un elemento di novità, e sicuramente lo è, occorre sottolineare che siffatto concetto, prima che nell’ordinamento dell’Unione europea, trova un suo preciso antecedente nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. In particolare, in virtù delle esigenze di economia processuale e di effettività di tutela dei diritti fondamentali, il Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa ha adottato una risoluzione e una raccomandazione¹ – la prima diretta alla Corte e la seconda agli Stati

* Dottoranda in Diritto europeo presso l’Università di Bologna.

¹ Risoluzione 2004(3) del Comitato dei ministri, adottata il 12 maggio 2004, sulle carenze che rivelino un sottostante problema sistemico e raccomandazione 2004(6) del Comitato dei ministri sul miglioramento dei rimedi interni.

membri – volte a limitare la mole di ricorsi ripetitivi originati da una medesima situazione sistemica in uno Stato e a identificare l’eventuale problema strutturale sottostante alle violazioni della Convenzione². Così, la Corte EDU, sollecitata dal singolo individuo che lamenta la violazione di un diritto fondamentale nascente da una carezza sistemica e strutturale dell’ordinamento nazionale compie, attraverso la procedura della “sentenza pilota”, un sindacato sulla stessa legislazione degli Stati aderenti ed impone una conformazione alle sue stesse statuizioni anche mediante una modifica del diritto interno per consentire la piena riparazione delle conseguenze della violazione³.

Anche la Corte di giustizia ha fatto uso, senza però definirne il contenuto, dell’espressione “carezza sistemica e generalizzata”, sebbene non abbia, come la Corte di Strasburgo, la precipua finalità di tutelare i singoli da possibili violazioni dei diritti fondamentali, ma si occupi di questi ultimi, in virtù dell’art. 51, par. 1, CDFUE, nella misura in cui questi siano funzionali ad esercitare le competenze dell’Unione⁴ e, in virtù dell’art. 2 TUE in combinato disposto con altre disposizioni dei trattati, quando la violazione di un valore fondante e fondativo – si

² F. M. PALOMBINO, *La “procedura della sentenza pilota” nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 44, 2008, p. 91 ss.; 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*, 2010; A. SACUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazione strutturale dei diritti umani*, Napoli, 2018, in particolare p. 17 ss.; A. CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Bari, 2018, pp. 8-9.

³ Corte EDU (GC) 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, ric. n. 31443/96, *Broniowski c. Polonia*, punti 35-37. Si veda V. ZAGRELBESKY, *Violazioni “strutturali” e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, n. 1, 2008, p. 5 ss.

⁴ A. ADINOLFI, *La rilevanza esterna della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauo*, Napoli, 2014, p. 28.

pensi all'indipendenza della magistratura⁵ – comprometta al tempo stesso un diritto fondamentale del singolo⁶.

Non vi è dubbio che vi siano molteplici differenze tra la violazione di un diritto garantito dalla Carta e quella di un valore di cui all'art. 2 TUE⁷. In primo luogo, quest'ultimo conosce come strumento rimediabile anche l'art. 7 TUE⁸, la cui applicazione a sua volta comporta, tanto per la materia dell'asilo – nel Protocollo n. 24 – quanto in quella del mandato d'arresto europeo (d'ora in avanti MAE) – come prevede il considerando 10 della decisione quadro 2002/584/GAI – ulteriori conseguenze giuridiche⁹.

⁵ Sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *ASJP*. Per un commento si veda, L. PECH, S. PLATON, *Judicial independence under threat: The Court of Justice to the rescue in the ASJP case*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, p. 1827 ss.; A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello Stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e Diritti fondamentali*, 2018, p. 421 ss.; M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, 2018, p. 622 ss.; M. PARODI, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *europeanpapers.eu*, vol. 3, 2018, p. 985 ss.

⁶ L. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'art. 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del primato dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 17 giugno 2020, p. 1 ss.; P. MORI, *Il primato dei valori dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2021, p. 73 ss.

⁷ L. PECH, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, Jean Monnet Working Paper No. 04/09 (NYU School), 2009.

⁸ L'avverbio "anche" viene utilizzato perché si fa riferimento a quella parte della dottrina che ritiene che l'art. 7 TUE non sia la sola risposta rimediabile alle violazioni dello Stato di diritto. Si legga, *ex multis*, C. CLOSA, D. KOCHENOV, J. H. H. WEILER, *Reinforcing the Rule of Law Oversight in the European Union*, 2014, *EUI RSCAS Research Paper*, n. 25, 2014; A. VON BOGDANDY, *Principles of systemic deficiencies doctrine: how to protect checks and balances in the member States*, in *Common Market Law Review*, vol. 57, 2020, p. 720; v. anche conclusioni dell'AG Campos Sanchez-Bordona, presentate il 2 dicembre 2021, nella causa C-156/21, punti 208-216.

⁹ U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2020, p. 15. Come noto, in primo luogo, si fa riferimento al fatto che in materia di asilo, il Protocollo n. 24 dispone che la domanda di asilo presentata da un cittadino di uno Stato membro – che non potrebbe essere presa in esame in un altro Stato membro posto che si presume tutti gli Stati membri siano Paesi d'origine sicuri per quanto concerne la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali – può essere presa in considerazione da un altro Stato membro se è stata avviata la procedura di cui all'art. 7, par. 1, TUE, nei confronti dello Stato membro del quale il richiedente è cittadino, o se il Consiglio ha adottato la conseguente decisione, o se il Consiglio europeo ha adottato una decisione in base

In secondo luogo, utilizzare l’art. 2 TUE in combinato disposto con altre disposizioni dei trattati, facendone discendere degli obblighi per gli Stati, significa rendere le violazioni di tali obblighi “giustiziabili” e tutelare il singolo valore non in relazione al limitato campo di applicazione dei settori disciplinati dal diritto dell’Unione, ma anche nei settori riguardanti l’azione autonoma degli Stati membri¹⁰.

