

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

ENRICO ALBANESE

**A PROTEZIONE DEL VEGLIO DI CRETA. IL RUOLO COSTITUZIONALE
DELLA PROCEDURA D'INFRAZIONE DELL'UE A GARANZIA DEL RUOLO
METACOSTITUZIONALE DEL RINVIO PREGIUDIZIALE**

31 OTTOBRE 2019



Enrico Albanesi

A protezione del Veglio di Creta. Il ruolo costituzionale della procedura d'infrazione dell'UE a garanzia del ruolo metacostituzionale del rinvio pregiudiziale

SOMMARIO: 1. La natura costituzionale dei rimedi giurisdizionali esperibili di fronte alla Corte di giustizia e, in particolare, della procedura d'infrazione. Specifica ipotesi di ricerca con riguardo a quest'ultima. – 2. Il ruolo metacostituzionale del rinvio pregiudiziale, «cerniera» tra ordinamento dell'Unione europea o ordinamenti nazionali. – 3. Il Veglio di Creta. La riluttanza di alcune Corti costituzionali dei Paesi membri ad attivare il rinvio pregiudiziale e l'aberrante deriva in Polonia (le sanzioni disciplinari nei confronti dei giudici che sollevino rinvio). – 4. Recenti sviluppi. Il ruolo costituzionale della procedura d'infrazione a garanzia del ruolo metacostituzionale del rinvio pregiudiziale: a) la condanna della Francia per mancato adempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale (4 ottobre 2018, C-416/17) e le prospettive aperte; – 5. (*segue*): b) l'avvio della procedura d'infrazione verso la Polonia per le misure disciplinari nei confronti dei giudici che sollevino rinvio pregiudiziale (3 aprile 2019). – 6. Conclusioni.

1. *La natura costituzionale dei rimedi giurisdizionali esperibili di fronte alla Corte di giustizia e, in particolare, della procedura d'infrazione. Specifica ipotesi di ricerca con riguardo a quest'ultima*

Nel suo *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*¹, Pasquale Costanzo legge a più riprese il ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea ed i rimedi giurisdizionali esperibili di fronte ad essa, secondo una chiave di lettura strettamente costituzionale.

Secondo l'Autore, infatti, non solo la Corte di giustizia avrebbe nel corso degli anni concorso ad una «costituzionalizzazione giudiziaria sostanziale» di alcuni settori, venendo quindi essa a colmare alcune «lacune» nei Trattati². A monte di ciò, le competenze stesse della Corte, funzionali al chiarimento della latitudine delle rispettive competenze tra Unione e Stati membri, si porrebbero come tipiche di «uno Stato costituzionalmente e territorialmente decentrato»³: tali da potersi parlare di «un ruolo di carattere costituzionale» della Corte di giustizia (in questo caso, contrapposta al Tribunale, accomunato piuttosto ad un organo giurisdizionale a carattere amministrativo)⁴.

Nell'esaminare poi i rimedi giurisdizionali esperibili di fronte alla Corte di giustizia, Costanzo ne sottolinea la «valenza costituzionale [...] intrinseca», specie in ragione del parametro alla luce del quale i controlli sono svolti dalla Corte, in quanto funzionali a censurare le violazioni dirette ed indirette (ossia gli atti applicativi) dei Trattati. Quantunque si tratti di un controllo generale di legittimità simile a quello conferito nel nostro ordinamento e in quello francese ai giudici amministrativi, sottolinea l'Autore, «è il parametro di tale controllo a fare la differenza», appunto in chiave costituzionale⁵. Ciò accomuna gran parte dei rimedi giurisdizionali esperibili di fronte alla

¹ Cfr. P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, V ed., Giappichelli, Torino, 2019.

² Cfr. P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 335.

³ *Ibidem*. Il dibattito sull'assimilabilità del ruolo della Corte di giustizia a quello di una Corte federale è assai articolato. Alcuni Autori l'hanno affermata senz'altro (cfr. A. HINAREJOS, *Judicial Control in the European Union: Reforming Jurisdiction in the Intergovernmental Pillars*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 1 ss.); altri hanno parlato piuttosto di «quasi-federal disputes» (cfr. F. HOFFMEISTER, *The Constitutional Functions of the European Court of Justice*, in I. Pernice-J. Kokott-C. Saunders (a cura di), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 143); altri hanno rimarcato le differenze tra i due tipi di Corte (cfr. M. ROSENFELD, *Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, in *International Journal of Constitutional Law*, 4/2006, p. 33 ss.).

⁴ Cfr. P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 351.

⁵ Cfr. P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 355. *Contra*, B. VESTERDOF, *A Constitutional Court for the EU?*, in I. Pernice-J. Kokott-C. Saunders (a cura di), *op. cit.*, p. 83 ss., il quale, ragionando delle competenze della Corte di giustizia in generale, nega che esse abbiano dimensione costituzionale, potendosi secondo l'Autore riconoscere tale qualifica solo ai casi in cui la Corte di giustizia si occupi di questioni attinenti alla distribuzione dei poteri tra i vari organi dell'Unione o la tutela dei diritti fondamentali stabiliti dai Trattati. Secondo tale chiave di lettura non avrebbero dunque

Corte di giustizia: non solo le azioni in senso stretto (quali l'azione di annullamento, l'azione c.d. in carenza, le azioni risarcitorie) ma anche la procedura d'infrazione, comunque rientrante «nel concetto ampio (e complesso) di legalità nell'ambito dell'Unione europea»⁶.

Sulla scia delle appena richiamate chiavi di lettura avanzate da Costanzo, in un recente lavoro monografico ho tentato di riprendere e sviluppare la ricostruzione in termini costituzionali, in particolare, della procedura in infrazione⁷.

Nell'opera, si è cercato di riflettere in particolare sulla natura costituzionale del parametro alla luce del quale la procedura d'infrazione è condotta. Richiamandosi poi categorie familiari alla dottrina costituzionalistica italiana⁸, si è tentato di far emergere le funzioni, rispettivamente, di controllo e garanzia costituzionale, svolte dalla Commissione nella fase precontenziosa e dalla Corte di giustizia nella fase contenziosa della procedura⁹. Per poi, infine, affrontarsi alcune questioni che investono la procedura d'infrazione e che sono parse di rilievo costituzionale, inquadrandole peraltro nel contesto teorico del pluralismo costituzionale, quale chiave di lettura dei rapporti tra ordinamento dell'Unione europea ed ordinamenti degli Stati membri¹⁰. Tra le altre questioni, ci si è ad esempio chiesti se la procedura d'infrazione possa essere utilizzata come strumento a salvaguardia dei valori fondamentali dell'Unione europea di cui all'art. 2 TUE¹¹. Oppure se la procedura d'infrazione possa essere utilizzata come strumento per sanzionare la violazione da parte degli Stati membri (specie delle loro Corti Supreme, in particolare costituzionali) dell'obbligo di sottoporre questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, in particolare in caso di *espresso* disconoscimento da parte di un giudice di ultima istanza della propria qualifica ai sensi dell'art. 267.3 TFUE o di un *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale¹².

