

LA SENTENZA K 3/21 DEL 7 OTTOBRE 2021 DEL TRYBUNAŁ KONSTYTUCYJNY: L'INFAUSTO ESITO DI DUE CRISI DAGLI SVILUPPI ANCORA DA DEFINIRE?*

di Nicola Maffei**

Sommario. 1. Introduzione. – 2. Le riforme del sistema giudiziario polacco: segnali di un *rule of law backsliding*. – 2.1. L'intervento sulla giustizia costituzionale. – 2.2. L'intervento sulla giustizia ordinaria. – 3. La complessa reazione dell'Unione europea tra percorsi politici e strumenti giurisdizionali. – 3.1. Stato di diritto: la difficile definizione di un valore. – 3.2. La tutela dello Stato di diritto: la via politica. – 3.3. (Segue): La tutela dello Stato di diritto: la via giurisdizionale. – 4. La pronuncia del Tribunale costituzionale polacco: il ritratto di due crisi? – 4.1. I prodromi della sentenza. – 4.2. La sentenza K 3/21: un approccio tematico. – 4.3. Il richiamo improprio alla teoria dei controlimiti: il preoccupante portato di una crisi *ab origine*. – 5. Conclusioni (e possibili soluzioni).

128

1. Introduzione.

*“Our Treaties are very clear. All rulings by the European Court of Justice are binding on all Member States’ authorities, including national courts. EU law has primacy over national law, including constitutional provisions. This is what all EU Member States have signed up to as members of the European Union. We will use all the powers that we have under the Treaties to ensure this”*¹. Con queste parole, la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen ha commentato, con estrema fermezza ed altrettanta preoccupazione, la sentenza del Tribunale costituzionale polacco K 3/21 intervenuta il 7 ottobre 2021 a seguito del ricorso in via d’azione promosso il 29 marzo 2021 dal Presidente del Consiglio polacco Mateusz Morawiecki in merito alla presunta incompatibilità di alcune disposizioni del Trattato sull’Unione europea, così come interpretate dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea, con alcuni articoli della Costituzione polacca. Dinanzi al

* Sottoposto a referaggio.

** Dottorando di ricerca in “Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali” – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

¹ *Statement by European Commission President Ursula von der Leyen, 21/5163*, Bruxelles, 8 ottobre 2021, disponibile su file:///C:/Users/nicol/Downloads/Statement_by_European_Commission_President_Ursula_von_der_Leyen.pdf.

ricorso promosso, sinteticamente enucleabile nel quesito relativo alla possibilità o meno per la Polonia di decidere unilateralmente, a tutela della propria sovranità, i casi in cui il diritto UE e le sentenze della CGUE violino il nucleo fondamentale dello Stato polacco e della sua Costituzione e, in caso di risposta positiva, con quali conseguenze², il Tribunale costituzionale polacco si è pronunciato sostenendo sostanzialmente come nelle ipotesi definite nel quesito citato, e dunque con riferimento ai principi di diritto sanciti dalle sentenze della Corte di Giustizia³, la Costituzione polacca prevalga sul diritto dell'Unione, mettendo così in discussione a livello sistemico uno dei principi cardine del processo di integrazione europea: il principio del primato del diritto UE sul diritto interno degli Stati membri. L'impatto evidentemente traumatico della sentenza va, tuttavia, contestualizzato e letto, in particolare, come l'apice di un lungo confronto articolatosi tra le autorità polacche e le autorità europee in relazione alla crisi dello Stato di diritto originatasi in Polonia in virtù delle riforme promosse a partire dal 2015 dal Governo di Varsavia in tema, dapprima, di giustizia costituzionale e, successivamente, di giustizia ordinaria. A questo proposito, obiettivo di tale studio sarà procedere, in via preliminare, a una breve ricostruzione delle citate riforme nonché delle conseguenti misure adottate in sede politica e giurisdizionale dalle istituzioni dell'Unione, così da avere, successivamente, gli strumenti utili per sviluppare un'analisi critica della pronuncia citata che si proponga, nello specifico, di valutarne le gravi implicazioni, da un lato, sullo stato di salute della democrazia costituzionale in Polonia e, dall'altro e conseguentemente, sul cammino di integrazione europea.

2. Le riforme del sistema giudiziario polacco: segnali di un *rule of law backsliding*.

Nella storia costituzionale della Polonia, il 24 maggio 2015 può essere considerato il momento chiave dal quale ha preso avvio la sensibile inversione e regressione di quel

² L.F. Pace, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, l'illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della "crisi" tra Bruxelles e Berlino*, in *BlogDUE*, 28 ottobre 2021, p. 2.

³ Al momento della proposizione del ricorso il riferimento era soprattutto alla sentenza del 2 marzo 2021 della CGUE nella causa C-824/18 pronunciata a seguito del rinvio pregiudiziale della Corte suprema amministrativa polacca.

processo di transizione costituzionale che, passando attraverso le revisioni costituzionali del 1989 nonché la successiva adozione della *piccola Costituzione* del 1992 sino a giungere all'adozione della Costituzione democratica del 1997, aveva condotto autorevole dottrina a considerare il Paese dell'Europa centro-orientale come una democrazia in via di consolidamento⁴. Il ballottaggio nelle elezioni presidenziali celebratosi in tale data ha visto infatti prevalere, con il 51,55% dei voti, Andrzej Sebastian Duda, esponente del partito conservatore di destra *Prawo i Sprawiedliwość* (PiS), sul Presidente uscente Bronislaw Maria Komorowski, appartenente, invece, al partito di centro, per otto anni a guida del Paese, *Platform Obywatelska* (PO). A tale avvicendamento alla Presidenza della Repubblica, in un Paese che – è opportuno rammentare – pur adottando una forma di governo parlamentare presenta evidenti tratti tipici del modello semipresidenziale⁵, ha fatto seguito, il 25 ottobre successivo, la vittoria sempre del partito PiS nelle elezioni generali per il rinnovo del *Sejm* (Camera bassa) e del Senato. In particolare, con il 37,58% dei consensi, il partito vincitore ha conquistato la maggioranza assoluta all'interno della Camera bassa che, secondo il dettato costituzionale, oltre ad essere depositaria – peraltro in via predominante rispetto al Senato – del potere legislativo, è altresì titolare del rapporto di fiducia con il Governo. È dunque a partire dal 2015 che il partito PiS, confermandosi al

⁴ Sulla transizione democratica non solo della Polonia ma anche degli altri Paesi dell'Europa centrale e orientale fuoriusciti dai regimi comunisti v. , limitatamente alla dottrina italiana, L. Mezzetti, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, CEDAM, 2003, pp. 119-271; S. Bartole e P. Grilli Di Cortona (a cura di), *Transizione e consolidamento democratico nell'Europa Centro-Orientale*, Torino, Giappichelli, 1998; C. Filippini, *Polonia*, Bologna, Il Mulino, 2010, cap. VII; S. Gambino (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, Giuffrè, 2003; L. Mezzetti, *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 70 ss.; G. de Vergottini, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo del XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 176 ss.; S. Bartole, *Riforme costituzionali nell'Europa centro-orientale: da satelliti comunisti a democrazie sovrane*, Bologna, Il Mulino, 1993; F. Lanchester, *L'innovazione istituzionale e il mutamento di regime: spunti comparatistici*, in F. Lanchester (a cura di), *La legislazione elettorale negli Stati dell'Europa centro-orientale*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 281 ss.; L. Montanari, *Le nuove democrazie dell'Europa centro-orientale*, in P. Carrozza, A. Di Giovine e G. F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2014, pp. 512-553.

⁵ L'elezione diretta del Capo dello Stato, prevista ex art. 127 Cost. polacca del 2 aprile 1997 (il testo in inglese Cost. polacca è disponibile su <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>) rappresenta un forte elemento di ibridazione nella classificazione della forma di governo polacca come forma di governo parlamentare. La dottrina non ha mancato, infatti, di assimilare la forma di governo polacca a quella semipresidenziale della V Repubblica francese. Cfr. sul punto A. Rinella, *I semipresidenzialismi dell'Europa centro-orientale*, in L. Pegoraro e A. Rinella (a cura di), *Semipresidenzialismi*, Padova, CEDAM, 1997, pp. 219-252; M. Volpi, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 171 ss.; L. L. Garlicki, *The Presidency in the New Polish Constitution*, in *East European Constitutional Review*, vol. 6, n. 2-3/1997, pp. 81-89.

potere anche nelle elezioni generali del 13 ottobre 2019⁶ e in quelle presidenziali del 28 giugno-12 luglio 2020⁷, detiene ancora oggi le redini dell'architettura politico-istituzionale polacca così come disegnata dalla Costituzione del 1997 attualmente in vigore, Costituzione nella quale il menzionato partito politico ha peraltro sempre – paradossalmente – dichiarato di non riconoscersi⁸.

Il quadro politico-costituzionale qui brevemente richiamato rappresenta un'utile base per procedere alla ricostruzione, in questo paragrafo, delle tappe fondamentali dell'involuzione che in Polonia lo Stato di diritto ha subito negli ultimi anni, potendo in tal senso il caso polacco rappresentare uno degli esempi più chiari del c.d. *rule of law backsliding*, inteso come quel processo per cui, usando le parole di L. Pech e di K. L. Scheppele, *elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party*⁹. Il prisma di osservazione che qui intende adottarsi è, nello specifico, lo studio del terzo dei tre poteri dello Stato di montesqueiana memoria: il potere giudiziario. Sviluppare il discorso analizzando gli interventi operati dal Governo PiS e dalla maggioranza parlamentare a suo sostegno negli ultimi anni riguardo alla giustizia costituzionale, da un lato, e alla giustizia ordinaria, dall'altro, pare infatti costituire un approccio particolarmente utile in quanto, considerata l'importanza che riveste l'organizzazione della funzione giudiziaria nella valutazione della tenuta democratica di un ordinamento costituzionale, risulta più agevole in tal modo la comprensione dei motivi per i quali attenta dottrina, nel descrivere lo status della democrazia polacca negli ultimi anni, si esprima in termini di

⁶ Nelle elezioni generali del 13 ottobre 2019 il PiS ha aumentato i consensi ottenendo il 43,59% dei voti e mantenendo la maggioranza assoluta nel *Sejm* con 235 seggi su 460 e potendo dunque governare senza ausilio di altri partiti. Al Senato ha registrato una flessione dei consensi ottenendo il 39,99% dei voti e assicurandosi, pertanto, 48 seggi su 100. Va tuttavia segnalato come la vittoria dell'opposizione al Senato ha effetti limitati in quanto ai sensi della Costituzione il Senato non vota la fiducia al Governo, potendo solo rallentare l'iter legislativo, avendo a disposizione trenta giorni per pronunciarsi su un progetto di legge approvato dal *Sejm* con una delibera che quest'ultimo può a sua volta respingere a maggioranza dei voti.

⁷ Le elezioni presidenziali 28 giugno-12 luglio 2020, rinviate a causa della pandemia da COVID-19, hanno visto prevalere Duda al ballottaggio con il 51,03% dei suffragi contro il candidato avversario Rafal Kazimierz Trzaskowski di Piattaforma Civica e sindaco di Varsavia che si è fermato al 48,97% dei consensi.

⁸ C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polesis? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *federalismi.it*, n. 24/2021, p. vi ss.; J. Sawicki, *La conquista della Corte costituzionale ad opera della maggioranza che non si riconosce nella Costituzione*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3/2016.

⁹ L. Pech e K. L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 19, 2017, p. 8.

torsione “illiberale” della stessa¹⁰.

2.1. L'intervento sulla giustizia costituzionale.

Procedendo con ordine, è dunque importante analizzare innanzitutto le riforme che hanno interessato il *Trybunał Konstytucyjny* (TC) nel biennio 2015-2016. Va preliminarmente ricordato come il Tribunale costituzionale polacco, sebbene istituito già nel 1982, abbia iniziato ad operare pienamente come organo di giustizia costituzionale solo a seguito dell'adozione della Costituzione democratica del 1997 e della legge sul Tribunale costituzionale dello stesso anno¹¹. Il modello di giustizia costituzionale adottato è stato quello di tipo kelseniano con un organo accentrato ispirato in particolare al *Bundesverfassungsgericht*¹². A ciò si deve, segnatamente, la scelta di legare la composizione dell'organo all'elezione da parte del *Sejm* per quanto riguarda l'intero collegio. In particolare, il procedimento di nomina dei giudici costituzionali prevede 1) la nomina del candidato da parte del Presidium del *Sejm* composto da Presidente e Vicepresidente; 2) l'opinione sulla nomina da parte del Comitato permanente per la giustizia e i diritti umani; 3) la votazione a maggioranza assoluta del *Sejm* con partecipazione alla deliberazione almeno della maggioranza assoluta dei suoi membri. L'elevato tasso di politicizzazione che evidentemente connota il procedimento di selezione dei componenti dell'organo di giustizia costituzionale, sebbene mitigato dalla lunga durata del mandato pari a nove anni come garanzia di indipendenza dei giudici, ha rappresentato

¹⁰ L'elaborazione del concetto di democrazia illiberale si deve a F. Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, vol. 76, n. 6/1997, p. 22 ss. Sul caso polacco v. in particolare J. Sawicki, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, Franco Angeli, 2018; J. Sawicki, *L'erosione "democratica" del costituzionalismo liberale: Esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale*, Milano, Franco Angeli, 2020; M.A. Orlandi, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2019, pp. 167-216; T. Drinóczi e A. Bień-Kacała, *Illiberal Constitutionalism: The Case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, vol. 20, n. 8/2019, pp. 1140-1166; G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, in *DPCE Online*, n. 3/2020, pp. 3999-4020; G. D'Ignazio, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in *DPCE Online*, n. 3/2020, pp. 3863-3874.

¹¹ W. Sokolewicz, *Constitutional Tribunal - The Polish Variation of Judicial Review*, in G. de Vergottini (a cura di), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa centro-orientale*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 243-271.

¹² Cfr. sul punto G. J. Wasiewski, *Constitutional Jurisdiction in Poland and Germany: A Note*, in *Review of Central and East European Law*, vol. 32, n. 4/2007, pp. 443-466.

l'elemento di fragilità del Tribunale costituzionale che, dopo aver assolto un ruolo importante a favore del consolidamento della democrazia in Polonia¹³, si è trovato al centro di una crisi costituzionale consumatasi nel passaggio dalla VII alla VIII legislatura ed i cui effetti, come si vedrà, possono rinvenirsi anche nella pronuncia K 3/21, da cui tale studio trae origine. L'inizio della crisi citata si deve all'approvazione, il 25 giugno 2015, da parte del *Sejm* a maggioranza PO, ormai a fine legislatura, di una nuova legge ordinaria sul TC che, pur confermando l'elezione dell'intero collegio a opera della Camera bassa, introduceva all'art. 137 una disposizione transitoria che consentiva alla maggioranza politica del momento di nominare non solo i tre giudici costituzionali in scadenza prima della convocazione della nuova Camera bassa, ma, anche, altri due giudici che avrebbero dovuto essere scelti dopo l'insediamento del nuovo *Sejm*¹⁴. Sulla base di tale disposizione, l'ultima seduta parlamentare della VII legislatura si concludeva con la nomina unilaterale di cinque giudici costituzionali che, in seguito al giuramento dinanzi al Presidente della Repubblica, avrebbero sostituito i colleghi in scadenza di mandato. Si trattava evidentemente di una strategia elaborata dalla maggioranza uscente al fine di assicurarsi, nell'eventualità di una sconfitta all'imminente tornata elettorale, la prevalenza assoluta dei giudici costituzionali di propria scelta almeno per tutta la durata della legislatura successiva. Mediante l'indicazione di cinque dei quindici giudici costituzionali, il PO si assicurava, infatti, il controllo del *quorum* del TC idoneo a paralizzare l'attività legislativa dell'eventuale nuova maggioranza scaturente dalle successive elezioni generali¹⁵. La reazione dell'allora partito di opposizione PiS non si fece attendere e si concretò nella presentazione, il 23 ottobre 2015, di un ricorso dinanzi al TC. Tuttavia, a seguito degli esiti nelle elezioni generali e presidenziali su richiamati, il PiS, divenuto ormai partito di maggioranza all'interno del *Sejm* ed esprimendo altresì il Presidente della Repubblica, non

¹³ Cfr. sul punto M. Mazurkiewicz, *The Role of the Constitutional Tribunal in Creating the Principles of a Democratic State, Ruled by Law, in the Transition Process*, relazione presentata alla Conferenza organizzata dalla Commissione di Venezia *Role of the Constitutional Court in the Maintenance of the Stability and Development of the Constitution* il 27 e 28 febbraio 2004 a Mosca, disponibile su [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2004\)022-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2004)022-e).

¹⁴ A. Śledzińska-Simon, *Midnight Judges: Poland's Constitutional Tribunal Caught Between Political Fronts*, disponibile su <https://verfassungsblog.de/midnight-judges-polands-constitutional-tribunal-caught-between-political-fronts/>.

¹⁵ M. Dicosola, *La crisi costituzionale del 2015-16 in Polonia: il fallimento della transizione al costituzionalismo liberale?*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2016, p. 5; C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polesis? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, cit., p. VI.

si limitò all'appena citato intervento istituzionale di richiesta di controllo da parte del TC, bensì, dopo aver ritirato strategicamente il ricorso di costituzionalità, organizzò la propria azione seguendo tre passaggi tra loro successivi. Il primo di questi si concretò nell'uso strumentale dei poteri del Presidente della Repubblica Duda il quale, rifiutandosi di accettare il necessario giuramento dei cinque giudici eletti dalla precedente legislatura nelle sue mani, impedì, di fatto, la loro immissione nel ruolo di giudici costituzionali e, in particolare, la sostituzione dei tre giudici che al momento della convocazione del nuovo *Sejm* avevano già terminato il proprio mandato. Il secondo passaggio fu l'approvazione, il 19 novembre 2015, di una legge emendativa della legge sul TC del 25 giugno 2015, che nel mentre veniva paradossalmente impugnata davanti al TC dallo stesso PO. La legge di modifica, annullando l'art. 137 succitato, prevedeva la riduzione del mandato del Presidente e del Vicepresidente del TC a tre anni con la possibilità di un solo rinnovo, la decorrenza del mandato dei giudici costituzionali a partire dal giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica nonché, data l'efficacia retroattiva della legge e la conseguente invalidità delle nomine dei cinque giudici da parte del precedente *Sejm* perché non seguite dal giuramento nelle mani del Presidente Duda, l'autorizzazione per il nuovo *Sejm* alla nomina di cinque giudici costituzionali. Nonostante la presentazione del ricorso di costituzionalità avverso tale legge del 19 novembre da parte di un gruppo di deputati (caso K 35/15), dell'Ombudsman (caso K 37/15), del Consiglio superiore della Magistratura e del Presidente della Corte Suprema (casi K 38/15 e 40/15), la nuova maggioranza parlamentare a guida PiS, come terzo atto, procedette, il 2 dicembre 2015, alla selezione dei cinque nuovi giudici costituzionali e la notte stessa, tra il 2 e il 3 dicembre, quattro di loro, nell'attesa che l'8 dicembre andasse in scadenza anche l'ultimo giudice, prestarono giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica, assumendo così le funzioni di giudici costituzionali¹⁶. A fronte della frettolosa nomina dei cinque giudici costituzionali, giustificata dall'esigenza avvertita dal partito PiS di anticipare le pronunce del TC sui ricorsi pendenti relativi alla legge del 25 giugno 2015 e alla legge del 19 novembre 2015, il TC stesso, pur affidando la decisione ad un collegio di soli cinque magistrati, data la ricusabilità di tre giudici per la loro partecipazione all'istruttoria del provvedimento

¹⁶ F. Vecchio, *La crisi costituzionale polacca, la «bielorussizzazione» dell'Europa orientale e il processo di disintegrazione europea*, in E. Raffiotta, A. Pérez Miras e G. Teruel Lozano (a cura di), *Constitución e Integración Europea. Forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 301-302.

normativo impugnato, si pronunciò affermando l'incostituzionalità dell'art. 137 della legge del 25 giugno 2015 solo nella parte in cui consentiva le nomine in sostituzione dei due giudici in scadenza a seguito della convocazione inaugurale della VIII legislatura, volendo in tal modo, da un lato, salvare la nomina di tre dei cinque giudici nominati dalla VII legislatura e, dall'altro, consentire all'VIII legislatura di nominare i due magistrati mancanti. L'intervento del TC volto a ristabilire l'ordine costituzionale violato risultò, tuttavia, vanificato dalla mancata pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale¹⁷ della sentenza. Rappresentando infatti la pubblicazione in Gazzetta, ai sensi della Costituzione polacca, la condizione di efficacia di ogni provvedimento del TC¹⁸, il PiS, tramite la sua influenza sugli uffici addetti alla redazione della Gazzetta, impedì, di fatto, che una sentenza evidentemente non confacente alle mire egemoniche del partito producesse effetti giuridici. Dinanzi a tale sopruso, il TC, strenuamente, con una decisione del 9 dicembre 2015, si pronunciò sul ricorso pendente in merito alla legge del 19 novembre 2015 dichiarando incompatibili con l'art. 194 e l'art. 173 Cost. polacca sia l'applicazione retroattiva delle modifiche ai termini del mandato del Presidente e Vicepresidente del TC, sia il margine di discrezionalità riservato dalla nuova procedura di nomina dei giudici al Presidente della Repubblica nonché, da ultimo, la nomina dei tre giudici di competenza, invece, della VII legislatura¹⁹. Poco, tuttavia, poté il Tribunale costituzionale, nonostante la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale delle due pronunce giurisprudenziali il 16 e il 18 dicembre 2015, dinanzi a ciò che attenta dottrina ha definito come il "colpo di grazia" inferto alla sua indipendenza: l'approvazione della legge del 22 dicembre 2015²⁰. Tale legge, intervenendo sul funzionamento del TC, da un lato, impose la composizione plenaria come regola ordinaria per il funzionamento del Tribunale con l'evidente intento di rallentare la prontezza di intervento dell'organo di giustizia costituzionale²¹ e, dall'altro lato, elevò il *quorum* costitutivo della composizione plenaria da undici a tredici membri e il *quorum* deliberativo per dichiarare l'incostituzionalità di un provvedimento dalla maggioranza

¹⁷ *Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej* (Giornale delle Leggi della Repubblica di Polonia).

