I *Post* di AISDUE, IV (2022), *aisdue.eu*
Sezione "Atti convegni AISDUE", n. 26, 7 luglio 2022
Quaderni AISDUE

L'indipendenza dei giudici nel *Rule of Law backsliding* e la cooperazione giudiziaria europea in materia penale

Giulia Colavecchio*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tutela del *Rule of Law* in tempo di crisi. – 3. Il principio di indipendenza dei giudici, una nozione *in itinere*. – 4. L'applicazione della "dottrina delle circostanze eccezionali" nell'esecuzione del mandato di arresto europeo nel *Rule of Law backsliding*, il caso *LM*. – 5. La nozione di "autorità giudiziaria" e il principio di indipendenza dei giudici. – 6. Indipendenti, ma non sempre. La nozione di autorità giudiziaria nell'ambito della giurisprudenza della Corte in materia di ordine europeo di indagine. – 7. Sviluppi giurisprudenziali e considerazioni conclusive.

1. La cooperazione giudiziaria in materia penale è un ambito particolarmente delicato nello sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea, per via della intrusività delle misure adottabili sulla sfera dei diritti individuali.

Affinché i molteplici strumenti previsti dall'ordinamento dell'Unione in tale ambito funzionino correttamente è necessario un

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Messina.

elevato livello di fiducia tra gli Stati membri, che è alla base del principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie adottate da ogni Stato membro.

La mutua fiducia, tuttavia, non può essere considerata una fiducia cieca[1] e presuppone il rispetto dei valori contenuti nell'articolo 2 TUE, tra cui lo Stato di diritto, sui quali l'Unione europea si fonda, e che sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata, in particolare, dalla giustizia[2].

La condivisione dei valori fondativi "implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri (… e il) rispetto del diritto dell'Unione che li attua"[3] e, conseguentemente, la mutua fiducia tra i giudici degli Stati dell'Unione[4].

Secondo quanto già indicato dalla Commissione nella comunicazione "Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto" la mutua fiducia "verrà costruita e confermata soltanto se lo Stato di diritto verrà rispettato in tutti gli Stati membri"[5].

Negli ultimi anni si è assistito ad un serrato dibattito sullo Stato di diritto nell'Unione europea[6], che consegue alla preoccupazione per quello che in dottrina è stato definito il *Rule of Law backsliding*[7], un

---

[1] Cfr. L. S. ROSSI, *Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il "salto nel buio" e la rete di protezione*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, n. 1, 2021; K. LENAERTS, *La vie apré l'avis: exploring the principle of mutual (yet not blind) trust*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 805 ss.; S. PRECHAL, *Mutual Trust Before the Court of Justice of the European Union*, in *europeanpapers.eu*, n. 2, 2017, p. 85; G. ANAGNOSTARAS, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Caldararu*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1675 ss.; H. BANG FUGLSANG MADSEN SØRENSENS, *Mutual Trust - Blind Trust or General Trust with Exceptions? The CJEU Hears Key Cases on the European Arrest Warrant*, in *Pécs Journal of International and European Law*, n. 1, 2016, pp. 56-62.

[2] Sentenza della Corte del 18 maggio 2021, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, *Asociaţia «Forumul Judecătorilor din România»*, punto 160; del 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblika*, punto 62.

[3] Parere 2/13 della Corte, del 18 dicembre 2014, punto 168.

[4] Sentenza *Repubblika*, cit., punto 62.

[5] Comunicazione della Commissione, dell'11 marzo 2014, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM (2014) 158final, punto 1.

[6] Quello che già nel 2016 Magen definisce come "the great Rule of Law debate in the EU". Vedi A. MAGEN, *Cracks in the Foundations: Understanding the Great Rule ofLaw Debate in the EU*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, pp. 1050-1061.

[7] Vedi *inter alios* A. GORA, P. DE WILDE, *The essence of democratic backsliding in the European Union: deliberation and rule of law*, in *Journal of European Public*

arretramento delle garanzie minime dello Stato di diritto, con particolare riguardo alla Polonia e all'Ungheria[8].

Il *Rule of Law backsliding* rappresenta una minaccia effettiva, capace di minare la mutua fiducia tra gli Stati e conseguentemente il funzionamento degli strumenti di cooperazione basati sul riconoscimento reciproco. Ciò costringe le istituzioni europee e la dottrina ad interrogarsi sull'efficacia dei rimedi esistenti a protezione dei valori contenuti nell'articolo 2 TUE, anche in ragione della scarsa efficacia che finora hanno dimostrato gli strumenti politici di tutela di tali valori, come dimostra lo stallo delle procedure avviate nei confronti della Polonia e dell'Ungheria *ex* articolo 7 TUE.

Nell'*impasse* politica, rilevante si è dimostrato il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dello Stato di diritto nell'Unione. Se a tal fine lo strumento principale è certamente il ricorso per infrazione[9], un ruolo seppur limitato, ma non marginale, scaturisce dalla competenza in via pregiudiziale del giudice dell'Unione.

Policy, 2022, p. 342 ss.; E. TURKUT, *The Venice Commission and Rule of Law Backsliding in Turkey, Poland and Hungary*, in *European Convention on Human Rights Law Review*, n. 2, 2021, p. 209 ss.; L. PECH, K. L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n. 19, 2017, p. 3 ss.

[8] Particolare preoccupazione hanno destato anche gli orientamenti espressi dalle Corti costituzionali di tali Stati in relazione alla tutela dello Stato di diritto e al primato del diritto dell'Unione. Per approfondire, vedi R. PALLADINO, A. FESTA, *Il primato del diritto dell'Unione europea nei dissoi logoi tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena. Questioni sullo Stato di diritto*, in *rivista.eurojus.it*, n.2, 2022, p. 46 ss.; G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia difende il principio del primato a fronte della ribellione delle corti costituzionali di Polonia, Ungheria, e Romania*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, p. 473 ss.; A. CIRCOLO, *Ultra vires e Rule of law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, in *I Post di AISDUE*, 2021; C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *federalismi.it*, n. 24, 2021, pp. iv-xxix; P. MORI, *Il primato dei valori comuni nell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 427 ss.

[9] M. ARANCI, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *europeanpapers.eu*, 2019, p. 271 ss.; M. ARANCI, *La procedura d'infrazione come strumento di tutela dei valori 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*, 2018, p. 1061 ss.

Nelle pagine che seguono, partendo dalla nozione di Stato di diritto nell'Unione europea, si ricostruiscono i profili formali e sostanziali relativi all'indipendenza dei giudici, focalizzando poi l'attenzione sull'evoluzione della tutela del *Rule of Law* nella giurisprudenza della Corte di giustizia, con particolare riguardo all'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale.

2. In uno Stato fondato sul *Rule of Law*, l'ordinamento giuridico complessivo, con il suo sistema di pesi e contrappesi, deve tutelare le libertà politiche e civili, i diritti umani e contenere adeguate garanzie procedurali. Deve inoltre essere possibile per gli individui far valere i propri diritti anche nei confronti dello Stato.

Il concetto di Stato di diritto nell'Unione europea presenta, oltre a una dimensione propria di ogni singolo Stato membro, una dimensione interna all'Unione, intesa – utilizzando la nota espressione della Corte – come "Comunità di diritto", in cui gli Stati membri e le istituzioni sono soggetti ad un controllo di validità dei loro atti rispetto ai Trattati istitutivi e ai principi generali del diritto[10].

L'onere di garantire un adeguato controllo giurisdizionale, in quella che oggi potremmo chiamare "Unione di diritto"[11], è affidato congiuntamente alla Corte di giustizia e ai giudici nazionali.

Il *toolbox* a disposizione dell'Unione a tutela dello Stato di diritto è piuttosto vario, comprendendo strumenti tanto di natura politica quanto di natura giurisdizionale.