Da ultimo, non per importanza, il rispetto dell’art. 2 TUE, costituendo uno dei requisiti per l’adesione di uno Stato all’Unione ai sensi dell’art. 49 TUE, rappresenta il presupposto fondamentale della reciproca fiducia¹¹. Ne consegue che la violazione di tali valori da parte di uno Stato mette in discussione, per un verso, la stessa volontà di quest’ultimo di fare parte del “sistema Europa” in quanto sistema valoriale comune e, per altro verso, la presunzione legale della fiducia tra gli Stati. Tanto è vero che la Corte per rispondere alla crisi dei valori europei – da alcuni autori definita crisi costituzionale¹² – ha enunciato recentemente il principio di non regressione¹³, in virtù del quale uno Stato membro non può, dopo essere entrato a far parte dell’Unione, modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto¹⁴.

all’art. 7, par. 2, TUE nei riguardi di tale Stato. In secondo luogo, con riferimento al MAE, si deve ricordare che, in virtù del considerando n. 10 della decisione quadro, l’autorità di esecuzione del MAE può sospendere l’attuazione in caso di grave e persistente violazione dei valori sanciti all’art. 2 TUE da parte dello Stato membro richiedente. Tale violazione deve essere constatata dal Consiglio europeo in applicazione dell’art. 7, par. 2, TUE.

¹⁰ P. MENGOZZI, *La Corte di Giustizia come giudice del sistema costituzionale europeo e dei valori ad essi riconosciuti?*, in AA.VV., *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 613 ss.

¹¹ Parere della Corte del 18 dicembre 2014, 2/13, punto 191.

¹² D. KOCHENOV, *The EU in its most serious crisis ever (and that’s not the Euro crisis)*, in *verfassungsblog.de*, 13 June 2013.

¹³ Sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-896/19, *Repubblica*, punti 63-65. Si veda D. KOCHENOV, A. DIMITROVS, *Solving the Copenhagen Dilemma: The Repubblica Decision of the European Court of Justice*, in *verfassungsblog.de*, 28 April 2021; A. FESTA, *Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso Repubblica alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 3, p. 73 ss.

¹⁴ Sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*, punto 51.

È proprio la messa in discussione dei valori fondanti dell'Unione e di conseguenza della reciproca fiducia come presunzione assoluta¹⁵, da un lato, e il malfunzionamento della procedura di cui all'art. 7 TUE¹⁶, dall'altro, che hanno fatto sorgere la necessità di importare dal sistema CEDU – attribuendone un significato autonomo – la nozione di “carezza sistemica e generalizzata”. Non a caso siffatta espressione ha trovato “terreno fertile” nell'ambito di cause relative allo Spazio di libertà sicurezza e giustizia, in cui, come noto, i principi cardine che governano la materia sono i principi di fiducia e riconoscimento reciproci¹⁷.

Ci si deve chiedere, allora, se, alla luce delle differenze summenzionate tra violazione di un diritto fondamentale e di un valore costituzionale dell'Unione, anche l'espressione di carezza sistemica e generalizzata assuma un diverso significato a seconda che si riferisca all'una piuttosto che all'altra.

¹⁵ Comunicazione della Commissione, *Riconoscimento reciproco delle decisioni definitive in materia penale*, COM(2000)495 def. In dottrina, si v. G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Caldaru*, in *Common Market Law Review*, vol. 53, 2016, p. 1675 ss.; K. LENAERTS, *La vie a près l'avis: Exploring the principle of mutual(yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, vol. 54, 2017, p. 805 ss.; P. MENGOZZI, *L'applicazione del principio di mutua fiducia e il suo bilanciamento con il rispetto dei diritti fondamentali in relazione allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2017, p. 1 ss.; E. PISTOIA, *Lo status del principio di mutua fiducia nell'ordinamento dell'Unione secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. Qual è l'intruso?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 2, 2017, p. 26 ss.; L. S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il “salto nel buio” e la rete di protezione*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2021, p. 1 ss.

¹⁶ Sulle debolezze dello strumento politico si veda in dottrina, S. GREER, A. WILLIAMS, *Human Rights and the Council of Europe and the EU. Towards 'individual', 'constitutional' or 'institutional' justice?*, in *European Law Journal*, 2009, p. 462 ss.; V. M. DAWSON, E. MUIR, *Individual, Institutional and Collective Vigilance in Protecting Fundamental Rights in the EU: Lessons from Roma*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 751 ss.; G. DI FEDERICO, *Defending the rule of law in the European Union: taking stock of the Polish situation*, in rivista.eurojus.it, 29 gennaio 2016; P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, n. 8, 2020, p. 166 ss.

¹⁷ V. FAGGIANI, *Le crisi sistemiche dello stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria nell'Ue*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2019, p. 195 ss.

Il presente scritto, nei paragrafi che seguono, si prefigge, *in primis*, l’obiettivo di analizzare la giurisprudenza in cui i giudici del Kirchberg hanno utilizzato l’espressione “carenza sistemica e generalizzata” (v. *infra*, par. II); in secondo luogo, di chiarire cosa si intenda per “carenza sistemica e generalizzata” e quali possono essere gli indici sintomatici del *deficit* strutturale (v. *infra*, par. III), per poi comprendere quale sia la conseguenza pratica della introduzione del concetto di violazione strutturale (v. *infra*, par. IV).

2. L’uso della nozione di carenza sistemica e generalizzata ha di fatto permesso alla Corte di Giustizia di circoscrivere i casi “eccezionali”¹⁸ in cui il principio della mutua fiducia cede il passo alla necessità di tutelare diritti e valori fondamentali. In altri termini, la Corte non mette in discussione il dogma della fiducia reciproca¹⁹, pena la crisi del sistema di cooperazione interstatale automatica²⁰, ma, attraverso un approccio caso per caso, prevede delle eccezioni che riconfermerebbero siffatto principio²¹.

Ecco che allora la carenza sistemica e generalizzata diventa, nel caso in cui questa abbia l’effetto di violare un diritto fondamentale sancito dalla Carta, un valore soglia, la misura – decisamente elevata, ma funzionale a garantire che la cooperazione funzioni – oltre la quale la presunzione di conformità degli ordinamenti ai diritti fondamentali tra gli Stati non può, o *rectius* non potrebbe, operare. Dunque, la carenza strutturale esprimerebbe un limite al principio della reciproca fiducia e del reciproco riconoscimento.

¹⁸ Parere della Corte 2/13, cit., punto 191.

¹⁹ Sentenza della Corte del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K. e altri*, punti 94 e 95.

²⁰ In senso contrario, V. MITSILEGAS, *The Limits of Mutual Trust in Europe’s Area of Freedom, Security and Justice: From Automatic-Inter-State Cooperation to the Slow Emergence of the Individual*, in *Yearbook of European Law*, vol. 21, 2012, p. 358. L’autore afferma: “N.S. constitutes a turning point in the evolution of inter-state cooperation in the Area of Freedom, Security and Justice. The rejection by the Court of the conclusive presumption of fundamental rights compliance by EU Member States signifies the end of automaticity in inter-state cooperation not only as regards the Dublin Regulation, but also as regards cooperative systems in the fields of criminal law and civil law”.