¹⁸ Art. 190, par. 3, Cost. polacca.

¹⁹ Per un commento alle due pronunce sulla legge del 25 giugno e del 19 novembre 2015 v. T. T. Koncewicz, *Bruised, but not dead (yet): The Polish Constitutional Court has spoken*, disponibile su <https://verfassungsblog.de/bruised-but-not-dead-yet-the-polish-constitutional-court-has-spoken-2/>.

²⁰ F. Vecchio, *La crisi costituzionale polacca, la «bielorussizzazione» dell'Europa orientale e il processo di disintegrazione europea*, p. 304.

²¹ A. Radwan, *Chess-boxing around the Rule of Law: Polish Constitutionalism at Trial*, disponibile su <https://verfassungsblog.de/chess-boxing-around-the-rule-of-law-polish-constitutionalism-at-trial/>.

semplice alla maggioranza dei due terzi, assicurando così al partito PiS una sorta di potere di veto sulle decisioni del TC, data la sostanziale equivalenza sussistente tra il *quorum* deliberativo appena menzionato e il numero dei giudici scelti dal partito di governo²². La legge richiamata²³, oltre ad aver suscitato le prime preoccupazioni e i primi interventi da parte delle istituzioni dell'Unione europea e della Commissione di Venezia, che saranno tuttavia analizzate nel successivo paragrafo, incontrò anch'essa la pronuncia di incostituzionalità da parte del TC con la sentenza del 9 marzo 2016. Tuttavia, anche in tal caso, essa rimase priva di effetti giuridici in quanto non pubblicata in Gazzetta Ufficiale²⁴. Medesima sorte caratterizzò la sentenza di incostituzionalità del TC pronunciata avverso l'ennesima legge di riforma del TC del 22 luglio 2016. Nonostante la successiva nomina di altri tre giudici vicini al partito PiS e la conseguente riduzione della produzione normativa in tema di TC, tra il 30 novembre e il 13 dicembre 2016 vennero promulgate tre nuove leggi che, tra gli altri elementi innovativi, prevedevano la richiesta ai giudici costituzionali di dichiarare il proprio stato patrimoniale nonché l'obbligo per essi di rassegnare le dimissioni al raggiungimento dei 70 anni di età in mancanza di un certificato medico attestante l'idoneità alla prosecuzione dell'incarico, così derogando alla previsione del mandato novennale ex art. 194 Cost.²⁵. Da ultimo, sebbene il TC avesse censurato, il 7 novembre 2016, ulteriori disposizioni della citata legge del 22 luglio 2016, in particolare relativamente alle modalità di nomina del Presidente e del Vicepresidente dell'organo, il successivo 21 dicembre 2016 il Presidente della Repubblica Duda nominava Julia Przyłębska – una dei giudici eletti illegittimamente dalla VIII legislatura – Presidente del Tribunale Costituzionale, dando così un ulteriore impulso, anche dal forte valore simbolico, alla colonizzazione istituzionale dell'organo di giustizia costituzionale iniziata sul finire del 2015 e conclusasi in via definitiva il 6 aprile 2020 con la nomina del giudice costituzionale Bartłomiej Sochański, membro di un collegio ormai interamente composto da giudici designati dalla maggioranza parlamentare fedele al Governo PiS.

²² *Ibidem*.

²³ La legge del 22 dicembre 2015 è entrata in vigore dopo la promulgazione senza *vacatio legis* al fine di impedire al TC di giudicare la validità delle modifiche introdotte con le vecchie regole procedurali e per imporgli, pertanto, le nuove regole di procedura che rendono sostanzialmente impossibile pervenire a una pronuncia. Sul punto cfr. A. Radwan, *Chess-boxing around the Rule of Law: Polish Constitutionalism at Trial*, cit.

²⁴ M. Dicosola, *La crisi costituzionale del 2015-16 in Polonia: il fallimento della transizione al costituzionalismo liberale?*, cit., pp. 9-10.

²⁵ G. Ragone, *La Polonia sotto accusa. Brevi note sulle circostanze che hanno indotto l'Unione Europea ad avviare la c.d. opzione nucleare*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2018, pp. 6-7.

2.2. L'intervento sulla giustizia ordinaria.

Gli interventi, qui brevemente richiamati, posti in essere dal PiS negli ultimi anni sulla composizione e sul funzionamento del Tribunale Costituzionale, idonei a trasformare l'organo di giustizia costituzionale – usando le parole di autorevole dottrina – in un “*government's enabler*”²⁶, e cioè in un'istituzione di cui il Governo si avvale per vestire di legalità costituzionale ogni scelta realizzativa del proprio indirizzo politico, sulle cui implicazioni si rifletterà successivamente in maniera più compiuta a proposito della sentenza K 3/21, non hanno esaurito, come già anticipato, la pericolosa spinta riformatrice del sistema giudiziario polacco operata dal Governo che, a partire dal 2017, ha infatti concentrato la propria azione, con la necessaria complicità della maggioranza parlamentare, nell'approvazione di quello che è stato definito efficacemente da più osservatori come il “pacchetto giustizia”²⁷. Tra luglio e dicembre 2017 la compagine parlamentare-governativa a guida PiS ha, infatti, approvato tre leggi riguardanti rispettivamente il sistema delle corti comuni (*sądy powszechne*), il Consiglio nazionale della Magistratura (*Krajowa Rada Sądownictwa, KRS*) e la Corte Suprema (*Sąd Najwyższy, SN*)²⁸. Prima di analizzare nel dettaglio tali leggi, è preliminarmente importante notare come esse abbiano generato una situazione di profonda incertezza, anche definita di “caos giuridico”²⁹, determinata dalla coesistenza di giudici nominati secondo le vecchie procedure e giudici, invece, sulle cui nomine si è registrata una forte influenza da parte del potere politico della maggioranza PiS, creando così le condizioni per la formazione di due

²⁶ W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 79.

²⁷ M.A. Orlandi, *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del “pacchetto giustizia” e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*, in *DPCE online*, n. 4/2017, p. 1013 ss.; A. Angeli, A. Di Gregorio e J. Sawicki, *La controversa approvazione del “pacchetto giustizia” nella Polonia di “Diritto e Giustizia”: ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE online*, n. 3/2017, p. 787 ss.; A. Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, in *Federalismi.it*, n. 4/2021, pp. 1-21; M. Mazza, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, in *DPCE online*, n. 4/2020, pp. 4969-4980.

²⁸ Legge del 12 luglio 2017 emendativa della legge sul sistema delle corti comuni; legge dell'8 dicembre 2017 che emenda la legge sul Consiglio nazionale della Magistratura; legge dell'8 dicembre sulla Corte suprema.

²⁹ In questi termini si è espresso il primo Presidente della Corte Suprema il 10 ottobre 2019. Si veda <http://www.sn.pl/aktualnosci/SitePages/Wydarzenia.aspx?ItemSID=578-0dc69815-3ade-42fa-bbb8-549c3c6969c5&ListName=Wydarzenia>.

ordinamenti giudiziari e, conseguentemente, di un dualismo giuridico all'interno del quale i giudici schieratisi a difesa dell'indipendenza e dell'imparzialità del proprio mandato, dinanzi agli attacchi provenienti – come si vedrà – dall'Esecutivo e, in particolare, dal Ministro della Giustizia³⁰, hanno trovato solo sino a un determinato momento – e cioè il termine del mandato della prima Presidente Małgorzata Gesdorf il 30 aprile 2020 – la tutela della Corte Suprema, affidando di conseguenza la salvaguardia delle loro istanze all'intervento delle istituzioni europee e, nello specifico, della Corte di Giustizia dell'Unione europea³¹.

Venendo all'analisi delle tre leggi citate, la prima di esse, relativa al sistema delle corti comuni, ha previsto l'abbassamento dell'età pensionabile dei giudici – 60 anni per le donne e 65 anni per gli uomini – attribuendo al contempo al Ministro della Giustizia, da un lato, il potere di decidere l'eventuale prolungamento della carriera dei giudici oltre l'età del pensionamento, e dall'altro, il potere di nomina e revoca dei presidenti delle corti comuni, assolvendo funzioni organizzative fondamentali per il funzionamento delle stesse³². La legge dell'8 dicembre 2017 è, invece, intervenuta in merito alla composizione del Consiglio nazionale della Magistratura. Posto infatti che, ai sensi dell'art. 187 Cost., l'organo di autogoverno della magistratura contempla tra i propri membri anche quindici giudici provenienti dalla Corte suprema, delle corti comuni, amministrative e militari³³, nel silenzio del dettato costituzionale in merito all'organo titolare del potere di selezione di tali

³⁰ È importante sottolineare come il 13 marzo 2016 sia entrata in vigore la legge sull'Ufficio del Procuratore che ha (ri)accorpato le funzioni istituzionali di Ministro della Giustizia con quelle di Procuratore Generale. La ricongiunzione in un'unica persona delle cariche di Ministro della Giustizia e di Procuratore Generale ha effetti negativi sulla separazione dei poteri nonché sull'indipendenza della magistratura. Il Ministro della Giustizia/Procuratore Generale esercita i poteri di supervisione non soltanto sull'organizzazione degli uffici della Procura di Stato, ma anche in relazione a singoli procedimenti giudiziari, potendo impartire istruzioni ai procuratori sulla conduzione di specifiche azioni giudiziali. Inoltre, il Ministro della Giustizia/Procuratore Generale può influire sulla carriera dei membri delle Procure di Stato, disponendo di ampi poteri con riguardo, come si vedrà, ai procedimenti disciplinari. Cfr. M. Mazza, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, cit., pp. 4972-4973.

³¹ A. Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, cit., pp. 3-5.

³² A. Angeli, A. Di Gregorio e J. Sawicki, *La controversa approvazione del “pacchetto giustizia” nella Polonia di “Diritto e Giustizia”: ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, cit., p. 792; A. Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, pp. 3-4; M.A. Orlandi, *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del “pacchetto giustizia” e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*, cit., p. 1015.

³³ Ai sensi dell'art. 187 Cost. polacca, oltre ai 15 membri togati, il Consiglio nazionale della Magistratura è composta dal primo Presidente della Corte Suprema, dal Ministro della Giustizia, dal Presidente della Suprema Corte amministrativa, da un membro nominato dal Presidente della Repubblica, da quattro membri eletti dal *Sejm* tra i deputati e due membri eletti dal Senato tra i senatori.

quindici membri togati, tale legge, dopo aver previsto che i quindici membri in carica terminassero il proprio mandato entro 90 giorni dalla sua entrata in vigore, ha assegnato al *Sejm* il potere di nominarli, scegliendoli tra una lista di candidati proposti da almeno duemila elettori o da venticinque giudici, a maggioranza dei tre quinti nella prima votazione e a maggioranza semplice dalla successiva votazione, alla presenza di almeno la metà dei membri della Camera bassa. Seguendo un procedimento che la stessa camera del lavoro della Corte Suprema, nella sentenza del 5 dicembre 2019, ha definito poco trasparente, il 5 aprile 2018 il *Sejm* ha eletto, dunque, i quindici nuovi membri togati del Consiglio nazionale della Magistratura³⁴. Il carattere problematico di tale intervento normativo in relazione allo stato di salute dello Stato di diritto in Polonia può essere profondamente compreso solo se lo si lega all'analisi della legge di riforma della Corte Suprema approvata sempre l'8 dicembre 2017 ed entrata in vigore il 3 aprile 2018. Solo dall'analisi di tale legge, emendata più volte nei mesi seguenti, è infatti possibile comprendere la sistematicità delle mire egemoniche sul potere giudiziario da parte del Governo e del Parlamento a guida PiS. La legge in esame ha, infatti, introdotto un nuovo meccanismo di selezione del primo Presidente della Corte stessa, ha abbassato l'età pensionabile dei giudici da 70 a 65 anni ed ha istituito accanto alle tre camere già previste – camera civile, camera penale e camera del lavoro e della previdenza sociale – due nuove camere: la camera disciplinare e la camera di controllo straordinario e degli affari pubblici, dotandole rispettivamente di ampi poteri, da un lato, in materia di procedimenti disciplinari contro i giudici, pensionamento e diritto del lavoro dei magistrati della Corte Suprema, e dall'altro lato, in materia di procedimenti straordinari ed elettorali³⁵. In particolare, è qui importante evidenziare come, nel riconoscere alla camera disciplinare la competenza per i procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati supremi nonché, in grado di appello, verso i magistrati ordinari, la nuova legge abbia previsto la partecipazione al relativo giudizio anche dei giudici eletti in Senato e, soprattutto, abbia attribuito un ruolo fondamentale sia al Presidente della Repubblica che al Ministro della Giustizia. Al primo, infatti, è stato riconosciuto il potere

³⁴ La poca trasparenza del procedimento di selezione si deve alla circostanza per la quale su oltre 10000 giudici che operano nelle corti polacche sono state presentate solo 18 candidature. Inoltre, le liste di cittadini e di giudici a sostegno di tali candidature non sono mai state rese pubbliche. Sul punto cfr. J. Sawicki, *Si inasprisce il confronto con l'Unione europea, mentre si aprono nuovi capitoli del conflitto con l'estero*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2018, p. 4.

³⁵ Alla camera per il controllo straordinario e gli affari pubblici è assegnata la competenza di decidere gli appelli straordinari, che consentono l'impugnazione di ogni sentenza (anche passata in giudicato) emessa dagli organi giurisdizionali.

di designare, nei procedimenti disciplinari, un procuratore straordinario disciplinare, selezionabile anche tra i magistrati ordinari e militari³⁶ e non necessariamente tra i magistrati della Corte Suprema. In presenza dei presupposti di legge per l'instaurazione di un procedimento disciplinare nei confronti di un magistrato della Corte Suprema, è stato attribuito al Presidente della Repubblica, entro trenta giorni dalla conoscenza dei fatti, il potere di procedere nella designazione di un procuratore straordinario disciplinare. Tuttavia, in caso di inerzia del Capo dello Stato, è stata riconosciuta al Ministro della Giustizia la facoltà di comunicare al primo la sua intenzione di nominare il procuratore straordinario disciplinare e, in caso di ulteriore inerzia per altri trenta giorni, il potere di provvedervi personalmente. Risulta dunque evidente il forte coinvolgimento del potere esecutivo nel funzionamento della Corte suprema e, in particolare modo, nell'operato della sua camera disciplinare³⁷. Tuttavia, quanto più interessa in questa sede è rammentare come, in merito alla composizione della Corte Suprema, la legge abbia sancito la nomina dei membri ad opera del Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio nazionale della Magistratura. È stato così permesso alla compagine parlamentare-governativa, tramite la propria influenza sul riformato organo di autogoverno della magistratura, di determinare altresì la composizione delle due nuove e potenti camere della Corte Suprema.

Il carattere evidentemente pervasivo dell'influenza esercitata dalla maggioranza politica PiS nella formazione dei principali organi di garanzia del sistema giudiziario polacco, quali il Consiglio nazionale della Magistratura e la Corte Suprema, ha comportato l'intervento sia di carattere politico che giurisdizionale delle istituzioni europee alla luce di quanto sancito dagli artt. 2 e 19 del TUE nonché dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, rimandando l'analisi di tali interventi al successivo paragrafo, è qui importante richiamare la sentenza del 5 dicembre 2019 della stessa camera del lavoro della Corte Suprema la quale, chiamata a valutare se il riformato Consiglio nazionale della Magistratura e la nuova camera disciplinare della Corte Suprema offrissero sufficienti garanzie di imparzialità ed indipendenza nell'esercizio delle proprie funzioni,

³⁶ Prima della riforma, il procuratore straordinario disciplinare doveva essere selezionato esclusivamente tra i magistrati della Corte Suprema. Qualora il procedimento disciplinare nei confronti del magistrato della Corte Suprema si instauri per la commissione di un reato intenzionale o di un illecito fiscale il Presidente della Repubblica può nominare per lo svolgimento delle funzioni di procuratore straordinario disciplinare anche un procuratore (pubblico ministero), a condizione che sia appartenente agli uffici di vertice della Procura di Stato.

³⁷ M. Mazza, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, cit., pp. 4974-4975.

facendo riferimento, nelle motivazioni, al c.d. *Independence Test*³⁸ elaborato e utilizzato dalla CGUE nella sentenza *A. K. e altri c. Sąd Najwyższy* del 19 novembre 2019³⁹ e per la cui trattazione si rimanda ancora al successivo paragrafo, ha concluso come il Consiglio nazionale della Magistratura non offrisse adeguate garanzie di indipendenza dagli organi del potere legislativo ed esecutivo nella procedura di nomina dei giudici e che, di conseguenza, la camera disciplinare non potesse essere considerata una corte ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dell'art. 6 della CEDU⁴⁰. La grave spaccatura creatasi tra, da un lato, giudici che, conformandosi alla pronuncia della CGUE e della camera del lavoro, iniziavano a dubitare che i togati nominati a seguito delle riforme del *pacchetto giustizia* potessero considerarsi indipendenti e imparziali, e dall'altro, giudici che si uniformavano pienamente alla linea sostenuta dal partito di governo PiS, ha determinato l'intervento del legislatore polacco che, nell'intento di scongiurare il perpetuarsi e l'aggravarsi di tale situazione di incertezza, ha proceduto all'approvazione di quella che la stampa interna e internazionale, nonché la prima Presidente della Corte Suprema Małgorzata Gęsiąg, non hanno esitato a definire legge *bavaglio* sul sistema giudiziario⁴¹. In data 23 gennaio 2020, superando a maggioranza assoluta la delibera contraria del Senato del 17 gennaio 2020⁴², il *Sejm* ha infatti approvato il provvedimento legislativo che può considerarsi l'ultimo e il più grave colpo inferto all'indipendenza e all'imparzialità della magistratura polacca. Entrata in vigore il 14 febbraio 2020, tale legge

³⁸ Il test previsto dalla CGUE per valutare l'imparzialità e l'indipendenza degli organi giurisdizionali che danno attuazione al diritto dell'UE prevede la verifica di quattro caratteri: 1) le condizioni nelle quali è stato creato l'organo; 2) le caratteristiche dell'organo; 3) le modalità con le quali sono stati nominati i membri; 4) la capacità di resistere all'influenza esterna. Si punto cfr. P. Filipek, *Only a Court Established by Law Can Be an Independent Court*, disponibile su <https://verfassungsblog.de/only-a-court-established-by-law-can-be-an-independent-court/>; M. Krajewski e M. Ziółkowski, *EU judicial independence decentralized: A.K.*, in *Common market law review*, vol. 57, n. 4/2020, pp. 1107-1138.

³⁹ Il testo della sentenza è disponibile su <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=220770&doclang=IT>.

⁴⁰ Il testo della sentenza è disponibile su www.sn.pl/sites/orzecznictwo/orzeczenia3/iii%20po%207-18-2.pdf.

⁴¹ Si vedano ad esempio *Poland: Lawmakers give green light to judge 'muzzle law'*, disponibile su <https://www.dw.com/en/poland-lawmakers-give-green-light-to-judge-muzzle-law/a-52131026>; L. Pech, W. Sadurski e K. L. Scheppele, *Open Letter to the President of the European Commission regarding Poland's "Muzzle Law"*, disponibile su <https://verfassungsblog.de/open-letter-to-the-president-of-the-european-commission-regarding-polands-muzzle-law/>; *Polish parliament approves judge 'muzzle law', Commission 'very concerned'*, disponibile su <https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/polish-parliament-approves-judge-muzzle-law-commission-very-concerned/>.