Quest'ultima questione veniva risolta in senso positivo nella monografia, in via però del tutto ipotetica.

Da allora, la Corte di giustizia nell'ottobre 2018 ha condannato per la prima volta uno Stato membro (la Francia) per violazione dell'obbligo di sollevare questione di pregiudiziale alla Corte di giustizia¹³. Dal canto suo, la Commissione europea nell'aprile 2019 ha avviato una procedura d'infrazione nei confronti di un altro Stato membro (la Polonia) per una legge che, riformando il sistema delle misure disciplinari nei confronti dei giudici, espone questi ultimi al rischio di vedersi irrogare tali sanzioni ove sollevino questione pregiudiziale (*sic*)¹⁴.

Si tratta di due casi concreti che, sembra potersi ritenere, avvalorano le ricostruzioni teoriche allora svolte e che, da differenti prospettive, gettano nuova luce su di esse e giustificano quindi la scelta di riprendere in mano in questa sede quella questione.

L'ipotesi di ricerca che si intende dunque qui avanzare è che, attraverso questi due casi, la procedura d'infrazione sia venuta concretamente ad assumere la funzione *costituzionale*, tra le altre, di garanzia della funzione *metacostituzionale* del rinvio pregiudiziale.

Per comprendere cosa si intenda con ciò, è necessario partire dalla funzione metacostituzionale svolta dal rinvio pregiudiziale (paragrafo 2) ed esaminarne l'effettiva tenuta (paragrafo 3); per

di per sé valenza costituzionale i giudizi svolti dalla Corte in relazione all'azione di annullamento, all'azione in carenza, alla procedura d'infrazione, alla procedura pregiudiziale (salvo rari casi) né quelli resi in appello. Non si riesce davvero a comprendere però perché in questa chiave di lettura il riconoscimento di una dimensione costituzionale sia limitata alle sole procedure pregiudiziali che coinvolgono direttive in materia ambientale.

⁶ Cfr. P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 363.

⁷ Cfr. E. ALBANESI, *Pluralismo costituzionale e procedura d'infrazione dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2018, specie pp. 181-187.

⁸ Cfr. S. GALEOTTI, *La garanzia costituzionale (Presupposti e concetti)*, Giuffrè, Milano, 1950 e ID., *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1963.

⁹ Cfr. E. ALBANESI, *op. cit.*, specie pp. 187-201.

¹⁰ Cfr. E. ALBANESI, *op. cit.*, specie pp. 61-89.

¹¹ Cfr. E. ALBANESI, *op. cit.*, specie pp. 241-263.

¹² Cfr. E. ALBANESI, *op. cit.*, specie pp. 273-280.

¹³ Cfr. Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza 4 ottobre 2018, C-416/17, *Commissione c. Repubblica francese*, in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁴ Cfr. *EU Commission Press Release*, 3 Aprile 2019.

analizzare quindi successivamente i due casi concreti del 2018-2019 (paragrafi 4 e 5) e, dopo avere esaminato alcune questioni sul tappeto, giungere quindi a provare l'ipotesi di ricerca appena avanzata (paragrafo 6).

2. Il ruolo metacostituzionale del rinvio pregiudiziale, «cerniera» tra ordinamento dell'Unione europea o ordinamenti nazionali

Nel celebre parere reso nell'ottobre 2014 sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia ebbe modo di definire il rinvio pregiudiziale come la «chiave di volta» del sistema giurisdizionale istituito dai Trattati.

Tale sistema si caratterizza per il fatto che spetta ai giudici nazionali ed alla Corte di giustizia garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione europea nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione. In tale contesto, scrive la Corte nel parere, il procedimento di rinvio pregiudiziale, «instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'interpretazione del diritto dell'Unione [...], permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati»¹⁵.

In altri termini, il rinvio pregiudiziale è dunque in definitiva l'istituto che Costanzo definisce la «cerniera» tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamenti nazionali¹⁶. La sede principale¹⁷, dunque, nella quale può svolgersi quel dialogo tra Corte di giustizia e giudizi nazionali¹⁸ che, nell'ottica del *constitutional pluralism*, alcuni Autori (quali, ad esempio, Walker e Maduro) individuano proprio come soluzione procedurale ai potenziali conflitti tra i due ordinamenti¹⁹.

Ovviamente l'esistenza di un siffatto strumento ufficiale di dialogo non esclude di per sé l'impossibilità di ricomporre divergenze interpretative tra la Corte di giustizia e le Corti nazionali²⁰, specie ove vengano in rilievo i principi supremi dell'ordinamento costituzionale di uno Stato membro. I casi *Melloni*²¹ e *Taricco*²² (se pur comunque risoltisi, il primo, con una «imbarazzante retromarcia» del Tribunale costituzionale spagnolo²³, il secondo, con la riconduzione, da parte della Corte di giustizia, del principio in questione alle tradizioni costituzionali comuni) hanno mostrato come in

¹⁵ Cfr. Corte di giustizia (Seduta plenaria), parere 18 dicembre 2014, 2/13, paragrafo 176, in <http://curia.europa.eu/>.

¹⁶ Cfr. P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 370.

¹⁷ Altre forme di dialogo ufficiali sono quelle che sono state definite «co-operation in the case law», cioè il dialogo «quotidiano» attraverso l'ordinaria produzione giurisprudenziale da parte della Corte di giustizia e delle Corti nazionali (cfr. C. TIMMERMANS, *Multilevel Judicial Co-operation*, in P. Cardonnel-A. Rosas-N. Wahl (a cura di), *Constitutionalising the EU Judicial System*, Oxford/Portland (Oregon), Hart, 2012, p. 20); oppure le forme di «dialogo nascosto», quale ad esempio la doppia pregiudizialità (cfr. G. MARTINICO, *Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of 'Hidden Dialogue'*, in *King's Law Journal*, 2009, p. 309 ss. nonché ID., *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The frustrating knot of Europe*, Routledge, London/New York, 2013, p. 135 ss.). Ma non mancano neppure forme di dialogo informale, quali incontri periodici organizzati dalla Corte di giustizia con i giudici nazionali o visite di delegazioni delle Corti nazionali a Lussemburgo, sulle quali cfr. ancora C. TIMMERMANS, *op. cit.*, p. 15 ss.

¹⁸ Sul quale cfr., per tutti, G. MARTINICO, *op. cit.*, p. 133 ss. nonché, anche con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, G. MARTINICO-O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Edward Elgar, Cheltenham (UK)/Northampton (MA), 2012.

¹⁹ Si vedano in particolare N. WALKER, *Sovereignty in the European Union*, e M.P. MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. Walker (a cura di), *Sovereignty in transition*, Oxford/Portland (Oregon), Hart, 2003, p. 29 e p. 513.