²¹ E. XANTHOPOULOU, *Mutual trust and rights in EU criminal and asylum law: Three phases of evolution and the uncharted territory beyond blind trust*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, 2018, p. 489 ss.

In questo senso si deve leggere il caso *N.S. e altri*²², in cui la Corte, investita di un rinvio pregiudiziale circa l'interpretazione dell'art. 3, n. 2 del regolamento *Dublino II*²³, ha risposto, in particolare, a due quesiti, ovverosia se lo Stato membro che deve effettuare il trasferimento del richiedente asilo verso lo Stato competente debba verificare il rispetto, da parte di quest'ultimo Stato, dei diritti fondamentali e se tale obbligo osti all'applicazione di una presunzione assoluta secondo la quale lo Stato competente rispetti i diritti fondamentali²⁴.

I giudici di Lussemburgo, partendo dalla premessa che è proprio in ragione del principio di reciproca fiducia che l'Unione ha adottato il regolamento *Dublino II* al fine di razionalizzare il sistema comune di asilo e rendere più celere il trattamento delle domande dei richiedenti asilo²⁵, hanno affermato che non si può escludere che il sistema possa incontrare nella pratica delle gravi difficoltà e che un singolo richiedente possa subire un trattamento incompatibile ai suoi diritti fondamentali²⁶. Ne consegue che gli Stati membri sono tenuti a non trasferire il richiedente asilo verso lo Stato competente non per qualsiasi "violazione minima" di un diritto fondamentale, ovvero di una disposizione di una direttiva del CEAS, ma qualora sussistano "carenze sistemiche" nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti nello Stato membro²⁷ competente che costituiscono motivi seri e comprovati che questi ultimi corrano il rischio di subire un trattamento inumano e degradante, ai sensi dell'art. 4 della Carta²⁸.

²² Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S.* Si vedano, nello stesso senso, sentenza *C.K e altri*, cit., punti 75-95; sentenza della Corte del 19 marzo 2019, causa C-163/17, *Jawo*, punto 90.

²³ Regolamento CE (343/2003) del Consiglio, del 18 febbraio 2013.

²⁴ Si veda in dottrina, G. MORGESE, *Regolamento di Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra gli Stati membri: la pronuncia della Corte nel caso «NS e altri»*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. VII, 2012, p. 147 ss.; C. FAVILLI, *Reciproca fiducia, mutuo riconoscimento e libertà di circolazione di rifugiati e richiedenti protezione internazionale nell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 2015, p. 701 ss.; (in particolare p. 708-714).

²⁵ Sentenza *N.S.*, cit., punto 79.

²⁶ *Ibidem*, punto 81.

²⁷ Tale espressione, a seguito della sentenza *NS*, è stata codificata all'art. 3, par. 2 del regolamento (UE) 604/2013 del Parlamento e del Consiglio, del 26 giugno 2013 (*Dublino III*), quale motivo che potrebbe rendere impossibile il trasferimento del richiedente.

²⁸ Sentenza *NS*, cit., punti 86 e 94. Nello stesso senso sentenza della Corte del 14 novembre 2013, causa C-4/11, *Puid*, punti 30 e 36.

L'accertamento di una carezza sistemica e generalizzata rileva, secondo la Corte di giustizia nella sentenza *Aranyosi e Caldáaru*²⁹, anche nell'ambito del MAE allorquando nell'esecuzione di quest'ultimo vi sia la possibilitá che il soggetto passivo della procedura possa subire trattamenti inumani e degradanti (nel caso di specie derivanti in particolare dalla situazione delle carceri).

Non essendo presente un motivo generale di diniego del riconoscimento o di esecuzione in caso di violazione dei diritti fondamentali³⁰, la Corte di giustizia, nel caso *Aranyosi e Caldáaru*, ha chiarito che, qualora l'autoritá di esecuzione del MAE disponga di elementi che attestano un rischio concreto di trattamento inumano e degradante nello Stato membro emittente, essa è tenuta a valutare la sussistenza di tale rischio quando decide in ordine alla consegna del soggetto.

In questo caso i giudici di Lussemburgo hanno elaborato un doppio test. Una prima valutazione riguarda la sussistenza o meno di “*carenze vuoi sistemiche o generalizzate, vuoi che colpiscono gruppi di persone, vuoi ancora che colpiscano determinati centri di detenzione*”. Siffatta verifica deve fondarsi su elementi oggettivi, attendibili, precisi e opportunamente aggiornati. Un valido esempio è costituito dalle decisioni giudiziarie internazionali. La seconda valutazione, posto che la mera sussistenza di indici che attestano carenze sistemiche non può

²⁹ Sentenze della Corte del 5 aprile 2016, cause C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Caldáaru*. Tra i commenti si veda, N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăaru*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2016, p. 445; M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari “virtuosi” della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 26 aprile 2017.

³⁰ Sul tema segnalano, *ex multis*, C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali. Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 4 luglio 2013, p. 1 ss.; A. ROSANÒ, *Dopo Aranyosi e Caldáaru: la prassi della Corte di cassazione italiana in materia di diritti fondamentali*, in *Sistema penale*, 7 ottobre 2020, p. 51 ss.; S. MONTALDO, L. GROSSIO, *La riforma della disciplina di recepimento del mandato di arresto europeo: il nuovo assetto dei limiti all'esecuzione della richiesta di consegna*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 3, 2021, p. 95 ss.; C. AMALFITANO, M. ARANCI, *Mandato di arresto europeo e due nuove occasioni tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia. Note a Corte cost., ordd. 18 novembre 2021, nn. 216 e 217, Pres. Coraggio, Red. Viganò*, in *Sistema penale*, n. 1, 2022, p. 5 ss.

automaticamente condurre al rifiuto del MAE, si sostanzia in un giudizio in concreto: l'autorità giudiziaria di esecuzione deve rispondere alla domanda se via siano motivi gravi e comprovati di ritenere che quel preciso soggetto, a fronte di una carenza sistemica nello Stato membro in cui deve essere consegnato, corra il rischio di essere sottoposto a un trattamento inumano e degradante³¹.