⁴² Ai sensi degli artt. 118-121 Cost. polacca il *Sejm* esamina in tre letture una proposta di legge, la quale viene trasmessa al Senato che entro trenta giorni può approvarla senza emendamenti ovvero emendarla ovvero, ancora, respingerla integralmente. Tuttavia, il *Sejm* può superare la delibera del Senato a maggioranza dei votanti con la presenza di almeno la metà dei suoi membri. In questo senso il *Sejm* assume un ruolo predominante rispetto al Senato nell'esercizio del potere legislativo.

prevede innanzitutto la responsabilità disciplinare per i giudici di tutte le corti che violino gravemente disposizioni di legge, che pongano in essere atti o omissioni in grado di ostacolare il funzionamento di un organo del potere giudiziario, in particolare «atti che mettano in dubbio il mandato o l'effettività della nomina di un giudice o il mandato di un organo della Repubblica», che compiano attività pubbliche incompatibili con i principi di indipendenza e imparzialità del potere giudiziario o azioni lesive della dignità dell'ufficio ricoperto. La legge prosegue stabilendo come nell'ambito della loro attività sia inaccettabile per le corti mettere in discussione l'autorità di corti e tribunali, o di organi costituzionali dello Stato, o, ancora, di organi preposti al controllo e all'attuazione della legge. Inaccettabile viene altresì giudicata la circostanza per la quale una corte valuti la legittimità della nomina di un giudice e della sua conseguente capacità di esercitare le proprie funzioni. Ancora, la legge prevede l'obbligo per giudici e procuratori di presentare, entro 30 giorni dall'entrata in vigore della legge, una dichiarazione scritta relativa alla propria appartenenza ad associazioni, fondazioni che non svolgono attività imprenditoriale, partiti politici prima di avere assunto l'incarico e nel periodo antecedente al 29 dicembre 1989. Il quadro appena esposto, animato da un chiaro intento punitivo nei confronti dei giudici dissidenti, è completato, poi, da un lato, dall'ulteriore semplificazione del meccanismo di selezione – già riformato dalla legge sulla Corte Suprema del 2017 – del primo Presidente della Corte Suprema con il riconoscimento di un ruolo preponderante al Presidente della Repubblica e l'attribuzione a quest'ultimo del potere di nomina di un primo Presidente *ad interim*, nonché, dall'altro lato, dalla previsione per cui viene attribuita alla nuova camera straordinaria di controllo degli affari pubblici la competenza di giudicare in via definitiva le controversie relative alle decisioni riguardanti le nomine dei giudici delle corti comuni, della Corte Suprema, dei tribunali militari e delle corti amministrative⁴³. È proprio alla luce dell'investitura da ultimo richiamata che, sebbene antecedentemente rispetto alla formale entrata in vigore della legge *bavaglio*, la nuova camera di controllo straordinaria e degli affari pubblici ha adottato l'8 gennaio 2020, in risposta alla già citata pronuncia della camera del lavoro del 5 dicembre 2019, una risoluzione con la quale, tramite un'interpretazione molto restrittiva degli artt. 144, c. 3, pt. 17 e 179, Cost. sulla nomina dei giudici da parte del Presidente della Repubblica, mostrando formale deferenza nei confronti della pronuncia del 19 novembre 2019 della CGUE, ha, di fatto, disapplicato

⁴³ Il testo della legge è disponibile su <https://dziennikustaw.gov.pl/D2020000019001.pdf>.

le due sentenze ribadendo come in Polonia la nomina dei giudici rientrasse tra le prerogative del Presidente della Repubblica e pertanto non potesse essere oggetto di controllo da parte degli organi del potere giudiziario, potendosi dunque impugnare una risoluzione del Consiglio nazionale della Magistratura relativa alla proposta di un candidato alla carica di giudice solo fino al momento antecedente all'atto di nomina del Capo dello Stato volto a perfezionare la risoluzione stessa⁴⁴.

A fronte di tale situazione, uno degli ultimi tentativi di resistenza avverso l'evidente ingerenza del potere esecutivo e legislativo sul potere giudiziario è stato messo in atto dalle c.d. *vecchie* camere – civile, penale e del lavoro – della Corte Suprema che, mediante una risoluzione congiunta adottata il 23 gennaio 2020 ai sensi dell'art. 83, c. 1, legge sulla Corte Suprema⁴⁵, attuativa della sentenza della CGUE del 19 novembre 2019 ed avente effetti retroattivi esclusivamente riguardo alle decisioni della camera disciplinare, hanno affermato come un collegio giudicante non potesse considerarsi formato in modo corretto se al proprio interno vi sedesse, tra gli altri, anche un giudice della Corte Suprema nominato su proposta del Consiglio nazionale della Magistratura a seguito della riforma del 2017 ovvero un giudice di una corte comune o di un tribunale militare nominato su proposta del Consiglio nazionale della Magistratura, poiché sarebbe risultato in tal modo violato il principio di imparzialità e indipendenza dei giudici previsto ex art. 45, par. 1, Cost., nonché ex art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e ex art. 6 CEDU. La reazione del potere politico non si è fatta attendere e, anzi, anticipando l'adozione della risoluzione citata, si è concretata il 22 gennaio 2020 nella proposizione di due quesiti al Tribunale costituzionale da parte del Presidente del *Sejm*. Nel primo quesito si chiedeva al TC se la Corte Suprema potesse, mediante una risoluzione ex art. 83, c. 1, legge sulla Corte suprema adottata in relazione ad una sentenza di un Tribunale internazionale, introdurre delle modifiche in merito all'organizzazione del potere giudiziario ovvero se tale potere spettasse in via esclusiva al legislatore. Nel secondo quesito, invece, si domandava al TC se la Corte Suprema avesse il potere, da un lato, di giudicare l'effettività dell'atto di nomina di un giudice da parte del Presidente della Repubblica e, dall'altro, di introdurre

⁴⁴ Il testo della risoluzione della camera straordinaria è disponibile su <https://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/OrzeczeniaHTML/i%20nozp%203-19-2.docx.html>.

⁴⁵ Secondo l'art. 83, c. 1, legge sulla Corte Suprema «Nel caso si generino contrasti nell'interpretazione della legge nella giurisprudenza di tribunali comuni, tribunali militari o della Corte Suprema, il primo Presidente della Corte Suprema può, al fine di garantire l'uniformità della giurisprudenza, richiedere la soluzione di tale contrasto da parte della Corte Suprema in un collegio di sette giudici o un'altra configurazione appropriata».

un'interpretazione vincolante degli artt. 144, par. 3, n. 17 e 179, Costituzione in materia di nomina dei giudici⁴⁶.

Le prime misure adottate dal Tribunale costituzionale sono state di carattere provvisorio. Con decisione del 28 gennaio 2020 il TC ha infatti sospeso, da un lato, l'applicazione della risoluzione della Corte Suprema del 23 gennaio 2020 e, dall'altro, il potere per la Corte Suprema stessa di adottare risoluzioni in merito 1) alla composizione del Consiglio nazionale della Magistratura, 2) ai meccanismi di selezione e nomina dei giudici, 3) alla possibilità per i giudici selezionati successivamente alla riforma del Consiglio nazionale della Magistratura di continuare nell'esercizio delle proprie funzioni. A tali misure sospensive ha fatto seguito la sentenza del 21 aprile 2020 con la quale il Tribunale costituzionale, pronunciandosi sul conflitto di competenza tra il *Sejm* e la Corte Suprema e tra il Presidente della Repubblica e la Corte Suprema, in relazione al primo quesito postogli, ha stabilito come la Corte Suprema non avesse il potere di introdurre delle modifiche al sistema e all'organizzazione del potere giudiziario, restando tale materia di competenza esclusiva del legislatore e, con riferimento al secondo quesito, ha ribadito come la nomina di un giudice fosse di esclusiva competenza del Presidente della Repubblica e come la Corte Suprema non potesse dare un'interpretazione vincolante relativamente all'esercizio di tale potere da parte del Presidente della Repubblica stesso⁴⁷. Con la sentenza nel caso U 2/20 del 20 aprile 2020 il TC ha, infine, dichiarato la non conformità della risoluzione congiunta della Corte Suprema del 23 gennaio 2020 sia con gli artt. 144, par. 3, 179, 183, 145, par. 1, 8 par. 1, 7 e 2, Costituzione polacca, nonché con gli artt. 2 e 4, par. 3, TUE e l'art. 6, c. 1, CEDU⁴⁸.

L'intervento evidentemente restrittivo nei confronti dell'attivismo delle camere *vecchie*

⁴⁶ Il testo dei due quesiti è disponibile su <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/agent.xsp?symbol=TK&Rok=2020>.

⁴⁷ Il testo della decisione del caso Kpt 1/20 è disponibile su <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/postanowienia/art/10945-spor-kompetencyjny-miedzy-sejmem-rp-a-sadem-najwyzszym-oraz-miedzy-prezydentem-rp-a-sadem-najwyzszym>.

⁴⁸ Gli artt. 179 e 144, par. 3, riguardano la nomina dei giudici da parte del Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio nazionale della Magistratura, l'art. 183 riguarda le competenze della Corte Suprema, l'art. 145 par. 1 riguarda gli obblighi del Presidente della Repubblica, l'art. 8, par. 1, riguarda la posizione della Costituzione nel sistema delle fonti, l'art. 7 riguarda lo Stato di diritto e l'art. 2 riguarda lo Stato democratico e sociale. L'art. 2 TUE riguarda i valori sui quali si fonda l'Unione, l'art. 4, par. 3, riguarda la leale cooperazione e l'art. 6, c. 1, CEDU riguarda il diritto a un equo processo. Il testo della sentenza nel caso U 2/20 è disponibile su <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11040-uchwala-skladu-polaczonych-izb-cywilnej-karnejsadu-najwyzszego-z-dnia-23-stycznia-2020-r-sygn-akt-bsa-i-4110-120>.

della Corte Suprema operato dal Tribunale costituzionale polacco evidenzia in modo chiaro le ragioni per cui, per descrivere il cammino involutivo dello Stato di diritto in Polonia, si è qui deciso di analizzare le riforme del TC e degli organi giurisdizionali ordinari polacchi in modo immediatamente consequenziale. La strenua difesa dell'indipendenza e dell'imparzialità del sistema giudiziario portata avanti soprattutto dalla componente *vecchia* della Corte Suprema contro i reiterati attacchi del potere parlamentare-governativo non ha trovato, infatti, nel Tribunale costituzionale, anch'esso stravolto nella sua composizione, il giusto alleato custode di una lettura effettivamente costituzionale – nonché come si vedrà europea – dell'esercizio della funzione giurisdizionale in uno Stato costituzionale di diritto. La sentenza appena citata del TC dimostra, peraltro, non solo il pieno adeguamento dell'organo di giustizia costituzionale alla linea sostenuta dall'Esecutivo, ma, altresì, una certa lontananza dalle istituzioni dell'Unione europea. Pochi giorni prima della sentenza del TC citata era infatti intervenuta l'ordinanza dell'8 aprile 2020 della CGUE nel caso C-791/19 R che, nell'ambito della terza procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea contro la Polonia, aveva imposto alle autorità polacche l'immediata sospensione dell'attività della camera disciplinare in attesa della propria sentenza definitiva⁴⁹. Dinanzi al silenzio del TC sul punto, l'adeguamento all'ordinanza della CGUE era ancora una volta provenuto dalla prima Presidente della Corte Suprema Małgorzata Gęsiąg-Gesdorf la quale, con l'ordinanza n. 48 del 20 aprile 2020, aveva sospeso l'attività della camera disciplinare e contemporaneamente disposto il trasferimento dei casi in esame alle *vecchie* camere della Corte Suprema⁵⁰. Tuttavia, scaduto il mandato della prima Presidente il 30 aprile 2020, il Presidente della Repubblica, esercitando l'ampia discrezionalità riconosciutagli dalla nuova legge sulla Corte suprema del 2017 riguardo alla nomina del primo Presidente della Corte suprema e del Presidente

⁴⁹ Corte di Giustizia, ordinanza 8 aprile 2020, C-791/19 R, Commissione/Polonia (Régime disciplinaire des juges), spec. pt. 78. Per un commento all'ordinanza della CGUE cfr. S. Gianello, *La Corte di Giustizia ordina di sospendere l'attività giurisdizionale della Sezione disciplinare del Sąd Najwyższy: alcune riflessioni a margine dell'ordinanza della Grande Sezione (causa c-791/19 r) dell'8 aprile 2020*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1/2020, pp. 1-20.

⁵⁰ Il testo dell'ordinanza n. 48 del 20 aprile 2020 è disponibile su https://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/NewForm/Zarz%C4%85dzenie%20nr%2048_2020%20Pierwszego%20Prezesa%20SN%20z%20dnia%2020%20kwietnia%202020r.pdf.

*ad interim*⁵¹, ha affidato tali incarichi a personalità filo-governative⁵² con la conseguenza che, a dispetto di un formale atteggiamento ossequioso dimostrato nei confronti dell'ordinanza della CGUE mediante la sospensione dei procedimenti disciplinari pendenti contro i giudici dissidenti, interpretando l'ordinanza medesima come sospensiva unicamente dei *procedimenti disciplinari*, si è proceduto ad annullare l'ordinanza n. 48 del 20 aprile 2020 e a ripristinare, di conseguenza, il regolare funzionamento alla camera disciplinare⁵³ la quale, nello specifico, ha disposto l'autorizzazione all'avvio di procedimenti penali nei confronti di quei giudici che avevano manifestato posizioni contrarie e critiche verso le politiche riformatrici portate avanti dalla compagine governativa in materia di sistema giudiziario⁵⁴.

Un Tribunale costituzionale asservito all'indirizzo politico contingente, un organo di autogoverno della magistratura composto da membri scelti, nella quasi totalità, dalla maggioranza parlamentare e una Corte Suprema assolvente, tramite la sua camera disciplinare, la funzione di *braccio armato* dell'Esecutivo nei confronti dei giudici dissidenti consegnano all'osservatore un quadro pericolosamente lesivo dello Stato di diritto in Polonia. L'ineludibilità dell'equilibrata dialettica tra *gubernaculum* e *jurisdictio*

⁵¹ Secondo l'art. 12 co. 1 della legge del 20 dicembre 2019 il primo Presidente della Corte Suprema viene nominato dal Presidente della Repubblica tra cinque candidati eletti dall'Assemblea generale dei giudici della Corte Suprema con un mandato di sei anni rinnovabile una sola volta. Secondo l'art. 13 commi 5 e 6, per la selezione dei cinque candidati, i giudici dell'Assemblea generale possono esprimere una sola preferenza e risultano eletti coloro che hanno ottenuto il maggior numero di voti. Il Presidente della Repubblica gode di un'ampia discrezionalità in quanto non esiste un *quorum* per la selezione dei cinque candidati e, soprattutto, non ha l'obbligo di nominare il candidato che ha ottenuto il maggior numero di voti dei giudici dell'Assemblea generale. Il Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 13a gode poi di assoluta discrezionalità nella selezione del primo Presidente *ad interim* qualora non sia possibile nominare il primo Presidente.

⁵² Il Presidente Duda ha nominato come primo Presidente *ad interim* Kamil Zaradkiewicz il 1° maggio 2020 e come primo Presidente Małgorzata Manowska il 25 maggio 2020. Cfr. sul punto J. Sawicki, *Duda confermato nelle elezioni presidenziali rinviate per il Covid-19, con una forzatura costituzionale (grave) per evitarne un'altra peggiore*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2020, p. 9.

⁵³ Si vedano gli artt. 1 e 4 dell'ordinanza n. 55/2020 del 5 maggio 2020 disponibile in inglese su https://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/AllItems/Zarz_PP_SN_55_2020_EN.pdf.

⁵⁴ Secondo quanto previsto dalla legge sulla Corte Suprema, come modificata dalla legge del 20 dicembre 2019, la camera disciplinare oltre ad essere competente nei procedimenti disciplinari contro i giudici ex art. 27 co. 1, è altresì competente, ai sensi dell'art. 27, c. 1, ad autorizzare l'avvio di procedimenti penali e misure cautelari contro i giudici e i procuratori. A titolo meramente esemplificativo è importante richiamare i procedimenti penali autorizzati dalla camera disciplinare della Corte Suprema nei confronti della giudice della corte distrettuale di Cracovia Beata Morawiec e del giudice Igor Tuleya. Sul punto v. A. Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, cit., pp. 19-21.

tipica dello Stato costituzionale di diritto⁵⁵ pare qui, infatti, essere violata tramite un deciso attacco all'indipendenza e all'imparzialità della magistratura⁵⁶, utile a creare le condizioni opportune per un esercizio arbitrario del potere legislativo e del potere esecutivo, entrambi espressione della volontà politica del partito PiS.

L'incedere di tale processo degenerativo qui brevemente ricostruito ha comportato, come già in parte anticipato, l'inevitabile intervento dell'Unione europea che, non potendo tollerare simili attacchi al potere giudiziario da parte di un suo Stato membro⁵⁷, ha azionato sin dal 2015 una serie di strumenti, sia di carattere politico che giurisdizionale, atti a porre un argine al cammino involutivo dello Stato di diritto intrapreso dalla Polonia a guida PiS, sulla base della consapevolezza – come si vedrà – per la quale l'indipendenza del sistema giudiziario in ogni Stato membro, lungi dall'essere una questione puramente interna, andasse in realtà ad impattare intrinsecamente sull'identità europea stessa e sulla fiducia reciproca necessaria a edificare l'Unione come spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

Oggetto del successivo paragrafo sarà dunque l'analisi degli strumenti predisposti dall'Unione europea in risposta alla crisi polacca, al fine di ricostruire i limiti procedurali e sostanziali che hanno reso l'azione europea non sufficientemente idonea ad evitare la frattura con le istituzioni polacche consumatasi con la sentenza K 3/21 da cui tale studio trae origine.

3. La complessa reazione dell'Unione europea tra percorsi politici e strumenti giurisdizionali.

Al fine di procedere ad una compiuta ricostruzione dell'azione europea avverso le riforme portate avanti dalle autorità polacche in merito al settore giustizia, risulta imprescindibile chiarire i passaggi che hanno portato l'Unione europea ad adottare una definizione univoca

⁵⁵ Cfr. , *ex plurimis*, G. Palombella, *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il Rule of Law*, in G. Pino e V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 61 ss.

⁵⁶ Sul legame tra l'indipendenza del sistema giudiziario e lo Stato di diritto con particolare riferimento alla Polonia v. K. Gajda-Roszczyńska e K. Markiewicz, *Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, n. 12/2020, pp. 451-483.

⁵⁷ La Polonia è Paese membro dell'Unione Europea dal 1° maggio 2004. Il Trattato di adesione della Repubblica ceca, dell'Estonia, di Cipro, della Lettonia, della Lituania, dell'Ungheria, di Malta, della Polonia, della Slovenia e della Slovacchia è disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12003T/TXT&from=IT>.

del concetto di Stato di diritto, in quanto proprio a partire da tale definizione le istituzioni europee hanno potuto elaborare, mediante un duplice binario politico e giurisdizionale, pronte risposte alla crisi costituzionale alimentatasi negli ultimi anni in Polonia.

3.1. Stato di diritto: la difficile definizione di un valore.

A questo proposito, va innanzitutto notato come il concetto in esame, sebbene radicato nella tradizione giuridica occidentale nella sua dimensione sia formale, relativa al rispetto della separazione dei poteri, dell'indipendenza della magistratura e del principio di legalità, che sostanziale, relativa all'applicazione e all'attuazione di tali principi richiamati, abbia trovato, tuttavia, differenti declinazioni all'interno di ciascuna delle diverse realtà statuali europee, avendo queste ultime attribuito il ruolo di forma di organizzazione del potere⁵⁸. La lettura storico-applicativa differente operata dagli Stati nazionali europei ha pertanto costituito, nonostante lo sforzo dialogico profuso dalle giurisdizioni costituzionali e internazionali, un sensibile ostacolo al raggiungimento di una completa convergenza definitoria in sede europea sulla nozione di Stato di diritto⁵⁹. Non stupisce, in tal senso, la mancata previsione del concetto all'interno della versione originaria del Trattato istitutivo della Comunità europea, nonostante lo Stato di diritto fosse previsto come condizione

⁵⁸ Si pensi alla *Rule of law* in Inghilterra, all'*Etat de droit* o *Règne de la loi* in Francia, al *Rechtsstaat* in Germania. Sul concetto di Stato di diritto v., *ex plurimis*, R. Bin, *Lo stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004; P. Costa e D. Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002; B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; M. Sellers e T. Tomaszewski (a cura di), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Dordrecht, Springer, 2010; L. Pegoraro e A. Rinella (a cura di), *Diritto costituzionale comparato. Aspetti metodologici*, Padova, CEDAM, 2013; M. Krygier, *Rule of Law*, in M. Rosenfeld e A. Sajo (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 233-249; M. Adams, A. Meuwese e E. Hirsch Ballin (a cura di), *Constitutionalism and the Rule of Law: Bridging Idealism and Realism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; G. Criscuoli e M. Serio (a cura di), *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 10-13, p. 21 ss.; G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, CEDAM, 2013, pp. 397-401.

⁵⁹ A. Di Gregorio, *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c'è regresso generalizzato dei nuovi Stati membri dell'Unione?*, in *DPCE online*, n. 4/2016, pp. 177-178. L. Pech prova a giungere a una definizione di sintesi indicando come «*the English rule of law, the German Rechtsstaat and the French Etat de droit are concepts which provide similar answers to similar question*». Possono considerarsi, infatti, «*meta-principles which provide the foundation for an independent and effective judiciary and essentially describe and justify the subjection of public power to formal and substantive legal constraints with a view to guaranteeing the primacy of the individual and its protection against the arbitrary or unlawful use of public power*». L. Pech, *The rule of law as a Constitutional Principle of the European Union*, Jean Monnet Working Paper n. 4/2009, New York, NYU School of Law, pp. 43-44.

necessaria da rispettare per l'adesione degli Stati alle Comunità europee e venisse altresì menzionato dalla Corte di Giustizia come principio cardine anche a livello europeo. Un primo riferimento alla *rule of law* è stato previsto a Maastricht nel 1992 all'interno del Preambolo del TUE, mentre, con le modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam, lo Stato di diritto, da un lato, ha trovato collocazione tra i principi fondanti dell'Unione europea e comuni a tutti gli Stati membri previsti dall'allora art. 6, par. 1, TUE⁶⁰, e dall'altro lato, è stato confermato, ai sensi dell'art. 49 TUE, come condizione necessaria per l'adesione di ogni Stato all'Unione. In entrambi i Trattati menzionati, tuttavia, non si è proceduto a fornire una definizione specifica di Stato di diritto e medesima scelta è stata presa in sede di redazione del Trattato di Lisbona del 2007 nel quale, pur operandosi una qualificazione del concetto in esame, insieme agli altri menzionati dall'attuale art. 2 TUE⁶¹, non più come *principio* bensì come *valore*, annoverandolo così tra gli elementi costituenti il fondamento valoriale imprescindibile dell'Unione, si è deciso di non scioglierne il nodo definitorio.

