

La collisione insanabile tra diritto europeo primario e diritto costituzionale interno come prodotto della manomissione ermeneutica di quest'ultimo

di Jan Sarwicki

Abstract: The unavoidable collision between primary European law and internal constitutional law as a product of an hermeneutic tamper of the latter – There is an argument which allows to put in doubt the alleged incompatibility between EU law and Polish constitutional law, as it seems to have appeared following CJEU Judgment, C-791/19, and Decision in case K 3/21 by the captured Polish Constitutional Tribunal (which in turn is the response to another CJEU decision, in case *A.B.*). Contrary to the official judicial or governmental opinion, endorsed by authors who for some reason surrendered to the new illiberal course (and storytelling) in some EU countries, nothing basically appears to have changed in the Court's case-law guideline, or in the system of values it professes, apart from the new challenges the Court itself is called to take up. Instead, one or two clues of overruling have taken place in domestic judicial decisions – in strictly understood rule of law matters –, and they might well explain why the self-proclaimed long-term continuity in internal jurisprudence, concerning the relationship between national and EU law, is nothing but appearance.

3601

Keywords: EU Court of Justice; Non-regression; Polish Constitutional Tribunal; national and EU law; illiberal justice; democratic backsliding; Polesxit.

1. Introduzione

Tra le bizzarrie della mutazione di un ordinamento in senso illiberale può rientrare anche la capacità di quest'ultimo, a trasformazione avvenuta, di presentare la discontinuità come continuità, di far passare come perfettamente compatibili con alcune remote pietre miliari – pacificamente condivise anche con ordinamenti vicini e ancora di derivazione liberale – mutamenti di indirizzo giurisprudenziale, se ancora tali ci si vuole ostinare a considerarli, che invece sono di grande rilievo¹. L'operazione di travestimento della discontinuità in continuità può essere utile sul piano della comunicazione esterna ma richiede alcuni passaggi per essere compiuta, ed estrema attenzione per essere ricostruita e interpretata *ex post*.

¹ Questa prassi rientra in quel fenomeno, tipico in Europa soprattutto dei sistemi illiberali polacco e ungherese, che è stato definito di «autocratic legalism» per la sua capacità di nascondere obiettivi autoritari dentro schemi giuridici apparentemente rispettosi del principio di legalità (K.L. Scheppele, *Autocratic Legalism*, *The University of Chicago Law Review*, 2, 2018, 545 ss).

Questo è il contesto più generale in cui va letto, secondo chi scrive, lo stadio attuale e puntuale della controversia tra la Polonia e l'Unione europea in merito all'alterazione dell'ordinamento giudiziario interno, rispetto al quale un'attenta dottrina ha osservato un attivismo notevole dei giudici polacchi nel presentare rinvii pregiudiziali cui a lungo ha corrisposto una certa ritrosia da parte della Commissione europea nell'avviare procedure di infrazione *ex art. 258 TFUE*², con il che si lamenta un'efficacia tardiva e gravemente carente dell'Unione nel complesso a reagire a lesioni dello stato di diritto, dovuta ai rimedi più limitati delle pronunce rese invece ai sensi dell'art. 267 TFUE. I fatti più recenti da questo punto di vista si compongono di due pronunce della Corte di giustizia, la sentenza C-791/19 del 15 e l'ordinanza C-204/21 R del 14 luglio 2021, di una pronuncia del Tribunale costituzionale polacco già resa anch'essa il 14 luglio (P 7/20), e della sentenza nel caso K 3/21, di capitale importanza, spasmodicamente attesa a sua volta fin dal 15 luglio ma che è stata rinviata innumerevoli volte fino alla faticosa pronuncia del 7 ottobre³. Pur con differenze di dettaglio sulle cause del contendere, tutte queste decisioni ruotano intorno alle stesse questioni, che in un'accezione restrittiva riguardano le garanzie di indipendenza della magistratura polacca, ma in un quadro più ampio coinvolgono la compatibilità dell'ordinamento interno con quello europeo, e dunque – in prospettiva – la stessa appartenenza della Polonia all'Unione. Così introdotto il tema del presente contributo, si desidera aggiungere una premessa metodologica. Tra le molteplici chiavi di lettura del conflitto in discussione, ve ne può essere una esclusivamente eurounitaria che è forse quella più facile da accogliere in molte sedi, anche se rischia di apparire astratta per i cittadini di uno stato membro interessato, mentre una lettura che si limitasse alla sola dimensione nazionale, prima ancora delle note critiche relative al 'diritto straniero', rischia di scontare provincialismo. Invece la più complessa delle interpretazioni sembra essere però anche la più completa, ovvero quella che sappia tener conto di alcuni profili legati ad entrambi gli ordinamenti, così diversi tra loro per territorio, storia, lingua e linguaggio giuridico. È quella che qui si prova ad offrire. Non fosse per altro,

² L. Pech, D. Kochenov, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: a Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, Stockholm, 2021, che parlano (p. 64) di «parsimonious as well as painstakingly slow use of the infringement procedure by the Commission», in contrasto con «the unprecedented rapidity of Poland's descent into authoritarianism». Nello stesso volume (p. 95) si sono calcolati ben 37 rinvii pregiudiziali da parte dei giudici polacchi, ritenuti peraltro indice di un trend crescente a livello continentale, con l'art. 267 ormai elevato a strumento per la difesa dell'indipendenza dei giudici.

³ Si lascia a margine la pur importante sentenza *Reczkowicz c. Polonia* (43447/19), della Corte europea dei diritti dell'uomo (prima sezione), ed emessa il 22 luglio, che sancisce vizi di procedura nella nomina di giudici alla Corte suprema a causa della mutata composizione del Consiglio nazionale della magistratura (KRS) tale da precludere l'indipendenza di tale organo da legislativo ed esecutivo. La sentenza si riferisce alle sole nomine alla Corte suprema ma, data la pendenza di numerosi altri ricorsi, si può ritenere che sarà solo il punto di avvio per mettere in discussione la nomina di altre centinaia di giudici polacchi.

la dimensione nazionale e quella europea vanno considerate insieme perché non vi è più alcuna delle decisioni citate che non sia causa e ad un tempo conseguenza diretta, anche se non immediata, di pronunce adottate nella sede contrapposta, e non avrebbe ormai quasi più senso trattare ciascuna di esse in modo isolato.

2. Il versante europeo della saga sul giudiziario polacco. Commissione contro Polonia (C-791/19)

La più importante di queste, a livello europeo, è la sentenza nella causa *Commissione contro Polonia* (C 791/19) del 15 luglio, determinata da un ricorso per inadempimento risalente all'ottobre 2019⁴. La sentenza pone fine a una lunga controversia, quella avente forse carattere più generale, constatando in via definitiva la violazione dell'art. 19 TUE⁵ (ma, al di là di contestazioni intorno alla sua applicabilità nel caso, viene evocato a più riprese anche l'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali, specie come criterio di interpretazione dello stesso art. 19) ad opera di una serie di misure legislative interne. Si tratta nello specifico della legge sulla Corte suprema dell'8 dicembre 2017, della legge recante modifiche alla legge sul Consiglio nazionale della magistratura, sempre dell'8 dicembre 2017, e della legge sulle giurisdizioni di diritto comune nella sua versione consolidata del 2019. Le violazioni accertate riguardano in particolare l'indipendenza della nuova Sezione disciplinare istituita presso la Corte suprema polacca, il rischio che le cause deferite alla competenza in secondo grado di quest'ultima vertano anche sul merito di concrete pronunce giurisdizionali, la discrezionalità attribuita al presidente della stessa sezione nel designare, ove competente, il giudice disciplinare di primo grado – con il che si contravviene al principio del giudice precostituito per legge – e una marchiana violazione del *ne bis in idem* nei confronti dei giudici soggetti a tali procedure. Infine viene censurata la violazione dell'art. 267 TFUE derivante dal fatto che la stessa formulazione vaga della legge nazionale consente, come già in effetti avvenuto, di quanto meno avviare procedimenti disciplinari per la mera attivazione di un rinvio pregiudiziale⁶. Va puntualizzato che le censure sul

⁴ Per un primo commento L. Pech, *Protecting Polish Judges from Political Control. A Brief Analysis of the ECJ's infringement ruling in Case C-791/19 (disciplinary regime for judges) and order in case C-204/21 R (muzzle law)*, in *VerfBlog*, 20 Juli 2021.