Se ne deduce che l'accertamento di una carenza sistemica non basta a limitare il principio del reciproco riconoscimento, ma serve un giudizio più specifico, non generale e astratto, ma concreto. La domanda che il giudice nazionale deve porsi è se quel soggetto *hic et nunc* possa correre il rischio di subire violazioni del suo diritto sancito dall'art. 4 Carta. Al valore soglia, che è appunto la carenza sistemica, si deve aggiungere un *quid pluris*, ovverosia il rischio concreto di una violazione del diritto del singolo.

Il *deficit* strutturale, dunque, diviene un presupposto del duplice test, una della due condizioni – quella generale e astratta – in presenza della quale si può negare l'esecuzione del MAE.

Senonché, a fronte delle numerose riforme relative all'amministrazione della giustizia approvate in Polonia³² – che hanno minato il principio dell'indipendenza della magistratura – è stato chiesto alla Corte di giustizia, nel caso *LM*³³, se l'accertamento da parte di un giudice nazionale di prove concludenti attestanti l'incompatibilità delle condizioni nello Stato membro emittente con il diritto fondamentale a un equo processo imponga all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di compiere ulteriori valutazioni in merito

³¹ Sentenza *Aranyosi e Caldáru*, cit., punti 88-94.

³² Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *Relazione sullo Stato di diritto 2020, Capitolo sulla situazione dello Stato della Polonia*, SDW (2020) 320 final.

³³ Sentenza della Corte del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality (Carenze del sistema giudiziario)*. *Ex multis*, si veda L. PECH, D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, SIESP Report, 2021, p. 170; P. BÁRD, W. VAN BALLEGOIJ, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, p. 353; T. KONSTADINIDES, *Judicial independence and the Rule of Law in the context of non-execution of a European Arrest Warrant: LM*, in *Common Market Law Review*, vol. 56, 2019, p. 743; D. SARMIENTO, *A comment on the CJEU's judgment in LM*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 385.

all’esposizione del singolo interessato al rischio di un processo iniquo. In particolare, la domanda pregiudiziale del giudice irlandese si fonda sulla considerazione, tutt’altro che peregrina, che la gravità della situazione polacca, attestata tanto dalla Commissione nella proposta motivata *ex art. 7, par. 1, TUE*³⁴, quanto dai pareri e le raccomandazioni – non recepite dallo Stato – della Commissione di Venezia del Consiglio d’Europa³⁵, sarebbe di per sé sufficiente per rifiutare il MAE, senza, dunque, la necessità di condurre un giudizio in concreto sul singolo soggetto.

Tale approccio è stato rifiutato dalla Corte di giustizia, la quale ha ritenuto, nonostante la piena consapevolezza del fallimento della tanto temuta “opzione nucleare” – che, per come strutturata, può essere paralizzata dal possibile sostegno da parte di alcuni Stati allo Stato membro autore della violazione dello Stato di diritto – che una sospensione generale del meccanismo del MAE sia possibile, come previsto dal considerando n. 10, solo se viene presa una decisione dal Consiglio europeo e dal Consiglio ai sensi degli artt. 7, parr. 2 e 3 TUE³⁶.

Fino ad allora, i tribunali nazionali che eseguono i MAE devono applicare il duplice test. *Ergo*, l’autorità giudiziaria dell’esecuzione deve astenersi dall’eseguire il MAE solo se viene identificato un rischio reale specifico di violazione del diritto ad un equo processo previsto dagli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE³⁷.

³⁴ Proposta motivata, del 20 dicembre 2017, in conformità con l’articolo 7, paragrafo 1, del TUE per quanto riguarda la legge in Polonia, COM(2017) 835 def.

³⁵ Consiglio d’Europa: Commissione di Venezia (2016), Polonia - parere in merito alla legge sul Tribunale costituzionale, CDL AD(2016)026-e; Consiglio d’Europa: Commissione di Venezia (2017), parametri del rapporto tra la maggioranza parlamentare e l’opposizione in democrazia: lista di controllo, CDL-AD(2017)031; Consiglio d’Europa: Commissione di Venezia (2017), parere in merito alla legge sulla Procura, versione modificata, CDL-AD(2017)028; Consiglio d’Europa: Commissione di Venezia (2019), lista di controllo del 24 giugno 2019, CDL-AD(2019)015; Consiglio d’Europa: Commissione di Venezia (2020), Polonia - parere congiunto urgente della commissione di Venezia e della direzione generale per i diritti umani e lo Stato di diritto (DGI) del Consiglio d’Europa sulle modifiche alla legge sui tribunali ordinari, alla legge sulla Corte suprema e ad alcune altre leggi, CDL-AD(2020)017.

³⁶ Sentenza *LM*, cit., punti 70 e 71.

³⁷ *Ibidem*, punti 72 e 79.

I giudici di Lussemburgo sono giunti alle medesime conclusioni anche nella sentenza relativa ai casi *L e P*³⁸, in cui il Tribunale di Amsterdam aggiungeva, rispetto al caso *LM*, ulteriori e significativi eventi che potevano essere tali da non consentire a nessun indagato/imputato di vedersi garantito il diritto ad un giudice indipendente³⁹.

La Corte, anche in questo caso, riconferma il test *Aranyosi e Caldaru*, nulla aggiunge circa gli indici sintomatici che il giudice deve valutare per comprendere se vi sia un *deficit* strutturale, ma offre nuovi elementi per operare la valutazione in concreto, che, come detto, è imprescindibile⁴⁰. Mantenendo una linea interpretativa restrittiva, i giudici del Lussemburgo hanno ribadito che l'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario non necessariamente incide su qualsiasi decisione che gli organi giurisdizionali di detto Stato possono adottare. Una diversa lettura equivarrebbe ad estendere le limitazioni che possono essere apportate ai principi della fiducia e del riconoscimento reciproci al di là

³⁸ Sentenza della Corte del 17 dicembre 2020, cause riunite C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *L e P*. V. A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, *Trust until it is too late! Mutual recognition of judgments and limitations of judicial independence in a Member State: L and P*, in *Common Market Law Review*, vol. 59, 2022, p. 113 ss.