²⁰ Cfr. G. MARTINICO, *The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, 6/2015, pp. 1343-1374.

²¹ Cfr. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, in <http://curia.europa.eu/>.

²² Cfr. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 5 dicembre 2017, C-42/17, *Taricco*, in <http://curia.europa.eu/>.

²³ Così G. GUZZETTA, *La contaminazione costituzionale del diritto europeo. Interrogativi su un ordinamento in divenire*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 118.

potenza un conflitto insanabile tra i due ordinamenti sia pur sempre possibile. Altri casi, poi, che pure hanno avuto meno risonanza nel dibattito accademico, hanno effettivamente condotto a divergenze interpretative, a valle dell'esperimento di un rinvio pregiudiziale²⁴.

Ma non è questa la sede per esaminare, per così dire, il "merito" del dialogo tra le Corti ove vengano in rilievo i principi supremi dell'ordinamento costituzionale di uno Stato membro.

Qui interessa concentrarsi sullo strumento procedurale che l'ordinamento dell'Unione europea ha messo a disposizione come «chiave di volta» di un sistema giurisdizionale che vede la Corte di giustizia e i giudici nazionali entrambi impegnati ad applicare il diritto dell'Unione europea: la procedura pregiudiziale, appunto.

In quest'ottica, allora, la procedura pregiudiziale sembra venire ad assumere non meramente una funzione *costituzionale* (se guardata con esclusivo riferimento all'ordinamento dell'Unione europea), nei termini richiamati nel precedente paragrafo; ma, proprio in quanto «cerniera» tra i due ordinamenti, persino una funzione *metacostituzionale*.

È questa la prospettiva cui guarda d'altronde ai rapporti tra Unione europea e Stati membri Neil Walker (Autore non a caso sopra citato con riguardo al rinvio pregiudiziale, il quale vede quest'ultimo come soluzione procedurale ai potenziali conflitti tra i due ordinamenti). Secondo Walker, il metacostituzionalismo costituirebbe un «new legal discourse» che attiene a regole, norme o principi, aventi ad oggetto regole costituzionali, peraltro non necessariamente solo riguardanti lo Stato (*state-centred* o *domestic metacostituzionalism*) ma anche altre entità (*cosmopolitan metaconstitutionalism*)²⁵. In quest'ottica, il rinvio pregiudiziale sembra dunque a pieno titolo svolgere una funzione metacostituzionale, se, come scrive Walker, secondo un approccio metacostituzionale la soluzione dei conflitti tra ordinamenti è affidato a meccanismi non rigidamente gerarchici ma costruiti secondo un «heterarchical and dialogic approach»²⁶.

Se però la procedura pregiudiziale è venuta a "caricarsi" di siffatte implicazioni sistemiche («chiave di volta» del sistema giurisdizionale, «cerniera» tra i due ordinamenti, funzione metacostituzionale quale sede procedurale per la risoluzione di conflitti tra ordinamenti), diventa allora a questo punto indispensabile che il rinvio procedurale funzioni effettivamente: cioè, che i giudici nazionali siano liberi di sollevare questione pregiudiziale *ex art. 267.2* TFUE; e che i giudici nazionali di ultima istanza *ex art. 267.3* TFUE adempiano all'obbligo di sollevare questione pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Detto in altri termini, diventa indispensabile che l'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale sia improntato sul rispetto da parte degli Stati membri del principio di leale cooperazione *ex art. 4.3* TUE, in virtù del quale l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati.

Se queste condizioni siano effettivamente rispettate, è questione che verrà analizzata nel prossimo paragrafo.

3. Il Veglio di Creta. La riluttanza di alcune Corti costituzionali dei Paesi membri ad attivare il rinvio pregiudiziale e l'aberrante deriva in Polonia (le sanzioni disciplinari nei confronti dei giudici che sollevino rinvio)

La procedura pregiudiziale, così sopra descritta, sembra tuttavia all'atto pratico atteggiarsi come il Veglio di Creta, la colossale statua che Dante colloca sul Monte Ida, a Creta, dalla testa d'oro, il

²⁴ Li esamina G. ZACCARONI, *Un'altra crepa nella diga del dialogo? La Corte Suprema danese rifiuta di dare applicazione ad un rinvio pregiudiziale della Corte di Giustizia*, in *Quad. cost.*, 1/2017, pp. 155-158.

²⁵ Cfr. N. WALKER, *Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe*, in G. De Búrca-J. Scott (a cura di), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, Hart, Oxford, 2000, p. 15.

²⁶ Cfr. N. WALKER, *op. cit.*, p. 26.

petto e le braccia d'argento, il ventre di rame, le gambe ed il piede sinistro di ferro, «salvo che 'l destro piede è terra cotta»²⁷.

Non un colosso dai *piedi* d'argilla, dunque, come la statua apparsa in sogno al Nabucodonosor dell'Antico Testamento²⁸, dalla quale Dante pur trae ispirazione. Piuttosto, un colosso da *un piede* di terracotta, che, secondo un'interpretazione invalsa dell'allegoria dantesca, simboleggerebbe la posizione di *una* delle due autorità (lo Stato e la Chiesa) su cui poggiava allora l'umanità: autorità (la Chiesa) che, secondo Dante, una volta perduta l'innocenza dell'età dell'oro, avrebbe reso precaria la stabilità dell'umanità intera²⁹.

Fuor di allegoria, è questa la situazione in cui sembra trovarsi il rinvio pregiudiziale: un istituto "colossale", in quanto caricato delle implicazioni sistemiche e metacostituzionali di cui si è sopra trattato, che poggia tuttavia sul fragile sostegno fornito dall'autorità statale, quantomeno se si prendono in considerazione alcuni Stati membri.

In primo luogo, infatti, in alcuni Stati membri si assiste ad una tendenza dei giudici nazionali di ultima istanza³⁰ (nello specifico: le Corti costituzionali³¹, in questo caso per lo più giudici nazionali di *unica* istanza³²) a non sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia³³.

È bene precisare che non si tratta di casi in cui le Corti abbiano *espressamente* rifiutato di qualificare sé stesse come giudici di ultima istanza ai sensi dell'art. 267.3 TFUE, come un tempo fecero le Corti costituzionali di Paesi quali l'Italia, la Spagna o la Germania (organi che, come è noto, hanno poi radicalmente mutato la propria opinione rispettivamente nel 2008³⁴, nel 2011³⁵ e nel 2014³⁶). E non è ovviamente agevole dimostrare se si possa parlare di casi di sistematico rifiuto di tali Corti a sollevare questione pregiudiziale.

²⁷ Cfr. D. ALIGHIERI, *Inferno*, XIV, 94-120.

²⁸ Cfr. Dn 2, 31-35.