La soluzione a tale *impasse* è stata, a questo punto, fornita dalla Commissione europea che, nell'ambito della comunicazione inviata l'11 marzo 2014 al Consiglio e al Parlamento europeo dal titolo «Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto»⁶², ha dedicato l'allegato n. 1 alla definizione del concetto di Stato di diritto, facendo peraltro ampio riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶³ nonché all'operato della Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa⁶⁴. La Commissione europea ha pertanto

⁶⁰ Gli altri principi fondanti ex art. 6, par. 1, TUE erano la libertà, la democrazia e il rispetto dei diritti della persona e delle libertà fondamentali.

⁶¹ Ai sensi dell'art. 2 TUE: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

⁶² *New EU Framework to strengthen the Rule of Law rule* della Commissione europea (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dell'11 marzo 2014), COM (2014) 158 final, disponibile su https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:caa88841-aa1e-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0006.01/DOC_1&format=PDF. Un'attenta analisi della comunicazione della Commissione del 2014 è fornita da M. Aranci, *La reazione dell'Unione europea alla crisi polacca: la Commissione attiva l'art. 7 TUE*, in *Federalismi.it*, n. 15/2018, p. 12 ss.

⁶³ La Corte di Giustizia aveva elencato gli elementi costitutivi dello Stato di diritto già nella sentenza *Les Verts* del 1986 (*Les Verts c. Parlamento europeo*, ECLI:EU:C:1986:166): «*the principle of legality, legal certainty, prohibition of arbitrariness of the executive power, independent and effective judicial review, including respect for fundamental rights, equality before the law*».

⁶⁴ La Commissione di Venezia, nel *Report on the rule of law* n. 512/2009 del 4 aprile 2011 adottato alla 86^o sessione plenaria (25-26 marzo 2011) aveva individuato sei principi per la definizione della *rule of law*: *Legality (including a transparent, accountable and democratic process for enacting law; Legal certainty; Prohibition of arbitrariness; Access to justice before independent and impartial courts; Respect for human*

stabilito come il *valore* Stato di diritto si basa sul rispetto di sei elementi fondamentali⁶⁵:

1) il pieno rispetto della legalità, secondo cui la legislazione vada prodotta nel rispetto dei principi di conformità alla Costituzione vigente, della trasparenza, della democrazia e del pluralismo⁶⁶; 2) la certezza del diritto, tale per cui le norme debbano essere rispettose dei requisiti di chiarezza, prevedibilità e non modificabilità con forza retroattiva⁶⁷; 3) il carattere non arbitrario, bensì limitato dalla legge, dell'esercizio del potere esecutivo⁶⁸; 4) la garanzia di un controllo giurisdizionale effettivo e indipendente, tale per cui ogni persona, fisica o giuridica, possa trovare tutela dinanzi a un giudice⁶⁹; 5) il rispetto del principio di separazione dei poteri, con relativo divieto per ciascun potere di interferire con un altro⁷⁰; 6) l'uguaglianza dei singoli davanti alla legge, tale per cui situazioni analoghe debbano essere disciplinate allo stesso modo nel rispetto della normativa vigente⁷¹.

Il richiamo alla comunicazione del 2014 della Commissione europea risulta importante per il prosieguo di tale studio non solo per la definizione di Stato di diritto in essa contenuta, ma altresì – e soprattutto – per l'innovativa procedura che, a partire dalla definizione testé citata, la Commissione in tale comunicazione ha predisposto al fine di «contrastare le minacce future allo Stato di diritto negli Stati membri prima che si verifichino le condizioni per attivare i meccanismi previsti dall'art. 7 del TUE»⁷². È proprio a partire dall'attivazione di tale procedura – di cui a breve verrà illustrato il funzionamento – che ha preso avvio, infatti, il tentativo politico dell'Unione europea di risolvere la crisi costituzionale polacca.

rights; Non-discrimination and equality before the law. Il Report della Commissione di Venezia è disponibile su [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e).

⁶⁵ M. Aranci, *La reazione dell'Unione europea alla crisi polacca: la Commissione attiva l'art. 7 TUE*, cit., pp. 18-20.

⁶⁶ Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 2004, causa C-496/99 P, *Commissione c. CAS Succhi di frutta*, ECLI:EU:C:2004:236, pt. 63.

⁶⁷ Corte di Giustizia, sentenza 12 novembre 1981, cause riunite 212-217/80, *Meridionale Industria Salumi e a.*, ECLI:EU:C:1981:270, pt. 10.

⁶⁸ Corte di Giustizia, sentenza 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst c. Commissione*, ECLI:EU:C:1989:337, pt. 19.

⁶⁹ Corte di Giustizia, sentenza 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Shrems*, ECLI:EU:C:2015:650, pt. 95; sentenza 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores*, ECLI:EU:C:2002:462, pt. 39.

⁷⁰ Corte di Giustizia, sentenza 11 gennaio 2000, causa C-174/98 e C-189/98 P, *Paesi Bassi e van der Wal c. Commissione*, ECLI:EU:C:2000:1, pt. 17 e giurisprudenza ivi richiamata.

⁷¹ Corte di Giustizia, sentenza 14 settembre 2010, causa C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd*, ECLI:EU:C:2010:512, pt. 54.

⁷² COM (2014) 158 final, cit., p. 3.

3.2. La tutela dello Stato di diritto: la via politica.

Ritenendo le riforme in tema di giustizia costituzionale operate dalle autorità polacche idonee a costituire una minaccia dal carattere sistemico allo Stato di diritto, e cioè in grado di mettere a rischio «l'ordinamento politico, istituzionale e/o giuridico di uno Stato membro in quanto tale, la sua struttura costituzionale, la separazione dei poteri, l'indipendenza e l'imparzialità della magistratura, ovvero il suo sistema di controllo costituzionale compresa, ove prevista, giustizia costituzionale – ad esempio in seguito all'adozione di nuove misure oppure di prassi diffuse delle autorità pubbliche e alla mancanza di mezzi di ricorso a livello nazionale»⁷³, la Commissione europea ha infatti attivato la procedura nell'ambito del «nuovo quadro giuridico» che, informata fortemente del carattere dialogico sotto l'egida del principio di leale collaborazione, consta di tre fasi fondamentali:

- 1) *assessment* ed elaborazione di un parere motivato: la Commissione, qualora verifichi la sussistenza di una minaccia allo Stato di diritto, avvia un dialogo con le autorità nazionali mediante la trasmissione di un parere motivato nel quale espone le proprie preoccupazioni in attesa di risposte dallo Stato membro e, qualora tale prima interlocuzione non sia sufficiente, prosegue il dialogo tramite forme di corrispondenza o incontro diretto con le autorità nazionali dello Stato interessato dalla procedura;
- 2) invio formale di una o più raccomandazioni: qualora, a seguito del parere motivato, le iniziative messe in atto dalle autorità nazionali non vengano ritenute sufficienti dalla Commissione, quest'ultima, pur mantenendo aperto il dialogo con lo Stato membro sottoposto al controllo, procede all'invio di una o più raccomandazioni i cui contenuti, oltre ad essere pubblici, determinano effetti più incisivi data la maggiore attenzione nell'analisi delle criticità nonché la possibile indicazione di concrete misure da attuare per il superamento delle criticità stesse;
- 3) *follow-up* in merito ai risultati raggiunti: la Commissione procede alla verifica dei risultati raggiunti dallo Stato membro in relazione alle misure suggerite nelle raccomandazioni precedentemente intervenute, ponendo fine con esito positivo alla procedura qualora le azioni adottate dalle autorità nazionali risultino soddisfacenti, ovvero,

⁷³ *Ivi*, p. 7.

valutando la possibilità di attivare la procedura ex art. 7 par. 1 del TUE qualora le misure poste in essere dalle autorità nazionali non vengano ritenute sufficienti a scongiurare la presenza di rischi di violazione grave dello Stato di diritto⁷⁴.

Seguendo attentamente l'iter procedurale previsto dalla comunicazione del 2014, il 23 dicembre 2015, la Commissione europea si è, dunque, rivolta al Governo polacco esprimendo alcune preoccupazioni, in particolare, in merito alle possibili conseguenze della legge del 22 dicembre 2015 sull'indipendenza e il corretto funzionamento del Tribunale costituzionale, invitando le autorità di Varsavia a collaborare con la Commissione di Venezia. Tuttavia, non ritenendo soddisfacente la risposta del Governo polacco, la Commissione ha incaricato il Vicepresidente della Commissione Timmermans ad avviare un dialogo con le istituzioni polacche al fine di chiarire i problemi correnti ed individuare possibili soluzioni. Non risultando fruttuosi nemmeno i successivi e continui contatti tra la Commissione e la Polonia⁷⁵, peraltro intervallati il 13 aprile 2016 da una risoluzione del Parlamento europeo in cui si esortava il Governo locale a dare esecuzione alle decisioni del Tribunale costituzionale e a conformarsi ai rilievi mossi dalla Commissione di Venezia nel precedente parere dell'11 marzo 2016⁷⁶, il 1° giugno 2016 la Commissione ha formalmente chiuso la prima fase della procedura mediante la trasmissione del parere motivato sullo Stato di diritto alle autorità polacche⁷⁷.

Non ritenendo esaurienti, rispetto alle preoccupazioni sollevate, le risposte fornite dal Governo di Varsavia e, soprattutto, a seguito dell'approvazione da parte del *Sejm* della nuova legge del 22 luglio 2016 sul Tribunale costituzionale, la Commissione europea ha attivato la seconda fase della procedura mediante l'invio, il 27 luglio 2016, della raccomandazione (UE) 2016/1734 sulla composizione e il funzionamento del Tribunale costituzionale nella quale, in particolare, ha invitato la Polonia a pubblicare e, in tal modo,

⁷⁴ *Ivi*, pp. 8-9.

⁷⁵ Un resoconto dei contatti tra Commissione europea e autorità polacche, il cui contenuto è però confidenziale, è presente nella nota n. 16 della *Proposta motivata a norma dell'art. 7 par. 1, del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in Polonia* del 20 dicembre 2017, COM (2017) 835 final, p. 5, disponibile su [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2017\)835&lang=it](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2017)835&lang=it).

⁷⁶ Risoluzione del Parlamento europeo sulla situazione in Polonia, n. 2015/3031 (RSP) del 13 aprile 2016, nello specifico punti 3-5. Il parere della Commissione di Venezia richiamato dalla Risoluzione del Parlamento europeo è il n. 833/2015 dell'11 marzo 2016 in cui, in particolare nel pt. 137, la Commissione valutava la riforma del 22 dicembre 2015 del Tribunale costituzionale polacco come un rischio non solo per l'efficienza del Tribunale costituzionale stesso, ma altresì, e conseguentemente, per lo Stato di diritto e il funzionamento dell'intero sistema democratico polacco. Il parere della Commissione di Venezia è disponibile su [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)001-e).

⁷⁷ Il parere non è pubblico.

rendere giuridicamente efficaci le pronunce del Tribunale Costituzionale del 3 e 9 dicembre 2015 e del 9 marzo 2016⁷⁸. Una seconda raccomandazione è, poi, intervenuta il 21 dicembre 2016 in ragione delle criticità sorte in relazione alle evoluzioni normative riguardanti ancora il Tribunale costituzionale, con particolare riferimento, da un lato, alla procedura che ha permesso la nomina di Julia Przyłębska a Presidente del Tribunale costituzionale, e dall'altro lato, all'eccessivo attivismo legislativo dimostrato in materia dalle autorità polacche, con conseguente lesione della stabilità, dell'integrità e del corretto funzionamento del Tribunale costituzionale stesso⁷⁹. Dinanzi, poi, all'annuncio da parte del Governo polacco di procedere all'approvazione dei progetti di legge riguardanti il Consiglio nazionale della Magistratura, la Corte Suprema e i tribunali ordinari, la Commissione europea ha inviato una terza raccomandazione con l'intento di scongiurare l'entrata in vigore di tali riforme che avrebbero minato l'indipendenza del potere giudiziario in Polonia nel suo complesso⁸⁰. Tuttavia, constatate, in una quarta raccomandazione del 20 dicembre 2017⁸¹, il mancato recepimento delle sollecitazioni precedenti e la conseguente approvazione delle novelle legislative sul sistema giudiziario, la Commissione europea, a conclusione della terza fase della procedura prevista dalla comunicazione del 2014, ha deciso, nella medesima data e a quasi due anni dall'inizio del dialogo con le autorità polacche, di attivare il meccanismo previsto ex art. 7, par. 1, TUE ritenendo sussistente un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto in Polonia.

Non essendo questa la sede per approfondire le criticità che la procedura prevista nell'ambito del «nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto» solleva soprattutto in termini di legittimità e opportunità⁸², quanto più interessa è qui evidenziare come tale

⁷⁸ Raccomandazione (UE) 2016/1374 della Commissione del 27 luglio 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia.

⁷⁹ Raccomandazione (UE) 2017/146 della Commissione del 21 dicembre 2016 relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alla raccomandazione (UE) 2016/1374.

⁸⁰ Raccomandazione (UE) 2017/1520 del 26 luglio 2017 relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alle raccomandazioni (UE) 2016/1374 e (UE) 2017/146. In tale raccomandazione, in particolare, la Commissione rinnovava le proprie preoccupazioni in merito, da un lato, all'assenza di un controllo costituzionale indipendente e, dall'altro, su un attivismo legislativo in tema di Consiglio nazionale della Magistratura, Corte Suprema e tribunali ordinari tale da realizzare la totale ristrutturazione del sistema giudiziario della Polonia, con evidenti rischi di lederne l'indipendenza.

⁸¹ Raccomandazione (UE) 2018/103 della Commissione del 20 dicembre 2017 relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alle raccomandazioni (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 e (UE) 2017/1520.

⁸² Brevemente, basti qui ricordare che, sebbene lo strumento previsto dal nuovo quadro sia stato accolto favorevolmente da autorevole dottrina (A. Von Bogdandy, C. Antpöhler e M. Ioannidis, *Protecting EU values*, in A. Jakab e D. Kochenov (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member*

strumento si sia rivelato, alla luce della condotta seguita dalle autorità polacche nonostante le richieste di collaborazione e le raccomandazioni provenienti dalla Commissione europea, non particolarmente idoneo a fronteggiare la crisi costituzionale polacca. Il carattere dialogico e non vincolante⁸³ degli strumenti previsti da tale procedura ha lasciato, infatti, ampio margine di azione alle autorità polacche che, assumendo un atteggiamento di evidente chiusura nei confronti delle obiezioni sollevate dall'istituzione di Palazzo Berlaymont, non hanno incontrato alcun ostacolo nel rivendicare l'appartenenza delle proprie scelte riformatrici all'ambito del c.d. dominio riservato⁸⁴.

A fronte dei deludenti risultati raggiunti dalla procedura prevista dalla comunicazione del

States' Compliance, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 218-233; D. Kochenov e L. Pech, *Renforcer le respect de l'État de droit dans l'UE: Regards critiques sur les nouveaux mécanismes proposés par la Commission et le Conseil*, in *Question d'Europe*, n. 356, 11 maggio 2015, p. 7 ss.; L. F. Besselink, *The Bite, the Bark and the Howl. Art. 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, Amsterdam, Amsterdam Centre for European Law and Governance, Research Paper n. 2016-01, p. 26 ss.; C. Curti Gialdino, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *Federalismi.it*, n. 12/2016, p. 15 ss.) sul piano della legittimità dubbi sono stati sollevati in merito alla sussistenza di una competenza da parte della Commissione ad intervenire rispetto a situazioni potenzialmente di carattere interno agli Stati membri. Lo stesso Consiglio, subito dopo l'adozione della comunicazione del 2014, ha domandato un parere al proprio Servizio giuridico che, con il parere 10296/14 del 27 maggio 2014, ricordando come l'Unione basasse la propria azione sul principio di attribuzione e, dunque, esercitando solo le competenze attribuitele dagli Stati nel rispetto dei Trattati, ha osservato come solo l'art. 7 costituisca una base legale per verificare il rispetto dello Stato di diritto. Pertanto, il Servizio giuridico del Consiglio si è espresso affermando l'incompatibilità della procedura prevista dal «nuovo quadro» con il principio di attribuzione. Inoltre, riguardo al monitoraggio, si è sottolineata l'assenza di controlli regolari per aree tematiche per ogni Stato membro nonché la mancanza di criteri oggettivi per l'accertamento delle disfunzioni sistemiche, ritenendosi così eccessivamente discrezionale il potere attribuito alla Commissione nell'adozione della c.d. *rule of law recommendation*. Da ultimo, l'utilizzo del «nuovo quadro» nei confronti della Polonia e non nei confronti dell'Ungheria, che aveva già manifestato segnali di crisi della *rule of law*, è stato considerato una violazione del principio di uguaglianza degli Stati membri rispetto ai Trattati ex art. 4 par. 2 TUE. Sul piano dell'opportunità, invece, è stato sostenuto come l'utilizzo della procedura prevista dal «nuovo quadro» abbia implicitamente suggerito l'idea della mancanza degli estremi per procedere a una dichiarazione di un «evidente rischio di violazione grave» in quanto, in un contesto in cui il Governo polacco non mostrava alcun intento di collaborare, il ricorso a una semplice procedura dialogica non ha fatto altro che rallentare un intervento effettivamente correttivo come l'attivazione dell'art. 7 TUE. Per un commento critico alla procedura prevista dalla comunicazione della Commissione europea del 2014 v. D. Kochenov e L. Pech, *Better Late than Never? On the European Commission's Rule of Law Framework and its First Activation*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 54, n. 5/2016, pp. 1062-1074; P. Bárd, *Scrutiny over the Rule of Law in the European Union*, in *Polish Yearbook of International Law*, vol. 36, 2017, pp. 187-207; D. Kochenov e L. Pech, *Renforcer le respect de l'État de droit dans l'UE: Regards critiques sur les nouveaux mécanismes proposés par la Commission et le Conseil*, cit., p. 9; D. Kochenov, *The Commission vs Poland: The Sovereign State Is Winning 1-0*, disponibile su <https://verfassungsblog.de/the-commission-vs-poland-the-sovereign-state-is-winning-1-0/>.

⁸³ Obiettivo, infatti, della procedura prevista dalla comunicazione del 2014 è quella di giungere a una composizione bonaria tra le parti, che veda lo Stato membro partecipare come co-autore alla risoluzione delle problematiche sorte. Così P. Mori, *Strumenti giuridici e strumenti politici di controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri dell'Unione europea*, in A. Tizzano (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 207.

⁸⁴ A. Festa, *L'Unione europea e l'erosione dello Stato di diritto in Polonia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 1/2020, p. 153.

2014, la Commissione europea, come già detto, è ricorsa all'unico strumento politico previsto esplicitamente dal Trattato sull'Unione europea per reprimere le violazioni dei valori comuni posti a fondamento dell'Unione: l'attivazione del meccanismo di sorveglianza ex art. 7 TUE. Originariamente previsto nel Trattato di Amsterdam con il fine di attribuire all'Unione europea un mezzo per sanzionare lo Stato membro che in modo grave e persistente avesse violato i principi previsti dall'allora art. 6, par. 1, TUE, a seguito del Trattato di Nizza del 2001, con cui è stata introdotta una procedura preventiva attivabile sulla base dell'esistenza di un «evidente rischio di violazione grave» di uno o più principi fondanti dell'Unione, il meccanismo attualmente previsto dall'art. 7 del Trattato di Lisbona, ereditando i due percorsi previsti dai due Trattati richiamati con la sola modifica del parametro di riferimento non più rappresentato dai principi posti dall'originario art. 6, par. 1, TUE ma dal nucleo dei valori fondanti dell'Unione ex art. 2 TUE, si articola in due differenti procedure. In particolare, il paragrafo 1 prevede in via preventiva che, su impulso di un terzo degli Stati membri, della Commissione o del Parlamento europeo, il Consiglio, deliberando a maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri, con esclusione dello Stato in questione e previo parere conforme del Parlamento, possa accertare l'«evidente rischio di violazione grave» dei valori previsti ex art. 2 TUE ed inviare, con la medesima procedura, raccomandazioni allo Stato interessato. Accanto a tale procedura di *early warning*, il paragrafo 2 dell'art. 7 prevede invece che, su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione, il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità, possa accertare, previa approvazione del Parlamento europeo e dopo aver invitato lo Stato interessato a presentare osservazioni, la sussistenza di una «violazione grave e persistente» dei valori fondanti dell'Unione. In tal caso lo Stato membro, ai sensi del paragrafo 3 dell'art. 7 del TUE potrebbe subire, per delibera del Consiglio votata a maggioranza qualificata, la sospensione di alcuni diritti ad esso derivanti dall'applicazione dei Trattati, compreso il diritto di voto in seno al Consiglio. Dovendosi escludere la possibilità per il Consiglio di sancire la sospensione della condizione di Stato membro dell'Unione ovvero la sua espulsione o ancora l'imposizione del recesso, lo Stato sottoposto a tale procedura continuerebbe così ad essere vincolato dagli obblighi del diritto primario, senza però poter prendere parte ai processi decisionali⁸⁵.