³⁹ Nello specifico, gli eventi a cui si fa riferimento sono: *i*) le sentenze della Corte del 19 novembre 2019, *A.K., e a.*, (cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18), del 26 marzo 2020, *Miasto Lowicz e Prokurator Generalny*, (cause riunite C-558/18 e C-563/18) e del 5 novembre 2019, *Sąd Najwyższy*, ha dichiarato che il Consiglio nazionale della magistratura, Polonia non era, nella sua attuale composizione, un organo imparziale e indipendente dai poteri legislativo ed esecutivo; *ii*) il ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica di Polonia (causa C-791/19) e l'ordinanza della Corte dell'8 aprile 2020, *Commissione c. Polonia* (C-791/19 R); *iii*) l'adozione, il 20 dicembre 2019, da parte della Repubblica di Polonia, di una nuova legge relativa al sistema giudiziario, entrata in vigore il 14 febbraio 2020, che ha indotto la Commissione ad avviare, il 29 aprile 2020, una procedura di infrazione inviando a tale Stato membro una lettera di diffida riguardante detta nuova legge; *iv*) lo svolgimento di un'udienza, il 9 giugno 2020, dinanzi al Sąd Najwyższy (Izba Dyscyplinarna) (Corte suprema, sezione disciplinare), riguardante la revoca dell'immunità penale di un giudice polacco e la pronuncia di una sentenza nella stessa data.

⁴⁰ In particolare, il giudice nazionale nella seconda verifica deve tenere conto della situazione individuale di detta persona, della natura del reato di cui trattasi e del contesto fattuale nel quale si inserisce detta emissione, ivi comprese le dichiarazioni o gli atti di autorità pubbliche che possano interferire nel trattamento da riservare a un caso individuale. Sentenza *L e P*, cit., punto 69.

delle circostanze eccezionali, dando luogo ad una esclusione generalizzata dell’applicazione di tali principi nell’ambito dei MAE emessi dagli organi giurisdizionali dello Stato membro interessato da dette carenze⁴¹.

Come viene sostenuto nella recentissima sentenza *X e Y*⁴², l’esecuzione del MAE non può essere rifiutata senza prima aver svolto il doppio test, in quanto il diniego automatico condurrebbe nei fatti ad una sospensione del meccanismo del MAE nei confronti dello Stato interessato, in violazione della competenza del Consiglio e del Consiglio europeo sancita *ex art. 7 TUE*⁴³. Ne consegue che nella prima fase l’autorità dell’esecuzione deve verificare l’esistenza di una carezza sistemica o generalizzata attraverso una valutazione complessiva, fondata su ogni elemento oggettivo, affidabile, preciso e debitamente aggiornato relativo al funzionamento del sistema giurisdizionale dello Stato membro, segnatamente il contesto generale di nomina dei giudici del medesimo Stato membro⁴⁴; nel giudizio in concreto, invece, l’autorità di esecuzione deve valutare gli elementi concreti – che spetta alla persona oggetto del MAE fornire⁴⁵ – che dimostrino che la carezza strutturale possa concretizzarsi, in caso di consegna, in un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale⁴⁶.

⁴¹ Sentenza *L e P*, cit., punto 43.

⁴² Sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, cause riunite C- 562/21 PPU e C-563/21 PPU, *X e Y*.

⁴³ Sentenza *X e Y*, cit., punto 63.

⁴⁴ *Ibidem*, punto 77.

⁴⁵ *Ibidem*, punto 88. Occorrerebbe che la persona interessata fornisse, per quanto riguarda la formazione del collegio giudicante che ha conosciuto della sua causa penale, elementi relativi, segnatamente, alla procedura di nomina del giudice o dei giudici interessati e all’eventuale distacco di questi ultimi.

⁴⁶ *Ibidem*, punti 83-85. Qualora i dati forniti dalla persona interessata siano rilevanti ma non sufficienti, l’autorità di esecuzione, in virtù dell’art. 15 par. 2, della decisione quadro MAE, dovrà chiedere all’autorità emittente informazioni complementari. In particolare è interessante il passaggio in cui la Corte dà rilevanza al principio di leale cooperazione in questa seconda fase e afferma che “poiché l’autorità giudiziaria emittente è tenuta a fornire tali informazioni all’autorità giudiziaria dell’esecuzione, qualsiasi comportamento che attesti l’assenza di leale cooperazione da parte dell’autorità giudiziaria emittente può essere considerato dall’autorità giudiziaria dell’esecuzione come un elemento pertinente al fine di valutare se la persona di cui è richiesta la consegna corra, in caso di consegna, un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale ad un equo processo dinanzi a un giudice precostituito per legge, sancito all’articolo 47, secondo comma, della Carta”.

Ciò che emerge è che la Corte di giustizia enuclea la nozione di carenza sistemica e generalizzata prima nell'ambito della materia dell'asilo, ma si rende immediatamente conto che se applicata nell'ambito del MAE diviene una nozione pericolosa perché rischia di paralizzare la cooperazione giudiziaria penale. Allora, sceglie di elaborare un test più sofisticato, più impegnativo per il giudice nazionale, in cui l'accertamento della carenza sistemica e generalizzata non è sufficiente a rifiutare il MAE. Essa degrada a mero presupposto, di modo che il possibile diniego del MAE sia eccezionale, sia *extrema ratio*.

In altre parole, la Corte di giustizia per salvare la reciproca fiducia e il funzionamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria penale porta avanti una logica volutamente miope e contraddittoria: miope perché è noto che il considerando 10 della decisione quadro, che consente la sospensione automatica del MAE solo qualora vi sia la votazione del Consiglio ai sensi dell'art. 7, par. 2, TUE, è ormai – o per ora – lettera morta⁴⁷; contraddittoria sia nella misura in cui accertare una carenza sistemica e generalizzata significa di per sé ammettere che vi sia già un rischio reale di violazione dei relativi diritti fondamentali della persona interessata⁴⁸, sia perché se in nessun caso tale rischio concreto è stato comprovato, ciò dimostrerebbe, ragionando *a contrario*, che le accuse sullo Stato di diritto polacco sono politiche e giuridicamente infondate. Non è un caso che un tribunale distrettuale in Norvegia abbia rifiutato la consegna alla Polonia a causa del “significativo maggior pericolo e probabilità” che un tribunale polacco non sia un giudice legittimo e abbia invitato la Corte suprema norvegese e la Corte di giustizia a cambiare la loro giurisprudenza sulla consegna alla Polonia⁴⁹.

⁴⁷ S. GREER, A. WILLIAMS, *Human Rights and the Council of Europe and the EU*, cit., p. 474.

⁴⁸ L. PECH, P. WACHOWIEC, D. MAZUR, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021 p. 36. Il test concreto, invero, non è funzionale a comprendere se vi sia un rischio ma a provare – una *probatio* diabolica – che vi sarà una violazione del diritto fondamentale della persona. Solo in questo caso sarà possibile il rifiuto del MAE.