Tra gli strumenti di natura politica previsti rientrano certamente le già menzionate procedure preventive e sanzionatorie previste dall'articolo 7 TUE che, come sottolineato dalla Commissione, possono

[10] Sentenza della Corte del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, punto 23; si vedano anche sentenza della Corte del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 e C-415/05, *Kadi* e *Al Barakaat International Foundation*, punti 81, 281 e 316; del 25 luglio 2002, C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores*, punti 38 e 39.

[11] L'espressione "Unione di diritto" è stata in tempi più recenti utilizzata dalla Corte con identità di significato della nozione di "Comunità di diritto". Vedi sentenza della Corte del 25 giugno 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, punto 49; del 27 dicembre 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, punto 31.

essere attivate a prescindere dal settore nel quale interviene la violazione, travalicando le materie di competenza dell'Unione[12].

Altro strumento politico utilizzato nell'attività di contrasto del *Rule of Law backsliding* è la procedura prevista dal "Nuovo quadro per il rafforzamento dello Stato di diritto", meccanismo utilizzabile qualora gli Stati membri adottino misure o tollerino situazioni che potrebbero costituire una violazione dell'integrità, della stabilità e del funzionamento delle proprie istituzioni[13]; nonché il meccanismo europeo per lo Stato di diritto, una procedura annuale di dialogo e monitoraggio tra i governi nazionali e le istituzioni europee[14].

Merita di essere menzionato tra gli strumenti a tutela del *Rule of Law* il regolamento 2020/2092[15] che istituisce delle condizionalità relative alle minacce al *budget* europeo provocate da violazioni dello Stato di diritto; regolamento che, nonostante la sentenza della Corte che ne conferma la validità[16] e la pubblicazione delle linee guida di applicazione da parte della Commissione[17], tarda ad essere attivato.

---

[12] Comunicazione della Commissione in merito all'articolo 7 del trattato sull'Unione europea, del 15 ottobre 2003, *Rispettare e promuovere i valori sui quali è fondata l'Unione*, COM (2003) 606def., punto 1.1.

[13] Strumento attivato dalla Commissione per la prima volta il 13 gennaio 2016 nei confronti della Polonia.

[14] Comunicazione della Commissione, del 17 luglio 2019, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione - Programma d'azione*, COM (2019) 343final.

[15] Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Su tale atto normativo vedi *ex plurimis*, B. NASCIMBENE, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2022, p. 114 ss.; B. NASCIMBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2021, p. 172 ss.; K. L. SCHEPPELE, L. PECH, S. PLATON, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *verfassungsblog.de*, 2020.

[16] Sentenza della Corte del 16 febbraio 2022, cause riunite C-156/21 e C-157/21, *Ungheria e Polonia c. Parlamento e Consiglio*. Per un commento vedi J. ALBERTI, *Adelante presto con juicio. Prime considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia che sancisce la legittimità del "Regolamento di condizionalità"*, in *rivista.eurojus.it*, n. 2, 2022, p. 25 ss.; P. MORI, *La Corte di giustizia conferma la legittimità del regolamento sulla condizionalità finanziaria. L'Italia, unico tra gli Stati fondatori, non interviene*, in *BlogDUE*, 17 febbraio 2022.

[17] Comunicazione della Commissione, del 2 marzo 2022, *Orientamenti sull'applicazione del regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione*, C (2022)1382final.

Tra gli strumenti giurisdizionali possiamo invece annoverare le procedure di infrazione e i ricorsi in via pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia. Alla Corte è affidato un ruolo di grande rilevanza anche a tutela delle garanzie dell'individuo in materia penale e processuale penale in funzione del passaggio da un sistema di cooperazione intergovernativo ad un modello prevalentemente basato sull'applicazione del principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie. Questa circolazione delle sentenze nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia amplia *ratione loci* il potere punitivo dello Stato tendendo verso un'articolazione europea della potestà punitiva, in un contesto, tuttavia, ancora caratterizzato da una scarsa armonizzazione tra gli ordinamenti.

Divengono dunque fondamentali nello spazio europeo le progressive definizioni delle nozioni autonome di "indipendenza dei giudici" e di "autorità giudiziaria" proprie del diritto dell'Unione. Indubbio interesse ha suscitato, inoltre, l'applicazione della "dottrina delle circostanze eccezionali" nell'esecuzione del mandato di arresto europeo (MAE) nella sentenza *LM*, in cui la Corte ha esteso l'ambito di applicazione del *two-step test* – elaborato in *Aranyosi e Căldăraru*[18] – qualora sussista un rischio reale di violazione del diritto del destinatario del provvedimento ad un equo processo a fronte di carenze sistemiche o generalizzate relative all'indipendenza dei giudici.

3. Il principio di indipendenza dei giudici è una componente essenziale del diritto fondamentale ad un equo processo tutelato dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Corte di giustizia lo eleva a principio cardine, garanzia della tutela complessiva dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, in particolar modo dello Stato di diritto[19].

Se per lunghi anni è sembrato che i valori sanciti dai Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali, tra cui il rispetto dello Stato di diritto, fossero "uncontested and incontestable", negli ultimi tempi qualcosa è

[18] Sentenza della Corte del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*.
[19] Sentenza *LM*, cit., punto 48.

cambiato[20]. La necessità di preservare il principio di indipendenza dei giudici – in un momento di crisi istituzionale caratterizzato dal *Rule of Law backsliding* – è quindi, come è stato autorevolmente affermato, direttamente collegata al mantenimento dell'Unione europea come «a "Union of democracies" a "Union of rights" a "Union of justice"», al fine di garantire alle generazioni future di europei di godere della propria sfera di libertà individuale al riparo dall'ingerenza pubblica[21].

La nozione di indipendenza dei giudici nel diritto dell'Unione europea ha una triplice base giuridica nel diritto primario, una valenza "tridimensionale"[22], che – come chiarito nella sentenza *Land Hessen* – è relativa: 1) al principio dello Stato di diritto, valore su cui si fonda l'Unione *ex* articolo 2 TUE, nonché la concretizzazione di tale valore *ex* articolo 19 TUE che affida ai giudici interni degli Stati membri l'onere di garantire il controllo giurisdizionale; 2) all'articolo 47 della Carta che sancisce il diritto ad un giudice indipendente ed imparziale, che si pone a garanzia dell'insieme dei diritti conferiti ai singoli dal diritto dell'Unione; 3) all'articolo 267 TFUE, in considerazione del fatto che il meccanismo di rinvio pregiudiziale può essere attivato esclusivamente da un giudice, incaricato dell'applicazione del diritto dell'Unione, che soddisfi il criterio dell'indipendenza[23].

Nella sua costante elaborazione giurisprudenziale, la Corte ha ritenuto che le garanzie di indipendenza ed imparzialità delle Corti e dei Tribunali che statuiscono nei settori di rilevanza del diritto dell'Unione europea, necessitano di un *background* di regole relative in particolare alla composizione dell'organo, alla nomina, alla durata delle funzioni, nonché alle cause di astensione, di ricusazione e di revoca dei suoi membri[24]. Questo apparato normativo è il presupposto per dissipare i dubbi legittimi che i singoli possano porsi rispetto all'impermeabilità di

---

[20] T. VON DANWITZ, *Values and the Rule of Law: Foundations of the European Union-An Inside Perpective from the ECJ*, *in Potchefstroomse electonic law journal*, 2018, p. 1 ss.

[21] K. LENAERTS, *New Horizons for the Rule of Law Within the EU*, in *German Law Journal*, 2020, p. 34.

[22] L. S. ROSSI, *op. cit.*, p. 7.

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

[24] In particolare, la Corte ritiene che sussista una riserva di legge rispetto i casi di revoca dei membri di un organo giudiziario, affinché sia soddisfatto il requisito dell'indipendenza. Sentenza *LM*, cit., punto 66; sentenza della Corte del 9 ottobre 2014, causa C-222/13, *TDC*, punto 32 e giurisprudenza *ivi* citata.

quel determinato organo giurisdizionale verso pressioni ed elementi esterni, nonché relativamente alla garanzia di neutralità rispetto agli interessi contrapposti[25].