⁵ Sul problema dei limiti *ratione materiae* dell'art. 19 alla competenza della CGUE v. ora I. Spadaro, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, in *Federalismi.it*, 14/2021, 198 ss.

⁶ In una vicenda analoga, riguardante l'Ungheria, pende presso la Corte il caso C-564/19. È però il caso di osservare che l'Ungheria svolge attualmente un ruolo molto meno rilevante nello scontro sulla *rule of law*, per lo meno sul versante dell'indipendenza dei giudici, paradossalmente perché questi ultimi sono stati meno attivi nella sua difesa. Ma per un esempio contrario, con una comparazione tra i due casi sotto questo specifico profilo, B. Bakó, *Judges Sitting on the Warsaw-Budapest Express Train: The Independence of Polish and Hungarian Judges Before the CJEU*, in *European Public Law*, 26, 2020, 587 ss.

nuovo sistema disciplinare polacco non si limitano a un singolo aspetto ma lo colpiscono per così dire su due fronti, quello che ha posto in essere sanzioni innovative e quello delle istituzioni appositamente create o modificate per darvi applicazione, intimidendo i magistrati non compiacenti verso il nuovo indirizzo politico governativo⁷. Ciò, verosimilmente, nella consapevolezza che mantenere in piedi una di queste due innovazioni potrebbe costituire un ripristino inadeguato dei principi del diritto europeo in tema di protezione giurisdizionale, soprattutto sul versante della possibile applicabilità discrezionale di un apparato sanzionatorio che potrebbe restare comunque illiberale anche quando fosse stato restaurato un giudice indipendente precostituito per legge. Saranno di seguito considerati entrambi questi elementi, cominciando da quello dell'indipendenza.

Una parte dell'argomentazione usata dalla Corte si può definire tradizionale, e richiama una sua giurisprudenza ormai ritenuta pacifica. Ciò avviene in particolare ove si ribadisce a più riprese il principio secondo cui un coinvolgimento anche accentuato dei poteri politici, e persino dell'esecutivo, nel reclutamento dei giudici, non è tale da giustificare in sé allarme, alla condizione che poi a tali giudici siano assicurate garanzie soddisfacenti di indipendenza. Si tratta di un'adesione, a tratti anche esplicita, ad una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che è assai più risalente nei decenni ma che è stata ancora di recente confermata⁸. Con ciò la Corte non si limita tanto a ripetere quasi una formula di rito, quanto sembra prendere le mosse da questo principio – inteso alla lettera, come punto di partenza – per giustificare e legittimare altre organizzazioni del giudiziario nelle quali, se si osserva il dato normativo con onestà intellettuale, ad ogni evidenza risulta che un tasso di politicità è così accentuato da risultare ancor oggi non certo inferiore a quello che è stato raggiunto in Polonia (e ciò può valere per il più grande per popolazione come per il più piccolo degli Stati membri dell'Unione: la Germania e Malta). La Corte sottolinea questo aspetto (punto 103 della decisione) con un rinvio alla propria stessa recente sentenza *Land Hessen* (C-272/19), ove si prende atto del persistente coinvolgimento della politica nella selezione delle magistrature tedesche, nello specifico a livello di *Land*, ed è interessante che il suo giudizio sotto questo aspetto coincida con quanto il governo polacco ha inteso far valere in questo come in altri casi. Ma la concordia finisce qui. La Corte sottolinea in diversi passaggi, infatti, che le garanzie di indipendenza devono essere così sviluppate, e così articolate dal contesto complessivo della normativa, da permettere di fugare ogni possibile dubbio,

⁷ Dubbi al riguardo sono espressi da W. Sadurski, *The Disciplinary Chamber May Go – but the Rotten System will Stay*, in *VerfBlog*, 11 August 2021, secondo cui anche l'eventuale soppressione della sezione disciplinare, già prospettata dal governo, non sarebbe in sé sufficiente a impedire la possibilità che i giudici seguitino ad essere in altra sede ad essere perseguiti per il merito della propria attività (con ciò ritenendosi implicitamente insufficienti le decisioni della Corte sull'apparato sanzionatorio in generale).

⁸ *Ástráðsson c. Islanda* (26374/18).

anche nello stato d'animo (*esprit* nella versione francese della sentenza) degli utenti della giustizia, quanto all'impermeabilità degli organi di giustizia rispetto a elementi esterni ma anche alla sua neutralità rispetto agli interessi che vengono in rilievo nelle singole controversie. L'aspetto di più immediata intuizione dell'indipendenza, quello che appartiene al senso comune, riferito ai condizionamenti esterni, non sembra qui assumere particolare rilievo. Da un lato non si può negare come il requisito citato sfiori anche fattori soggettivi e persino psicologici che sono più difficili da sondare in una sede giudiziaria, anche se la loro importanza è innegabile. Dall'altro si tratta pure di un argomento tradizionale, perché è quello che coinvolge la c.d. indipendenza interna, che le Corti europee assimilano anche all'imparzialità e terzietà del giudice, all'esigenza di un suo asettico distacco e non coinvolgimento, vuoi di tipo emotivo vuoi per interessi personali, nelle cause che si trova ad esaminare⁹, e che è un punto assai opportunamente richiamato in quanto assolutamente cruciale nella controversia relativa alla Sezione disciplinare polacca. Ma che questo aspetto dell'indipendenza giudiziaria sia più sfuggente, o quantomeno richieda uno sforzo più elevato di argomentazione, è confermato dalle formule spesso reiterate dalla Corte, quando per esempio parla di «mancanza di apparenza di indipendenza o di imparzialità» tale da «ledere la fiducia che la giustizia deve ispirare ai singoli o alle parti in giudizio in una società democratica».

Su questo punto sembra opportuno soffermarsi brevemente, perché è quello segnato forse dal maggiore dissenso tra Lussemburgo e Varsavia (governativa), ma anche dal maggiore tasso di incomunicabilità tra i due ordinamenti, che pretendono di parlare delle stesse cose quando invece fanno riferimento a oggetti alquanto differenziati. Quando la Polonia risponde alle argomentazioni della Commissione circa l'indipendenza dei suoi giudici, infatti, quanto ai soggetti investiti dal giudizio fa deliberatamente riferimento a quelli di nuova nomina componenti la Sezione disciplinare (punto 70), e quanto al profilo dell'indipendenza si limita a quella esterna, vale a dire all'assenza di meccanismi normativi espressi di pressione ad opera di altri poteri od organi¹⁰. Quando la Corte respinge le obiezioni della Polonia, facendo largamente propri gli argomenti della Commissione, da un lato svolge una panoramica del complesso dei giudici nazionali senza limitarsi ad alcuni, e dall'altro ricomprende tutti gli aspetti dell'indipendenza, incluso quello interno sopra accennato. Per accreditare l'indipendenza di alcuni precisi giudici, il governo polacco indica una serie di garanzie riferite proprio a quelli la cui indipendenza è messa in discussione

⁹ Su questo S. Adam, P. Van Elswege, *L'exigence d'indépendance du juge, paradigme de l'Union européenne comme union de droit*, in *Journal de droit européen*, 2018, p. 335, ove si sottolinea come «le tribunal doit être subjectivement impartial, c'est-à-dire qu'aucun de ses membres ne doit manifester de parti pris ou de préjugé personnel, l'impartialité personnelle se présument jusqu'à preuve du contraire».

¹⁰ Per quanto anche questo aspetto sia toccato dalla c.d. *muzzle law*, che arriva a coinvolgere pesantemente aspetti di indipendenza esterna.

dalla Commissione – sebbene sotto altri profili – e ne mette in rilievo immunità, inamovibilità, autonomia finanziaria, trattamento economico elevato che sarebbe giustificato da incompatibilità non previste per giudici di pari grado. Ma paradossalmente sono proprio questi ultimi elementi ad essere considerati critici e problematici dai giudici di Lussemburgo (punto 110) per la loro capacità di generare i dubbi sopra evocati, e ciò in considerazione del contesto in cui tali giudici, quelli della nuova Sezione disciplinare, sono stati chiamati a ricoprire i propri incarichi.