⁸⁵ Per un commento all'art. 7 TUE v., *ex plurimis*, M.C. Baruffi, *Art. 7 TUE*, in F. Pocar e M.C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, CEDAM, 2014, pp. 26-30; A. Morini,

Seguendo il dettato dell'art. 7, par. 1, TUE la Commissione europea ha, dunque, sottoposto al Consiglio la proposta motivata di avvio della procedura atta ad accertare l'esistenza di un evidente rischio di una grave violazione dello Stato di diritto, quale valore sancito dall'art. 2 TUE. In tale proposta la Commissione ha individuato quattro profili lesivi dello Stato di diritto in Polonia:

- 1) l'impossibilità del configurarsi di un effettivo e reale controllo di costituzionalità sulla legislazione polacca, vista la compiuta nomina di giudici costituzionali in violazione delle regole previste dalla Costituzione e delle sentenze dello stesso Tribunale costituzionale nonché l'occupazione degli uffici di Presidente e Vicepresidente da parte di soggetti nominati illegittimamente;
- 2) lo stravolgimento della composizione della Corte Suprema mediante l'abbassamento dell'età pensionabile e la conseguente nomina discrezionale da parte del Presidente della Repubblica di nuovi magistrati, nonché l'attribuzione alla Corte Suprema stessa della competenza a conoscere degli appelli straordinari proponibili avverso decisioni già passate in giudicato;
- 3) l'imponente modifica della composizione dei tribunali ordinari mediante l'abbassamento dell'età pensionabile, nonché l'attribuzione al Ministro della Giustizia di un pressoché arbitrario potere di nomina dei presidenti delle corti comuni;
- 4) la forte influenza del potere politico e, in particolare, del *Sejm* nella determinazione dei nuovi componenti del Consiglio nazionale della Magistratura.

Evidenziando come tutti questi elementi avessero determinato in Polonia la lesione dell'indipendenza della magistratura, della genuinità del controllo di costituzionalità delle leggi e, da ultimo, del principio di certezza del diritto, la Commissione, trovando anche la piena approvazione da parte del Parlamento europeo, ha dunque invitato il Consiglio a

Art. 7 TUE, in C. Curti Gialdino (diretto da), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2012, p. 129 ss.; D. Kochenov, *Article 7: A Commentary on a Much Talked-about "Dead" Provision*, in *Polish Yearbook of International Law*, vol. 38, 2018, pp. 165-187; W. Sadurski, *Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of European Law*, vol. 16, n. 3/2010, pp. 385-426; B. Nascimbene, *La violation grave des obligations découlant du traité UE. Les limites de l'application de l'art. 7*, in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union le long parcours de la justice européenne*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 672-683; L. F. Besselink, *The Bite, the Bark and the Howl. Art. 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, cit.; G. Wilms, *Protecting Fundamental Values in the European Union through the Rule of Law. Articles 2 and 7 TEU from a legal, historical and comparative angle*, Firenze, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2017; H. Schmitt von Sydow, *Liberté, démocratie, droits fondamentaux et l'Etat de droit: analyse de l'article 7 du Traité UE*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, n. 2/2001, pp. 285-328.

pronunciarsi sulla questione in oggetto al fine di tutelare uno dei valori fondanti contenuti nell'art. 2 TUE⁸⁶.

Anche questa volta, tuttavia, sono emersi tutti i limiti della natura essenzialmente politica del meccanismo attivato che, al momento in cui si scrive, risulta ancora arenato dinanzi al Consiglio. L'estrema farraginosità della procedura e, soprattutto, l'elevato *quorum* di quattro quinti richiesto per giungere all'accertamento, da parte del Consiglio stesso, del rischio di violazione grave dei valori previsti ex art. 2 TUE ha permesso alle autorità polacche di proseguire anche dopo il 2017, come si è visto, nell'erosione dell'indipendenza della magistratura, in forza, da un lato, dell'impossibilità per le istituzioni europee di reagire all'inerzia del Consiglio attraverso il ricorso in carenza ex art. 265 TFUE, non essendo le procedure descritte all'art. 7 TUE oggetto di un obbligo giuridico, e dall'altro lato, del sostegno garantito in seno al Consiglio dal c.d. Gruppo di Visegrád e, nello specifico, dall'Ungheria, anch'essa peraltro soggetta a medesima procedura per iniziativa del Parlamento europeo a partire dal 12 settembre 2018⁸⁷.

3.3. (Segue): La tutela dello Stato di diritto: la via giurisdizionale.

Dinanzi alla scarsa efficacia della procedura contemplata nel «nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto» e alla difficile percorribilità del meccanismo di sorveglianza previsto dall'art. 7 TUE⁸⁸, l'Unione europea, in alternativa a questi due percorsi politici rivelatisi fallimentari, ha provato a frenare l'avanzare delle preoccupanti riforme giudiziarie polacche mediante la via giurisprudenziale, affidandosi in particolare agli strumenti nella disponibilità della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

⁸⁶ Commissione europea, Proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in Polonia, Bruxelles, 20 dicembre 2017, COM (2017) 835 final.

⁸⁷ Per una comparazione tra Polonia e Ungheria v., *ex plurimis*, M.A. Orlandi, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, cit., pp. 167-216; S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2018, pp. 295-311. Sulle riforme adottate in Ungheria e il loro impatto sullo Stato di diritto v. G. Di Federico, *The Protection and Promotion of the Rule of Law in the European Union: State of the Art, Criticalities and Future Perspectives*, in *The Turkish Yearbook of International Relations*, vol. 46, 2015, p. 9 ss.

⁸⁸ Sull'inefficacia della procedura ex art. 7 TUE cfr. C. Blumann, *Le mécanisme des sanctions de l'article 7 du Traité sur l'Union européenne: Pourquoi tant d'inefficacité?*, in AA. VV., *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Frédéric Sudre*, Parigi, LexisNexis SA, 2018, pp. 71-80; G. Wilms, *Protecting Fundamental Values in the European Union through the Rule of Law. Articles 2 and 7 TEU from a legal, historical and comparative angle*, cit., p. 3 ss.

Adottando un approccio cronologico nella ricostruzione dell'azione della CGUE in relazione alle minacce per lo Stato di diritto perpetratesi in Polonia⁸⁹, è importante innanzitutto richiamare il ricorso per inadempimento promosso dalla Commissione europea il 2 ottobre 2018, ai sensi dell'art. 258 TFUE, in merito alla compatibilità di alcune disposizioni della legge sulla Corte Suprema polacca dell'8 dicembre 2017 (entrata in vigore il 3 aprile 2018) con quanto affermato dall'art. 19, par. 1, c. 2, TUE in combinato disposto con l'art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. In tale ricorso la Commissione ha dedotto come le disposizioni polacche di abbassamento dell'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema nominati prima del 3 aprile 2018 fossero in contrasto con il principio di inamovibilità dei magistrati e che, inoltre, le disposizioni attributive del potere discrezionale di proroga del servizio in capo al Presidente della Repubblica nei confronti dei giudici della Corte Suprema, che avessero raggiunto il limite più basso di età per il pensionamento, violassero il principio di indipendenza del potere giudiziario. In tale causa (C-619/18) la Commissione ha chiesto e ottenuto l'adozione di provvedimenti urgenti dalla CGUE prima in via provvisoria, con ordinanza del 19 ottobre 2018⁹⁰ della Vicepresidente della Corte, e poi con ordinanza della Corte (Grande Sezione) del 17 dicembre 2018 (causa C-619/18 R)⁹¹ fino alla sentenza definitiva. Nel procedimento cautelare la Corte, infatti, ha osservato come, sebbene non fosse competenza del giudice dell'urgenza – in quanto molto complesso e pertanto meritevole di un'analisi approfondita – valutare l'esatta portata dell'art. 19, par. 1, c. 2, TUE e dell'art. 47, Carta dei diritti fondamentali in relazione all'esercizio da parte di uno Stato membro del potere di organizzazione del proprio sistema giudiziario, la questione non fosse *prima facie* priva di serio fondamento e dunque potesse considerarsi soddisfatto il requisito del *fumus boni iuris*. Inoltre, la Corte ha evidenziato la circostanza per la quale, potendo la Corte Suprema polacca essere chiamata a pronunciarsi su questioni legate all'applicazione o all'interpretazione del diritto dell'Unione in quanto «giurisdizione» pienamente rientrante nel sistema polacco di rimedi giurisdizionali nei «settori disciplinati dal diritto dell'Unione» ai sensi dell'art. 19, par. 1, c. 2, TUE, ed essendo dunque compresa nel campo di applicazione dei requisiti della «tutela giurisdizionale effettiva» prevista sempre da tale

⁸⁹ C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polesxit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, cit., pp. x-xviii.

⁹⁰ EU:C:2018:852.

⁹¹ ECLI:EU:C:2018:1021.

comma dell'art 19, par. 1, TUE, il mancato accoglimento da parte della CGUE dei provvedimenti provvisori richiesti dalla Commissione europea avverso l'applicazione delle disposizioni nazionali polacche contestate avrebbe potuto produrre, fino all'incorrere della sentenza definitiva, un danno grave e irreparabile all'ordinamento giuridico dell'Unione, potendosi così dirsi soddisfatto anche l'altro requisito del *periculum in mora*⁹², necessario all'adozione del provvedimento cautelare insieme, da ultimo, al bilanciamento degli interessi in gioco. Nella sentenza di merito⁹³, intervenuta il 24 giugno 2019, la CGUE, dichiarando ricevibili le sole censure basate sull'art. 19 TUE⁹⁴, ha concluso come, abbassando l'età per il pensionamento dei giudici della Corte Suprema e attribuendo al Presidente della Repubblica il potere discrezionale di proroga della funzione giudiziaria per taluni giudici della Corte Suprema, la Polonia avesse violato i principi di inamovibilità e, dunque, di indipendenza dei giudici, venendo così meno agli obblighi derivanti dall'art. 19, par. 1, c. 2, TUE. Alla medesima conclusione la Corte di Lussemburgo è giunta nella successiva sentenza del 5 novembre 2019⁹⁵ nella causa C-192/18 relativa all'abbassamento dell'età pensionabile per i giudici dei tribunali ordinari.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte in entrambe le pronunce richiamate si è basato sulla lettura del principio di inamovibilità dei giudici come garanzia della loro indipendenza, nonché sull'affermazione di un intrinseco legame tra l'indipendenza degli organi giurisdizionali e il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione sancito nell'art. 19, par. 1, c. 2, TUE. Infatti, costituendo l'art. 19, par. 1, c. 2, TUE, nella ricostruzione della Corte, la concretizzazione del valore Stato di diritto previsto all'art. 2 TUE, la circostanza – richiamata dalla Polonia – per la quale formalmente l'organizzazione del sistema giudiziario rientrasse nell'esclusiva competenza

⁹² Qui inteso come il rischio del prodursi di un danno grave e irreparabile agli interessi dell'Unione.

⁹³ ECLI:EU:C:2019:531.

⁹⁴ Sebbene la Commissione europea avesse chiesto di valutare le misure polacche in relazione al combinato disposto degli artt. 19, par. 1, c. 2, TUE e 47 Carta dei diritti fondamentali, l'Avvocato generale, aderendo a quanto affermato dalla Polonia e peraltro confermato altresì dalla sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (sentenza del 27 Febbraio 2018, C-64/16, EU:C:2018:117, punti 1, 18, 27 e dispositivo), procedette a un'analisi separata. In effetti, il ricorso della Commissione riguardava un'asserita violazione dello Stato di diritto, valore fondamentale dell'Unione concretizzato nell'art. 19 TUE. Pertanto, la Commissione poteva istituire tale procedimento nei confronti di uno Stato membro ex art. 258 TFUE anche quando tale Stato membro non stesse attuando il diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 par.1 della Carta. Diversamente, le censure della Commissione basate sull'art. 47 della Carta furono considerate irricevibili poiché la Commissione non aveva indicato neppure sommariamente gli elementi di diritto e di fatto sui quali esse si fondavano. Cfr. C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, cit., p. xiv.

⁹⁵ ECLI:EU:C:2019:924.

dello Stato membro non escludeva che, nell'esercizio di tale competenza, ogni Stato membro fosse tenuto a rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e, in particolare, dall'art. 19, par. 1, c. 2, TUE, con la conseguente previsione di un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti atto a garantire un controllo giurisdizionale effettivo nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione stesso. La Corte ha sostenuto come l'indipendenza degli organi giurisdizionali, connessa implicitamente alla funzione giudicante in sé, rappresentasse, in tal senso, un aspetto essenziale del diritto a una tutela giurisdizionale effettiva nonché del diritto fondamentale a un equo processo, costituendo in questo modo la garanzia, per un verso, della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e, per l'altro verso, della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'articolo 2 TUE tra cui, come detto, lo Stato di diritto⁹⁶. Un ulteriore terreno nel quale la CGUE si è resa protagonista, a fronte delle riforme del sistema giustizia in Polonia, della difesa dell'indipendenza degli organi giurisdizionali è stato quello dei rinvii pregiudiziali. È qui importante rammentare, in particolare, la già citata sentenza resa in data 19 novembre 2019, nelle cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, con cui la CGUE ha risposto alle questioni pregiudiziali sollevate dalla camera del lavoro della Corte Suprema polacca in merito alla valutazione dell'indipendenza e dell'imparzialità della nuova camera disciplinare della Corte Suprema e del Consiglio nazionale della Magistratura. In tale pronuncia la CGUE, pur non dichiarando formalmente incompatibile la normativa polacca con l'interpretazione che la Corte stessa ha adottato dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, ha, tuttavia, effettuato una ricognizione dei requisiti di indipendenza e imparzialità dei giudici, invitando il giudice di rinvio ad effettuare il già citato *Independence Test* al fine di valutare se le condizioni oggettive nelle quali era stato creato l'organo giudicante, le caratteristiche del medesimo e il modo in cui i suoi membri erano stati nominati fossero idonei a generare dubbi legittimi nei singoli, da un lato, in merito all'impermeabilità di detto organo rispetto a influenze dirette o indirette del potere legislativo ed esecutivo, e dall'altro lato, in merito alla neutralità rispetto agli interessi contrapposti, stabilendo, in caso di esito affermativo, che il principio del primato del diritto UE dovesse essere interpretato dal giudice del rinvio disapplicando la

⁹⁶ Si vedano, in particolare, i punti da 42 a 59 della sentenza del 24 giugno 2019 (ECLI:EU:C:2019:531), nonché i punti da 98 a 107 della sentenza del 5 novembre 2019 (ECLI:EU:C:2019:924) e la giurisprudenza ivi richiamata.

disposizione di diritto nazionale conferente a detto organo giudicante la competenza a conoscere delle controversie di cui ai procedimenti principali⁹⁷. Come già ricordato, tale sentenza della CGUE, esprimendo gravi dubbi sulle condizioni legislative del momento della magistratura giudicante in Polonia, ha dato luogo alla sentenza del 5 dicembre 2019 della camera del lavoro della Corte Suprema, a sua volta generatrice della grave spaccatura nel sistema giudiziario polacco tra giudici dissidenti e giudici filogovernativi risolta, poi, drasticamente dalla già citata legge *bavaglio* entrata in vigore il 14 febbraio 2020.

Nel percorso di avvicinamento all'analisi della sentenza 3 K/21 del Tribunale costituzionale da cui tale studio trae origine pare utile, da ultimo, compiere un breve cenno a due ulteriori episodi del confronto giudiziario dinanzi alla CGUE tra l'Unione europea e la Polonia sempre in tema di Stato di diritto: la causa C-204/21 e la causa C-791/19.

Nella causa C-204/21 il Governo polacco, il 16 agosto 2021, ha chiesto alla CGUE di revocare l'ordinanza cautelare del 14 luglio 2021 della vicepresidente della CGUE – con la quale si intimava la sospensione dell'attività della camera disciplinare della Corte Suprema polacca in particolare in materia di responsabilità disciplinare dei giudici e autorizzazione all'avvio di procedimenti penali nei confronti dei giudici stessi – in virtù dell'occorsa sentenza del Tribunale costituzionale del 14 luglio 2021, alla luce della quale il detto provvedimento cautelare pareva illegittimo poiché adottato *ultra vires*⁹⁸. Nel rigettare tale richiesta, insieme a quella di rimettere la cognizione della causa alla Grande sezione, la Vicepresidente della CGUE ha rammentato, con ordinanza del 6 ottobre 2021⁹⁹, per contro, la giurisprudenza secondo cui la circostanza per la quale uno Stato membro invocasse disposizioni di diritto nazionale, anche se di rango costituzionale, non potesse in alcun modo pregiudicare l'unità e l'efficacia del diritto dell'Unione¹⁰⁰. Nella sentenza della

⁹⁷ Si veda in particolare il pt. 171 della sentenza del 19 novembre 2019 (ECLI:EU:C:2019:982).

⁹⁸ Il Tribunale costituzionale polacco nel caso P 7/20 del 14 luglio 2021 aveva affermato come l'ordinanza con la quale la CGUE aveva richiesto l'immediata sospensione della legge che istituiva un nuovo regime disciplinare per i giudici (Corte giust. ord. 8 aprile 2020, C-791/19 R, Commissione/Polonia (Régime disciplinaire des juges), spec. punto 78) fosse *ultra vires* e non potesse dunque trovare applicazione nell'ordinamento interno. Più nello specifico, il combinato disposto degli artt. 4, par. 3, TUE e 279 TFUE, nella misura in cui imponeva la sospensione cautelare della normativa nazionale ritenuta in contrasto con il diritto dell'Unione, per i giudici polacchi risultava incompatibile con le conferenti norme della Costituzione che regolano l'adattamento del diritto polacco al diritto dell'Unione. Sul punto cfr. 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*, III, 2021, *aisdue.ue*, 15 luglio 2021.

⁹⁹ Ordinanza del 6 ottobre 2021 della Vicepresidente della CGUE (ECLI:EU:C:2021:834).

¹⁰⁰ L'ordinanza richiama la sentenza del 18 maggio 2021, *Asociația «Forumul Judecătorilor Din România» e al.*, causa C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19 (EU:C:2021:393), pt. 245 e giurisprudenza ivi citata.

Grande Sezione del 15 luglio 2021 nella causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*, la CGUE ha, invece, statuito, da un lato, come la camera disciplinare della Corte Suprema non fosse né indipendente e né imparziale, e che di conseguenza fosse compromessa l'intera normativa disciplinare sui giudici insieme alle decisioni adottate nei procedimenti disciplinari a carico dei giudici stessi, e dall'altro lato, come le misure polacche suscettibili di impedire o anche limitare la facoltà o l'obbligo di effettuare rinvii pregiudiziali, perno fondamentale del sistema giurisdizionale dell'Unione, costituissero una chiara violazione dell'art. 267 TFUE, posto a fondamento di tale meccanismo¹⁰¹.

Il brevissimo richiamo a tali due controversie si deve non tanto ad un intento cronistorico, quanto più a un esercizio ermeneutico di carattere suggestivo. I casi esposti contengono, infatti, due elementi fondamentali che possono simbolicamente considerarsi legati a doppio filo con la sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale oggetto di approfondimento nel successivo paragrafo: il rinvio pregiudiziale, da un lato, e il sindacato *ultra vires*, dall'altro. È nei prodromi della sentenza K 3/21, la cui controversia nasce in reazione a un rinvio pregiudiziale, nonché nel dispositivo della stessa, contenente una dichiarazione di sindacato *ultra vires*, che è rinvenibile in modo emblematico, infatti, la netta chiusura – che qui si è provato brevemente a ricostruire – della Polonia al dialogo sia politico che giurisdizionale con l'Unione europea e il conseguente consumarsi, come si vedrà, di due crisi fra loro strettamente correlate.

4. La pronuncia del Tribunale costituzionale polacco: il ritratto di due crisi?

Pur desumendosi, in base a quanto sinora detto, come la sentenza K 3/21 del 7 ottobre 2021 si collochi all'interno dell'acceso confronto tra le istituzioni europee e quelle polacche sul rispetto dello Stato di diritto, per comprendere utilmente la portata di quello che può indubitabilmente considerarsi l'apice della guerra giudiziaria tra Bruxelles e Varsavia, non si può prescindere dal richiamo all'episodio da cui tale sentenza ha tratto origine.

¹⁰¹ Sentenza del 15 luglio 2021 (ECLI:EU:C:2021:596). Sulla violazione dell'art. 267 TFUE si vedano in particolare i punti 222, 228, 230 della sentenza.