⁴⁹ Sul punto, E. HOLMØYVIK, *No Surrender to Poland: A Norwegian court suggests surrender to Poland under the EAW should be suspended in general*, in *verfassungsblog.de*, 2 November 2021.

Occorre ricordare – prendendo in prestito proprio le parole della Corte – che il sistema di cooperazione giudiziaria penale funziona se tutti gli Stati membri rispettano i valori *ex art. 2 TUE*, perché è questo il presupposto della fiducia reciproca⁵⁰. Se così non è – come sembrerebbe evincersi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁵¹ – viene meno il fondamento che regge questo sistema che, dunque, non può essere salvato scaricando a valle, sul singolo soggetto, il peso del malfunzionamento, a monte, dell’art. 7 TUE.

3. Dalle sentenze sinora citate si evince che l’utilizzo della nozione di carezza sistemica o generalizzata risponde alla necessità di bilanciare – in maniera squilibrata – da una parte, i principi, di reciproco riconoscimento e reciproca fiducia, e, dall’altra, il rispetto dei diritti fondamentali, in particolare quello dell’indipendenza del giudice che, come la Corte ha ben espresso nella sentenza *Land Hessen*⁵², *in primis*, costituisce un diritto del singolo, *ex art. 47 CDFUE*⁵³, un elemento essenziale del buon funzionamento dell’art. 267 TFUE e, anche, la concretizzazione dello Stato di diritto e un obbligo degli Stati membri ai sensi degli artt. 2 e 19 TUE. Sembra, allora, che le suddette disposizioni siano usate solo per valutare gli obblighi dello Stato membro nelle relazioni verticali (UE - Stato) ma non nel contesto del riconoscimento reciproco e delle relazioni orizzontali (Stato-Stato), perché in questo secondo caso sarebbe opportuno rivedere e ridelineare meglio i principi di fiducia e riconoscimento reciproci⁵⁴.

⁵⁰ Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, causa 284/18, *Achmea*, punto 36. V. D. KOCHENOV, N. LAVRANOV, *Achmea versus the Rule of law: CJEU’s dogmatic dismissal of investors’ rights in backsliding member states of the European Union*, in *Hague Journal of the Rule of Law*, n. 13, 2021.

⁵¹ Sentenza *A.K.*, cit.; sentenza *Miasto Łowicz*, cit.; sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B.*; sentenza della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-487/19, *W.Z.*; sentenza della Corte del 18 maggio 2021, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, *Asociația Forumul Judecătorilor din România*.

⁵² Sentenza della Corte del 9 luglio 2020, causa C-272/19, *Land Hessen*, punto 45.

⁵³ N. LAZZERINI, *La determinazione dello standard di tutela giurisdizionale effettiva tra diritto interno e sovranazionale: l’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali come “grimaldello” e come “ponte”*, in *Quaderni AISDUE*, n. 4, 2022, p. 28 ss.

⁵⁴ A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, *Trust until it is too late!*, cit., p. 148.

Da ciò consegue che, se da un lato, nell'ambito delle relazioni orizzontali l'accertamento del *deficit* strutturale diviene necessario ma non sufficiente, nel caso delle relazioni verticali la carenza sistemica riveste, invece, primaria importanza perché consente alla Corte, nell'ambito delle procedure di infrazione⁵⁵ e aventi ad oggetto molteplici profili di incompatibilità, di scrutinare la legislazione interna e accertare formalmente le violazioni contestate dalla Commissione⁵⁶.

Questo è quanto è avvenuto nella causa *Commissione c. Polonia* in cui giudici di Lussemburgo, conducendo una analisi approfondita circa le modifiche legislative apportate all'organizzazione della magistratura polacca – con particolare riferimento al regime disciplinare dei giudici – ha riconosciuto per la prima volta un attacco sistemico al valore dell'indipendenza e la violazione del principio di non regressione⁵⁷.

Siffatta pronuncia rappresenta, dunque, l'occasione per astrarre in via generale alcuni degli indici sintomatici di una carenza sistemica e generalizzata.

Partendo dalla nozione di carenza generalizzata, autorevole dottrina ha considerato il *deficit* sistemico come un concetto che si contrappone ad una violazione isolata, episodica, “normale”, laddove per normale si intende quella violazione che può essere trattata come una questione di

⁵⁵ M. CARTA, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento agli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE: evolutionary or revolutionary road per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2020, p. 1 ss.

⁵⁶ Sentenza della Corte del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia*; sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*. Sull'uso della procedura di infrazione come strumento rimediabile per le violazioni dei valori fondanti, si veda, *ex multis*, K. L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values Are Law, after ALL: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, vol. 39, 2020, p. 3 ss.; M. ARANCI, *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Note a margine della sentenza della corte di giustizia nella causa Commissione c. Polonia*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2019, p. 49 ss.; M. SCHMIDT, P. BOGDANOWICZ, *The infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of Article 258 TFEU*, in *Common Market Law Review*, vol. 55, p. 1061 ss.; P. MORI, *L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 363 ss.

⁵⁷ Sentenza *Commissione c. Polonia*, cit., punto 30. Tra i primi commenti, L. PECH, *Protecting Polish Judges from Political Control: A brief analysis of the ECJ's infringement ruling in Case C-791/19 (disciplinary regime for judges) and order in Case C-204/21 R (muzzle law)*, in *verfassungsblog.de*, 20 July 2021.

routine e che non mette in discussione i fondamenti di un ordine giuridico⁵⁸. Dunque, la carezza sistemica, strutturale o generalizzata indica un *vulnus*, o meglio, una crisi delle fondamenta dell’ordinamento ovvero dei valori condivisi, che deriva da un mutamento costituzionale⁵⁹. La carezza generalizzata è tale se produce uno scollamento significativo tra l’ordinamento e i valori di cui all’art. 2 TUE, e in particolar modo, i valori ricompresi nella nozione di Stato di diritto. Se ne deduce che la presenza di una carezza sistemica, dunque, minaccia l’ordinamento politico, istituzionale e/o giuridico di uno Stato membro in quanto tale, la sua struttura costituzionale, la separazione dei poteri, l’indipendenza o l’imparzialità della magistratura, ovvero il suo sistema di controllo giurisdizionale compresa, ove prevista, la giustizia costituzionale⁶⁰. In altri termini, la carezza strutturale rappresenta una riduzione significativa, nello Stato interessato, degli elementi essenziali, dei valori fondanti e fondativi, tale da inficiare il funzionamento dell’intero sistema e da creare ripercussioni sullo stato di salute della democrazia europea.