Questa situazione, per cui la Commissione ha già parlato di «*rupture structurelles*» e di Sezione creata «*ex nihilo*» (punti 64-65), fa concludere alla Corte – con espressioni più delicate – che il «*contexte particulier*» e le «*conditions objectives*» in cui è stata istituita la Sezione, insieme ad altre caratteristiche tra le quali la maniera in cui i suoi membri sono stati nominati, sono tali da ingenerare i dubbi di indipendenza nel senso di cui si è già detto (punto 112)¹¹. Uno dei più decisivi elementi tali da creare questo contesto particolare, nelle considerazioni della Corte già svolte in sentenze precedenti, risale alla composizione del Consiglio nazionale della magistratura (KRS), della quale si torna a lamentare la quasi totale politicizzazione compiutasi con le riforme contestate. Essa consiste nel fatto che anche i membri togati del Consiglio sono ora eletti dalle due assemblee legislative nazionali, la Dieta e il Senato (con prevalenza della prima), così da portare a 23 su 25 i componenti del collegio che sono espressione diretta o mediata dei poteri legislativo ed esecutivo.

Da questo punto di vista, e se ci si attiene al dato strettamente normativo, anche altri ordinamenti giudiziari di importanti Stati membri sono oggetto di critica per un simile coinvolgimento del legislativo e in particolare lo è stata la Spagna, anche in questo caso dopo un primo periodo in cui i togati furono scelti dai loro pari¹². Essa, però, non è mai giunta a suscitare un allarme così acuto da trascinarla in uno scontro giudiziario a livello continentale capace di mettere in dubbio la condivisione di valori europei fondamentali come quelli richiamati nell'art. 2 TUE, e forse per due motivi. Il primo è che è mancata nel caso spagnolo quella rottura strutturale traumatica, quella creazione di istituzioni *ex nihilo* che ha portato la Corte di giustizia a concludere più volte per l'illegittimità di soluzioni giuridiche che in altri contesti essa ha considerato del tutto legittime. Ma il secondo motivo, peraltro collegato al primo, è che l'elezione dei membri togati dell'omologo organo spagnolo avviene con una maggioranza qualificata tale da fare in modo che sia scongiurato il monopolio di una coalizione di governo o persino di un singolo partito. In questo modo la commistione della politica con

¹¹ Di un contesto più generale riferito alle modifiche dell'organizzazione giudiziaria si discute anche al punto 88.

¹² Più ampie considerazioni in A. Torres-Pérez, *Judicial Self-Government and Judicial Independence: the Political Capture of the General Council of the Judiciary in Spain*, in *German Law Journal*, 19 (7), 2018, 1771 ss. Si v. anche J. Urías, *Spain has a Problem with its Judiciary*, *VerfBlog*, 15 January 2020.

l'autogoverno dell'ordine giudiziario, più o meno impropria, non viene certo evitata ma quanto meno stemperata in un pur discutibile meccanismo di condivisione e limitazione reciproca tra le principali forze politiche, ciò che non avviene nel caso polacco. Ed è invece proprio quest'ultima circostanza ad aver giustificato l'allarme legato alla «*rupture structurelle*» e al «*contexte particulier*» denunciati dalla Commissione e sostanzialmente condivisi dalla Corte. D'altra parte la maggioranza qualificata rifletteva in Spagna la convinzione della necessità di condividere ampiamente non solo la fonte utilizzata, nella specie la legge organica, ma anche le singole decisioni prese a ripetizione in applicazione della stessa legge.

La controversia però non si limita alle nuove istituzioni create o appositamente rinnovate per sanzionare i giudici polacchi, ma si estende all'impianto normativo creato a tale scopo, evidenziando chiaramente quanto l'uno sia propedeutico all'altro¹³. Come già nel procedimento di nomina dei giudici, ma stavolta in termini ancora più ovvi, ad essere contestato è l'apparato di sanzioni disciplinari predisposto nei confronti dei magistrati. Vengono contestate formulazioni ed enunciati legislativi la cui genericità è tale da legittimare dubbi in merito al fatto che essi possano essere utilizzati per motivi estranei alle ipotesi di comportamenti gravi nell'esercizio delle proprie funzioni, di condotte lesive del prestigio dell'ordine o di una palese malafede nell'applicazione del diritto, ma che possono invece consentire di entrare nel merito di puntuali decisioni giudiziarie. Rientrano tra queste espressioni come «violazione manifesta e flagrante delle norme giuridiche», o anche «errori» che si traducono in una «violazione manifesta delle norme giuridiche» (senza l'aggiunta della flagranza, il che è visto come un'aggravante). Dall'insieme di queste disposizioni, che si vanno ad aggiungere alle preesistenti cause di responsabilità disciplinare, la Corte fa discendere – tenendo sempre a mente il contesto generale – che il loro sovrapporsi alla già accertata mancata indipendenza dei giudici chiamati a conoscere i procedimenti a carico dei possibili accusati costituisce violazione del diritto europeo primario. In questo caso il versante dell'indipendenza giudiziaria che si ritiene colpito è chiaramente quello esterno e che, ad un tempo, è più oggettivamente inquadrabile in formulazioni normative e sanzionabile con motivazioni chiare, come si riscontra dall'espressione ora usata dalla Corte, per cui le norme contestate possono essere utilizzate per generare «*des pressions et un effet dissuasif, susceptibles d'influencer le contenu de leurs décisions*». Si ha dunque la situazione in cui un apparato normativo repressivo è lo strumento, quasi il *trait d'union*, che può consentire a un gruppo di magistrati dei quali è in dubbio l'indipendenza (interna o imparzialità) di minacciare l'indipendenza (esterna) di altri magistrati, peraltro per il tramite di procuratori disciplinari strettamente legati al ministro della giustizia.

¹³ W. Sadurski, *The Disciplinary Chamber*, cit.

È alla luce di questa premessa che può trarsi una parziale conclusione. L'affermazione reiterata della Corte per cui non importano o comunque hanno rilievo molto ridotto le modalità con cui sono nominati i giudici, persino se ciò avviene con una partecipazione di legislativo ed esecutivo, purché a tali giudici sia garantita in seguito indipendenza, è affermazione che non può essere accolta se non in linea molto generica e di prima approssimazione. Essa può senz'altro valere a far salvi sistemi di selezione dei giudici che non sono neanche fondati sul modello dell'«autogoverno», come quello tedesco¹⁴ o per altro verso quello maltese – di cui si dirà –, sottraendo a possibili contestazioni strutture normative consolidate e anche radicate entro un consenso diffuso, ed è con questo che – ad avviso di chi scrive – si giustifica l'utilità pratica a scopo preventivo di un'affermazione di principio che diversamente risulterebbe un po' pericolosa. Resta vero però che, se si prescinde da circostanze storiche e peculiarità nazionali che hanno fatto preferire alcune scelte rispetto ad altre, e ci si limita a un dato normativo astratto, alcuni di questi modelli presentano pur sempre un tasso di politicità che è superiore a quello qui criticato e giustamente censurato dalla giurisprudenza eurounitaria.

Specie in un'Unione europea che è giunta a ricomprendere ordinamenti sempre più eterogenei per tradizione e radicamento della democrazia di derivazione liberale, vale poco 'accontentarsi' di garanzie di indipendenza accordate ai giudici a seguito della nomina, perché se i criteri di nomina sono politici si potranno avere giudici politicizzati che si pongono sulla stessa lunghezza d'onda dei politici che li hanno nominati, e per compiere la propria missione – non terza e non imparziale – essi non avranno neanche bisogno di ricevere ordini, subire pressioni o dissuasioni. Se non fosse vero quanto detto finora, allora avrebbe ragione il governo polacco a sostenere, pur rintanandosi entro un esasperato e alquanto sospetto formalismo giuridico, che si compie un'ingiusta discriminazione proprio per il fatto che la politicità della selezione dei giudici in numerosi paesi si mantiene, almeno in astratto, a un livello molto più alto di quello polacco (senza che ciò comporti problemi della stessa gravità, si dovrebbe sempre aggiungere). Si ripercorranò ancora un momento i passi interpretativi della Corte: non importa tanto, afferma quest'ultima, che il legislativo e persino l'esecutivo svolgano un ruolo nella selezione dei giudici: ebbene nel caso polacco attuale non è neppure uno di questi poteri attivi a farlo direttamente, ma il Consiglio nazionale della magistratura che ha pur sempre una rappresentanza preponderante di giudici nel suo seno (ma che dal 2017 sono eletti dal Parlamento in applicazione del più rigoroso criterio politico-maggioritario). L'importante è che 'dopo' sia assicurata indipendenza a quei giudici, aggiunge la Corte: ma l'indipendenza di 'quei' giudici è più che assicurata, replica il governo

¹⁴ Per una comparazione tra l'organizzazione giudiziaria tedesca e quella polacca A. Sanders, L. von Danwitz, *Selecting Judges in Poland and Germany: Challenges to the Rule of Law in Europe and propositions for a new approach to judicial legitimacy*, 19 (4), 2018, 794 ss.

polacco, che a prova di questo porta tutti i privilegi di cui è stata circondata la nuova sezione, già elencati in precedenza. In effetti sarebbe sorprendente che un legislatore così orientato avesse predisposto strumenti repressivi per indirizzarli proprio contro i propri nominati, anche se in astratto tali strumenti sono rivolti a tutti. E infatti le misure repressive sono state adottate per intimidire e neutralizzare gli altri giudici, cioè quelli entrati in carica finché era in vigore un sistema di reclutamento e nomina conforme ai migliori standard.