4.1. I problemi della sentenza.

Il *casus belli*, come poc'anzi accennato, è scaturito da una sentenza pregiudiziale pronunciata dalla Grande Sezione della CGUE il 2 marzo 2021 su rinvio del *Naczelny Sąd Administracyjny*¹⁰² nella causa C-824/18¹⁰³. Il rinvio pregiudiziale si inseriva all'interno di procedimenti giurisdizionali che avevano visto alcuni candidati alle funzioni giudiziarie impugnare dinanzi alla Corte suprema amministrativa le delibere con cui il Consiglio nazionale della Magistratura aveva deciso di non proporre al Presidente della Repubblica la loro nomina come giudici delle camere civili e/o penali della Corte Suprema, sottoponendo di contro al Capo dello Stato altre candidature. Venendo la disciplina di tali ricorsi affidata, al momento dell'impugnazione, alla legge sul Consiglio nazionale della Magistratura, la Corte suprema amministrativa, dubitando della compatibilità dello strumento di impugnazione previsto dall'art. 44, par. 1, della legge citata¹⁰⁴ con il valore Stato di diritto e con il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, alla luce del combinato disposto degli artt. 2 e 4, par. 3, c. 3, TUE nonché dell'art. 19, par. 1, TUE, dell'art. 47, Carta dei diritti fondamentali e dell'art. 267, c. 3, TFUE, aveva infatti rinviato la questione, il 21 novembre 2018, alla Corte di Lussemburgo ai sensi dell'art. 267, c. 2, TFUE. Nelle more del procedimento dinanzi alla CGUE, il Tribunale costituzionale polacco era poi intervenuto, il 25 marzo 2019, con una sentenza con la quale dichiarava, da un lato,

¹⁰² Corte suprema amministrativa polacca.

¹⁰³ Corte di Giustizia, Grande Sezione, Causa C-824/18, *A.B. et al.*, 2 marzo 2021 (ECLI:EU:C:2021:153).

¹⁰⁴ Il regime di impugnazione previsto dalla legge sul Consiglio nazionale della Magistratura prevedeva che una sua delibera, qualora non impugnata da tutti i partecipanti alla procedura, sarebbe diventata definitiva nella parte comprendente la decisione di presentare la proposta di nomina di un giudice alla Corte Suprema, così come nella parte contenente la decisione di non presentare la proposta di nomina, nei confronti dei partecipanti alla procedura che non avessero proposto ricorso. L'eventuale annullamento della decisione di non proporre la candidatura sarebbe equivalso all'ammissione *ex se* del candidato, sempreché alla data della decisione la procedura non si fosse conclusa con l'indicazione di altri giudici, che non avevano proposto ricorso. Inoltre, il sindacato giurisdizionale in caso di impugnazione da parte del candidato non nominato non avrebbe potuto condurre il giudice nazionale a una nuova valutazione della situazione ai fini dell'eventuale attribuzione del posto in questione. Ancora, i ricorsi giurisdizionali riguardanti le delibere del Consiglio nazionale della Magistratura che proponevano nomine a posti di giudice diversi da quello di giudice alla Corte Suprema erano rimaste invariate, pertanto, non prevedendo le medesime restrizioni introdotte riguardo tale supremo organo giurisdizionale, i candidati alla nomina a un posto di giudice in un organo giurisdizionale diverso dalla Corte Suprema avrebbero quindi avuto un accesso differenziato al controllo giurisdizionale sulle delibere della Consiglio nazionale della Magistratura con le quali si escludeva la loro nomina. Sul punto cfr. A. Favi, *Sull'obbligo di disapplicare, ex art. 19, par. 1, TUE, le modifiche legislative idonee a suscitare nei singoli dubbi di natura sistemica sull'indipendenza e l'imparzialità dei giudici*, in *Osservatorio sulle fonti – Fonti dell'Unione europea e internazionali*, n. 2/2021; S. Gianello, *Il rinvio pregiudiziale e l'indipendenza dei giudici: alcune riflessioni a margine di due recenti vicende*, in *Nuovi Autoritarismi e Democrazie: Diritto, Istituzioni, Società*, n. 1/2021, p. 165.

l'illegittimità costituzionale dell'art. 44, par. 1-*bis*, della legge citata, poiché attribuite la cognizione di tali ricorsi a un organo giurisdizionale – la Corte suprema amministrativa – non ritenuto idoneo all'esercizio di tale competenza sia per la natura delle controversie che per le sue caratteristiche, e, dall'altro lato, l'estinzione dei procedimenti ancora in corso basati su tale normativa. Alla luce di tale pronuncia del Tribunale costituzionale, era intervenuta la novella legislativa del 26 aprile 2019 con la quale si disponeva l'attribuzione dei futuri procedimenti in materia alla cognizione della Corte Suprema, rimanendo tuttavia esclusa la possibilità di proporre ricorso nelle controversie individuali aventi ad oggetto la nomina presso la Corte Suprema stessa. Nella modificata normativa si prevedeva, inoltre, l'estinzione di tutti i ricorsi sulla nomina alla carica di giudice presso la Corte suprema che ancora risultavano pendenti alla data di entrata in vigore del detto intervento legislativo, reprimendo così la possibilità di attendere e dare corso alla futura pronuncia della CGUE adita, come detto, ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Alla luce di tali interventi dell'organo di giustizia costituzionale e del legislatore polacchi, la Corte suprema amministrativa aveva dunque integrato la propria domanda di pronuncia pregiudiziale sollevando la questione sulla compatibilità col diritto dell'Unione – con particolare riferimento al combinato disposto degli articoli 2, 4, par. 3, e 19, par. 1, TUE nonché all'art. 47, Carta dei diritti fondamentali e all'art. 267 TFUE – di una normativa che aveva rimosso dall'ordinamento la competenza della Corte stessa a risolvere le impugnazioni nei confronti delle delibere del Consiglio nazionale della Magistratura e, contemporaneamente, aveva disposto l'estinzione *ope legis* dei procedimenti non ancora conclusi, con l'effetto, da un lato, di impedire un controllo giurisdizionale delle decisioni dell'istituzione di autogoverno della magistratura e, dall'altro lato, di privare tale organo giurisdizionale della possibilità di adire effettivamente la CGUE mediante un rinvio pregiudiziale.

Alla luce di tale domanda pregiudiziale, pur considerando in linea di principio legittima la scelta di uno Stato membro, da un lato, di apportare modifiche interne riguardanti l'organizzazione e la ripartizione della funzione giurisdizionale anche qualora da ciò potesse derivare la cessazione della competenza dell'organo giurisdizionale che aveva provveduto a sollevare un rinvio pregiudiziale dinanzi ai giudici di Lussemburgo e, dall'altro lato, di introdurre delle modifiche a disposizioni di ordine sostanziale dalle quali potesse discendere la cessazione della materia del contendere ad oggetto del giudizio

principale, la CGUE, nella sentenza del 2 marzo 2021, lasciando la decisione finale in merito alla compatibilità delle disposizioni normative polacche con il diritto dell'Unione al giudice del rinvio¹⁰⁵, ha chiarito come gli artt. 267 TFUE e 4, par. 3, c. 3, TUE dovessero essere interpretati come incompatibili rispetto a modifiche legislative aventi l'effetto specifico, da un lato, di impedire il mantenimento, successivamente alla loro proposizione, di domande di pronuncia pregiudiziale rivolte alla CGUE – impedendo così a quest'ultima di pronunciarsi su tali domande – nonché, dall'altro lato, di escludere qualsiasi possibilità per un giudice nazionale di ripresentare in futuro domande analoghe. In relazione invece all'art. 19, par. 1, c. 2, TUE, la Corte, dopo averne rammentato il particolare ambito di applicazione relativo alla tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione indipendentemente dalla situazione in cui gli Stati membri attuassero tale diritto, ha sostenuto come tale articolo dovesse essere interpretato come incompatibile con le modifiche legislative in esame qualora queste ultime facessero sorgere dubbi in merito all'indipendenza e all'imparzialità dei giudici nominati dal Presidente della Repubblica polacco sulla base delle decisioni del Consiglio nazionale della Magistratura.

La CGUE ha pertanto concluso come, in caso di accertata violazione di detti articoli, il principio del primato del diritto dell'Unione dovesse essere interpretato in modo tale da imporre alla Corte suprema amministrativa, per un verso, la disapplicazione della normativa nazionale in contrasto, non rilevando la natura legislativa o costituzionale della stessa, e, per l'altro, la conseguente prosecuzione dell'esercizio della funzione giurisdizionale nelle controversie di cui era stata investita prima delle modifiche legislative intervenute¹⁰⁶.

Il rinvio pregiudiziale in parola, e la sentenza da esso originata, hanno rappresentato per le

¹⁰⁵ Nell'affidare la decisione ultima al giudice del rinvio, la CGUE ha tuttavia rammentato come in tale scelta il giudice stesso potesse tenere in considerazione 1) le diverse iniziative delle autorità polacche tese a limitare la proposizione di domande pregiudiziali riguardanti l'indipendenza dei giudici ovvero a mettere nuovamente in discussione le decisioni emanate da coloro i quali avevano proceduto a tali rinvii; 2) la pendenza dinanzi al Tribunale costituzionale di un ricorso (K 7/18) presentato in data 5 ottobre 2018 dal Ministro della Giustizia volto a far accertare la non conformità alla Costituzione polacca dell'art. 267 TFUE nella parte in cui tale disposizione consente ai giudici polacchi di sottoporre alla Corte questioni pregiudiziali riguardanti la struttura e l'organizzazione del potere giudiziario e lo svolgimento dei procedimenti dinanzi ai giudici nazionali; 3) la scelta del legislatore polacco di escludere qualsiasi possibilità di esame – attuale o futuro – da parte della Corte di quei ricorsi come quelli presentati nel procedimento principale che invece, secondo il Tribunale costituzionale, avrebbero dovuto ottenere un responso o dinanzi a un altro giudice a seguito di un loro trasferimento ovvero a seguito della riproposizione dei ricorsi stessi dinanzi a un diverso giudice. Sul punto si vedano gli elementi e le considerazioni menzionati ai punti da 99 a 105 della sentenza.

¹⁰⁶ Sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, del 2 marzo 2021, *A.B. e a.*, causa C-824/18, ECLI:EU:C:2021:153.

autorità di Varsavia il pretesto definitivo per muovere un attacco frontale alle istituzioni europee. Scegliendo la strada della giurisdizionalizzazione del confronto con l'Unione europea, il Governo polacco, nella persona del Presidente del Consiglio Morawiecki, ha, infatti, promosso un ricorso diretto dinanzi al Tribunale costituzionale il 29 marzo 2021 al fine di veder dichiarata l'incompatibilità di alcuni articoli del TUE, così come interpretati dalla CGUE, con alcune disposizioni della Costituzione polacca. In particolare, il Capo del Governo mirava a far valutare dal TC la conformità alla Costituzione:

1) dell'art. 1, cc. 1 e 2, TUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE, nella misura in cui facoltasse e/o obbligasse ogni autorità chiamata ad applicare la legge ad astenersi dall'applicare la Costituzione polacca o richiedesse alle dette autorità l'applicazione delle disposizioni di legge in modo incompatibile con la Costituzione polacca, in particolare con l'art. 2, l'art. 7, l'art. 8, par. 1, in combinato disposto con l'art. 8, par. 2, l'art. 90, par. 1, l'art. 91, par. 2, come pure l'art. 178, par. 1;

2) dell'art. 19, par. 1, co. 2 TUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, TUE, nella misura in cui facoltasse e/o obbligasse, per garantire una tutela giuridica effettiva, l'autorità chiamata ad applicare la legge ad applicare disposizioni di legge in modo incompatibile con la Costituzione, incluse le disposizioni che, sulla base della giurisprudenza del Tribunale costituzionale avessero cessato di avere efficacia poiché incoerenti con il dettato costituzionale, in particolare in relazione all'art. 2, l'art. 7, l'art. 8, par. 1, in combinato disposto con l'art. 8, par. 2, l'art. 91, par. 2, l'art. 90, par. 1, l'art. 178, par. 1, come pure l'art. 190, par. 1, Cost.;

3) dell'art. 19, par. 1, c. 2, TUE, in combinato disposto con l'art. 2 TUE, nella misura in cui autorizzasse i tribunali a pronunciarsi sull'indipendenza dei giudici nominati dal Presidente della Repubblica nonché ad avere cognizione sulle proposte per la nomina alla funzione di giudice presentate dal Consiglio nazionale della Magistratura al Presidente della Repubblica, con particolare riferimento all'art. 8, par. 1, in combinato disposto con l'art. 8, par. 2, l'art. 90, par. 1 e l'art. 91, par. 2, l'art. 144, par. 3 e 17, come pure l'art. 186, par. 1¹⁰⁷.

Il giudizio costituzionale, che ha visto intervenire anche il Presidente della Repubblica, il *Sejm*, il Ministro degli Affari esteri, il procuratore generale e l'Ombudsman polacco, si è

¹⁰⁷ Il testo del ricorso è rinvenibile in pdf su <https://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/view/sprawa.xhtml?&pokaz=dokumenty&sygnatura=K%203/21>.

concluso, dopo una serie di rinvii¹⁰⁸, con la sentenza K 3/21 del 7 ottobre 2021 che, a seguito della sua pubblicazione il 12 ottobre 2021 sulla Gazzetta Ufficiale polacca *sub* posizione n. 1852, ha assunto a partire da tale data piena efficacia giuridica.

4.2. La sentenza K 3/21: un approccio tematico.

Per compiere un'analisi della sentenza che sia utile a comprenderne la portata lesiva nei confronti del processo di integrazione europea, risulta opportuno dividerla tematicamente in due parti.

Nella prima parte della sentenza il Tribunale costituzionale ha sostenuto come l'art. 1, cc. 1 e 2, TUE, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3 TUE, fosse incompatibile con la Costituzione polacca nella misura in cui l'Unione, perseguendo l'obiettivo di instaurare una «Unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa» fosse giunta, mediante l'opera interpretativa della CGUE, ad una nuova tappa del processo di integrazione europea tale da a) consentire alle autorità dell'Unione di agire *ultra vires*, e dunque, oltre le competenze loro attribuite dalla Polonia nei Trattati; b) negare il primato della Costituzione polacca all'interno della gerarchie delle fonti; c) impedire alla Repubblica di Polonia di operare come uno Stato sovrano e democratico¹⁰⁹.

La seconda parte della sentenza ha visto, invece, il Tribunale costituzionale dichiarare l'incompatibilità con la Costituzione polacca dell'art. 19, par. 1, c. 2 TUE in quanto idoneo, al fine di assicurare «una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione», ad attribuire ai tribunali nazionali il potere di a) eludere le disposizioni della Costituzione nel corso del giudizio¹¹⁰; b) giudicare sulla base di disposizioni non più in vigore, in quanto revocate dal *Sejm* e/o dichiarate incostituzionali dal Tribunale costituzionale¹¹¹. È stato, inoltre, giudicato incostituzionale l'art. 19, par. 1, c. 2, TUE, in combinato disposto con l'art. 2 TUE, poiché in grado di attribuire ai giudici nazionali il

¹⁰⁸ Il 15 luglio 2021 il Tribunale costituzionale ha rinviato l'udienza decisiva e la propria decisione al 3 agosto, poi al 31 agosto, al 22 settembre e al 30 settembre e, infine, al 7 ottobre. Sul punto v. J. Sawicki, *Il confronto con l'Europa si trasforma in una guerra giudiziaria*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 2/2021, p. 9.

¹⁰⁹ L'incostituzionalità è dichiarata in particolare in relazione agli artt. 2, 8 e 90, par. 1, Cost.

¹¹⁰ L'incostituzionalità è dichiarata in particolare in relazione agli artt. 2, 7, 8, par. 1, 90, par. 1, 178, par. 1 Cost.

¹¹¹ L'incostituzionalità è dichiarata in particolare in relazione agli artt. 2, 7, 8, par. 1, 90, par. 1, 178, par. 1, 190, par. 1, Cost.

potere di a) controllare la legittimità della procedura di nomina di un giudice, nonché la legittimità dell'atto di nomina alla funzione di giudice del Presidente della Repubblica¹¹²; b) verificare la legittimità delle risoluzioni del Consiglio nazionale della Magistratura nel procedimento di nomina dei giudici¹¹³; c) determinare l'invalidità del processo di nomina di un giudice e, conseguentemente, rifiutare di considerare come giudice una persona nominata secondo tale processo giudicato invalido¹¹⁴.

Prescindendo dai dubbi sulla legittimità del ricorso che una lettura attenta dell'art. 79, Cost. polacca può sollevare in relazione, da un lato, al soggetto titolare del diritto a ricorrere e, dall'altro, all'oggetto del giudizio stesso¹¹⁵, la divisione tematica della sentenza in due parti risponde all'esigenza di individuare con più chiarezza i due differenti binari percorsi dal Tribunale costituzionale per minare il processo di integrazione europea e cioè, da un lato, la negazione del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto interno e, dall'altro lato, il diniego del principio dell'efficacia diretta unito alla disarticolazione del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione tramite un attacco diretto al meccanismo del rinvio pregiudiziale.

Procedendo con ordine, per confutare le argomentazioni sostenute nella prima parte della pronuncia dai giudici costituzionali polacchi, è importante, innanzitutto, rammentare come l'obiettivo di creare un'Unione sempre più stretta, previsto ex art. 1 TUE, fosse già menzionato nel Preambolo del Trattato CEE del 1957, per poi essere previsto nell'art. A del Trattato sull'Unione europea di Maastricht del 1992, potendo pertanto considerarsi pienamente rientrante nell'*acquis* comunitario accettato dalla Polonia in sede di adesione all'UE nel 2004. A ciò si aggiunga, poi, come, a seguito delle modifiche intervenute con il

¹¹² L'incostituzionalità è dichiarata in particolare in relazione agli artt. 2, 8, par. 1, 90, par. 1, 179 in combinato disposto con l'art. 144, par. 3, pt. 17, Cost.

¹¹³ L'incostituzionalità è dichiarata in particolare in relazione agli artt. 2, 8, par. 1, 90, par. 1, 186, par. 1, Cost.

¹¹⁴ L'incostituzionalità è dichiarata in particolare in relazione agli artt. 2, 8, par. 1, 90, par. 1, 179 in combinato disposto con l'art. 144, par. 3, pt. 17, Cost.

¹¹⁵ L'art. 79 Cost. polacca stabilisce che «ogni persona le cui libertà o diritti costituzionali sono stati violati, ha il diritto di ricorrere al Tribunale costituzionale per un giudizio sulla conformità alla Costituzione di una legge o di un altro atto normativo sulla cui base un tribunale o un organo della pubblica amministrazione ha preso una decisione definitiva». A questo proposito se, da un lato, risulta quantomeno anomalo che a proporre il ricorso al Tribunale costituzionale sia stato il Presidente del Consiglio polacco, dall'altro lato, la mancata menzione da parte dell'art. 79 dei trattati internazionali tra le disposizioni eventualmente oggetto del giudizio di costituzionalità porta a dubitare della competenza stessa del Tribunale costituzionale a pronunciarsi sul ricorso promosso il 29 marzo 2021. Sul punto cfr. *Statement of Retired Judges of the Polish Constitutional Tribunal*, in <https://verfassungsblog.de/statement-of-retired-judges-of-the-polish-constitutional-tribunal/>.

Trattato di Lisbona, debitamente ratificato ed eseguito dalla Polonia¹¹⁶, il processo di integrazione europea non abbia fatto segnare a livello primario alcuna nuova tappa se non il Trattato di adesione della Croazia del 12 ottobre 2011, anche questo ratificato prontamente dalla Polonia. In merito, poi, all'asserita azione *ultra vires* delle istituzioni europee, va rammentato come lo strumento idoneo a porvi rimedio sia rinvenibile nel TFUE e, in particolare, nell'art. 263 disciplinante il c.d. ricorso per annullamento, peraltro azionato dalla Polonia stessa avverso il Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del 16 dicembre 2020, pendente ancora oggi dinanzi alla CGUE (causa C-157/21)¹¹⁷. Per quanto riguarda, invece, l'impossibilità per la Polonia di operare come uno Stato sovrano e democratico, va ricordato, da un lato, come sia stata una scelta pienamente sovrana quella esercitata da Varsavia di aderire ai Trattati europei, alla cui base era previsto l'esercizio di una sovranità condivisa in condizioni di reciprocità con gli altri Stati membri, e, dall'altro lato, come sia stata proprio la tutela della democrazia, fondata anche sul principio di separazione dei poteri, ad aver spinto le istituzioni europee a intervenire negli ultimi anni in relazione alle riforme sul sistema giudiziario polacco¹¹⁸. In merito, da ultimo, all'asserita perdita da parte della Costituzione polacca del proprio ruolo di fonte suprema all'interno dell'ordinamento giuridico polacco, è bene ricordare come la giurisprudenza della CGUE, precedente all'ingresso della Polonia nell'UE e dunque facente parte dell'*acquis* giurisprudenziale accettato dallo Stato in sede di adesione, pur dando luogo a vari confronti in tema di cc.dd. controlimiti con le Corti costituzionali europee, abbia sempre riconosciuto

¹¹⁶ La Polonia ha ratificato il Trattato di Lisbona e vi ha dato esecuzione dopo l'approvazione da parte del *Sejm* il 1° aprile 2008 con 184 voti favorevoli, 12 astenuti e 56 contrari e, il giorno seguente, del Senato con 74 voti favorevoli, 6 astenuti e 17 contrari. Il Presidente della Repubblica ha firmato lo strumento di ratifica del trattato il 10 ottobre a oltre 5 mesi dall'approvazione parlamentare. Di conseguenza, le modifiche apportate al TUE e al TFUE sono state introdotte nell'ordinamento polacco, nell'ambito del quale detti accordi internazionali ratificati rientrano, secondo l'art. 87, par. 1, Cost. tra le fonti del diritto polacche insieme alla Costituzione, alle leggi e ai decreti. L'art. 91, par. 2, Cost. prevede inoltre che «l'accordo internazionale ratificato...prevale sulla legge, qualora tale legge sia incompatibile con l'accordo». Cfr. C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polesis? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, cit., p. xxi.