Un passo fondamentale verso la tutela del principio di indipendenza dei giudici, seppur non relativo alla cooperazione giudiziaria in materia penale, è rappresentato dalla sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*[26]. Il caso dei "giudici portoghesi", attinente ad una riduzione stipendiale, era stato inizialmente considerato una questione avente ad oggetto misure di austerità in materia di bilancio adottate da uno Stato membro nel contesto di impegni assunti nei confronti dell'Unione. Questa considerazione era suffragata anche dalle conclusioni dell'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe[27], il quale ha sostenuto l'applicabilità della Carta alle misure relative al MES[28].

La Corte per la risoluzione del caso ha, invece, seguito una strada diversa e per nulla scontata, discostandosi dalle argomentazioni dell'AG sull'applicabilità della Carta alle misure di austerità legate al MES, ritenendo si trattasse di un caso di tutela dello Stato di diritto.

Il giudice dell'Unione ha *ivi* fatto emergere un potere dell'Unione teso a limitare la competenza degli Stati di organizzazione del potere giudiziario nazionale, utilizzando come base giuridica l'articolo 19 del TUE di cui ha esteso l'ambito di applicazione e rafforzato il contenuto sostanziale. Si tratta di una svolta cruciale, in quanto tale questione era stata fino ad allora percepita come una prerogativa degli Stati membri, profondamente radicata nel concetto di sovranità nazionale[29].

---

[25] Sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a.*, punto 117; del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a.*, punto 123; del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema*), punto 74; sentenza *LM*, cit., punto 66; del 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson*, punto 53.

[26] Sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, cit.; vedi M. KRAJEWSKI, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma*, in *europeanpapers.eu*, 2018, pp. 395-407.

[27] Conclusioni dell'Avvocato generale Saugmandsgaard Øe, del 18 maggio 2017, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*.

[28] In particolare, relativamente alla decisione di esecuzione del Consiglio, del 23 aprile 2014, che modifica la decisione di esecuzione 2011/344/UE sulla concessione di assistenza finanziaria dell'Unione al Portogallo (2014/234/UE).

[29] M. KRAJEWSKI, *op. cit.*, p. 396.

Nello specifico, la Corte ha adottato una interpretazione estensiva dell'espressione "nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione" contenuta nell'articolo 19 TUE[30], ricomprendendo nell'ambito di applicazione di tale disposizione questioni non connesse ad alcuna competenza sostanziale dell'Unione. Il *key factor* per ricadere nella giurisdizione della Corte diviene quindi parte di una "sfera funzionale" relativa all'esercizio del potere giurisdizionale dei giudici interni come parte della magistratura europea[31], in un sistema simbiotico definito "cripto-federale"[32].

Per quanto invece attiene al contenuto sostanziale, la Corte ha di fatto allineato le previsioni dell'articolo 19 TUE a quanto sancito dall'articolo 47 della Carta, che riconosce il diritto a un tribunale indipendente, fornendo dunque una lettura di tale disposizione come contenente l'obbligo di garantire l'indipendenza dei giudici nazionali che agiscono nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione[33].

Questa sentenza rappresenta un momento centrale, aprendo la strada al giudice dell'Unione per la valutazione di qualsiasi disposizione di diritto interno che possa minare l'indipendenza del potere giudiziario[34].

La peculiarità di siffatto impianto argomentativo ha indotto una parte della dottrina a ritenere che questa sentenza – pur trattando

---

[30] Art. 19 par. 1 TUE: "(…) Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione".

[31] M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial Serendipity: How Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 631.

[32] Come evidenziato in dottrina, si delinea un carattere definito "cripto-federale" dell'ordinamento giudiziario europeo, caratterizzato da una struttura ibrida che emerge da una combinazione tra i sistemi giurisdizionali nazionali e la Corte di giustizia, dando luogo ad un sistema di tutela giurisdizionale autonomo ed unitario che presenta quale collante il meccanismo del rinvio pregiudiziale. Caratteristica sotto questo profilo la contestuale appartenenza dei giudici nazionali ad entrambi i sistemi, nazionale ed europeo, e la "modifica dei loro poteri secondo linee di ripartizione che non sono chiaramente definibili sulla sola base di criteri di tipo materiale, ma che valorizzano spesso la sola dimensione funzionale". B. CORTESE, *L'ordinamento dell'unione europea, tra autocostituzione, collaborazione e autonomia*, Torino, 2018, pp. 91-96, in particolare pp. 94 e 95.

[33] M. BONELLI, *Intermezzo in the Rule of Law Play: The Court of Justice's LM Case*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin, 2021, p. 464.

[34] Come specificato *supra* in relazione ai giudici che agiscono nei settori regolamentati dal diritto dell'Unione, ovvero la quasi totalità delle corti e dei tribunali interni.

formalmente della retribuzione dei giudici portoghesi – sia stata emessa con uno "sguardo presbite"[35] sulla questione polacca, con le sue controverse riforme del sistema giudiziario[36]. Difatti, ampliando per via interpretativa la portata del principio di indipendenza dei giudici, le riforme polacche della giustizia vengono ricomprese nel campo di applicazione del diritto dell'Unione.

Nella sentenza *Achmea* il giudice dell'Unione ha ulteriormente rafforzato il sentiero interpretativo intrapreso, richiamando quanto stabilito nel caso dei giudici portoghesi relativamente all'articolo 19, paragrafo 1, TUE e sottolineando il ruolo dei principi di fiducia reciproca e di leale collaborazione – fondati sui valori condivisi di cui all'articolo 2 TUE – al fine di garantire nei territori degli Stati membri "l'applicazione e il rispetto del diritto dell'Unione e adottare, a tal fine, ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione"[37].

Il ruolo della mutua fiducia, messo in luce nel caso *Achmea*, e il suo legame con il principio di indipendenza dei giudici è stato ulteriormente specificato, poche settimane dopo, nella sentenza *LM*, delineando una nuova eccezione al principio del riconoscimento reciproco nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale.

4. Il rispetto del principio dell'indipendenza del potere giudiziario nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale, relativamente all'esecuzione dei mandati di arresto europeo, è stato oggetto della nota sentenza *LM*[38], resa dalla Grande sezione della Corte

---

[35] Parafrasando la celebre espressione di Pietro Calamandrei sulla Costituzione italiana.

[36] M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial Serendipity*, cit.; M. BONELLI, *Intermezzo in the Rule of Law Play*, cit., p. 464; M. OVÁDEK, *Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?,* in *verfassungsblog.de*, 2018; M. TABOROWSKI, *CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges against Poland*, in *verfassungsblog.de*, 2018; M. KRAJEWSKI, *op. cit.*, p. 402.

[37] Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punto 34. Vedi anche parere 2/13, cit., punti 168 e 173. M. FANOU, *The independence and impartiality of the hybrid CETA Investment Court System: Reflections in the aftermath of Opinion 1/17*, in *Europe and the World: A law review*, 2020, pp. 11 e 12.

[38] Per un commento della sentenza vedi P. BARD, W. VON BALLEGOIJ, *The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law*

il 25 luglio 2018, a seguito della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *High Court* irlandese.

Il giudice dell'Unione ha in questa circostanza esteso la "dottrina delle circostanze eccezionali", elaborata nel parere 2/2013, che rappresenta un superamento della presunzione assoluta del rispetto dei diritti umani negli Stati membri basata sulla mutua fiducia, già applicata in relazione al MAE. nel filone giurisprudenziale inaugurato con il *leading case Aranyosi e Căldăraru*[39].