²⁹ Cfr. U. BOSCO-G. REGGIO (a cura di), *La Divina Commedia con pagine critiche. Inferno*, Le Monnier, Firenze, 1993, pp. 207-208.

³⁰ Per una panoramica dei rinvii pregiudiziali da parte delle Corti supreme dei Paesi membri, cfr., sia pure in un'analisi risalente a dieci anni fa, F.C. MEYER, *Multilevel Constitutional Jurisdiction*, in A. von Bogdandy-J. Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, II ed., Hart-CH Beck, Oxford-München, 2009, pp. 401-407.

³¹ Sulle quali si vedano le analisi di M. CLAES-B. DE WITTE, *The Role of National Constitutional Courts in the European Legal Space*, in P. Poperlier-A. Mazmanyman-W. Vanderbruwaene (a cura di), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Intersentia, Antwerp, 2013, pp. 79-104 nonché il numero monografico *The Preliminary Reference to the Court of Justice* del *German Law Journal*, 6/2015, del quale si segnalano in particolare, oltre agli altri articoli specifici citati nelle note successive, i contributi introduttivi M. DICOSOLA-C. FASONE-I. SPIGNO, *Foreword: Constitutional Courts in the European Legal System After the Treaty of Lisbon and the Euro-Crisis*, e M. CLAES, *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, rispettivamente pp. 1317-1330 e pp. 1331-1342, e quello conclusivo di M. CARTABIA, *Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling*, pp. 1791-1796. Dell'articolo della Claes, si segnala qui in particolare la delimitazione del perimetro della ricerca a quelle che sono le (18 o 19, a seconda della classificazione) Corti costituzionali in senso stretto nell'Unione europea.

³² Cfr. [Corte cost. ord. 15 aprile 2008, n. 103](#).

³³ Nei restanti Paesi, le Corti costituzionali hanno ad oggi sollevato questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (Austria, Belgio, Francia, Germania, Italia, Lituania, Polonia, Slovenia, Spagna) oppure hanno espressamente o implicitamente mostrato di ritenersi comunque soggette all'obbligo di cui all'art. 267.3 TFUE (Portogallo, Repubblica Ceca, Romania).

³⁴ Cfr. [Corte cost. ord. 15 aprile 2008, n. 103](#), cit., sulla quale cfr. O. POLLICINO, *The Italian Constitutional Court and the European Court of Justice: a Progressive Overlapping between the Supranational and the Domestic Dimension*, in P. Poperlier-A. Mazmanyman-W. Vanderbruwaene, *op. cit.*, pp. 101-129.

³⁵ Cfr. Tribunal Constitucional, auto 86/11, sulla quale M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *The Spanish Constitutional Court and Fundamental Rights Adjudication After the First Preliminary Reference*, in *German Law Journal*, 6/2015, pp. 1509-1528.

³⁶ Cfr. 134 BVerfGE 366, sulla quale cfr. E.J. LOHSE, *The German Constitutional Court and Preliminary References – Still a Match not Made in Heaven?*, in *German Law Journal*, 6/2015, pp. 1491-1508.

Sembra piuttosto trattarsi di riluttanza quella che emerge dall'eloquente silenzio delle Corti costituzionali di Paesi come ad esempio la Bulgaria³⁷ o l'Ungheria³⁸, in fattispecie che, come ritenuto da quanti hanno indagato in dettaglio la giurisprudenza di tali Corti, avrebbero al contrario giustificato un rinvio pregiudiziale. Quanto alla Romania, dove la *Curtea Constituțională* aveva anch'essa mantenuto per anni un eloquente silenzio³⁹ (pur avendo riconosciuto in via astratta nel 2011 la possibilità di sollevare questione pregiudiziale), il primo rinvio si è avuto finalmente nel 2016, nel celebre caso *Coman*⁴⁰.

Una riluttanza in parte comprensibile, reputandosi le Corti costituzionali le “depositarie” ultime della garanzia dei principi fondamentali di ciascun ordinamento costituzionale: in altri termini, i custodi ultimi dei c.d. controlimiti⁴¹.

Tale atteggiamento, tuttavia, da un lato, rischia di confinare le Corti costituzionali in uno “splendido isolamento”⁴²: proprio un dialogo con la Corte di giustizia consentirebbe se mai alle Corti costituzionali di meglio difendere i propri c.d. controlimiti⁴³, come fatto ad esempio dalla Corte costituzionale italiana nel caso *Taricco*, in cui la Corte costituzionale ha *esposto* alla Corte di giustizia i c.d. controlimiti dell'ordinamento italiano⁴⁴. D'altro lato, per quanto qui più interessa, ove ciò si trasformasse in un *espresso* disconoscimento della propria qualifica quale giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267.3 TFUE o in un *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale, si verrebbe a porre in seria crisi il meccanismo procedurale indispensabile per assicurare il dialogo e la (potenziale) risoluzione dei conflitti tra ordinamento dell'Unione europea e ordinamenti nazionali.

In secondo luogo, tornando alle fragilità del fondamento statale su cui poggia il rinvio pregiudiziale, c'è il caso specifico della Polonia, dove si è giunti fino all'aberrante deriva di una legge che, nel riformare il sistema delle misure disciplinari nei confronti dei giudici, espone questi ultimi a vedersi irrogate tali misure nel caso in cui sollevino rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE*.

In questo preoccupante quadro, tale da minare la stabilità del meccanismo idoneo per eccellenza ad assicurare il dialogo tra Unione europea e Stati membri, ci si è chiesti dunque se la procedura d'infrazione possa costituire valido rimedio per sanzionare l'obbligo degli Stati a sollevare questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267.3 TFUE, peraltro accanto ad altri possibili rimedi⁴⁵ (tra i quali si ricorda qui, in ambito extra-UE, anche il possibile ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per violazione dell'art. 6 CEDU⁴⁶).

Come già detto, la questione è stata affrontata più in dettaglio in altra sede⁴⁷.

Ci si limita qui a ricordare, in generale, come la Corte di giustizia abbia nel corso degli anni precisato la portata di tale obbligo. In particolare, la procedura pregiudiziale non costituisce un rimedio giuridico esperibile dalle parti di una controversia pendente dinanzi ad un giudice nazionale:

³⁷ Cfr. M. VATSOV, *European Integration Through Preliminary Rulings? The Case of the Bulgarian Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 6/2015, pp. 1591-1622.

³⁸ Cfr. F. GÁRDOS-OROSZ, *Preliminary Reference and the Hungarian Constitutional Court: A Context of Non-Reference*, in *German Law Journal*, 6/2015, pp. 1569-1590.

³⁹ Cfr. V. VIȚĂ, *The Romanian Constitutional Court and the Principle of Primacy: To Refer or Not to Refer?*, in *German Law Journal*, 6/2015, pp. 1623-1662.