Il *deficit* sistemico corrisponde, pertanto, ad una situazione patologica⁶¹ che non è limitata e circoscritta, ma diffusa ed estesa. Essa può avere ad oggetto determinate strutture o apparati (o poteri) di un sistema e proprio per la sua portata può condurre ad un irreversibile deterioramento della identità costituzionale dell’Unione europea⁶².

A questo punto, prima di delineare i criteri che la Corte di giustizia potrebbe utilizzare per comprendere se sussista una carezza generalizzata si deve identificare la fonte da cui può provenire il difetto

⁵⁸ A. VON BOGDANDY, *Principles of systemic deficiencies doctrine: how to protect checks and balances in the Member States*, in *Common Market Law Review*, vol. 57, 2020, p. 718. A. VON BOGDANDY, M. IOANNIDIS, *Systemic deficiency in the rule of law: What it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, vol. 51, 2014, p. 59.

⁵⁹ Sul concetto di mutamento costituzionale si veda A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, p. 263 ss. (in particolare p. 268).

⁶⁰ Comunicazione della Commissione, 11 marzo 2014, *Un nuovo quadro dell’UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014)158final, p. 7.

⁶¹ K. L. SCHEPPELE, *What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions*, November 2013, p. 4.

⁶² F. CASOLARI, *Il rispetto della rule of law nell’ordinamento giuridico dell’Unione europea: un dramma in due atti*, in *DPCE online*, n. 4, 2016, p. 150.

sistemico. Esso potrebbe avere un carattere legislativo e discendere tanto dall'introduzione di una o più leggi interne, quanto, anche, dalla abrogazione di una o più leggi nazionali che consentono la riviviscenza di un regime incompatibile con i trattati; o potrebbe anche avere un carattere amministrativo, e quindi derivare da prassi o anche da omissioni degli apparati amministrativi statali⁶³.

Ciò detto, al fine di riconoscere una carenza come sistemica o generalizzata si potrebbero prendere in considerazione indici sintomatici che, ai fini della presente analisi, chiameremo intrinseci, nel senso che attengono alle caratteristiche interne del *deficit* individuato, ed estrinseci, ovverosia indicatori che derivano da fonti esterne.

In relazione a questi ultimi, visto lo stretto collegamento tra gli artt. 2 e 49 TUE e l'enunciazione da parte della Corte del principio di non regressione, si potrebbe considerare come indice sintomatico di una carenza sistemica il fatto che l'incompatibilità con i valori della legislazione o della prassi nazionale sia insorta successivamente rispetto al momento dell'adesione dello Stato all'Unione. Più nello specifico, si dovrà valutare se rispetto allo *screening* positivo posto in essere dalla Commissione al momento in cui il Paese ha fatto il suo ingresso, detto Stato abbia approvato modifiche legislative o avallato prassi amministrative incompatibili con i valori fondanti e fondativi dell'Unione e di segno contrario rispetto a quelle che erano prima in vigore⁶⁴.

Difatti, la Corte, nella sentenza *Commissione c. Polonia*, ha affermato che la combinazione e l'introduzione contemporanea in Polonia di diverse riforme legislative ha comportato una "discontinuità strutturale" che non consente più di salvaguardare l'indipendenza e l'imparzialità della giustizia. Tale discontinuità sarebbe il risultato di

⁶³ Tale primo criterio funzionale al riconoscimento sarebbe coerente con la definizione che era stata prevista nell'art. 2 della proposta di regolamento sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, COM (2018) 324final. La definizione di carenza generalizzata riguardante lo Stato di diritto era la seguente: "prassi od omissione diffusa o ricorrente, oppure misura adottata dalle autorità pubbliche che compromette lo Stato di diritto".

⁶⁴ Nel caso della Romania e Bulgaria le carenze possono essere affrontate tramite il meccanismo di cooperazione e verifica (MCV), basato su due decisioni della Commissione europea, a loro volta fondate su previsioni contenute agli artt. 37 e 38 dell'Atto di adesione.

diversi fattori, tra cui il fatto che la Sezione disciplinare sarebbe stata creata *ex novo*, che le sarebbe stato conferito un alto grado di autonomia organizzativa e finanziaria (di cui non godono le altre sezioni di tale organo giurisdizionale), e infine, che i giudici di tale nuova sezione possano essere unicamente quelli nominati dal Presidente della Repubblica, su proposta della KRS, e non anche quelli trasferiti e già in servizio presso altre sezioni della Corte suprema⁶⁵.

Un ulteriore indizio che la violazione di cui si tratta rappresenti proprio una carezza sistemica potrebbe venire dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, posto che la clausola di equivalenza di cui all’art. 52, par. 3, CDFUE, letta alla luce della sua spiegazione, impone di considerare l’interpretazione fornita dalla Corte EDU, nonché dai pareri della Commissione di Venezia, quale organo consultivo del Consiglio d’Europa sulle questioni costituzionali, denominata Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto⁶⁶. Non a caso, i giudici di Lussemburgo, nel valutare la procedura di nomina dei nuovi giudici della Sezione disciplinare polacca, hanno tenuto conto delle considerazioni della Commissione di Venezia⁶⁷, la quale ha rilevato/denunciato una “politicizzazione” del KRS e, di conseguenza, un aumento dell’influenza di dette autorità sul processo di nomina dei giudici della Sezione disciplinare⁶⁸.

Per quanto concerne, invece, i criteri intrinseci ovvero sia gli elementi interni della carezza sistemica, questi possono essere individuati nella generalità di applicazione della legge o della prassi nazionale, nel contesto illiberale in cui essa si colloca e nella gravità degli effetti causati.

Con riferimento alla generalità di applicazione, si intende il fatto che l’intervento di riforma nazionale che va a colpire un apparato, o un potere dello Stato, come ad esempio quello giudiziario, ha ad oggetto, in generale, uno o più aspetti del funzionamento del potere o una o più garanzie delle persone fisiche che rappresentano quel potere. Si pensi, ad esempio, alla procedura di nomina dei giudici, alle regole relative

⁶⁵ Sentenza *Commissione c. Polonia*, cit., punti 64 e 65.

⁶⁶ Comunicazione della Commissione, *Un nuovo quadro dell’UE*, cit., p. 9.

⁶⁷ Sentenza *Commissione c. Polonia*, cit., punto 67.