In *Aranyosi e Căldăraru*, la Corte ha introdotto, difatti, un *test* di valutazione articolato su due livelli[40] – il c.d. *two-step test* – per verificare la sussistenza di "circostanze eccezionali", qualora l'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione disponga «di elementi che attestano un rischio concreto di trattamento inumano o degradante dei detenuti nello Stato membro emittente»[41].

Within the EU, in *verfassungsblog.de*, 29 July 2018; M. DOROCIAK, W. LEWANDOWSKI, *A Check Move for the Principle of Mutual Trust from Dublin: The Celmer Case*, in *europeanpapers.eu*, 2018, p. 857 ss.

[39] Sulla sentenza *Aranyosi e Căldăraru* e le sue implicazioni cfr. *ex pluris* 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,* n. 2, 2017, p. 177 ss.; L. PANELLA, *Mandato di arresto europeo e protezione dei diritti umani: problemi irrisolti e "incoraggianti" sviluppi giurisprudenziali*, in *Freedom, Security & Justice:European Legal Studies*, n. 3, 2017, p. 5 ss.; E. ADOBATI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito di un procedimento di mandato di arresto europeo precisando che lo stesso deve essere rinviato in caso di un serio rischio di trattamenti inumani o degradanti*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, p. 115 ss.; G. ASTA, *La sentenza della Corte di Lussemburgo sul caso Aranyosi e Căldăraru; una (difficile) coesistenza tra la tutela dei diritti fondamentali e mandato di arresto europeo*, in *Osservatorio AIC,* n. 2, 2016, p. 1 ss.; F. KORENICA, D. DOLI, '*No more Unconditional 'Mutual Trust' Between the Member States: An analysis of the Landmark Decision of the ECJ in Aranyosi and Caˇldaˇraru'*, in *European Human Rights Law Review*, n. 5, 2016, p. 542 ss.; N. LAZZERINI, *Gli obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali come limite all'esecuzione del mandato di arresto europeo: la sentenza Aranyosi e Căldăraru*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 445 ss.; A. MARTUFI, *La Corte di giustizia al crocevia tra effettività del mandato d'arresto e inviolabilità dei diritti fondamentali*, in *Diritto penale e processo*, 2016, p. 1243 ss.

[40] Il primo livello consiste nel valutare le condizioni detentive dello Stato membro emittente, e, qualora queste siano suscettibili di costituire un rischio concreto di trattamenti inumani e degradanti il giudice dell'esecuzione dovrà compiere una valutazione individuale, di secondo livello, relativa al destinatario del MAE.

[41] Sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, cit., punto 88.

La Corte di giustizia si è limitata quindi a fissare "una griglia di criteri interpretativi generali ed astratti"[42], lasciando al giudice dell'esecuzione l'onere di applicarli in relazione al caso concreto.

Tale "dottrina delle circostanze eccezionali" agisce come valvola di sicurezza per tutelare i valori fondamentali su cui si fonda l'Unione europea e favorire il corretto sviluppo dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia[43].

La sentenza *LM*, conosciuta anche come caso *Celmer*, è significativa in relazione a due direttrici principali: in primo luogo, la Corte sviluppa le argomentazioni relative alla nozione e al significato di indipendenza dei giudici prendendo le mosse da quanto sostenuto nella sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*; in secondo luogo, viene posto un nuovo limite al principio del mutuo riconoscimento basato sulla fiducia reciproca nel contesto dell'esecuzione dei mandati di arresto europeo[44].

In tale pronuncia, il giudice dell'Unione ha, quindi, ritenuto di consentire una deroga all'esecuzione del MAE. qualora si accerti l'esistenza di un rischio concreto di violazione del diritto del ricercato ad un giudice indipendente[45], tutelato dall'articolo 47, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali, che prevede il diritto ad un equo processo.

Nel giungere a questa conclusione la Corte ha fondato le sue argomentazioni su un *continuum* ermeneutico tra il diritto ad un equo

---

[42] G. DE AMICIS, *Stato di diritto, garanzie europee di indipendenza della magistratura e cooperazione giudiziaria penale: quadri di un'esposizione in fieri*, in *Sistema penale*, 2021, p. 24. L'Autore rileva come questa "tecnica" sia riscontrabile sempre più di frequente nelle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea.

[43] D. GERARD, *Mutual Trust as Constitutionalism*, in E. BROUWER, D. GERARD (eds.), *Mapping Mutual Trust: Understanding and Framing the Role of Mutual Trust in EU Law*, *EUI Working Paper MWP*, n. 13, 2016, p. 69 ss.

[44] S. BIERNAT, P. FILIPEK, *The Assessment of Judicial Indipendence Following the CJEU Ruling in C-216/18 LM*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *op. cit.*, p. 405.

[45] Le problematiche legate al rispetto dello Stato di diritto e all'indipendenza dei giudici in Polonia sono molteplici e l'esecuzione dei mandati d'arresto europeo verso tale Stato membro ne rappresenta solo un tassello. Per un'analisi ampia vedi *ex multis*: C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*; 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. 1 ss.; 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.

processo e la tutela dei valori di cui all'articolo 2 TUE, utilizzando quale ponte tra le due norme il principio dell'indipendenza dei giudici[46].

Nel rinvio pregiudiziale il giudice irlandese – ritenendo che, "in ragione dell'incompatibilità dei poteri «ampi e incontrollati» del sistema giudiziario nella Repubblica di Polonia con quelli concessi in uno Stato democratico retto dal principio dello Stato di diritto"[47], esistesse il rischio concreto che il destinatario del MAE venisse trattato arbitrariamente nel corso del procedimento a suo carico nello Stato emittente – ha sollevato alcune questioni interpretative sulla decisione quadro 2002/584/GAI, con riferimento alla procedura *ex* articolo 7 TUE in corso contro lo Stato membro emittente, ponendole in relazione al diritto ad un equo processo, senza sottolineare in modo specifico il principio di indipendenza dei giudici[48].

Si consideri, inoltre, che l'impatto dell'articolo 7 TUE sull'attuazione della decisione quadro 2002/584/GAI è duplice e assume una connotazione differente a seconda che il Consiglio abbia constatato una violazione grave dei valori dell'Unione in base a quanto previsto dal paragrafo 2 o qualora lo Stato membro emittente sia oggetto di una proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione adottata *ex* paragrafo 1.

Relativamente alla prima fattispecie, come affermato nel considerando n. 10 della decisione quadro, il meccanismo del MAE può essere sospeso soltanto in presenza di una decisione del Consiglio europeo che constati una violazione grave e persistente nello Stato membro emittente dei princìpi sanciti all'articolo 2 TUE, e in questo caso segnatamente dello Stato di diritto, a cui ha fatto seguito una esplicita sospensione da parte del Consiglio dell'applicazione della decisione quadro 2002/584/GAI nei confronti di tale Stato membro[49].

---

[46] C. DUPRÉ, *The Rule of Law, Fair Trial and Human Dignity: The Protection of EU Values After LM*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), *op. cit.*, p. 433.
[47] Sentenza *LM*, cit., punto 22.
[48] *Ibidem*, punto 25.
[49] *Ibidem*, punto 72. Cfr. 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*, 2019, p. 743 ss.; P. ZINONOS, *Arrêt "L.M." de la Cour de justice: la confiance mutuelle à l'épreuve de la systématique de protection des droits et valeurs fondamentaux en cas de défaillances du système judiciaire d'un État membre*, in *Revue du Droit de l'Union européenne*, 2019, p. 205 ss.; D. AMOROSO, M.F. ORZAN, *Mandato d'arresto europeo e diritto a un giudice imparziale*, in

Pertanto, in tale circostanza l'autorità giudiziaria dell'esecuzione sarebbe tenuta a rifiutare automaticamente l'esecuzione di ogni mandato d'arresto europeo emesso da quel determinato Stato membro.