⁴⁰ Cfr. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 5 giugno 2018, C-673/16, *Coman*, in <http://curia.europa.eu/>, sulla quale cfr. P. FARAGUNA, *L'amore vince (e l'identità nazionale perde?): il caso Coman alla Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 2018, pp. 711-715.

⁴¹ Cfr. M. DICOSOLA-C. FASONE-I. SPIGNO, *op. cit.*, p. 1319 nonché F.C. MEYER, *op. cit.*, p. 407.

⁴² Così M. BOBEK, *The Impact of the European Mandate of Ordinary Courts on the Position of Constitutional Courts*, in M. Claes-M. de Visser-P. Popelier-C. Van de Heyning (a cura di), *Constitutional Conversations in Europe*, Intersentia, Antwerp, 2012, specie p. 304 ss.

⁴³ Come nota F. GÁRDOS-OROSZ, *op. cit.*, p. 1589, parlando di identità costituzionale.

⁴⁴ Come sottolineò A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in *Consulta Online*, 1/2017.

⁴⁵ Sui quali cfr. F. FERRARO, *The Consequences of the Breach of the Duty to make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 3/2015, pp. 589-622.

⁴⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della CEDU (a margine del caso Ullens de Schooten e Rezabeck c. Belgio)*, in *Dir. comp.*, 2011.

⁴⁷ Cfr. E. ALBANESI, *op. cit.*, specie pp. 273-274.

non basta quindi che una parte sostenga che la controversia ponga una questione di interpretazione del diritto eurounitario perché il giudice interessato sia obbligato a sollevare il rinvio⁴⁸. Inoltre, il giudice di ultima istanza non è obbligato a sollevare il rinvio, ove: (i) la questione non sia pertinente, cioè qualora questa non possa influire sull'esito della controversia; (ii) la questione sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie e già decisa in via pregiudiziale; (iii) la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea si imponga «con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata» (c.d. dottrina dell'*acte clair*)⁴⁹.

Nello specifico, quanto alla esperibilità della procedura d'infrazione come rimedio "sanzionatorio" in caso di violazione di siffatto obbligo, va detto che sin dal 2002 la Commissione europea in una propria Comunicazione aveva incluso, tra quelle infrazioni che addirittura mettono in causa i fondamenti della Comunità di diritto, quelle che «ostacolano per esempio il ricorso dinanzi alla Corte di giustizia per una richiesta di pronuncia pregiudiziale»⁵⁰. Dal canto suo, la Corte di giustizia aveva espressamente riconosciuto nel 2005 che la Commissione potesse agire in riferimento alla violazione di un siffatto obbligo da parte dello Stato⁵¹.

Non se ne vedono d'altronde ostacoli giuridici: sollevare un rinvio pregiudiziale costituisce un obbligo incombente sullo Stato ai sensi dell'art. 267.3 TFUE al pari degli altri obblighi incombenti su di esso in virtù dei Trattati, per la violazione dei quali l'art. 258 TFUE riconosce alla Commissione la possibilità di avviare una procedura d'infrazione.

È infine bene precisare come ovviamente la procedura d'infrazione non possa costituire rimedio contro ogni *singolo* caso di mancato utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultima istanza, per l'impossibilità pratica per la Commissione di operare un monitoraggio completo delle pronunce di questi ultimi⁵². D'altronde, la prospettiva che qui interessa non è tanto quella di possibili rimedi in caso di singola violazione di tale obbligo; quanto quella dell'utilizzo della procedura d'infrazione quale strumento utile per sanzionare i casi di *espresso* disconoscimento da parte dei giudici di ultima istanza della propria qualifica ai sensi dell'art. 267.3 TFUE o di *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale.

È per tutte queste ragioni che appare qui meritevole di approfondimento il recente caso del 2018 in cui si è per la prima volta concretizzata la condanna di uno Stato per violazione (da parte del Consiglio di Stato francese) dell'obbligo di cui all'art. 267.3 TFUE.

Certo, è bene chiarire come questo caso riguardi un organo che non ha mai negato la propria qualifica di giudice di ultima istanza, né si è mai sistematicamente rifiutato di sollevare rinvii pregiudiziali, avendone anzi il Consiglio di Stato francese sollevati in passato⁵³. Tuttavia, la prima condanna di uno Stato membro per violazione dell'obbligo di cui all'art. 267.3 TFUE può forse aiutare a comprendere (almeno in parte) quali siano le condizioni concrete sulla base delle quali la Corte ritiene violato tale obbligo: condizioni che la Corte di giustizia, nelle due sentenze sopra menzionate del 1982 e del 2001, aveva declinato in astratto.

Altrettanto meritevole pare poi qui l'esame del recentissimo caso (2019) dell'avvio da parte della Commissione di una procedura d'infrazione nei confronti della Polonia (dove pure, nel 2015, la Corte

⁴⁸ Cfr. Corte di giustizia (Sesta Sezione), sentenza 6 ottobre 1982, C-283/81, *Srl CILFIT e Lanificio di Gavardo Spa c. Ministro della Sanità*, paragrafo 8 ss., in *Racc.*, I-3415.

⁴⁹ Cfr. Corte di giustizia (Sesta Sezione), sentenza 17 maggio 2001, C-340/09, *TNT Traco*, paragrafo 35, in <http://curia.europa.eu/>.

⁵⁰ Cfr. *Comunicazione della Commissione sul miglioramento nel controllo dell'applicazione del diritto comunitario* COM (2002) 725 def/4, p. 12.

⁵¹ Cfr. Corte di giustizia (Quarta Sezione), ordinanza 3 giugno 2005, C-396/03 P, *Repubblica federale di Germania*, paragrafo 28, in *Racc.*, I-4967.

⁵² Come giustamente nota T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 227.

⁵³ Dal 1970, come ricorda F.C. MEYER, *op. cit.*, p. 405.

costituzionale ha compiuto il suo primo rinvio pregiudiziale⁵⁴), per la legge che, nel riformare il sistema delle misure disciplinari nei confronti dei giudici, espone questi ultimi a vedersi irrogare tali misure nel caso in cui sollevino questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Qui l'effetto è evidentemente quello di azzerare in radice l'esperibilità del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici polacchi ed appare interessante, ancora una volta nell'ottica che qui rileva, il fatto che la Commissione abbia avviato una procedura d'infrazione avverso la Polonia avente ad oggetto tale legge.

L'esame dei due casi concreti condurrà quindi a chiedersi nelle *Conclusioni* se la procedura di infrazione, così delineata, non sia forse venuta ad assumere un ruolo costituzionale di garanzia della funzione metacostituzionale della procedura pregiudiziale.