È difficile stabilire analogie tra situazioni diverse, anche entro uno stesso paese, ma qui una risalta troppo per non essere ricordata. È ben nota la vicenda del Tribunale costituzionale polacco, più volte portata a conoscenza della Commissione di Venezia ma mai sottoposta finora a una controversia presso la Corte di Lussemburgo¹⁵. È opinione condivisa che si tratti di un organo sottoposto a *capture*, politicizzato e adeguato alla volontà di un partito al punto tale da aver subito una mutazione genetica più che di indirizzo giurisprudenziale¹⁶, ma per ora si vuole mettere in rilievo un aspetto spesso trascurato. La legislazione ostile, carica di misure intimidatorie e ostruzionistiche, da cui l'organo fu investito nei primi mesi del 2016, quando esso tentò di resistere alle prime misure di sabotaggio che lo interessavano, è stata improvvisamente ritirata e sostituita da tre leggi, tra novembre e dicembre dello stesso anno, che hanno ripristinato una sorta di *status quo ante* e sono pienamente compatibili con il sistema di garanzie di status personale e di organizzazione. Il motivo è stato ottimamente dimostrato¹⁷: le leggi di inizio 2016 non erano più necessarie alla nuova maggioranza politica, che, essendosi costituita anche una maggioranza di componenti simpatetici, per così dire, alla propria visione del mondo nell'organo di garanzia costituzionale – in modo in parte conforme alla Costituzione e in parte incostituzionale –, non ha più avvertito alcuna necessità di costringerli a vessazioni procedurali assurde e sottoporli a sanzioni disciplinari draconiane. La linea dell'organo compiacente verso la maggioranza politica è stata stabilmente assicurata e non vi è bisogno di coercizioni o intimidazioni, eppure nessuno lo qualificerebbe oggi come un organo indipendente. Si riconosce al riguardo che la sostituzione dell'intero corpo della magistratura ordinaria, potere diffuso, è operazione che richiede più tempo rispetto a quanto avviene in un singolo collegio ristretto e che risponde in ogni caso a logiche in parte diverse. Ma va considerato il pericolo

¹⁵ Benché le tappe della sua paralisi e poi della sua illegittima 'conquista' siano state succintamente ripercorse dalla Commissione europea (par. 57), nel suo *reasoned proposal* sulla determinazione di un chiaro rischio di una seria violazione della *rule of law* da parte della Repubblica di Polonia (ai sensi dell'art. 7.1 TUE), rilasciato il 20 dicembre 2017, COM(2017) 835 final.

¹⁶ Le tappe di questa conquista, e addirittura il suo antefatto, sono state da ultimo ripercorse da C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polesit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Federalismi.it*, 24/2021, v-vii.

¹⁷ W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019, 75.

che i giudici gelosi della propria indipendenza, tuttora alquanto numerosi, siano intimiditi anche dal fatto di essersi trovati più isolati entro il loro stesso corpo, va ricordato il rischio che al danno della ridotta imparzialità si aggiunga la beffa di un governo che – dopo aver fatto il deserto e averlo chiamato pace¹⁸ – si vanta in Europa di aver ritirato le sue stesse misure repressive, come ha fatto nel caso del Tribunale costituzionale.

In realtà la Corte di giustizia dell'Unione europea è consapevole che le sue decisioni rischiano almeno di essere contestate sul piano interno, sia pure con argomenti da propaganda e non in buona fede. Per questo, innovando parzialmente rispetto ad alcuni suoi precedenti giudizi, insiste a più riprese sul contesto in cui ciascuna disposizione si inserisce, pur non facendo proprie alcune espressioni decise della Commissione. Ma anche questo probabilmente non basterebbe a dare forza alle proprie argomentazioni, se non fosse per l'ingresso in scena del principio di non regressione.

2.1 La non regressione come ultima frontiera di una possibile ragionevolezza

3610

È il principio di non regressione, infatti, a determinare un salto di qualità, secondo diversi commentatori, rispetto a una serie di pronunce giudiziarie precedenti che pur costituiscono ormai un patrimonio consolidato sempre più consistente anche di un contenuto, oltre che di indubbio tono costituzionale. Uno dei principali meriti di questo principio, secondo qualche commentatore, è quello di 'slegare' le mani della Corte, quale guardiano dei valori di cui all'art. 2 TUE, dallo stretto e complicato oggetto dell'art. 19¹⁹, in quanto esso fluisce direttamente dall'applicazione combinata degli artt. 2 e 49 TUE (disciplinante quest'ultimo le condizioni e il procedimento per l'adesione all'Unione). Pur avendo addentellati con altri settori normativi e ordinamenti giuridici, la non regressione è stata accolta come principio dalla Corte di Lussemburgo per la prima volta²⁰ nella recente sentenza *Repubblika v Il-Prim Ministru* del 20 aprile 2021 (C-896/19)²¹. Essa tende a proibire l'adozione di norme nazionali, fossero anche di rango costituzionale, che costituiscano una riduzione nel grado di protezione della *rule of law*, nel caso specifico delle garanzie di indipendenza giurisdizionale, ferma restando la

¹⁸ *Ubi solitudinem faciunt, pacem appellant* (P. Cornelio Tacito, *Agricola*, 30).

¹⁹ M. Leloup, D.V. Kochenov, A. Dimitrovs, *Non-Regression: Opening the Door to Solving the 'Copenhagen-Dilemma'? All the Eyes on Case C-896/19 Republika v Il Prim-Ministru*, in *Reconnect Working Paper*, No. 15, 2021, p. 6.

²⁰ Per quanto nel precedente caso *A.K.* (C-585/18, C-624/18, C-625/18), riferito a questioni pregiudiziali polacche, l'Autorità di vigilanza AELS (EFTA) ne avesse già suggerito l'applicazione (come riportato nel punto 69 delle Conclusioni dell'Avvocato generale), ma senza un seguito da parte della Corte.

²¹ Ora commentata anche da 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*, 1/2021, 175 ss. (riviste.unimi.it/index.php/NAD).

refrattarietà della Corte di giustizia a sbilanciarsi a favore o contro qualsiasi modello di ordinamento giudiziario in astratto concepito²².

Nella pronuncia pregiudiziale appena citata, l'applicazione della non regressione consiste nell'interpretare l'art. 19 TUE nel senso che non ostino allo stesso disposizioni interne – in questo caso di rango addirittura costituzionale – che conferiscano al Primo ministro di uno Stato membro un potere decisivo nel processo di selezione dei giudici, quando in tale processo può prendere parte un organo indipendente con il compito di emettere pareri obbligatori quanto meno consultivi per il decisore (come in effetti avviene nel caso maltese in discussione). Ebbene, una succinta analisi dell'impianto normativo interno, e degli argomenti seguiti dalla Corte, permette di rilevare che ciò che le ha consentito di considerarlo compatibile con il diritto primario europeo non è tanto una fotografia istantanea di tale impianto, quanto un flusso di modifiche nel tempo le quali persino dopo l'adesione di Malta all'UE – in particolare una revisione costituzionale del 2016 – hanno migliorato lo standard di indipendenza giudiziaria sotto il profilo della selezione dei magistrati giudicanti. Dato che si tratta di un sistema pur sempre aperto a un plateale coinvolgimento della politica, sembra quasi che il 'semaforo verde' della Corte esprima più l'apprezzamento per un passo avanti lungo la strada dell'indipendenza che per uno stato dell'arte il quale si mantiene per vero ancora lontano da un astratto ideale. Altrettanto in astratto, si può adesso immaginare che la Corte sarebbe in grado di censurare modifiche in direzione opposta, quella di un degrado o regressione nell'indipendenza, anche se esse dovessero mantenersi su uno standard che rimanga tuttora più elevato di quello maltese.