Nella seconda circostanza, secondo il giudice dell'Unione, l'esecuzione del MAE può essere sospesa o rifiutata solo in circostanze eccezionali, attraverso una valutazione del caso concreto che accerti l'eventuale lesione del contenuto essenziale del diritto fondamentale del ricercato a un equo processo. Questa analisi, come accennato in precedenza, deve essere condotta seguendo la metodologia della valutazione su due livelli sviluppata in *Aranyosi e Căldăraru*, che in *LM* la Corte ha adattato alle specificità del diritto ad un equo processo.

In una prima fase, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è dunque tenuta a stabilire in quale misura le carenze sistemiche o generalizzate relative all'indipendenza dei giudici nello Stato membro emittente possano avere un impatto sulle autorità giudiziarie competenti per i procedimenti a cui sarà sottoposto il destinatario del MAE[50]. In una seconda fase, invece, occorrerà accertare, con specifico riguardo all'individuo preso in considerazione, l'eventuale esistenza di "motivi seri e comprovati" tali da doversi ritenere che il ricercato corra un "rischio reale" di violazione del suo diritto fondamentale ad un equo processo, di cui l'indipendenza del giudice è un elemento essenziale[51]. Questo secondo *step* si espleta sempre attraverso il dialogo con il giudice emittente che è tenuto a fornire ogni informazione complementare necessaria per valutare tale rischio[52].

In questa valutazione il giudice dell'esecuzione deve effettuare un bilanciamento dei diritti, degli interessi e degli obiettivi in campo, tenendo conto anche della natura del reato per cui è perseguito il

---

Giurisprudenza italiana, 2018, p. 2075 ss.; P. BÁRD, W. VAN BALLEGOOIJ, *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 ss.; D. SARMIENTO, *A comment on the CJEU's judgment in LM*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 385 ss.

[50] Sentenza *LM*, cit., punto 74.

[51] *Ibidem*, punto 75.

[52] *Ibidem*, punti 76 e 77.

destinatario del MAE e delle circostanze di fatto poste alla base del mandato[53].

5. L'indipendenza del potere giudiziario è la nozione centrale su cui sono costruite le argomentazioni della Corte nella sentenza *LM*, che evidenzia come questo requisito attenga "al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE, segnatamente, del valore dello Stato di diritto"[54]. In assenza di una piena indipendenza dei giudici l'ordinamento giuridico statale può fornire solo un'illusione di Stato di diritto, essendo compromessa la tutela dell'intero novero dei diritti dell'individuo[55].

Per valutare il requisito dell'indipendenza dei giudici deve tuttavia essere definita la nozione di "autorità giudiziaria", delineata dalla Corte nella sua funzione nomofilattica[56].

Relativamente al mandato di arresto europeo le autorità giudiziarie emittenti e di esecuzione sono determinate, sulla base del diritto interno di ciascuno Stato membro, secondo quanto stabilito *ex* articolo 6 della decisione quadro 2002/584/GAI.

Se l'individuazione dei giudici competenti in materia di MAE è appannaggio di ogni singolo Stato membro conformemente al principio di autonomia processuale, la Corte di giustizia, nella sua attività interpretativa, definisce il senso e la portata di "autorità giudiziaria"

---

[53] *Ibidem*, punto 79. Tale bilanciamento rappresenta una chiara differenziazione rispetto alla tutela riservata dal giudice dell'Unione nel caso in cui l'esecuzione del MAE comporti il rischio di violazione di un diritto assoluto quale il divieto di tortura e trattamenti inumani e degradati, contenuto nell'articolo 4 della Carta, da cui prende le mosse la creazione del *two-step test*.

[54] Sentenza *LM*, cit., punto 48.

[55] S. BIERNAT, P. FILIPEK, *op. cit.*, p. 405.

[56] Sul tema vedi V. MITSILEGAS, *Autonomous concepts, diversity management and mutual trust in Europe's area of criminal justice*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 45 ss.; V. MITSILEGAS, *Managing Legal Diversity in Europe's Area of Criminal Justice: The Role of Autonomous Concepts*, in R. COLSON, S. FIELD (eds.), *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, Cambridge, 2016, p. 125 ss.; L. AZOULAI, *The Europeanization of Legal Concepts*, in U. NEERGAARD, JORGEN NIELSEN (eds.), *European Legal Method in a Multi-Layered Legal Order*, Copenaghen, 2012.

come nozione autonoma di diritto dell'Unione al fine di garantire un'applicazione uniforme della legislazione UE[57].

Nella nozione di autorità giudiziaria sono incluse le autorità che partecipano all'amministrazione della giustizia, mentre i servizi di polizia[58] e le autorità amministrative sono da considerare nell'ambito del potere esecutivo[59].

L'attribuzione della qualifica di autorità competente ad un organo del potere esecutivo sarebbe, difatti, contraria alla *ratio* stessa della decisione quadro sul MAE, che si pone l'obiettivo di eliminare il potere discrezionale dalla procedura di consegna delle persone ricercate[60].

Il giudice dell'Unione ha, inoltre, stabilito che non possono essere considerate "autorità emittenti" le procure di uno Stato membro, qualora siano esposte al rischio di essere soggette, in modo diretto o indiretto, a ordini o istruzioni individuali da parte di organi del potere esecutivo nell'ambito dell'adozione di una decisione relativa all'emissione di un MAE[61]. La Corte ha successivamente fatti salvi i mandati emessi dalle procure che siano obbligatoriamente convalidati dalla decisione autonoma di un tribunale che controlli in modo

---

[57] Tale attività, secondo la costante giurisprudenza della Corte, è da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa in questione. Vedi sentenza della Corte del 10 novembre 2016, causa C-452/16 PPU, *Poltorak*, punto 32. *Mutatis mutandis* vedi anche: sentenza della Corte del 28 luglio 2016, causa C-294/16 PPU, *JZ*, punto 37; del 29 ottobre 2015, causa C-174/14, *Saudaçor*, punto 52; del 19 dicembre 2013, causa C-279/12*, Fish Legal e Shirley*, punto 42; del 14 febbraio 2012, causa C-204/09, *Flachglas Torgau GmbH*, punto 37; del 9 settembre 2003, causa C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia e a.*, punto 72.

[58] Sentenza *Poltorak*, cit.

[59] Nella sentenza della Corte del 10 novembre 2016, causa C-477/16 PPU, *Kovalkovas*, punto 39, il giudice dell'Unione ha specificato che i Ministeri di uno Stato membro rientrano nella definizione di "autorità centrale" ai sensi dell'art. 7 della decisione quadro 2002/584/GAI, che alla luce del considerando n. 9 possono svolgere un'attività di assistenza pratica e amministrativa delle autorità giudiziarie competenti. La possibilità offerta dall'articolo 7 della decisione quadro non può dunque estendersi sino a consentire agli Stati membri di sostituire tale autorità centrale alle autorità giudiziarie competenti per quanto riguarda la decisione di emettere un mandato di arresto europeo.

[60] Sentenza *Kovalkovas*, cit., punto 42.

[61] Sentenza della Corte del 27 maggio 2019, cause riunite C-508/18 e C-82/19 PPU, *OG* e *PI*, punto 90. Sulla sentenza vedi K. AMBOS, *The German Public Prosecutor as (no) judicial authority within the meaning of the European Arrest Warrant: A case note on the CJEU's judgment in OG (C-508/18) and PI (C 82/19 PPU)*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, p. 399 ss.

indipendente ed obiettivo le condizioni di emissione e proporzionalità[62], o qualora l'ordinamento interno conferisca a tali organi una garanzia di indipendenza dal potere esecutivo[63].

L'autorità giudiziaria deve inoltre essere imparziale, ovvero equidistante dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi, attraverso una valutazione oggettiva che nella risoluzione della controversia attenga alla stretta applicazione della norma giuridica[64].

Infine, in *LM*, è fatto espresso richiamo al regime disciplinare applicabile a coloro che ricoprano una funzione giurisdizionale. Tale regime disciplinare deve presentare le garanzie necessarie per evitare qualsiasi rischio che esso si trasformi in uno strumento di controllo politico del contenuto delle decisioni giudiziarie[65].