⁶⁸ Parere della Commissione di Venezia dell’11 dicembre 2017, 904/2017, CDL(2017)03.

alla composizione degli organi collegiali, alla durata delle funzioni, alle cause di astensione, di riconsunzione e di revoca, al trattamento economico dei giudici o ancora al regime disciplinare a cui sono sottoposti. Ne consegue che seppure una singola legge nazionale non abbia un impatto universale su tutti i giudici, ma su alcuni di essi, ciò non esclude il carattere della generalità dell'applicazione della legge⁶⁹.

Un indizio della presenza di un *deficit* strutturale deriva anche dall'analisi del contesto in cui la singola legge o prassi nazionale si colloca. È evidente che laddove l'intervento nazionale si inserisca in un contesto di progressivo smantellamento di un valore di cui all'art. 2 TUE, testimoniato da modifiche repentine, diluite nel tempo, ma atte, se considerate nella loro unicità, a sovvertire i principi costituzionali e a raggiungere un determinato obiettivo contrario all'ordine democratico europeo, questo potrà essere considerato un indice serio della presenza di un *deficit* strutturale.

Da ultimo, al fine di riconoscere una carenza sistemica si deve tenere conto degli effetti che l'introduzione della legge o della prassi nazionale comporta. Sarà, dunque, sintomatica di un problema strutturale la presenza di alterazioni negative proteiformi ma strettamente connesse tra loro. Ciò si verifica quando la legge o prassi nazionali contrastano con uno dei valori di cui all'art. 2 TUE, impediscono in concreto allo Stato l'osservanza degli obblighi primari previsti dai trattati, compromettono o rischiano di compromettere l'interrelazione e la cooperazione tra gli Stati membri e producono o rischiano di produrre un *vulnus* ai diritti fondamentali dei singoli sanciti dalla Carta. Gli effetti prodotti dal *deficit* sistemico sono, dunque, molteplici, notevolmente diversi, ma connessi tra di loro perché generati dalla stessa causa.

4. Dalla descrizione dei criteri funzionali a riconoscere una carenza strutturale si comprende che l'uso di siffatta nozione implica un giudizio complesso. È tautologico che se il *deficit* è sistemico, la comprensione di tale fenomeno non può che richiedere un'analisi, appunto, "a tutto tondo".

⁶⁹ P. CRAIG, N. ADAM., N. DIAZ ABAD, L. SALAZAR, *Rule of Law perspectives from practitioners and academics*, Bruxelles, 2019, p. 9.

Come si desume dalla giurisprudenza della Corte, la carezza sistemica generalizzata rappresenta, nell’ambito delle relazioni orizzontali, un presupposto del duplice test *Aranyosi e Calderaru*, o meglio una delle condizioni, quella generale e astratta, in presenza della quale si può eccezionalmente derogare ai principi della fiducia e riconoscimento reciproci; diversamente, nel caso delle relazioni verticali tale concetto consente alla Corte di accertare formalmente le violazioni dei valori di cui all’art. 2 TUE.

Il dubbio che potrebbe sorgere è se, attraverso l’utilizzo dell’espressione carezza sistemica, la Corte abbia coniato un nuovo strumento per accertare le violazioni dei valori di cui all’art. 2 TUE, o ancora si sia attribuita una competenza che non le spetta, posto che, invero, tali violazioni dovrebbero essere accertate, in virtù dell’art. 7 TUE, dal Consiglio e dal Consiglio europeo.

A ben guardare, tale nozione non può essere considerata come l’introduzione di un nuovo strumento, ma come un nuovo modo di riconoscere e sindacare le violazioni dei valori di cui all’art. 2 TUE nell’ambito di strumenti già esistenti quali la procedura di infrazione e il rinvio pregiudiziale.

D’altronde se la Corte avesse inteso sostituirsi al Consiglio e al Consiglio europeo non avrebbe esplicitamente affermato, nella causa *X e Y*, che il rifiuto automatico del MAE, se non in presenza di una constatazione (del rischio) della violazione grave e persistente di cui all’art. 7, par. 2 e 3 TUE, condurrebbe nei fatti ad una sospensione del meccanismo del MAE nei confronti dello Stato interessato, in violazione della competenza del Consiglio e del Consiglio europeo sancita *ex art. 7 TUE*⁷⁰.

A sostegno della correttezza di questa linea interpretativa – nonostante le criticità sopra evidenziate – si potrebbe dire che mentre le violazioni dello Stato di diritto non conoscono come unica risposta rimediale solo la procedura politica di cui all’art. 7 TUE, con riferimento agli strumenti di cooperazione penale, in particolare al MAE, le violazioni dei valori che rischiano di violare diritti del singolo non possono condurre al rifiuto del MAE se non, in virtù del considerando 10, a seguito della votazione *ex art. 7, par. 2, TUE*.

⁷⁰ Sentenza *X e Y*, cit., punto 63.

È chiaro, come sostiene autorevole dottrina, che il fondamento del concetto di *deficit sistemico* si rinviene nell'art. 7 TUE⁷¹ – che ha ad oggetto la violazione (o evidente rischio di violazione) grave e persistente dei valori – ma ciò non vuol dire che l'accertamento della carenza strutturale sostituisca o supplisca la procedura politica, posto che tanto la profondità del giudizio, quanto gli effetti dell'accertamento della violazione mediante la procedura di infrazione e mediante l'attivazione dell'art. 7 TUE sono completamente diversi. Nel primo caso, si avrà una sentenza di accertamento della violazione e della incompatibilità della legislazione nazionale con i valori di cui all'art. 2 TUE, nel secondo caso, si avrà, invece, un giudizio politico – che potrebbe essere influenzato o meno da amicizie e inimicizie con lo Stato interessato – che potrebbe comportare l'adozione di sanzioni sospensive affinché lo Stato receda dalla sua condotta e torni ad allinearsi sui valori dell'art. 2 TUE.

Altro discorso, che, però, meriterebbe una più ampia riflessione, è se il ricorso alla tutela cautelare nell'ambito della procedura di infrazione, da un lato, e l'attivazione del nuovo regolamento sulla condizionalità democratica, dall'altro, utilizzati congiuntamente, possano costituire una risposta alle violazioni sistemiche davvero efficace tanto da riuscire a supplire all'inefficacia dell'art. 7 TUE.

⁷¹ A. VON BOGDANDY, M. IOANNADIS, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What It Is, What Has Been Done, What Can Be Done*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 59 ss.