Per riconoscimento degli stessi commentatori, non si tratta in ogni caso di un principio incontrovertito e semplice da applicare. Basti pensare al fatto che non tutti gli Stati membri hanno aderito all'Unione alla stessa data (e alcuni sono addirittura fondatori delle Comunità) e di conseguenza vi sono diversi standard vigenti in diversi settori al momento dell'adesione di ogni gruppo di paesi²³, di modo che la non regressione potrebbe essere scrutinata secondo diversi livelli di severità per diversi paesi: sono evidentemente questioni che dovranno essere risolte in modo pragmatico volta per volta secondo valutazioni empiriche.

Secondo chi scrive, pur considerati questi rischi, vi è un motivo ulteriore che consente di apprezzare l'introduzione giurisprudenziale del principio in discussione. Anche se va precisato che non si coltivano troppe illusioni circa la sua capacità di imporsi per forza propria – sotto questo aspetto sarà

²² Così in sintesi M. Leloup, D.V. Kochenov, A. Dimitrovs, *Non-Regression*, cit., p. 11. Dato però che la non regressione sarà usata per colpire le innovazioni legislative polacche, per il fatto di aver politicizzato la composizione del Consiglio nazionale della magistratura, andrebbe anche rilevato che, se il meno sta nel più, non può non esservi un'implicita preferenza per il sistema dei consigli giudiziari, dato che altri metodi di reclutamento dei giudici sono difficilmente meno politicizzati.

²³ M. Leloup, D.V. Kochenov, A. Dimitrovs, *Non-Regression*, cit., p. 18.

necessario ricorrere ad altri metodi e strumenti –, esso ha il merito di contribuire alla protezione dello stato di diritto mettendo a tacere repliche speciose e riportando il massimo grado possibile di uguale trattamento e non discriminazione tra tutti gli Stati membri dell'Unione. Se infatti gli organi politici di uno o più tra questi ultimi lamentano carenze sotto il profilo della non discriminazione, nel senso che contestano l'imposizione a se stessi di misure estremamente stringenti su alcuni aspetti specifici della divisione dei poteri che non sono neanche lontanamente richieste ad altri Stati, ogni consapevole esperto di diritto o di politica del diritto potrà smascherare la natura pretestuosa di simili rilievi e dimostrarne la sostanziale ipocrisia, ma non potrà in fin dei conti reagire davanti alla constatazione che, su un piano astratto e formale – che è quello a cui la stessa Corte in definitiva si vuole giustamente attenere – quelle doglianze non sono del tutto prive di fondamento. Per la Corte di giustizia, nonostante il ricco strumentario di tecniche argomentative a disposizione, può essere difficile addentrarsi in considerazioni storico-politiche capaci di giustificare perché alcuni paesi debbano adottare determinate soluzioni per garantire solidi standard di rispetto della *rule of law* mentre altri ne possono fare a meno²⁴. La non regressione può stemperare la densità polemica di un tale confronto controbilanciando gli inconvenienti poc'anzi accennati con l'introduzione di un criterio che si può sempre affermare potenzialmente applicabile a tutti in maniera uniforme. Questo però richiede l'accettazione continuativa e incondizionata del principio di leale cooperazione, ed è qui che – come si vedrà – si possono presentare problemi. Uno di questi è che, ironicamente, la non regressione rischia di essere accettata da chi è destinatario della sua applicazione quando una normativa viene ritenuta legittima per il miglioramento della situazione complessiva, come la Corte ha fatto in *Repubblika*, ma può essere respinta o considerata *ultra vires* quando viene in effetti accertato un arretramento. Un parziale segnale d'allarme al riguardo è già risuonato nella sentenza del 18 maggio 2021, *Asociația "Forumul Judecătorilor din România"*, cause riunite C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 e C-397/19, quando il diritto europeo – primario ma anche contenuto nella decisione 2006/98/CE della Commissione, istitutivo

²⁴ Sullo strumentale richiamo comparativo a diversi modelli di selezione dei giudici, e sulle recriminazioni dei paesi illiberali in merito alle presunte discriminazioni di cui sarebbero oggetto – con forte effetto propagandistico interno – si era già cercato di richiamare l'attenzione in J. Sawicki, *L'Unione europea come argine all'erosione dello stato costituzionale di diritto. Ai margini di una comparazione complessa, e forse un po' ingrata*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2020, 205 ss. Come ora è stato efficacemente scritto (L. Pech, D. Kochenov, *Respect for the Rule of Law*, cit., p. 203), «[f]rom now on, the Polish authorities will no longer be able to hide behind the argument that 'this and that legislation exists in another country' to which the Commission could then answer 'it might be well the case but in your case it is a regression compared to the previous state of legislation'». L'immagine di *Frankenstate* è stata coniata da K.L. Scheppele, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, in *Governance*, 26(4), 2013, 559 ss., ove – con riferimento soprattutto all'Ungheria – si dimostrano i risultati mostruosi che si ottengono componendo insieme pezzi di legislazione presi da modelli esteri, ciascuno dei quali è ragionevole preso in sé.

di un meccanismo di cooperazione e verifica dei progressi realizzati dalla Romania (anche a seguito dell'adesione all'UE) – è stato interpretato come ostativo all'applicazione di numerose norme interne rilevanti sotto diversi aspetti dell'organizzazione giudiziaria, e persino a un'interpretazione della Corte costituzionale nazionale di norme costituzionali restrittive di alcuni poteri dell'autorità giudiziaria. La pronuncia pregiudiziale in discussione ha già posto dei problemi, ancora non del tutto risolti, di adattamento da parte della Corte costituzionale romena²⁵.

Interessa qui osservare che proprio nel caso principale in discussione, C-791/19, la non regressione è tornata ad essere applicata. Dunque per la prima volta nella ricca mole di casi che hanno interessato la Polonia e le sue 'riforme' giudiziarie una controversia si trova investita da questa nuova dottrina. Questa volta però l'uso del principio introdotto con *Repubblika* è stato massiccio e ripetuto in numerosi punti della decisione²⁶. Il livello di accettazione anche per questo principio, presso le autorità politiche polacche e il loro Tribunale costituzionale, sarà oggetto di esame nel par. 3. In ogni caso non occorre disperare perché il principio potrà conoscere ancora sviluppi e tornare utile in numerose successive decisioni, specie se da qualche governo illiberale dovessero essere avanzate richieste pretestuose di procedura per infrazione, *ex art. 259 TFUE*, nei confronti di altri Stati membri a scopo di ritorsione.

2.2 L'ordinanza C-204/21 R

La seconda delle importanti decisioni prese dalla Corte di giustizia in due giorni è la già menzionata ordinanza C-204/21 R del 14 luglio. Se ne parla qui in breve, sia perché è stata brutalmente stoppata da una decisione polacca dello stesso giorno che la ha sostanzialmente vanificata – sia pure con molte esitazioni interne in merito al fatto che potesse essere conveniente, comunque, darne una qualche attuazione dissimulata – sia perché non è densa di motivi di interesse dottrinale né si ricollega a vicende molto innovative rispetto a quelle già in passato conosciute. In ogni caso questa decisione impone al governo polacco la sospensione cautelare, una volta di più, della Sezione disciplinare, come era stato fatto con analoga decisione dell'aprile 2020, ma per un motivo diverso. L'attuale decisione, anche nel contesto della c.d. *muzzle law* del gennaio 2020²⁷, che inasprisce misure e sanzioni disciplinari nei confronti dei giudici che mettessero in discussione

²⁵ Come ricordato da E.-S. Tănăsescu, B. Selejan-Gutan, *A Tale of Primacy. The ECJ Ruling on Judicial Independence in Romania*, in *VerfBlog*, 2 Juni 2021. Si v. anche F. Guella, *Indipendenza ed autonomia della magistratura: lezioni dalla Romania*, in *DPCEonline*, 2021, 3183 ss..

²⁶ In particolare nel p.to 113, ove si chiarisce («cela, qui plus est») quanto il fenomeno costituisca un'aggravante rispetto a preesistenti ragioni di censura della Sezione disciplinare.