6. L'approccio interpretativo adottato dalla Corte di giustizia relativamente alle garanzie di indipendenza delle autorità giudiziarie emittenti risulta differente da quanto giudicato in materia di MAE. in relazione all'ordine di indagine europeo (OEI)[66].

Nella questione pregiudiziale sollevata dinanzi alla Corte nel caso *A. e a.*, il giudice del rinvio aveva chiesto se l'articolo 1, paragrafo 1, e l'articolo 2, lettera c), della direttiva 2014/41/UE dovessero essere interpretati in modo da ricomprendere nelle nozioni di "autorità giudiziaria" e di "autorità di emissione" il pubblico ministero o la procura di uno Stato membro, indipendentemente dal rapporto di

---

[62] Sentenza della Corte del 9 ottobre 2019, causa C-489/19 PPU, *NJ*, punto 49.

[63] Sentenza della Corte del 12 dicembre 2019, cause riunite C-566/19 PPU e C-626/19 PPU, *JR e YC*, punti 54 e 55. Nel caso di specie alla luce dell'art. 64 della Costituzione francese e dell'art. 30 e 31 del CPP francese il pubblico ministero esercita le sue funzioni, nel rispetto del principio di imparzialità, in modo obiettivo al riparo da qualsiasi istruzione individuale proveniente dal potere esecutivo. Il Ministro della Giustizia può, difatti, rivolgere ai magistrati della procura solo istruzioni generali di politica penale al fine di assicurare la coerenza di tale politica in tutto il territorio. Per un'analisi critica di tale sentenza si rimanda a E. OBERTO, *La Corte di Giustizia conferma la legittimità dell'emissione del MAE da parte del pubblico ministero francese*, in *Ius in Itinere*, 2020; L. SCOLLO, *La Corte di giustizia UE si pronuncia sulla legittimità del procedimento di emissione del m.a.e. da parte del p.m. francese*, in *Sistema penale*, 2020.

[64] Sentenza *Wilson*, cit., punto 52 e giurisprudenza *ivi* citata.

[65] Sentenza *LM*, cit., punto 67.

[66] Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

subordinazione legale che potrebbe esistere con il potere esecutivo di tale Stato, e dall'esposizione al rischio che tali organi siano soggetti, in modo diretto o indiretto, ad ordini o istruzioni individuali che promanano dal potere esecutivo nell'ambito dell'emissione di un ordine europeo di indagine[67].

Nella sentenza resa, il giudice dell'Unione ha stabilito che il pubblico ministero di uno Stato membro o, più in generale, la procura di uno Stato membro rientrano nelle nozioni di "autorità giudiziaria" e di "autorità di emissione" indipendentemente dall'eventuale rapporto di subordinazione legale con il potere esecutivo, anche qualora tali organi siano sottoposti ad ordini o istruzioni individuali[68].

In tale decisione, la Corte ha adottato un approccio teleologico, sottolineando il minor impatto dell'OEI sulla sfera dei diritti individuali, rispetto alla maggiore intrusività del MAE la cui esecuzione comporta una privazione della libertà personale[69]. Difatti, lo scopo dell'OEI è quello di far eseguire uno o più atti di indagine specifici con l'obiettivo di acquisire prove[70].

Se è vero che la decisione quadro 2002/584/GAI e la direttiva 2014/41/UE contengono delle differenze testuali e contestuali di qualifica dell'autorità giudiziaria emittente, includendo la seconda espressamente il pubblico ministero tra le autorità che possono emanare un OEI, ciò potrebbe non giustificare pienamente l'interpretazione del giudice dell'Unione[71].

Questa discrepanza di giudizio è stata solo parzialmente colmata dalla sentenza *HP*[72]. Il caso era relativo all'acquisizione dei tabulati

---

[67] Sentenza della Corte dell'8 dicembre 2020, causa C-584/19, *A. e a.*, punto 38 e 47.
[68] *Ibidem*, punto 75.
[69] *Ibidem*, punto 72.
[70] Invero, l'OEI può comportare il trasferimento temporaneo di una persona detenuta ai fini di un atto di indagine tanto nello stato di emissione (art. 22 della direttiva 2014/41/UE) quanto nello stato di esecuzione dell'OEI (art. 23), essendo quindi suscettibile di impattare anche sulla sfera della libertà personale.
[71] La dottrina processual-penalista ha espresso preoccupazione per questa sentenza relativamente alla qualifica dei connotati ordinamentali che il pubblico ministero o la procura debbano possedere come autorità emittente di un OEI. Si veda, tra gli altri, M. DANIELE, *Il controllo giurisdizionale sull'emissione dell'ordine europeo di indagine: la necessaria simmetria con la disciplina nazionale nei casi interni analoghi*, in *Sistema penale*, 2022, p. 1 ss., spec. pp. 2-4.
[72] Sentenza della Corte del 16 dicembre 2021, causa C-724/19, *HP*.

relativi al traffico di comunicazioni elettroniche nell'ambito di un procedimento per reati di terrorismo. L'OEI in questione era stato emesso da un pubblico ministero bulgaro in assenza di una richiesta di autorizzazione ad un organo giurisdizionale.

Nella sentenza resa, la Corte ha stabilito che il pubblico ministero non è competente ad emettere un OEI qualora l'adozione di un atto istruttorio analogo nel diritto interno sia di competenza di un giudice, e che l'esecuzione di un OEI così emanato non sia idonea a colmare la mancanza dell'autorizzazione di un giudice. Il giudice dell'Unione ha, quindi, fissato una simmetria tra i poteri conferiti al pubblico ministero (o alla procura) dalla direttiva 2014/41/UE e il diritto interno in relazione all'emissione di un atto istruttorio nazionale analogo.

Le dissomiglianze tra il MAE e l'OEI sono evidenti e, nell'effettuare una valutazione, si deve anche tenere in considerazione che l'elemento di prova formatosi all'estero a seguito di un OEI è soggetto al controllo e alle garanzie giurisdizionali dell'autorità preposta nello Stato membro di esecuzione[73]. Tuttavia, anche questo controllo dello Stato di esecuzione potrebbe essere inficiato qualora si agisca in un contesto di arretramento delle garanzie dello Stato di diritto.

Inoltre, gli atti di indagine compiuti ai fini dell'acquisizione di prove, anche in relazione alla sfera digitale, possono essere fortemente intrusivi rispetto alla sfera dei diritti individuali, in particolare del diritto alla vita privata e familiare e al diritto di proprietà.

7. La cooperazione europea in materia penale è alla continua ricerca di un bilanciamento tra le tre componenti essenziali dello spazio europeo: libertà, sicurezza e giustizia[74]. Questo bilanciamento diviene ancor più delicato in presenza del fenomeno del *Rule of Law backsliding* che sta interessando alcuni Stati membri.

---

[73] S. QUATTROCCOLO, *Nozioni autonome o variabili? La Corte di giustizia e la definizione di "autorità giudiziaria" e "autorità emittente" nel sistema della cooperazione giudiziaria infraeuropea. Riflessioni a margine di due recenti pronunce*, in *Cassazione penale*, 2021, p. 1794.

[74] A. DI STASI, *Rispetto dei diritti fondamentali e Spazio europeo di giustizia: a proposito del titolo VI della Carta dei diritti fondamentali*, in L. PANELLA (a cura di), *I diritti umani nella giurisprudenza e nella prassi del diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2013, p. 336.

Per tale ragione è necessario mantenere ferma la barra sulla tutela del principio di indipendenza dei giudici, ponendo il potere giudiziario al riparo dalle influenze dirette e indirette del potere esecutivo.

Non è, pertanto, da incoraggiare la costruzione di un assetto a "geometria variabile"[75] che vada a graduare la garanzia di indipendenza dei giudici e a delineare la nozione di "autorità giudiziaria" e di "autorità emittente" a seconda dello strumento di cooperazione giudiziaria in materia penale utilizzato.