¹¹⁷ Il Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 ha introdotto un meccanismo di «*rule of law conditionality*» che abilita il Consiglio, su proposta della Commissione, a sospendere l'erogazione di fondi europei agli Stati membri i cui ordinamenti confliggano con i principi dello Stato di diritto (artt. 5 e 6), in quanto tali carenze vengono considerate incompatibili con una gestione «sana» delle risorse economiche (*considerando* 8 e 13), sicché il blocco dei finanziamenti troverebbe giustificazione nell'esigenza di preservare il bilancio dell'Unione nella sua fase attuativa (artt. 317 e 322, par. 1, TFUE). Per un approfondimento sul meccanismo di condizionalità finanziaria e sulle criticità da esso sollevate v. I. Spadaro, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, in *federalismi.it*, n. 14/2021, pp. 178-181.

¹¹⁸ P. Manzini, *Verso un recesso de facto della Polonia dall'Unione europea?*, in *Eurojus.it*, n. 4/2021, p. 3.

in linea di principio l'operatività e la validità del principio del primato del diritto dell'Unione anche sulle Costituzioni degli Stati membri¹¹⁹.

Richiamate brevemente le criticità di quanto sancito dal Tribunale costituzionale polacco nella prima parte della sentenza, per comprenderne appieno il portato potenzialmente nefasto nei confronti del processo di integrazione europea, occorre qui necessariamente collegarsi a quanto sostanzialmente affermato nella seconda parte della stessa. A questo proposito, mediante un attacco all'art. 19, par. 1, c. 2, letto sia singolarmente che in combinato disposto con l'art. 2 TUE, l'organo di giustizia costituzionale polacco ha sostanzialmente proceduto ad una neutralizzazione dell'attivismo dimostrato dai giudici polacchi in difesa del principio della tutela giurisdizionale effettiva e dello Stato di diritto, negando loro, da un lato, la possibilità di disapplicare il diritto interno in favore di quello dell'Unione in ossequio al principio dell'efficacia diretta del diritto dell'Unione, nonché, dall'altro lato, la possibilità di attingere in via pregiudiziale alla copiosa giurisprudenza della CGUE in materia di indipendenza dei giudici per sindacare la validità di determinate nomine alle funzioni giurisdizionali poste in essere da istituzioni interne¹²⁰.

4.3. Il richiamo improprio alla teoria dei controlimiti: il preoccupante portato di una crisi *ab origine*.

A questo punto, quanto interessa sottolineare è come, al fine di avvalorare da un punto di vista giuridico e teorico la dichiarata incompatibilità delle citate disposizioni del TUE –

¹¹⁹ Sul primato della Costituzione polacca e sul profilo della sovranità e democraticità dello Stato polacco va segnalato come la sentenza K 3/21 si ponga in linea di continuità con la precedente pronuncia K 18/04 dell'11 maggio 2005 nella quale il Tribunale costituzionale polacco aveva chiarito che né l'art. 90, par. 1, Cost., dove si stabilisce che «la Repubblica Polacca può, sulla base di un accordo internazionale, trasferire ad un'organizzazione internazionale o ad un organo internazionale le attribuzioni degli organi dello Stato su talune questioni», né l'art. 91, par. 3, Cost., il quale stabilisce che «se risulta da un accordo internazionale ratificato dalla Repubblica polacca che istituisce un'organizzazione internazionale, il diritto da essa derivato si applica direttamente, prevalendo, in caso di contrasto, sulle leggi interne», possono costituire il fondamento per delegare in capo ad un'organizzazione internazionale o a un suo organo, la produzione di atti giuridici o l'assunzione di decisioni in contrasto con la Costituzione della Repubblica Polacca. In particolare, le norme indicate non possono giustificare la cessione di competenze in ambiti che provocherebbero disfunzioni nell'ordinamento interno sotto il profilo della sovranità e democraticità dello Stato. Sul punto cfr. K. Witkowska e P. Chrzczonowicz, *I rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario nella ricostruzione della giurisprudenza costituzionale polacca: profili ricostruttivi e spunti problematici*, in *poloniaeuropae*, n. 3/2012, pp. 5-7.

¹²⁰ G. Di Federico, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE*, 13 ottobre 2021, pp. 5-6.

così come interpretate dalla CGUE – con la Costituzione polacca, la narrazione del Tribunale costituzionale e del Governo polacco si sia incentrata sulla riconduzione della sentenza K 3/21 nel novero della giurisprudenza costituzionale dei c.d. controlimiti esterni al diritto europeo, sviluppatasi lungo i 70 anni di integrazione comunitaria – prima – ed eurounitaria – poi – nelle pronunce delle principali Corti costituzionali e supreme degli Stati membri. Il richiamo alla teoria dei controlimiti *extra moenia* può, tuttavia, pacificamente giudicarsi come un’operazione sostanzialmente inopportuna e fuorviante per i motivi presto esposti.

Alla prima anomalia, rappresentata da un’affermazione così generalizzata nella sentenza K 3/21 della superiorità della Costituzione rispetto al diritto dell’Unione, mai rinvenuta nel sindacato *ultra vires* delle altre Corti costituzionali, si associa infatti un profondo travisamento della logica che sottende alla teoria dei controlimiti. La circostanza che ha visto l’instaurarsi del giudizio di costituzionalità su ricorso del Presidente del Consiglio polacco piuttosto che, come in tutte le altre pronunce di sindacato *ultra vires*, su ricorso di giudici¹²¹, nel corso di processi pendenti, ovvero per mezzo di ricorrenti privati¹²², rappresenta, infatti, solo il primo segnale del tradimento dello sforzo integrazionista tra diritto dell’Unione europea e diritto degli Stati membri su cui si basa la teoria dei controlimiti. Più nello specifico, è noto come all’interno dei Trattati – in particolare negli artt. 19 TUE e 267 TFUE – non sia stato riconosciuto il potere di esercitare il sindacato *ultra vires* agli Stati membri, impedendo così a questi ultimi di adottare un’interpretazione del diritto dell’Unione europea difforme da quella fornita dalla CGUE, organo cui invece è stata attribuita la competenza esclusiva, centralizzata e vincolante in materia di interpretazione del diritto dell’Unione in modo tale da garantire, da un lato, l’autonomia del diritto dell’Unione rispetto agli Stati membri nell’esercizio della propria azione e, dall’altro, il principio di uguaglianza tra gli Stati. A fronte di tale “monopolio” interpretativo assegnato alla CGUE dai Trattati, l’Unione europea non si è, tuttavia, mostrata indifferente rispetto alle pronunce intervenute nel corso degli anni da parte delle Corti costituzionali degli Stati membri che, al fine di assicurare a determinati principi e

¹²¹ Si veda ad esempio la vicenda Taricco, che ha visto coinvolte la Corte costituzionale italiana e la CGUE, originatasi a partire dal rinvio pregiudiziale promosso dal GUP del Tribunale di Cuneo con Ordinanza del 17/01/2014.

¹²² Si veda ad esempio la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul *Public Sector Purchase Programme*, originata dalla proposizione di ricorsi individuali da parte di personalità politiche tedesche note per le loro posizioni euro-scettiche (su tutti, Heinrich Weiss, Bernd Lucke, Peter Gauweiler e Markus Kerber).

diritti fondamentali presenti nelle Costituzioni nazionali un livello di tutela maggiore rispetto a quella riconosciuta loro dalla legislazione nazionale attuativa della normativa europea, hanno fatto valere i c.d. controlimiti¹²³. Mostrando, infatti, un certo livello di apertura e sensibilità giuridica alle istanze manifestate da tali sentenze degli organi di giustizia costituzionale europei, il diritto dell'Unione europea, da un lato, ha previsto il rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri nonché il rispetto dei diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni rispettivamente agli artt. 4, par. 2, TUE e 6, par. 3, TUE, e dall'altro lato, ha lasciato che il principio giurisprudenziale del primato o *primauté* del diritto dell'Unione non trovasse un'esplicita positivizzazione all'interno del Trattato di Lisbona¹²⁴. A questo punto, l'elemento chiave per conferire operatività ed effettività a tale rapporto di integrazione tra il diritto dell'Unione e il diritto degli Stati membri è stato individuato nel rinvio pregiudiziale. Tale meccanismo, previsto ex art. 267 TFUE, ha infatti rappresentato lo strumento di dialogo tra la CGUE e le Corti costituzionali nazionali imprescindibile per la ricerca del delicato – e spesso raggiunto con fatica – equilibrio tra principio del primato e tutela dei *nuclei duri* delle Costituzioni degli Stati membri. Proprio alla luce di quanto appena detto, si comprende come il Tribunale costituzionale polacco, sconfessando tale elemento dialogico e non ottemperando all'obbligo di rinvio pregiudiziale previsto ex art. 267 TFUE, abbia proceduto con la sentenza K 3/21 ad un uso distorto e strumentale della teoria dei controlimiti, andando così ad attaccare il principio del primato del diritto dell'Unione, in via unilaterale e a livello sistemico, con una “aggressività” mai prima riscontrata nelle altre pronunce *ultra vires* delle altre Corti costituzionali¹²⁵.

La pervasiva negazione del principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto

¹²³ L.F. Pace, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, l'illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della “crisi” tra Bruxelles e Berlino*, cit., p. 3.

¹²⁴ Il principio del primato è richiamato dalla Dichiarazione n. 17 allegata all'Atto finale che ha adottato il Trattato di Lisbona. In essa si afferma che «per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i Trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei Trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». Sulla fortuna della teoria dei controlimiti *extra moenia* nelle pronunce delle principali Corti costituzionali europee lungo il processo di integrazione europea e sullo sforzo integrazionista del diritto dell'Unione europea cfr. M. Calamo Specchia, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia “militante” all'autodifesa costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2021, pp. 105-109.

¹²⁵ L.F. Pace, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, l'illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della “crisi” tra Bruxelles e Berlino*, cit., p. 3; G. Di Federico, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, cit., p. 6.

nazionale così declinata, se *prima facie* ha l'effetto di offrire un'ulteriore legittimazione giuridica all'attività di elusione delle pronunce della CGUE in tema di sistema giudiziario e Stato di diritto posta in essere dal Governo polacco negli ultimi anni¹²⁶, serba in realtà in sé conseguenze ancora più disastrose. Se letta, infatti, insieme al duplice attacco, realizzatosi – come detto – nella seconda parte della pronuncia, al principio dell'efficacia diretta del diritto dell'Unione e al sistema del rinvio pregiudiziale, essa mette in crisi in un modo neanche troppo surrettizio i principi fondanti e non negoziabili dell'intero edificio di integrazione europea, che proprio nel tritico primato – efficacia diretta – rinvio pregiudiziale trova le proprie fondamenta a partire dalla celebre sentenza *Costa c. ENEL* del 15 luglio 1964.

La domanda che potrebbe sorgere a questo punto potrebbe essere la seguente: cosa ha permesso che si consumasse una così grave crisi nel cammino di integrazione europea? Si è già detto come parte delle ragioni possano rinvenirsi nell'incapacità dell'Unione europea di garantire effettività alla tutela dei propri valori fondanti dinanzi alle riforme adottate dalle autorità polacche¹²⁷. Tuttavia, le origini più profonde di tale situazione di vulnerabilità dell'edificio europeo pare possano individuarsi in un'altra crisi che ha precedentemente interessato – e continua a interessare – l'impianto istituzionale polacco: quella relativa allo stato di salute della democrazia costituzionale polacca, colpita nel suo *cuore pulsante* e cioè il *Trybunał Konstytucyjny*.

La crisi o regressione della democrazia costituzionale polacca, dinanzi alla quale il sistema di condizionalità democratica dell'Unione europea ha potuto – come si è visto – misurare la propria inadeguatezza, ha trovato, infatti, nell'intervento sul Tribunale costituzionale il proprio punto cruciale – dapprima – di avvio e – successivamente – di sviluppo. La sentenza K 3/21 rappresenta, in questo senso la piena dimostrazione di come il Tribunale costituzionale, da essere il primo organo leso dalla deriva illiberale della democrazia in Polonia, ne sia diventato, poi, la fondamentale arma di legittimazione e giustificazione anche dinanzi alle istituzioni europee.

¹²⁶ A. Festa, *Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso Repubblica alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, n. 3/2021, p. 92.

¹²⁷ A. Von Bogdandy e M. Ioannidis, con riferimento alla tutela dei suoi valori fondanti, affermano come l'Unione europea non possa essere una *"lame duck"*, con ciò riferendosi a un soggetto politico i cui poteri sono fortemente limitati o non esercitabili in modo effettivo. Cfr. A. Von Bogdandy e M. Ioannidis, *Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, vol. 51, n. 1/2014, p. 65 ss.

Il percorso di totale assoggettamento del Tribunale costituzionale polacco perseguito e raggiunto dall'endiadi maggioranza parlamentare-Governo a guida PiS tra il 2015 e il 2016¹²⁸ rappresenta, più di ogni altra riforma, la più profonda ferita inferta alla stato di salute della democrazia costituzionale polacca, con inevitabili conseguenze sulla tenuta dell'intero sistema europeo che, è bene rammentare, pur caratterizzato dal principio di autonomia nell'esercizio della sua azione rispetto agli Stati membri, è in ogni caso legato ad essi da un imprescindibile e viscerale rapporto di integrazione.

Il Tribunale costituzionale polacco, così come *impacchettato* dalla compagine parlamentare-governativa PiS¹²⁹, rappresenta oggi un organo di giustizia costituzionale ormai svuotato della propria identità e del proprio ruolo di "custode della Costituzione"¹³⁰. Tramite l'attacco a ciò che, insieme alla revisione costituzionale, è considerato lo strumento di garanzia della rigidità e della vigenza di una Costituzione¹³¹, la Polonia pare mostrare preoccupanti segni di un ritorno alle categorie dogmatiche tipiche della democrazia rivoluzionaria francese di fine Settecento, che nel legislatore virtuoso vedevano l'unico e assoluto garante della volontà generale della Nazione avverso gli interessi particolari e le fazioni e, come tale, legittimamente slegato da qualsiasi vincolo di ordine costituzionale

¹²⁸ Esso si è sviluppato, come si è cercato di ricostruire, mediante 1) la sostituzione dei giudici costituzionali, favorita da alcuni difetti dell'ingegneria costituzionale post-comunista nonché da alcuni errori di valutazione politica della precedente maggioranza; 2) l'intervento legislativo sul funzionamento dell'organo, concretatosi nell'approvazione di leggi di modifica e di una legge completamente nuova sul TC; 3) la mancata pubblicazione delle sentenze ritenute avverse, privandole così di efficacia giuridica. *Supra*, pp. 5-9.

¹²⁹ A. Di Gregorio, *Regressioni costituzionali e corti apicali: i casi di Venezuela, Turchia, Russia, Ungheria e Polonia*, Post-print, accepted manuscript ecc. (versione accettata dall'editore), 2018, pp. 12-13.

¹³⁰ È H. Kelsen a sostenere come sia il Tribunale costituzionale a fungere da custode della Costituzione e non, secondo quanto invece sostenuto da C. Schmitt in relazione alla Costituzione di Weimar, il Presidente del Reich. Per Kelsen, infatti, il Presidente del Reich, pur essendo simbolo dell'"unità del popolo", venendo eletto da una coalizione di partiti politici, e non potendo dunque essere espressione di un'effettiva unità reale, non poteva costituire una garanzia imparziale della Costituzione. Sul punto cfr. H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)*, in Id., *La giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1981, p. 277.

¹³¹ È bene ricordare come a seguito delle elezioni del 2019 la compagine parlamentare-governativa a guida PiS non abbia i numeri per procedere alla revisione della Costituzione polacca, la quale necessita all'interno del procedimento, ai sensi dell'art. 235 della Costituzione polacca, non solo del consenso del *Sejm* a maggioranza di almeno due terzi dei voti in presenza di almeno la metà del numero statutario di deputati, ma anche dell'approvazione del Senato a maggioranza assoluta dei voti in presenza di almeno la metà del numero statutario dei senatori. Sulle garanzie costituzionali della rigidità costituzionale è utile richiamare la classificazione di L. Ferrajoli secondo il quale la Corte costituzionale rappresenta la *garanzia costituzionale secondaria* della rigidità della Costituzione con il compito "di annullare le norme di legge in contrasto con le norme costituzionali sostanziali, nonché di risolvere i conflitti tra poteri generati dagli straripamenti oltre i confini loro ascritti dalle norme costituzionali formali sulle competenze", mentre le norme sulla revisione costituzionale rappresentano *garanzie costituzionali primarie*, consistenti nel "divieto della produzione di norme che manomettano o deroghino a norme costituzionali, sia esso incondizionato o condizionato all'adozione del procedimento aggravato a tal fine predisposto". Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2007, vol. II, p. 89.

nell'esercizio delle proprie funzioni¹³².

In questo senso, tutti i timori paventati a metà dell'Ottocento da Tocqueville in tema di tirannide della maggioranza¹³³ vedono nel caso polacco piena attualizzazione e concretizzazione, data la compiuta atrofizzazione del contropotere giurisdizionale-costituzionale consegnato, proprio come antidoto a tale pericolo, alle democrazie degli ordinamenti europei occidentali dalla teoria costituzionalista della democrazia di kelseniana memoria, di cui lo stesso ordinamento costituzionale polacco, nato nel 1997 a seguito della IV ondata del costituzionalismo interessante l'area europea centro-

¹³² La democrazia rivoluzionaria francese è il frutto del convergere delle differenti impostazioni teoriche dei giacobini e di Sieyès attorno ad alcuni punti fondamentali sulla base del comune approccio rousseauviano al concetto di volontà generale. Entrambe le concezioni considerano la legge come “un valore in sé” che, o come espressione diretta del popolo o come il prodotto della rappresentanza nazionale, essendo espressione della volontà generale, rappresenta lo strumento che, avverso i privilegi e il particolarismo giuridico, è idoneo ad assicurare la certezza del diritto, l'eguaglianza tra gli uomini e a rendere possibili i diritti. Inoltre, per entrambe le concezioni, il potere legislativo non conosce limiti costituzionali, sia esso esercitato direttamente o tramite rappresentanti. In tal senso l'affermazione di Sieyès presente nel *Che cosa è il Terzo Stato?* «in qualunque modo una nazione voglia, basta che voglia» può essere letta in analogia con l'art. 28 della Costituzione giacobina secondo cui “un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future”. La democrazia rivoluzionaria francese può essere dunque considerata una democrazia legislativa, da un lato, perché la fonte di normazione superiore è la legge che non trova alcun limite nella Costituzione, e dall'altro, perché la legge è considerata come espressione della volontà generale della Nazione nonché garanzia dei diritti. Cfr. sul punto G. Bongiovanni e G. Gozzi, *Democrazia*, in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2006, pp. 226-228 e dottrina ivi citata.

¹³³ A. de Tocqueville nella sua opera *La democrazia in America* del 1835 individua, tra le possibili degenerazioni del principio di eguaglianza prodotto dall'avvento della democrazia, la c.d. tirannide della maggioranza, capace di schiacciare l'individuo e le minoranze, in assenza di corpi intermedi tra quest'ultimo e il potere statale centralizzato, rappresentato dal legislatore dotato di un potere eccessivo. Nella seconda *La democrazia in America* del 1840, tuttavia, Tocqueville si distacca dal tema della tirannide della maggioranza, individuando il nuovo pericolo per le libertà nell'“accentramento dei poteri”, cioè nell'avvento di un potere nuovo che tende ad “avocare a sé, con l'avallo dei sudditi, prerogative e attribuzioni un tempo lasciate alle libere scelte individuali” e che porta alla cessione dei diritti allo Stato. Secondo la nuova prospettiva costituzionale assunta da Tocqueville, dunque, il potere da limitare è quello che «tende necessariamente ad assumere l'esecutivo, attraverso gli organi della sua amministrazione». Sulla tirannide della maggioranza cfr. A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, in Id., *Scritti politici*, vol. II a cura di N. Matteucci, Torino, UTET, 1968, p. 297 ss. Sulla limitazione del potere esecutivo cfr. A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, a cura di N. Matteucci, Torino, UTET, 1981, p. 41, p. 180. A parere di chi scrive, il caso polacco è suscettibile di essere letto alla luce dei timori manifestati da Tocqueville relativamente ad entrambi i poteri guardati con sospetto nelle sue opere, data la presenza in Polonia di un potere maggioritario senza limiti, composto dalla maggioranza parlamentare saldata a un governo monolitico e rafforzato, altresì, da un Capo dello Stato elettivo appartenente alla medesima area politica.

orientale¹³⁴, è comunque erede e depositario¹³⁵. Le riforme intervenute nel biennio 2015-2016 vanificano, infatti, l'abile ricostruzione del concetto di democrazia operata proprio da Kelsen nella sua c.d. dottrina giuridica della democrazia costituzionale, nella quale l'essenza della stessa viene identificata "non già nell'onnipotenza della maggioranza ma nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza rappresentano in Parlamento (e quindi nella pace sociale)"¹³⁶. In altre parole, il principio di maggioranza nelle democrazie andrebbe declinato come "principio maggioritario-minoritario", proprio perché nella realtà di una democrazia il diritto della maggioranza presuppone il diritto all'esistenza di una minoranza. La Costituzione, in questo senso, andrebbe a costituire non solo una regola procedurale tesa a stabilire gli elementi formali per la corretta elaborazione della fonte legislativa da parte della maggioranza, ma altresì una regola sostanziale posta a garanzia del rispetto da parte della maggioranza di determinati contenuti valoriali e di principio¹³⁷, in grado di proteggere, in tal modo, le minoranze dai possibili arbitri delle maggioranze. In quella che è, dunque, una democrazia non più solo *procedurale* ma *costituzionale*, la giustizia costituzionale, nell'elaborazione teorica del giurista austriaco, assurge al ruolo fondamentale di organo garante, da un lato, dell'effettivo rispetto sia formale che sostanziale della Costituzione e, dall'altro lato e conseguentemente, della protezione delle minoranze¹³⁸. La medesima funzione è rinvenibile negli attuali sistemi liberal-democratici, eredi – come detto – del pensiero kelseniano, dove la giustizia costituzionale, senza abnegare al proprio ruolo di giudice imparziale, è chiamata a far valere il principio di responsabilità politica, ormai ridimensionato – se non pienamente sconfessato come nel caso polacco – dalla presenza di una maggioranza politica

¹³⁴ Insieme all'area dell'Europa centro-orientale, la IV ondata del costituzionalismo è ricollegabile altresì alle esperienze di transizione democratica che hanno interessato l'Africa e l'America latina. Si considerino a tal proposito le Costituzioni in Centro e Sud America di Brasile (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Uruguay (1984), Nicaragua (1987); in Africa della Repubblica sudafricana (1996), Algeria (1989), Benin (1990), Burundi (1992), Congo (1992), Gabon (1991), Ghana (1992), Gibuti (1992), Madagascar (1992), Mali (1992), Mauritania (1991), Namibia (1990), Niger (1992).