²⁷ Formalmente “Legge che modifica la legge sull'organizzazione dei tribunali di diritto comune, la legge sulla Corte suprema e alcune altre leggi”.

la legittimità dei colleghi entrati in carica con le nuove procedure, si riferisce alla famigerata *Star Chamber*²⁸ sotto un diverso profilo: la Commissione europea aveva riscontrato che la Sezione disciplinare, indotta ad accettare dall'aprile del 2020 di sospendere i relativi procedimenti pendenti e di non avviarne di nuovi, aveva approfittato di una lacuna decisionale europea per instaurare invece dei processi penali a carico di alcuni giudici 'ribelli', dando autorizzazioni a procedere nei confronti degli stessi tramite la revoca delle immunità²⁹. Accogliendo le richieste della Commissione, l'obiettivo dell'ordinanza è quello di bloccare ogni attività della Sezione disciplinare, con la sospensione al tempo stesso di parte delle attività di un'altra 'nuova' Sezione sempre istituita presso la Corte suprema, quella di controllo straordinario e degli affari pubblici: è a quest'ultima, infatti, che la *muzzle law* attribuisce competenza ad accertare l'indipendenza dei giudici che viene messa in discussione da altri colleghi: ma, in un circolo vizioso, la stessa Sezione di controllo straordinario è composta anch'essa di 'nuovi' giudici selezionati dal Consiglio nazionale della magistratura non più indipendente, e – qualora la Corte ne dovesse rilevare la mancata indipendenza nel giudizio finale – si avrebbe una situazione di *iudex in causa sua*.

3. La controversia sul giudiziario vista dalla Polonia.

3.1 La sentenza P 7/20 come preannuncio della rottura definitiva

Si può passare così al versante nazionale della saga intorno al giudiziario nell'infuocato luglio del 2021. Questo esordisce con una sentenza del Tribunale costituzionale del 14 luglio, nel caso P 7/20, iniziato su una questione incidentale di legittimità presentata, neanche a farlo apposta, dalla Sezione disciplinare presso la Corte suprema. La decisione potrebbe apparire una risposta fulminea, data in tempo reale, all'ordinanza C-204/21 R emessa a Lussemburgo, e in effetti forse il *timing* ad effetto non è stato affatto scelto per caso. Ma esso era sorto in realtà in riferimento a una precedente ordinanza cautelare, quella che l'8 aprile 2020 (C-791/19 R) determinò una prima sospensione di attività della Sezione disciplinare, in attesa della sentenza definitiva del 15 luglio 2021. Non vi è chi non abbia interpretato questa pronuncia come generale nella sua portata a dispetto del caso

²⁸ L. Pech, *Protecting Polish Judges from Poland's Disciplinary "Star Chamber"*: Commission v. Poland (*Interim Proceedings*), *Common Market Law Review*, 58, 2021, 137 ss.

²⁹ Questa circostanza, da parte sua, dovrebbe consentire di osservare la peculiarità di un ordinamento 'illiberale' che però, nella sua veste precedente a questo *democratic decay*, presentava elementi di garantismo degni di nota sul piano comparativo, come l'immunità penale di cui godono i giudici comuni ai sensi dell'art. 181 Cost., parificata in Polonia a quella che in altri ordinamenti spetta ai membri del Parlamento o di altri organi costituzionali (A. von Bogdandy, L.D. Spieker, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange and the Responsibilities of National Judges*, in *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, 400).

originario che l'ha determinata, e infatti essa è stata intesa come capace di determinare il completo 'scongelo' delle Sezioni sospette di politicizzazione della Corte suprema, in riferimento sia al caso C-204 tuttora pendente sia al C-791 già risolto così come a qualunque altro si possa presentare in futuro³⁰. Infatti la materia del contendere riguarda in generale il potere della Corte di giustizia – o l'interpretazione delle norme europee che consentono alla stessa – di emanare provvedimenti provvisori a scopo cautelare, in attesa di una pronuncia definitiva³¹. La pronuncia del Tribunale costituzionale creatore di un nuovo ordinamento soddisfa in pieno le richieste dell'organo ricorrente, e lo fa dichiarando illegittimi gli articoli 4, terzo comma, secondo periodo, del TUE in relazione all'art. 279 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nell'ambito in cui la Corte di giustizia, agendo *ultra vires*, impone ordini e misure provvisorie all'autorità giudiziaria polacca: in questo caso, in virtù della superiorità della Costituzione nazionale come fonte del diritto (art. 8, primo comma), non potrebbero trovare applicazione il primato e la diretta applicazione del diritto eurounitario riconosciuti nell'art. 91 della stessa Costituzione.

Le motivazioni della sentenza, depositate qualche settimana dopo e che in questo caso non risultano tradotte in lingua inglese, sono il punto d'avvio di un trend che probabilmente sarà confermato nel prossimo futuro, a cominciare da una questione di maggiore importanza sistemica che sarà esaminata di seguito. Nel loro tecnicismo, ma anche nello sfoggio di conoscenza della giurisprudenza straniera, si nasconde una chiusura all'integrazione e alla precedente permeabilità reciproca tra ordinamenti, una neanche troppo velata affermazione di orgoglio che in realtà è molto più nazionale che costituzionale, e prende avvio l'affermazione ingannevole di una pretesa continuità con il passato tramite la citazione selettiva di almeno un paio di sentenze del Tribunale costituzionale risalenti ai primi anni dell'adesione all'UE: questo mutamento semantico nell'invarianza lessicale è percepibile in questa sentenza come lo è nel lunghissimo e denso ricorso del Primo ministro Morawiecki nel caso K 3/21, che è quello che ora si passa ad affrontare.

3.2 La sentenza K 3/21: una svolta senza precedenti nei rapporti tra diritto interno e diritto europeo

Senza retorica, il 7 ottobre è stata scritta una pagina senza precedenti nella storia dell'integrazione europea, anche se potrebbe essere un piccolo passo nella direzione della disintegrazione. Tutti gli argomenti trattati nella prima

³⁰ Uno scongelamento che però, all'atto pratico, si è realizzato in un clima di confusione e incertezza, non per *metus* di una corte nei confronti dell'altra ma per la preoccupazione del governo che sia l'Europa politica, con misure finanziarie, a cominciare a far sentire la propria voce.

³¹ J. Jaraczewski, *Polexit or Judicial Dialogue? CJEU and Polish Constitutional Tribunal in July 2021*, in *VerfBlog*, 19 Juli 2021.

parte di questo contributo, dalla parità di trattamento tra Stati membri al principio di non regressione passando per minacce sistemiche e rotture strutturali, sono travolti e annichiliti dal Tribunale costituzionale sulla base, nella sostanza, dell'affermazione perentoria di una sovranità quasi illimitata che però viene veicolata per mezzo di riferimenti a principi e criteri di natura costituzionale e democratica.

La lettura orale e il dispositivo della sentenza in causa [K3/21](#) del Tribunale costituzionale polacco, attesa ormai da luglio, formalizzano l'incompatibilità tra alcuni articoli della Costituzione nazionale e altrettanti articoli del Trattato sull'Unione europea, il che significa incompatibilità né più né meno che tra i due ordinamenti, al massimo livello possibile, e prevalenza del primo sul secondo (in frode alla natura del primo, come si dirà). Ma come si è potuti arrivare a questo?

Proprio il lungo tempo trascorso tra il deposito del ricorso e la pronuncia finale, e soprattutto il trascinarsi delle udienze con sette rinvii del verdetto già annunciato, avevano fatto pensare, o lasciato sperare qualcuno, che il ritardo potesse essere interpretato con incertezze del governo o sue trattative riservate con la Commissione europea in vista di modifiche alle leggi in tema di giustizia³². Il Difensore dei diritti civili od Ombudsman, che in Polonia è un'istituzione munita di riconoscimento costituzionale e che interviene spesso incisivamente nei giudizi di costituzionalità, aveva presentato domande di riconsuazione di qualche componente del collegio, in particolare di una giudice che a più riprese ha pronunciato parole poco amichevoli nei confronti dell'UE e in ogni caso nella precedente legislatura, in qualità di parlamentare, ha votato a favore delle leggi censurate dalla Corte di Lussemburgo (insieme a un altro membro del Tribunale che fu addirittura relatore di queste leggi), e dei tre 'doppioni' che non dovrebbero far parte dell'alta istituzione secondo le sentenze [K 34/15](#), nazionale, e [Xero Flor c. Polonia](#) (4907/18) della Corte europea dei diritti dell'uomo³³. Per qualche settimana il collegio giudicante ha considerato con serietà queste richieste, anche lamentandosi di un loro carattere ostruzionistico, nonostante a più riprese e ormai anche con posizioni ufficiali avesse sempre affermato la totale legittimità della propria composizione. Questa circostanza aveva alimentato i sospetti che si trattasse di una sorta di messinscena concordata dove l'Ombudsman avrebbe aiutato il governo a prendere tempo nelle sue presunte trattative mentre anche l'inaspettata disponibilità dei giudici ad accettare di discutere l'astensione di alcuni di essi avrebbe mascherato in realtà l'aiuto che essi volevano dare al governo nella

³² Un sospetto rafforzato dalla lettera inviata a luglio al ministro della giustizia Zbigniew Ziobro dal Commissario europeo per la giustizia, i diritti fondamentali e la cittadinanza, Didier Reynders, con cui si invitava il governo polacco a ritirare il proprio ricorso al Tribunale costituzionale.