La stessa sentenza *LM* ha suscitato reazioni contrastanti tra chi ha ritenuto che la Corte avrebbe potuto agire in modo più incisivo[76] e chi ha reputato che il caso di specie non si prestasse ad un intervento forte nella crisi costituzionale polacca[77].

Nonostante le differenti aspettative che hanno preceduto la sentenza e le riflessioni successive, quanto reso in *LM* ha trovato conferma nella giurisprudenza successiva della Corte ed applicazione nel diritto interno ad opera dei giudici dell'esecuzione.

L'esclusione di ogni tipo di automatismo nella non esecuzione dei MAE è stata confermata dalla Grande sezione nelle sentenze *L e P*[78], del dicembre 2020, e *X e Y*[79], del febbraio 2022.

Nel caso *L e P* la Corte ha escluso che la qualifica di autorità giudiziaria emittente ai sensi dell'articolo 6 paragrafo 1 della decisione quadro 2002/584/GAI possa essere negata automaticamente anche qualora il giudice dell'esecuzione disponga di elementi che mettano in luce violazioni sistemiche o generalizzate relative all'indipendenza del potere giudiziario. Un tale *background* non è pertanto suscettibile di

---

[75] A. FALCONE, *Indipendenza del pubblico ministero e cooperazione internazionale in materia penale nello scenario giuridico europeo*, in *rivista.eurojus.it*, 2021, p. 78.

[76] A. ROSANÒ, *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del mae*, in *La legislazione penale*, 2021, p. 16, secondo il quale "la Corte avrebbe potuto cercare di stabilire se i due tribunali polacchi che avevano emesso i MAE fossero configurabili come autorità emittenti ai sensi dell'art. 6, par. 1, della decisione quadro sul MAE".

[77] A. FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, *Drawing Red Lines With No (Significant) Bite – Why an Individual Test Is Not Appropriate in the LM Case*, in A. VON BOGDANDY ET AL. (eds.), cit., p. 443 ss.; M. BONELLI, *Intermezzo in the Rule of Law Play*, cit., p. 457.

[78] Sentenza della Corte del 17 dicembre 2020, cause riunite C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *L e P*.

[79] Sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, *X e Y*, in particolare punti 50-53.

concretare una presunzione di violazione del diritto ad un equo processo[80]. Di conseguenza, secondo il giudice dell'Unione una violazione per quanto sistemica o generalizzata dei valori dell'Unione non incide necessariamente su qualsiasi decisione adottata nel caso concreto dalle autorità giudiziarie di tale Stato membro[81].

Quanto stabilito in *L e P* è in linea con le conclusioni dell'avvocato generale Sánchez-Bordona, il quale ha ritenuto che non sia possibile tralasciare la valutazione individuale prevista dal *two-step test* anche qualora si riscontri l'aggravamento delle carenze sistemiche o generalizzate relative all'indipendenza dei giudici nello Stato emittente[82]. Secondo l'AG, una risoluzione di segno opposto genererebbe una duplice criticità: da un lato, si potrebbe creare una situazione di impunità, con un pregiudizio anche dei diritti delle vittime di reato; dall'altro, si tenderebbe a delegittimare l'attività professionale di tutti i giudici dello Stato membro in questione rendendo impossibile la loro partecipazione ai meccanismi di cooperazione europea in una materia sensibile come quella penale[83].

Questa seconda argomentazione risulta particolarmente importante; difatti, portandola alle estreme conseguenze non si andrebbe ad inficiare solo il dialogo orizzontale tra i giudici interni nell'ambito della cooperazione giudiziaria europea, ma anche i meccanismi verticali previsti dai Trattati, *in primis*, il potere di rinvio pregiudiziale *ex* articolo 267 TFUE, il quale presuppone che l'autorità giudiziaria che adisce la Corte sia qualificata come indipendente.

La Corte aggiunge un ulteriore tassello nella sentenza resa nel caso *X e Y*, relativamente al diritto ad un giudice precostituito per legge.

Segnatamente, il Tribunale di Amsterdam, giudice del rinvio – nell'ambito dell'esecuzione nei Paesi Bassi di due MAE emessi dalle autorità giudiziarie polacche nell'aprile 2021 – chiede se l'articolo 1, paragrafi 2 e 3, della decisione quadro 2002/584/GAI debba essere interpretato nel senso che, qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione disponga di elementi che attestino l'esistenza di carenze sistemiche o

[80] Sentenza *L e P*, cit., punto 41.
[81] *Ibidem*, punto 42.
[82] Conclusioni dell'Avvocato generale Sánchez-Bordona, del 12 novembre 2020, cause riunite C-354/20 e C-412/20, *L e P*, punto 48.
[83] *Ibidem*, punti 50-52.

generalizzate concernenti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente, per quanto riguarda la procedura di nomina dei giudici, l'autorità in parola possa rifiutare l'esecuzione del MAE ove sussista un rischio reale di violazione del diritto fondamentale della persona interessata a un equo processo dinanzi a un giudice precostituito per legge[84].

Il giudice del rinvio ha evidenziato come le riforme della giustizia polacche, in particolare relativamente al sistema di nomina dei giudici, hanno notevolmente minato l'indipendenza della magistratura di tale Stato membro tali da incidere sul diritto a un processo equo. Nel caso di specie non era infatti possibile escludere che i giudici polacchi nominati su richiesta della KRS[85], secondo la procedura prevista dalla legge recante modifiche della legge sul Consiglio nazionale della magistratura e di talune altre leggi dell'8 dicembre 2017 (*ustawa o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw*), avessero partecipato al procedimento penale di uno dei ricercati e potessero partecipare all'azione penale contro l'altro ricercato dopo la consegna alla Polonia. Quest'ultimo, ricercato ai fini dell'esercizio dell'azione penale, si troverebbe, inoltre, nell'impossibilità materiale di far valere dinanzi all'autorità giudiziaria di esecuzione eventuali irregolarità nel processo di nomina dei giudici chiamati a conoscere della sua causa penale, a causa delle "modalità di attribuzione aleatorie delle cause all'interno degli organi giurisdizionali polacchi"[86].

Nella risoluzione del caso *X e Y* il giudice dell'Unione, richiamando la giurisprudenza in materia della Corte EDU[87], cerca un non facile

---

[84] Sentenza *X e Y*, cit., punto 39.

[85] La KRS (*Krajowa Rada Sądownictwa*) è un organo la cui indipendenza dal potere politico è stata già ritenuta dalla Corte discutibile. Vedi sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia (Regime disciplinare dei giudici)*, in particolare punti 108 e 110.

[86] Sentenza *X e Y*, cit., punto 28. Inoltre, stante l'entrata in vigore, il 14 febbraio 2020, della legge che modifica la legge relativa all'organizzazione dei tribunali ordinari, la legge sulla Corte suprema e talune altre leggi della legge del 20 dicembre 2019 (ustawa o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw), i giudici polacchi non posso essere chiamati ad esaminare la validità della nomina di un giudice o la legittimità dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali di quest'ultimo.

[87] Segnatamente riferendosi alle sentenze della Corte EDU del 1° dicembre 2020, *Ástráðsson c. Islanda*; del 22 luglio 2021, *Reczkowicz c. Polonia*; del 9 luglio 2019,

bilanciamento tra la protezione dei diritti del ricercato e delle garanzie di un equo processo e la salvaguardia del funzionamento degli strumenti di cooperazione penale, in un contesto caratterizzato dal *Rule of Law backsliding*.

La Corte conferma nuovamente l'applicazione del *two step test*, al fine di valutare se la consegna della persona ricercata allo Stato membro emittente comporti, per quest'ultima, un rischio reale di violazione del suo diritto fondamentale a un equo processo dinanzi a un giudice precostituito per legge, sancito dalla Carta all'articolo 47, paragrafo 2.