4. *Recenti sviluppi. Il ruolo costituzionale della procedura d'infrazione a garanzia del ruolo metacostituzionale del rinvio pregiudiziale: a) la condanna della Francia per mancato adempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale (4 ottobre 2018, C-416/17) e le prospettive aperte;*

Con la sentenza del 4 ottobre 2018, la Francia è stata condannata per violazione dell'obbligo di sollevare questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267.3 TFUE, per avere il Consiglio di Stato francese ommesso di adire la Corte di giustizia ex art. 267.3 TFUE, nonostante l'interpretazione da esso accolta in due sentenze del 2012 «non s'imponesse con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio». La Corte di giustizia ha dunque individuato nel caso concreto l'assenza di tale condizione per affermare che il giudice fosse obbligato al rinvio.

Perché dunque, nel caso concreto, una soluzione interpretativa è stata ritenuta non idonea ad imporsi con un'evidenza tale da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio?

Una delle indicazioni fornite dalla Corte nella sentenza sembra provare troppo.

Trattasi del passaggio in cui essa afferma che il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato «ha portato quest'ultimo ad adottare, in dette sentenze, una soluzione basata su un'interpretazione delle disposizioni [del diritto dell'Unione europea] in contrasto con quella accolta nella presente sentenza, il che implica che l'esistenza di un dubbio ragionevole in merito a tale interpretazione non poteva essere escluso nel momento in cui» il Consiglio di Stato ha statuito⁵⁵. Il passaggio sembra provare troppo perché, seguendosi tale ragionamento, si dovrebbe infatti escludere di per sé che un giudice di ultima istanza dovesse sollevare la questione pregiudiziale ove l'interpretazione accolta risultasse invece poi condivisa dalla Corte di giustizia.

Più eloquente è l'altra indicazione della Corte, nella quale si sottolinea come il Consiglio di Stato francese, pur in mancanza d'indicazioni contenute in una sentenza della Corte di giustizia del 2011 (avente ad oggetto il regime fiscale da applicarsi in Francia a società controllate, di primo livello, residenti nel territorio di uno Stato membro)⁵⁶, si sia discostato da una precedente sentenza della Corte di giustizia stessa del 2012 (avente ad oggetto il regime fiscale da applicarsi nel Regno Unito a società controllate, di secondo livello, residenti nel territorio di uno Stato membro)⁵⁷, nel dare soluzione nel 2012 ad una vicenda riguardante società controllate di secondo livello, adducendo il Consiglio di Stato il motivo che il regime britannico del credito d'imposta e dell'anticipo di imposta era diverso da quello francese. Una soluzione interpretativa, quest'ultima, in relazione alla quale il Consiglio di Stato non poteva «avere la certezza che il suo ragionamento si sarebbe imposto con la stessa evidenza alla Corte» di giustizia⁵⁸.

⁵⁴ Cfr. A. KUSTRA, *Reading the Tea Leaves: The Polish Constitutional Tribunal and the Preliminary Ruling Procedure*, in *German Law Journal*, 6/2015, pp. 1539-1568.

⁵⁵ Cfr. Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza 4 ottobre 2018, C-416/17, cit., paragrafo 112.

⁵⁶ Cfr. Corte di giustizia (Prima Sezione), sentenza 15 settembre 2011, C-310/09, *Accor*, in <http://curia.europa.eu/>.

⁵⁷ Cfr. Corte di giustizia (Grande Sezione), sentenza 13 novembre 2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, in <http://curia.europa.eu/>.

⁵⁸ Cfr. Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza 4 ottobre 2018, C-416/17, cit., paragrafo 111. Come ben sintetizzato dall'Avvocato generale: «Nel caso di specie, è pacifico che la questione della presa in considerazione dell'imposta assolta dalle controllate di secondo livello non fosse stata affrontata dalla Corte nella sentenza del

In definitiva, dunque, un diverso regime legislativo nazionale non sembra costituire un elemento tale per far sì che l'interpretazione del Consiglio di Stato (in difformità con una precedente sentenza della Corte di giustizia riguardante uno Stato diverso) si imponesse con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio.

Certo, al di là di tale elemento (inevitabilmente legato alle circostanze del caso concreto), la sentenza non chiarisce in positivo quando un'interpretazione s'imponga con un'evidenza tale da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio⁵⁹.

L'importanza della sentenza, ai fini che più qui interessano, è comunque quella di aver costituito il primo caso di condanna di uno Stato per mancata sollevazione di una procedura pregiudiziale *ex art. 267.3 TFUE*.

Uno strumento dunque finalmente effettivo, da utilizzare, sembra potersi ritenere, anche in relazione ai casi di mancato rinvio che qui paiono più preoccupanti: quello dell'*espresso* disconoscimento da parte dei giudici di ultima istanza della propria qualifica ai sensi dell'art. 267.3 TFUE e quello del *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale.

Difatti, *plus semper in se continet quod est minus*. I casi di un *espresso* disconoscimento da parte dei giudici di ultima istanza della propria qualifica ai sensi dell'art. 267.3 TFUE e del *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale paiono cioè porsi ad una soglia liminale rispetto a quelli di giudici di ultima istanza che, pur riconoscendo a sé tale qualifica e facendo di regola ricorso, omettano il rinvio in un caso concreto, al di fuori delle tre eccezioni sopra richiamate.

Certo, si potrebbero avanzare due obiezioni.

La prima è che un siffatto utilizzo della procedura d'infrazione condurrebbe ad una qualificazione, imposta dall'*esterno*, di un organo quale giudice di ultima istanza *interna*. Questione ancor più delicata specie ove trattasi di Corti costituzionali che al livello interno svolgono il ruolo di custodi dei c.d. controlimiti, proprio cioè il nucleo intangibile dell'ordinamento nazionale.

Così tuttavia evidentemente non è.

La Corte di giustizia considera ormai da anni la qualificazione di un giudice interno ai sensi dell'art. 267.3 TFUE come questione di diritto dell'Unione europea⁶⁰. I giudici nazionali sono giudici eurounitari, parte cioè di quel sistema giurisdizionale istituito dai Trattati, di cui si è sopra discusso, che si caratterizza per il fatto che spetta ad essi (assieme alla Corte di giustizia) garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione europea nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione. In quest'ottica, la qualificazione quale giudice di ultima istanza, non può essere di esclusivo appannaggio dell'ordinamento interno.

Più nello specifico, quanto alle Corti costituzionali, è vero che la Corte di giustizia non si è mai pronunciata espressamente sulla loro qualificazione come giudici ai sensi dell'art. 267.3 TFUE. Tuttavia non pare concretizzarsi alcuna *deminutio* per la Corte costituzionale dello Stato membro, che, ove sia qualificata come tale, non è comunque in alcun modo vincolata alla determinazione del *merito* del nucleo intangibile del proprio ordinamento costituzionale, ove questo venisse in rilievo; ma solo al rispetto del principio di leale collaborazione *ex art. 4.3 TUE*, affinché sia garantita

15 settembre 2011, Accor [...], mentre era stata oggetto della sentenza del 13 novembre 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* [...]. Di conseguenza, scegliendo di discostarsi da tale sentenza con l'unica motivazione che il regime britannico era diverso da quello francese del credito d'imposta e dell'anticipo d'imposta, il [Consiglio di Stato] non poteva avere la certezza che il suo ragionamento si sarebbe imposto con la stessa evidenza alla Corte. La divergenza fra le soluzioni proposte dalle società ricorrenti e dal relatore pubblico (*rapporteur public*) dimostrava d'altronde la mancanza di certezza sulla soluzione da accogliere». Cfr. Corte di giustizia (Quinta Sezione), conclusioni dell'Avvocato generale Melchior Wathelet 25 luglio 2018, C-416/17, *Commissione c. Repubblica francese*, paragrafo 99, in <http://curia.europa.eu/>.