³³ Peraltro già ignorata dal governo la prima e censurata la seconda dal Tribunale costituzionale con la sprezzante replica contenuta in un'ordinanza rilasciata nel già discusso caso P 7/20.

sua missione politico-diplomatica. È possibile che la decisione finale sia il frutto della volontà, più del partito che del governo, di alzare i toni dello scontro con l'Europa a costo di pagarne anche un prezzo prevedibile in termini finanziari. Forse non si conoscerà mai questa verità, ma il fatto che conta è questo duro verdetto finale.

In attesa di conoscere motivazioni (e due opinioni dissenzienti) il cui pregio giuridico dovrà essere valutato con estrema circospezione e bilanciato con dosi non improbabili di accanimento ideologico, il dispositivo³⁴ è di una tale radicalità da oltrepassare, almeno nei toni, quanto già richiesto nel *petitum* e sbattere la porta in faccia anche alla possibilità di una finzione di dialogo con le istituzioni eurounitarie. Ad essere colpiti sono in particolare gli artt. 1, 2, 4 e 19 TUE, in un molteplici combinato disposto³⁵, e ciò allo scopo di annichilire ogni provvedimento passato, presente o futuro delle autorità europee che possa incidere sulla struttura del giudiziario e di intimidire ogni giudice nazionale che metta in discussione l'indipendenza dell'attuale e politicizzato Consiglio nazionale della magistratura, la soppressione di ogni rimedio legale interno per contestare procedure di selezione dei giudici, il perfezionamento dell'assunzione degli stessi grazie alla sola nomina finale del Presidente della Repubblica³⁶. La radicalità del dispositivo oltrepassa anche le richieste del Premier, come si diceva, soprattutto alla luce del suo primo punto. Benché non sia da questa parte della sentenza che ci si aspettino argomentazioni e ragionamenti, si osserva non esservi una piena coincidenza tra chiesto e pronunciato, con una certa eccedenza di quest'ultimo a scapito del primo. In questo primo punto, infatti, l'esecutivo si limitava a chiedere l'incostituzionalità di alcune disposizioni in quanto, per come interpretate (dalla Corte di giustizia), esse avrebbero impedito puntualmente ad autorità nazionali di applicare la Costituzione o imposto loro di applicare disposizioni incostituzionali³⁷. La formulazione dei giudici parla un linguaggio diverso e

³⁴ Già contestato (J. Jaraczewski, *Gazing into the Abyss. The K 3/21 Decision of the Polish Constitutional Tribunal*, in *VerfBlog*, 12 Oktober 2021) per il solo fatto che il Tribunale costituzionale, secondo l'art. 188 Cost. polacca, è competente a giudicare la conformità dei trattati internazionali ma non a giudicare la giurisprudenza delle corti internazionali o sovranazionali (in questo senso sembra si dovrebbe orientare almeno un'opinione dissenziente). Se però veramente da una sentenza di queste ultime risultasse un'interpretazione aberrante l'impossibilità di ogni rimedio sarebbe a sua volta un *vulnus*, ma qui è proprio questa valutazione che viene confutata.

³⁵ Precisamente, secondo il punto 1 del dispositivo, l'art. 1, primo e secondo paragrafo, in relazione all'art. 4, terzo comma, del TUE; secondo il punto 2, l'art. 19, primo comma, secondo periodo; secondo il punto 3, l'art. 2 in relazione all'art. 19, primo comma, secondo periodo.

³⁶ Lettere a), b), c) del punto 3 del dispositivo.

³⁷ Con queste ultime espressioni, tanto perentorie quanto equivoche e indefinite, si intende dire che la Corte di giustizia, nel dichiarare alcune norme interne contrarie al diritto europeo, avrebbe voluto obbligare la Polonia (o, altrimenti detto, consentito ai giudici polacchi) ad applicarne altre, in una sorta di reviviscenza, che erano state abrogate dal Parlamento o dichiarate illegittime – su richiesta del governo o di settori del giudiziario da esso nominati – dal Tribunale costituzionale del nuovo corso politico, anche con due evidenti *revirements* di cui si parlerà. Sono questi ultimi dettagli a far avanzare il sospetto che, da un certo momento in poi, sia 'diventato' incostituzionale *in*

si vorrebbe dire più aggressivo, laddove imputa una violazione della Costituzione da parte delle stesse norme «nella misura in cui l’Unione europea, istituita da Stati liberi e sovrani, crea un’“Unione sempre più stretta tra i popoli d’Europa”, la cui integrazione, che avviene tramite il diritto dell’UE e attraverso l’interpretazione del diritto dell’UE da parte della Corte di giustizia dell’Unione, entra in un “nuovo stadio” nel quale: a) le autorità dell’Unione europea agiscono al di fuori delle competenze loro attribuite dalla Repubblica di Polonia nei Trattati; b) la Costituzione non è il diritto supremo della Repubblica di Polonia che possiede primato per quanto riguarda la sua forza vincolante e la sua applicazione; c) la Repubblica di Polonia non può agire come Stato democratico e sovrano».

A questo riguardo, il primo punto del ricorso governativo non mancava certo di determinazione, ma a ben vedere il passo corrispondente del verdetto – più formulato come una condanna che costruito secondo locuzioni tipiche di un giudice delle leggi – aggrava i ‘capi di imputazione’ ed amplia il banco degli ‘imputati’, anche se si potrebbe dire ‘condannati’. Dal primo punto di vista non ci si limita a rilevare atti giuridici dell’Unione che – in modo volontario o involontario – potrebbero indurre autorità nazionali polacche a prendere provvedimenti incostituzionali, ma addirittura si denuncia – in aggiunta all’ovvio *ultra vires* – la determinazione a impedire alla Polonia di applicare la sua Costituzione e di esercitare le sue prerogative sovrane. Un disegno molto più complessivo, se ne può dedurre, anche in considerazione dei soggetti chiamati a realizzarlo, e qui si passa al secondo aspetto. Se si parla sia di interpretazione del diritto sia di “diritto” *tout court*, seguito dalla congiunzione *e*, ne deve conseguire che non si tratta solo di sentenze ma anche di atti normativi, e che l’attentato contro il potere sovrano di cui sopra non è compiuto solo dalla Corte di giustizia ma verosimilmente ha come mandanti o ispiratori altri soggetti, i quali non potrebbero essere che le autorità politiche dell’Unione (resta solo il dubbio in merito alla responsabilità di alcuni Stati membri, e di quali).

E non sono molto diverse le considerazioni che si potrebbero fare sui due successivi punti del dispositivo, dove si censurano due articoli del Trattato usando l’espressione «nella misura in cui»³⁸ riconoscono ai giudici nazionali il potere di disapplicare norme costituzionali, di giudicare sulla base di norme dichiarate illegittime o abrogate, di controllare la legalità di procedure di nomina di (altri) giudici rifiutando di considerare per tali individui selezionati dal Consiglio nazionale della magistratura e addirittura unti e consacrati con la nomina finale da parte del Presidente della Repubblica. Negli stessi punti del ricorso il riferimento era compiuto a ciascuno di questi articoli «inteso [o interpretato] in modo da»³⁹, e questo lasciava spazio per

quanto compatibile con il diritto europeo ciò che prima era costituzionalmente legittimo e dunque pienamente compatibile con lo stesso.

³⁸ In polacco «w zakresie w jakim», nella traduzione ufficiale in inglese «insofar as».

³⁹ In polacco «rozumianego w ten sposób, że», nella traduzione ufficiale in inglese «construed in the way that».

dubbi di interpretazione ora sciolti nel senso di un'apparente certezza come corrispondente all'accolta interpretazione della Corte di giustizia *e dunque* irrimediabilmente incompatibile con il diritto interno⁴⁰.