In questa circostanza, il giudice dell'Unione fornisce un elenco non esaustivo di elementi di cui il giudice dell'esecuzione dovrebbe tener conto nel valutare l'indipendenza e l'imparzialità dei membri dell'organo giurisdizionale interessato.

Nello specifico, nella prima fase del *test* dovrebbero essere valutate le informazioni contenute in una proposta motivata indirizzata dalla Commissione europea al Consiglio sulla base dell'articolo 7 TUE, paragrafo 1, la giurisprudenza pertinente sull'indipendenza della magistratura polacca[88], la giurisprudenza della Corte EDU[89], nonché la "giurisprudenza costituzionale dello Stato membro emittente, che rimette in discussione il primato del diritto dell'Unione e il carattere vincolante della CEDU, al pari dell'efficacia vincolante delle sentenze della Corte e di quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo relative alla conformità al diritto in parola e a detta Convenzione di norme di tale Stato membro relative all'organizzazione del suo sistema giurisdizionale, segnatamente alla nomina dei giudici"[90].

Passando alla seconda fase del *test*, la Corte ha specificato che spetta alla persona oggetto del MAE addurre elementi di prova concreti che suggeriscano che le carenze individuate nel sistema giudiziario hanno avuto o possono avere un'incidenza sullo svolgimento del procedimento penale in questione[91], ponendo un onere importante in capo agli individui nella tutela del proprio diritto ad un equo processo.

Castaño c. Belgio; del 2 maggio 2019, *Pasquini c. San Marino*; dell'8 luglio 2014, *Biagioli c. San Marino*.

[88] Sentenza *X e Y*, cit. punto 78.

[89] *Ibidem*, punto 79

[90] *Ibidem*, punto 80.

[91] *Ibidem*, punto 83.

Tali elementi possono essere, se necessario, integrati dalle informazioni complementari fornite dall'autorità di emissione.

Il *two-step test* non si trasforma quindi in un *quick step test*[92], non ammettendo una valutazione che si arresti al livello generale, diversamente da quanto stabilito dal giudice dell'Unione in materia di asilo nella nota sentenza *N.S.*[93]

Al momento, la giurisprudenza della Corte non ha pertanto accreditato l'ipotesi di una sospensione *de facto* dell'applicazione delle procedure di consegna del mandato d'arresto europeo in un contesto di *Rule of law backsliding* caratterizzato da problematiche inerenti all'indipendenza del potere giudiziario, non aggirando per vie traverse lo stallo della procedura politica *ex* articolo 7 TUE.

Del resto, una decisione in tal senso estenderebbe oltre le "circostanze eccezionali" i limiti ai princìpi della mutua fiducia e del riconoscimento reciproco compromettendo l'effetto utile della decisione quadro 2002/584/GAI e verosimilmente l'intero sistema europeo di cooperazione giudiziaria.

Il *two-step test* declinato sul diritto ad un equo processo sta ricevendo applicazione nel diritto interno incontrando, tuttavia, una serie di difficoltà nella prassi.

La stessa l'*High Court* irlandese, giudice del rinvio nella sentenza *LM*, dopo aver richiesto ed acquisito maggiori informazioni dall'autorità polacca emittente e aver analizzato dettagliatamente le circostanze, ha ritenuto che non vi fosse un concreto rischio individuale di violazione del diritto ad un giusto processo ed ha eseguito il mandato di arresto europeo. Il secondo livello di verifica del *two-step test* è stato, invero, ritenuto uno strumento non idoneo alla finalità perseguita per varie ragioni[94], tra cui spiccano le difficoltà oggettive alla conduzione di una valutazione individuale concreta e precisa del caso[95].

---

[92] T. VANDAMME, *"The two-step can't be the quick step": The CJEU reaffirms its case law on the European Arrest Warrant and the rule of law backsliding*, in *europeanlawblog.eu*, 10 February 2021.

[93] Sentenza della Corte del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S.*

[94] Un'interessante analisi a riguardo è condotta da A. FRĄCKOWIAK-ADAMSKA, *Drawing Red Lines*, cit., in particolare pp. 446-447 e 448-452.

[95] Un esempio della difficoltà di applicazione del *two-step test* nell'ambito dell'indipendenza della magistratura è ben ricostruito relativamente alla Corte di Amsterdam in A. MARTUFI, D. GIGENGACK, *Exploring mutual trust through the lens*

Cionondimeno, si rileva che sono presenti nella giurisprudenza interna degli Stati membri casi di mancata consegna del ricercato, in applicazione della "dottrina delle circostanze eccezionali", in particolare in Italia e Germania[96]. In Italia, ad esempio, la sesta sezione penale della Cassazione ha annullato una decisione di esecuzione di un MAE emesso da un giudice polacco, rilevando il deterioramento del rispetto dello Stato di diritto in Polonia[97].

In conclusione, la cooperazione giudiziaria in materia penale è solo uno dei possibili angoli visuali da cui volgere lo sguardo verso i valori dell'Unione europea, in questa analisi verso lo Stato di diritto. Questa prospettiva consente nondimeno di evincere chiaramente come il principio di indipendenza dei giudici rappresenti la pietra di volta nella garanzia di un equo processo e nella tutela dei meccanismi di cooperazione tra gli Stati dell'Unione.

Il formante giurisprudenziale ricopre un ruolo importante nella tutela dello Stato di diritto, tuttavia, è verosimile che nessuna svolta definitiva per arrestare il *Rule of Law backsliding* possa provenire dalla

---

of an executing judicial authority: The practice of the Court of Amsterdam in EAW proceedings, in *New Journal of European Criminal Law*, 2020, pp. 294-296 e giurisprudenza *ivi* citata.

[96] Vari tribunali tedeschi (Oberlandesgerichte) hanno preso decisioni in tal senso, tra cui: HRC di Karlsruhe, decisione del 17 febbraio 2020, Ausl301AR 156/19; HRC di Brandenburgo, decisione del 18 agosto 2020, 2AR 16/20; HRC di Berlino, decisione del 3 April 2020, 151 AuslA 201/19 (234/19); HRC di Düsseldorf, decisione del 14 giugno 2019, 4AR 38/19; HRC di Brema, decisione del 7 settembre 2018 – 1Ausl.A 31/18. Per un'analisi di tale giurisprudenza si rimanda a T. WAHL, *Refusal of European Arrest Warrants Due to Fair Trial Infringements Review of the CJEU's Judgment in "LM" by National Courts in Europe*, in *Eucrim*, 2020, pp. 321 e 330; T. WAHL, *Fair Trial Concerns: German Court Suspends Execution of Polish EAW*, in *Eucrim*, 2020, pp. 27 e 28.

[97] Sentenza della Cassazione penale (sez. VI), del 21 maggio 2020, n. 15924/2020. In particolare, la Cassazione ha richiamato l'attenzione della Corte d'appello sull'eventualità che la nuova legge polacca sulla magistratura, entrata in vigore nel febbraio 2020, possa determinare una violazione di valori fondamentali dell'Unione e, così, delegittimare l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo. Per un commento della sentenza vedi E. COLOMBO, *La Cassazione pone un freno ad un MAE emesso dalla Polonia: possibile incompatibilità della nuova legge sulla magistratura con il diritto ad un processo equo*, in *rivista.eurojus.it*, 2020.

Corte[98], certamente non dalla sua funzione di valutazione dei ricorsi in via pregiudiziale in materia di cooperazione penale europea.

Nonostante ciò, è necessario che delle linee rosse vengano tracciate con l'auspicio che questo possa contribuire ad una risoluzione politica a salvaguardia delle garanzie dello Stato di diritto nell'intero territorio dell'Unione.

[98] Cfr. M. BLAUBERGER, R. D. KELEMEN, *Can courts rescue national democracy? Judicial safeguards against democratic backsliding in the EU*, in *Journal of European Public Policy*, 2017, p. 321 ss.