⁵⁹ Qualche ulteriore elemento interessante sembra potersi trarre da una precedente sentenza della Corte, resa tuttavia in una procedura pregiudiziale. Cfr. Corte di giustizia (Seconda Sezione), sentenza 9 settembre 2015, C-160/14, *João Filipe Ferreira da Silva*, paragrafi 23-35, in <http://curia.europa.eu/>.

⁶⁰ Cfr. Corte di giustizia, sentenza 9 settembre 1981, C-246/80, *Broekmeulen c. Huisarts Registratie Commissie*, paragrafo 8 ss., in *Racc.*, I-2313.

effettivamente la *procedura* attraverso la quale garantire il dialogo con la Corte di giustizia, se del caso sui c.d. controlimiti del proprio ordinamento costituzionale.

E poi, sembra qui valere una considerazione più generale: a fronte della tenuta delle fondamenta (in questo caso: il principio di leale collaborazione) e dell'architettura dell'Unione (lo strumento del rinvio pregiudiziale), non sembra esserci spazio per "timidezze" da parte dell'Unione europea.

La seconda obiezione è più di ordine pratico: la difficoltà cioè di individuare quando ci si trovi di fronte ad un *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale.

È ovvio che a fronte della scelta di sanzionare uno Stato in una simile circostanza, la Corte dovrebbe soffermarsi ad argomentare ampiamente le ragioni per cui ritenesse di rinvenire tale ipotesi nel caso concreto.

Tuttavia proprio la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di violazioni sistematiche e persistenti degli obblighi derivanti dai Trattati⁶¹, sviluppata nel corso degli anni nell'ambito della procedura d'infrazione, pare costituire un riferimento per costruire, *mutatis mutandis* ed in combinato disposto con la giurisprudenza CILFIT, un modello. Modello che consenta appunto di configurare, come violazione dell'obbligo di cui all'art. 267.3 TFUE, il *sistematico* rifiuto di sollevare questione pregiudiziale alla Corte di giustizia.

5. (segue): b) *l'avvio della procedura d'infrazione verso la Polonia per le misure disciplinari nei confronti dei giudici che sollevino rinvio pregiudiziale (3 aprile 2019)*

Il 3 aprile 2019 la Commissione europea ha annunciato l'avvio di una procedura d'infrazione nei confronti della Polonia in relazione alla legge contenente la riforma delle misure disciplinari nei confronti dei giudici. Tale riforma, venendosi a caratterizzare per la possibilità di irrogare sanzioni in ragione del *contenuto* delle decisioni giudiziali, espone i giudici interni, per quanto qui più interessa, a vedersi irrogare le stesse in caso di esercizio del diritto a sollevare rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

È tuttavia bene precisare come la procedura d'infrazione nei confronti della Polonia per l'intera riforma delle misure disciplinari si collochi all'interno del più ampio contesto che, come è noto, vede Ungheria e Polonia "sorvegliati speciali" da parte dell'Unione europea per una serie di misure costituzionali e legislative che, a partire dal 2010 in Ungheria e dal 2015 in Polonia, sembrano avere messo a serio repentaglio la tenuta del principio dello Stato di diritto nei due Stati membri ed in particolare il principio dell'indipendenza della magistratura.

Non è possibile in questa sede ripercorrere le questioni giuridiche sulle quali si è incentrato il dibattito circa la possibilità di utilizzare la procedura d'infrazione *ex art.* 258 TFUE in alternativa alle procedure "politiche" di cui all'art. 7 TUE (queste ultime, di difficile percorribilità pratica) per sanzionare la violazione del principio dello Stato di diritto e degli altri valori fondamentali dell'Unione europea *ex art.* 2 TUE⁶². Ci si limita qui a ricordare come, non potendo la Commissione europea ricorrere alla procedura d'infrazione per sanzionare la violazione dei valori fondamentali dell'Unione europea, in virtù dell'interpretazione restrittiva invalsa della procedura *ex art.* 7 TUE quale *lex specialis* rispetto all'art. 258 TFUE, la Commissione stessa ha saggiamente avviato nei confronti di Ungheria e Polonia una serie di procedure d'infrazione, *formalmente* per violazione di puntuali articoli dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali in relazione però a fattispecie che *sostanzialmente* investono il rispetto del principio dello Stato di diritto ed in particolare dell'indipendenza della magistratura⁶³.

⁶¹ Cfr. per tutti P. CRAIG-G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases, and materials*, VI ed., Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 449-450.

⁶² Sia consentito il rinvio a E. ALBANESI, *op. cit.*, pp. 241-263.

⁶³ Sia consentito il rinvio a E. ALBANESI, *The Use of the EU Infringement Procedures to Protect De Facto the Rule of Law via the Development of the Parameter. From Obligations under the Treaties to the Charter of Fundamental Rights*, in M. Belov (a cura di), *Courts, Politics and Constitutional Law*, Routledge, London, 2019.

Di particolare interesse è l'uso fatto nelle procedure più recenti da parte della Commissione europea del parametro di cui all'art. 19.1 TUE, ai sensi del quale gli Stati membri stabiliscono rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, in connessione con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce il diritto ad un ricorso effettivo. Ciò probabilmente, sulla scia di alcune sentenze in cui la Corte di giustizia nel 2018 aveva enfatizzato il ruolo dell'art. 19.1 TUE, in indiretta connessione con l'art. 2 TUE⁶⁴.

Il ragionamento della Commissione europea, sviluppato in particolare nei ricorsi per inadempimento presentati alla Corte di giustizia nei confronti della Polonia nel marzo 2018⁶⁵ e nell'ottobre 2018⁶⁶, è infatti il seguente. La messa a repentaglio dell'indipendenza della magistratura in un sistema giurisdizionale quale quello sopra ricordato (in cui i giudici nazionali sono chiamati a dare applicazione al diritto dell'Unione europea e garantire la tutela giurisdizionale dei diritti) è tale da condurre alla violazione del diritto ad un ricorso effettivo protetto dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, che menziona l'accesso ad un giudice indipendente tra i requisiti connessi ad esso.