¹³⁵ Non è questa la sede per approfondire sul punto, tuttavia è importante evidenziare come il Rapporto 2020-2021 di *Amnesty International* segnali in Polonia una situazione critica non solo in tema di abuso di potere statale ed indipendenza della magistratura, ma altresì in tema di libertà di riunione, libertà di espressione e associazione, diritti delle persone lesbiche, gay, bisessuali, transgender e intersessuate, diritti sessuali e riproduttivi, diritti di rifugiati e richiedenti asilo. Il Rapporto è disponibile su <https://www.amnesty.it/rapporti-annuali/rapporto-2020-2021/europa-e-asia-centrale/polonia/>.

¹³⁶ H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)*, cit., p. 201.

¹³⁷ H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 154.

¹³⁸ Sul modello costituzionale kelseniano letto come una delle prime articolate formulazioni di una teoria costituzionale democratica v. G. Bongiovanni e G. Gozzi, *Democrazia*, cit., pp. 236-239.

contingente basata saldamente sul blocco maggioritario stabile e omogeneo maggioranza parlamentare-Governo.

La distanza tra un organo di giustizia costituzionale così concepito e l'attuale Tribunale costituzionale polacco pare, in base a quanto sinora detto, evidente nonché fortemente preoccupante, data la strettissima connessione inevitabilmente sussistente tra *custodito* e *custode*, per tali intendendosi, rispettivamente, la Costituzione democratica e l'organo posto a garanzia di quest'ultima.

Il quadro appena descritto fotografa dunque due crisi – quella dell'integrazione europea e quella del *Trybunał Konstytucyjny* – tra loro strettamente comunicanti, e a fronte delle quali l'Unione europea è chiamata a dare un'efficace risposta al fine di evitare che la sentenza K 3/21, che di tali crisi è il più evidente portato, ingenerando comportamenti emulativi da parte di altre Corti costituzionali europee, dia origine in maniera irreversibile al processo disgregativo dell'edificio europeo.

5. Conclusioni (e possibili soluzioni).

Sulla base di quanto si è tentato di argomentare in tale studio, la sentenza K 3/21 del *Trybunał Konstytucyjny* può probabilmente configurarsi come la più drammatica espressione delle debolezze e delle contraddizioni che innervano il sistema di condizionalità democratica edificato dall'Unione europea in sede di allargamento della propria base associativa con specifico riferimento ai Paesi dell'Est europeo. In particolare, con la formula del c.d. *dilemma di Copenaghen*¹³⁹ si suole simbolicamente richiamare la circostanza per cui la previsione, tra i criteri di adesione, della necessaria presenza nello Stato candidato di istituzioni stabili capaci di garantire la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo, il rispetto delle minoranze e la loro tutela, non sia stata assistita dalla predisposizione di un sistema che garantisse, una volta perfezionata l'adesione dello Stato all'Unione, l'effettivo rispetto di tali valori democratici in settori estranei alla competenza

¹³⁹ Il riferimento è al Consiglio europeo tenutosi a Copenaghen il 21 e il 22 giugno 1993 che, in vista dell'allargamento della base associativa ai Paesi dell'Est europeo, vide stabilire il rispetto di determinati standard democratici per l'ingresso nell'UE.

dell'Unione anche durante la *membership*¹⁴⁰. In questo senso, la sentenza polacca disvela appieno il paradosso di una Unione europea rigorosamente vigile sul rispetto dei valori appena richiamati in sede di valutazione del potenziale accesso, ma sostanzialmente disarmata e impreparata, una volta accordata l'adesione, a far fronte alle possibili deviazioni da tali principi-valori perpetrate dagli Stati neo-membri¹⁴¹.

Ciò che interessa, a questo punto, è provare a dare una risposta a due interrogativi. Il primo riguarda il significato e le implicazioni della sentenza K 3/21 dal *lato* polacco. Il secondo concerne, invece, le strade percorribili dall'Unione europea per garantire, mediante un'efficace reazione alla sentenza polacca, la tenuta assiologica dell'intero progetto europeo.

Partendo dal primo quesito, vi è in dottrina chi ha letto, nella sentenza intervenuta, l'accertamento da parte del Tribunale costituzionale polacco della generale incompatibilità della partecipazione della Polonia ai Trattati europei e, pertanto, la volontà implicita di recedere *de facto* dall'Unione europea. Si tratta di una ricostruzione ermeneutica che sfida, da un lato, il dettato dell'art. 50 TUE – contenente la disciplina del recesso dello Stato membro dall'Unione – alla luce dell'interpretazione della CGUE nella sentenza *Wightam e al.* del 10 dicembre 2018 nonché della prassi seguita per la *Brexit*, e dall'altro lato, il dato empirico che vede la Polonia mantenere la ferma volontà di rimanere nell'Unione per sfruttarne al massimo i vantaggi discendenti dalla sua partecipazione soprattutto sul piano economico. La dottrina richiamata colloca, infatti, la Polonia in uno stato di pre-recesso, tale per cui la sentenza, sebbene qualificabile come «decisione conforme alle norme costituzionali di recedere dall'Unione» ai sensi dell'art. 50, par. 1, TUE, necessita in ogni caso di essere notificata in debita forma, non potendo la pubblicazione della stessa in Gazzetta Ufficiale essere letta come notifica al Consiglio europeo della volontà della

¹⁴⁰ Si vedano D. Kochenov, *Eu Enlargement and the Failure of Conditionality: Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008; M. Cremona, *Accession to the European Union: membership conditionality and accession criteria*, in *Polish yearbook of international law*, vol. 25, 2001, pp. 219-240.

¹⁴¹ Negli ultimi anni l'UE ha riscontrato difficoltà nel porre un argine ad alcune deviazioni dagli standard democratici da parte di alcuni Stati membri. Per un confronto v. G. Halmay, *How the EU Can and Should Cope with Illiberal Member States*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2018, pp. 313-339; A. Di Stasi, *Diritti fondamentali e processo di (dis)integrazione europea: una relazione complessa*, in M. C. Baruffi e M. Ortino (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, Bari, Cacucci Editore, 2018, pp. 25-49; P. Mori, *Strumenti giuridici e strumenti politici di controllo del rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri dell'Unione europea*, cit., p. 204 ss.

Polonia di recedere dai Trattati ai sensi dell'art. 50, par. 2, TUE¹⁴². Sulla base, tuttavia, della registrata volontà della Polonia di non notificare alcuna decisione di recesso dall'Unione, si apre conseguentemente alla possibilità di concepire un recesso dall'Unione che esuli dalla procedura prevista ex art. 50 TUE e si basi, invece, su un corollario del principio fondamentale di diritto internazionale *pacta sunt servanda*, secondo cui la volontà di uno Stato di appartenere a un sistema pattizio deve non solo manifestarsi nel momento genetico, ma altresì protrarsi nel tempo dando continuità alla volontà medesima. In questo senso, nella misura in cui si consideri la sentenza K 3/21 il naturale strumento di legittimazione di una sistematica e generalizzata disapplicazione del diritto dell'Unione a favore del diritto nazionale, dante luogo, come tale, ad una netta cesura rispetto alla volontà di adesione al progetto europeo da parte delle autorità di Varsavia, l'Unione europea, e in particolare il Consiglio europeo, si troverebbe nella semplice posizione di dover constatare l'avvenuto recesso della Polonia, manifestato tramite *facta concludentia*. La detta constatazione da parte del Consiglio europeo rappresenterebbe una mera presa d'atto di una scelta già compiuta, e non, dunque, l'esercizio di autotutela ovvero l'estromissione di uno Stato membro, ipotesi entrambe non ammesse dall'ordinamento dell'Unione¹⁴³. La ricostruzione ermeneutica menzionata, sebbene arricchita dal sostegno normativo e assiologico dell'art. 49 TUE che impone agli Stati che facciano domanda di adesione di rispettare e di impegnarsi a promuovere i valori consacrati dall'art. 2 TUE, sconta tuttavia il peso del dato empirico che vede non solo il Governo impegnarsi in una – a tratti paradossale – narrazione *pro-membership* nelle sedi dell'Unione, ma altresì lo stesso popolo polacco rivendicare con forza la propria identificazione con il progetto europeo¹⁴⁴. Per quanto riguarda, invece, il secondo interrogativo, forti perplessità emergono, innanzitutto, in merito all'eventuale utilizzo dell'art. 7 TUE e del ricorso per inadempimento. Il permanere delle difficoltà applicative della procedura posta a tutela dei

¹⁴² Osta a tale assimilazione il dettato dell'art. 50, par. 2, TUE ai sensi del quale «lo Stato membro che decide di recedere notifica tale intenzione al Consiglio europeo». La notifica, dunque, deve esprimere in maniera chiara l'intenzione di recedere. Per un approfondimento su chi, invece, sostiene la riconducibilità della sentenza K 3/21 alla disciplina dell'art. 50 TUE v. H. C. H. Hofmann, *Sealed, Stamped and Delivered – The Publication of the Polish Constitutional Court's Judgment on EU Law Primacy as Notification of Intent to Withdraw under Art. 50 TEU?*, in <https://verfassungsblog.de/sealed-stamped-and-delivered/>, 13 ottobre 2021; all'interno del medesimo filone di pensiero, C. Hillion, *Poland and Hungary are withdrawing from the EU*, in <https://verfassungsblog.de/poland-and-hungary-are-withdrawing-from-the-eu/>, 27 aprile 2020.

¹⁴³ P. Manzini, *Verso un recesso de facto della Polonia dall'Unione europea?*, cit., pp. 6-8.

¹⁴⁴ Si veda ad esempio *Mass protests in Poland amid EU exit fears*, in *BBC News*, 11 ottobre 2021, disponibile su <https://www.bbc.com/news/world-europe-58863680>.

valori UE, da un lato, e la scarsa efficacia nonché l'inopportunità del ricorso ex art. 258 e 260 TFUE a fronte di una violazione così ampia dell'*ethos* europeo, dall'altro, conducono a cercare la soluzione altrove. Mettendo, a questo punto, da parte la pur suggestiva, ma utopica, soluzione *internazionalistica* del recesso congiunto dall'Unione degli Stati membri *volenterosi* che, volendo proseguire il proprio cammino di integrazione, decidano di dar vita ad una nuova organizzazione internazionale dotata di un maggior grado di integrazione e di un sistema efficace di tutela dei propri valori fondanti¹⁴⁵, le soluzioni che paiono avere un maggior margine di percorribilità sono quelle di carattere in un certo senso *pratico*. La prima è di matrice economico-normativa e consiste nel subordinare l'approvazione del Piano di ripresa e resilienza (PNRR) polacco, e la conseguente erogazione dei fondi previsti dal *Next Generation EU* per la Polonia, al superamento da parte delle autorità di Varsavia delle criticità in tema di Stato di diritto e, in particolare, di indipendenza del potere giudiziario. La scelta di intraprendere tale percorso, probabilmente sollecitata dal ricorso in carenza presentato dinanzi alla CGUE dal Parlamento europeo contro la Commissione per la mancata applicazione del regolamento sulla condizionalità finanziaria dello Stato di diritto¹⁴⁶, ha visto un primo segnale di concretizzazione in quanto dichiarato, in data 7 dicembre 2021, dal commissario europeo per il commercio Valdis Dombrovskis relativamente al blocco dell'erogazione da parte della Commissione, per le ragioni su richiamate, della prima quota del finanziamento a favore della Polonia, pari a circa cinque miliardi di euro¹⁴⁷. La soluzione richiamata, pur caratterizzandosi per una grande forza persuasiva, legata alla propria capacità di fare leva sul movente economico, serba tuttavia in sé rilevanti rischi per la tenuta dell'edificio europeo. Non va esclusa, infatti, la possibilità che la subordinazione dell'erogazione dei fondi europei all'attuazione delle riforme richieste possa offrire ulteriori argomenti alla narrazione anti-UE delle

¹⁴⁵ È G. Di Federico a prefigurare la possibilità, pur ammettendone i tratti utopici, della costituzione di una nuova organizzazione internazionale che sia migliorata e semplificata sotto il profilo istituzionale; con maggiori competenze in campo economico, fiscale, sociale e sanitario; maggiormente accessibile e comprensibile per i cittadini dei futuri Stati membri; aperta e solidamente ancorata al rispetto dei diritti fondamentali; dotata di strumenti idonei a difendere i propri valori fondanti e fondativi. Cfr. G. Di Federico, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, cit., p. 8; C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polesis? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, cit., p. xxix.

¹⁴⁶ Si veda *Il Parlamento avvia un procedimento legale contro la Commissione sul meccanismo dello stato di diritto*, disponibile su <https://the-president.europarl.europa.eu/it/newsroom/il-parlamento-avvia-un-procedimento-legale-contro-la-commissione-sul-meccanismo-dello-stato-di-diritto>.

¹⁴⁷ *Judicial spats set to delay EU recovery funds to Poland and Hungary*, in *Financial Times*, 7 dicembre 2021, disponibile su <https://www.ft.com/content/9137780a-3b6b-4b92-a6d5-da29941183c2>.

autorità governative di Varsavia che ben potrebbero parlare, a questo proposito, di una ingerenza inaccettabile da parte delle istituzioni europee sulla sovrana discrezionalità del Governo e del Parlamento nazionali, espressione in via mediata della volontà popolare, alimentando conseguentemente spinte centrifughe ai danni del progetto europeo. Dinanzi a tali rischi disgregativi, un'altra soluzione percorribile per reagire con fermezza alla sentenza K 3/21 è di natura giurisprudenziale e consiste, in particolare, nell'intervento della CGUE a difesa della struttura europea sulla base, questa volta, dell'affermazione, e della conseguente applicazione, del c.d. principio di obbligo di non regressione nella tutela dei valori dello Stato di diritto. Tale principio, ricavato ermeneuticamente dalla CGUE nella sentenza *Repubblika c. Il-Prim Ministru* del 20 aprile 2021 in tema di indipendenza dei giudici maltesi¹⁴⁸, si basa sull'integrazione del combinato disposto degli artt. 2 e 19 TUE con l'art. 49 TUE. Dalla lettura congiunta di tali articoli la Corte, nella sentenza citata, afferma, infatti, come tutti gli Stati membri, mediante l'atto di adesione, abbiano scelto liberamente e volontariamente di aderire anche ai valori comuni, promuovendone il rispetto. In conseguenza di ciò, il rispetto da parte di uno Stato membro dei suddetti valori rappresenta una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei Trattati a tale Stato membro, il quale, pertanto, non può modificare la propria normativa, anche di natura costituzionale, in modo da comportare una regressione dello Stato di diritto e, in particolar modo, della garanzia di indipendenza dei giudici, che ne costituisce uno degli elementi più determinanti¹⁴⁹. Per quanto riguarda, poi, l'individuazione del punto di non regressione, dalla lettura della sentenza emerge come esso vada ricondotto all'assetto ordinamentale vigente al momento dell'adesione dello Stato membro all'Unione e, dunque, nel caso di specie riguardante Malta, al 2004¹⁵⁰. I motivi che spingono a considerare tale sentenza come una possibile soluzione per reagire efficacemente allo strappo consumato dal Tribunale costituzionale polacco sono presto detti. Sebbene *prima facie* il principio di non regressione affermato nel caso *Repubblika* non paia potersi accostare alla vicenda polacca¹⁵¹, dalla sentenza stessa emergono, tuttavia, i segnali di una certa volontà

¹⁴⁸ Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza del 20 aprile 2021, *Repubblika contro Il-Prim Ministru*, causa C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311.

¹⁴⁹ Si veda in particolare *Repubblika c. Il-Prim Ministru*, pt. 63.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pt. 60.

¹⁵¹ La regressione cui fa riferimento la pronuncia *Repubblika* sembra essere esclusivamente quella imputabile a riforme legislative, così escludendo le involuzioni legate a pronunce giurisprudenziali come, ad esempio, la sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco.

perseguita dalla CGUE di estenderne l'applicabilità ad altri casi futuri. In particolare, la scelta – di politica giudiziaria – di definire in Grande Sezione un caso non particolarmente controverso, da un lato, nonché il carattere quasi superfluo del richiamo a tale principio, non necessario per la risoluzione del caso concreto, dall'altro, restituiscono all'osservatore quantomeno la sensazione che l'obiettivo specifico della CGUE sia stato quello di premunirsi di uno schema teorico da applicare in controversie vertenti su violazioni simili, aprendo, così, a se stessa un nuovo percorso argomentativo idoneo a garantire una più efficace tutela dello Stato di diritto¹⁵². In questo senso, qualora si presentasse l'occasione, estendere l'applicabilità del principio di non regressione anche alla vicenda polacca rappresenterebbe, forse, la via più saggia, nonché la più giuridicamente accettabile in luogo del *ricatto economico* rappresentato dal blocco dei fondi del *Recovery Plan*, per risolvere il conflitto sullo Stato di diritto e sciogliere, in tal modo, il citato *dilemma di Copenaghen*, dimostrando che quanto richiesto agli Stati nella fase di adesione all'Unione non solo non possa mai essere messo in discussione ma rappresenti, invero, solo il punto di partenza di un processo di integrazione europea in costante accrescimento.

Abstract: Il presente saggio si propone di leggere la pronuncia K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco intervenuta il 7 ottobre 2021 come l'inclemente esito dell'acuirsi e del contemporaneo intersecarsi negli ultimi anni di due differenti crisi: la crisi della democrazia costituzionale in Polonia e la crisi del processo di integrazione europea. La giurisdizionalizzazione dinanzi al *Trybunał Konstytucyjny* del confronto tra Bruxelles e Varsavia evidenzia, infatti, come gli sforzi messi in atto dalle istituzioni europee dinanzi alle perpetrate violazioni dello Stato di diritto poste in essere a partire dal 2015 dal Governo polacco a guida PiS, in particolare in tema di riforme del sistema giudiziario, non siano serviti ad evitare uno scontro frontale, consumatosi con la pronuncia citata, che pare gettare significative ombre, da un lato, sul futuro democratico della Polonia e, dall'altro e conseguentemente, sul percorso di integrazione dell'Unione europea stessa.

Abstract: The present essay aims to read the ruling K 3/21 of the Polish Constitutional

¹⁵² G. Battaglia, *La nomina dei giudici maltesi e il principio di non regressione nella tutela dello Stato di diritto: l'“onda lunga” del caso Repubblica*, in *Giustizia Insieme*, 5 novembre 2021; A. Festa, *Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso Repubblica alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco*, cit., pp. 89-93.

Tribunal that took place on 7 October 2021 as the inclement outcome of the sharpening and simultaneous intersection in recent years of two different crises: the crisis of constitutional democracy in Poland and the crisis of the European integration process. The jurisdictionalisation before the *Trybunał Konstytucyjny* of the confrontation between Brussels and Warsaw shows, in fact, how the efforts made by the EU institutions in the face of the violations of the rule of law carried out since 2015 by the Polish PiS-led Government, in particular in terms of reforms of the judicial system, have not served to avoid a frontal clash, consumed with the aforementioned pronouncement, which seems to cast significant shadows, on the one hand, on the democratic future of Poland and, on the other and consequently, on the path of integration of the European Union itself.

Parole chiave: Tribunale costituzionale polacco – Primato del diritto dell’Unione europea – crisi – democrazia costituzionale – integrazione europea.

Key words: Polish Constitutional Tribunal – Primacy of European Union law – crisis – Constitutional Democracy – European integration .