In altri termini, sono queste le parole con cui la Corte di giustizia ha condannato la Polonia il 24 giugno 2019 al termine della fase contenziosa della seconda delle due procedure d'infrazione appena menzionate: «questo requisito di indipendenza degli organi giurisdizionali, intrinsecamente connesso al compito di giudicare, costituisce un aspetto 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» nonché (e qui la Corte menziona in modo indiretto i valori fondamentali dell'Unione europea) della «salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'art. 2 TUE, segnatamente del valore dello Stato di diritto»⁶⁷.

Il ragionamento della Commissione europea nella lettera di messa in mora inviata alla Polonia il 3 aprile 2019 sulla legge contenente le sopra citate misure disciplinari è esattamente lo stesso. Il sistema di misure disciplinari delineato dalla legge polacca, sottoponendo i giudici ad una procedura disciplinare condotta, tra l'altro, da un organo di appello i cui componenti sono scelti da un organo i cui membri sono eletti esclusivamente dal Parlamento, non assicura l'indipendenza della magistratura. Con l'inevitabile esito di una violazione da parte della Polonia degli artt. 19.1 TUE e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

È però l'altro parametro richiamato dalla Commissione che qui più interessa, con riferimento alla possibilità che, introducendosi sanzioni disciplinari in ragione del *contenuto* delle decisioni giudiziali, queste siano irrogate nei confronti dei giudici che sollevino rinvio pregiudiziale: l'art. 267 TFUE, ovviamente.

La Commissione sottolinea come la legge produca un «chilling effect» in relazione alla sollevazione da parte dei giudici del rinvio pregiudiziale. Il funzionamento della procedura pregiudiziale (che la Commissione definisce la «backbone» dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea) richiede infatti che i nazionali siano liberi di sollevare ogni questione che ritengano necessaria, in qualunque fase del processo.

Ragione sufficiente, dunque, per avviare una procedura d'infrazione nei confronti della Polonia per violazione dell'art. 267 TFUE.

6. Conclusioni

⁶⁴ Cfr. Corte di giustizia (Grande sezione), sentenza 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, paragrafo 48 e Corte di giustizia (Grande sezione), sentenza 25 luglio 2018, C-216/18, *PPU, LM*, paragrafo 32, in <http://curia.europa.eu/>.

⁶⁵ Cfr. la procedura d'infrazione avviata nei confronti della Polonia il 15 marzo 2018, C-192/18, in <http://curia.europa.eu/>.

⁶⁶ Cfr. la procedura d'infrazione avviata nei confronti della Polonia il 2 ottobre 2018, C-619/18, in <http://curia.europa.eu/>.

⁶⁷ Cfr. Corte di giustizia (Quinta Sezione), sentenza 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Repubblica di Polonia*, paragrafo 58, in <http://curia.europa.eu/>.

Attraverso l'analisi qui condotta si è cercato di dimostrare come la procedura d'infrazione sia venuta ad assumere nel corso degli anni una funzione costituzionale (tra le altre) a garanzia della funzione metacostituzionale della procedura pregiudiziale.

Se quest'ultima ha infatti indubbiamente una funzione metacostituzionale (in quanto «chiave di volta» del sistema giurisdizionale dell'Unione europea, «cerniera» tra l'ordinamento dell'Unione europea e quello degli Stati membri, «backbone» dell'Unione europea), se ne è anche vista l'estrema fragilità. Come il dantesco Veglio di Creta, il meccanismo sembra infatti poggiare su un piede di terracotta, costituito dalla componente statale in alcuni Stati membri, dove i giudici di ultima istanza paiono restii all'utilizzo della procedura pregiudiziale, mettendo però così in crisi in radice la possibilità che si svolga un dialogo con la Corte di giustizia. Fino all'estremo della Polonia, dove una recente legge ha in pratica esposto i giudici al rischio di misure disciplinari ove sollevino questione pregiudiziale.

Per queste ragioni, alla luce della prima condanna da parte della Corte di giustizia nei confronti di uno Stato membro per violazione dell'obbligo di cui all'art. 267.3 TFUE e della decisione della Commissione europea di avviare procedura d'infrazione nei confronti della Polonia per l'appena ricordata legge sulle misure disciplinari, è sembrato qui opportuno vagliare la possibilità di utilizzare la procedura d'infrazione per sanzionare uno Stato membro in caso di *espresso* disconoscimento da parte dei giudici di ultima istanza della propria qualifica ai sensi dell'art. 267.3 TFUE o di *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale.

L'esito di tale analisi sembra essere positiva, non essendosi scorti ostacoli giuridici ad un utilizzo della procedura d'infrazione in tali circostanze, poiché la sollevazione di un rinvio pregiudiziale costituisce un obbligo incombente sullo Stato ai sensi dell'art. 267.3 TFUE al pari degli altri obblighi incombenti su di esso in virtù dei Trattati, per la violazione dei quali l'art. 258 TFUE riconosce alla Commissione la possibilità di avviare una procedura d'infrazione.

Si sono se mai qui affrontate alcune possibili obiezioni pratiche, quale la difficoltà di individuare quando ci si trovi di fronte ad un *sistematico* rifiuto a sollevare questione pregiudiziale; o di opportunità istituzionale, dato che si giungerebbe in tal modo ad una qualificazione, imposta dall'*esterno*, di un organo quale giudice di ultima istanza *interna*. Tuttavia si è qui dimostrato come, da un lato, la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di violazioni sistematiche e persistenti, sviluppatasi proprio nell'ambito della procedura d'infrazione, possa costituire un valido modello da cui trarre ispirazione; dall'altro, si è ricordato come i giudizi nazionali sono parte di quel sistema giurisdizionale istituito dai Trattati, caratterizzato per il fatto che spetta ad essi (assieme alla Corte di giustizia) garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione europea nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministrati in forza del diritto dell'Unione.

Alla luce di tutto ciò, sembra potersi riconoscere dunque, tra le altre, la funzione *costituzionale* della procedura d'infrazione a garanzia della funzione *metacostituzionale* della procedura pregiudiziale. Ciò non solo in virtù del parametro costituzionale (l'art. 267 TFUE); ancor più in ragione del suo fine ultimo, quello di garantire, attraverso una misura ostativa nei confronti di un'attività costituzionalmente irregolare, un oggetto di rilevanza costituzionale⁶⁸ (anzi, in questo caso, finanche metacostituzionale) che è appunto la procedura pregiudiziale).

L'auspicio è che l'Unione europea conduca fino in fondo l'opera avviata di tutelare la procedura pregiudiziale, senza limitarsi a rimpiangere dantescamente una propria mitica età dell'oro «sotto 'l cui rege fu già 'l mondo casto»⁶⁹.

⁶⁸ Cfr. S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, cit., p. 36 ss. e ID., *La garanzia costituzionale*, cit., p. 137 ss.

⁶⁹ Cfr. D. ALIGHIERI, *Inferno*, XIV, 96.