Diranno le motivazioni quale è stata la considerazione rivolta per i concetti di contesto generale, rottura strutturale, non regressione elaborati o discussi dalla Corte con cui quest'organo dovrebbe intrattenere un dialogo, ma è il cuore del verdetto a non lasciare spazio per molto ottimismo al riguardo. Piuttosto, il dispositivo è di una tale nettezza da lasciare l'impressione che vada considerato costituzionalmente legittimo tutto ciò che si pone in contrasto perlomeno con la giurisprudenza di Lussemburgo⁴¹. Il secondo e il terzo punto del dispositivo, in realtà, prima ancora che dichiarare illegittime alcune norme europee sembrano ribadire in modo imperioso obblighi o divieti a carico delle istituzioni nazionali, e in particolare dei giudici, nell'implicita considerazione che siano conformi alla Costituzione solo determinate discipline, e precisamente quelle attualmente in vigore (incidentalmente anche le sorti dell'art. 267 TFUE appaiono traballanti, benché non sia questa norma menzionata: ma non si vede come un giudice la possa applicare senza contravvenire agli ordini perentori che gli derivano dal dispositivo).

Mentre si conclude questo contributo si viene a conoscenza del [comunicato](#) reso dal Tribunale costituzionale anche in lingua inglese in merito alla decisione K 3/21. Anche se esso non può in nessun modo sostituirsi alle motivazioni, se ne può trarre qualche prima conclusione provvisoria. Nessuna impressione o intuizione derivante dal dispositivo viene smentita, con alcune conferme e qualche punto di riflessione aggiuntivo. La conferma più impressionante sta forse nell'omaggio che viene reso con insistenza, ma anche con un certo puntiglioso e sospetto formalismo, all'esclusività

⁴⁰ Per questo non si concorda molto con una ricostruzione che descrive e riduce la K3/21 a sentenza interpretativa (M. Krogel, *Symposium – Part IV – After the Decision of the Captured Polish Constitutional Tribunal: Jurists Trying to have and eat their cake*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, Oct, 17, 2021). Se fosse stata una mera divergenza di interpretazione, il Tribunale, come nel caso tedesco *Weiss*, avrebbe potuto offrirne una divergente da Lussemburgo, salvando almeno una qualche apparenza di compatibilità tra i due ordinamenti. In ogni caso il dispositivo è talmente chiaro nella sua imperiosità da imporre a tutti gli operatori giuridici polacchi, e in particolare ai giudici, di seguire precisi comportamenti (quasi di obbedire a ordini perentori e tassativi), che sono esattamente l'opposto dei comportamenti che la Corte di giustizia si attende da loro con la sentenza *A.B.* All'atto pratico, se anche il Tribunale costituzionale avesse ingaggiato un duello ermeneutico con la Corte di giustizia, l'effetto sarebbe comunque stato quello di bloccare l'applicazione degli artt. 1, 2, 4 e 19 TUE proprio nelle situazioni che a detta Corte, in questo momento, interessano in quanto ne significano la più pregnante realizzazione.

⁴¹ Si vedano anche le molte e dure considerazioni di A. Thiele, *Whoever equates Karlsruhe to Warsaw is wildly mistaken*, in *VerfBlog*, 10 Oktober 2021. Convincenti appaiono soprattutto le conclusioni, ove si afferma che, mentre dal caso tedesco potrebbero discendere modeste correzioni dell'integrazione europea, alla luce di quello polacco ogni integrazione diventa ormai impensabile, e la stessa permanenza della Polonia nell'UE, almeno in termini legali, viene messa in dubbio allo stato attuale. Da questa sentenza deriverebbe la conseguenza di trasformare l'UE in una debole confederazione come quella tedesca del 1815-1866.

dell'interpretazione del diritto europeo da parte della Corte di giustizia. Se, come sarà quasi certo, le motivazioni finali confermeranno, sviluppandolo, il contenuto del comunicato, ne può conseguire un ragionamento del seguente tipo, che si riassume in uno schema elementare: il diritto europeo è, dal primo all'ultimo rigo, interpretato dalla Corte di giustizia nell'assoluto monopolio della sua competenza; la Costituzione mantiene tuttavia la propria superiorità assoluta (art. 8) su ogni altra fonte o atto normativo (a tacere dei mutamenti di interpretazione che può subire), inclusi i trattati internazionali, tra i quali anche quelli europei vengono inclusi come ogni altro (sebbene da essi vengano fatte discendere conseguenze speciali di prevalenza sulla legge interna); la Corte di giustizia tende a espandere i propri poteri e a dare interpretazioni (troppo) estensive dei poteri che gli Stati membri sovrani hanno attribuito agli organi dell'Unione in base ai trattati; tuttavia si rispettano i suoi giudizi, anche se poi il diritto dell'Unione, per come interpretato da Lussemburgo, può in ogni momento essere giudicato sul piano della propria compatibilità con la costituzione nazionale; in questo caso specifico, si riscontra l'incompatibilità con la Costituzione di alcune norme del TUE per come interpretate dalla Corte. Data questa consequenzialità, difficile immaginare una rottura più forte tra i due ordinamenti, per lo meno in termini giuridici.

3620

Il comunicato non perde occasione – e si può immaginare questo sarà ripetuto nelle motivazioni – per fare divagazioni come quella relativa all'indipendenza dei giudici della Corte di giustizia⁴², agli standard di garanzia del diritto a un giudizio imparziale e indipendente, che sarebbero molto superiori nella Costituzione polacca che nell'ordinamento europeo (molto può dipendere dall'interpretazione) e *in cauda venenum* una minaccia: poiché le sentenze della CGUE avrebbero spesso un valore creativo del diritto per sua stessa volontà, in un ibrido tra corte di diritto continentale e corte di *common law*, il Tribunale costituzionale si riserva di esaminare e giudicare anche quelle nel merito, espellendole dall'ordinamento nazionale.

3.3 Il ricorso governativo che ha avviato la causa come possibile chiave di lettura della sentenza

Come già anticipato, la sentenza è resa su un lunghissimo [ricorso](#) in via d'azione del premier Mateusz Morawiecki. Volendo semplificare, si potrebbe dire che al termine di molte cause già perse presso la Corte di giustizia europea e pendenti altri diversi casi a rischio di sconfitta, specie sull'indipendenza dell'ordine giudiziario nazionale, l'esecutivo polacco ha pensato di ottenere una specie di opzione nucleare dalla massima istanza giudiziaria a sua sostanziale disposizione, che – a parte le irregolarità già dette – è composta ormai integralmente da persone selezionate dal partito al

⁴² Su cui invece A. Fusco, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, 2019, 71 ss.

potere, e talmente orientate ideologicamente da non aver alcun bisogno di pressioni.

Dato il contesto generale e la soddisfazione che il responso ha dato al ricorso, è evidente come una prima valutazione possa essere compiuta anche a partire dal citato ricorso governativo, che a sua volta prende le mosse dalla sentenza *A.B.* della Corte di giustizia (C-824/18, del 2 marzo 2021)⁴³ a seguito di un rinvio pregiudiziale del Tribunale amministrativo supremo polacco (NSA) contro altre innovazioni legislative recenti che hanno bloccato ogni possibile rimedio, nella forma di ricorsi presso la giustizia amministrativa, per i candidati sconfitti nelle prove selettive per entrare nei ruoli della magistratura o in particolare per coprire incarichi vacanti presso la Corte suprema⁴⁴. Il ricorso, per la sua densità, può essere considerato un trattato di diritto ‘sovranista’ ove si ripercorre la giurisprudenza storica europea e di molti stati membri, ma anche due sentenze del Tribunale polacco, rispettivamente la [K 18/04](#) del 2005 (sul Trattato di adesione)⁴⁵ e la [K 32/09](#) del 2010 (su “Lisbona”), nella pretesa di invocare da un lato coerenza con quella giurisprudenza, dall’altro una continuità tra queste due ultime decisioni interne e il verdetto ora richiesto, una continuità che nei fatti non c’è affatto, dato che queste decisioni sancirono la completa compatibilità tra i due ordinamenti e i rispettivi valori di fondo.

Tutte le 109 pagine del testo sono una ricostruzione che appare quasi impeccabile per le citazioni di dottrina e di decisioni dalle più remote alle più recenti, come risultano precisi, anche se un po’ asettici e decontestualizzati, i riferimenti ai numerosi articoli della Costituzione che si ritengono violati. Per fare un solo esempio, si cita quello all’art. 8, che al primo comma definisce la Costituzione come «il diritto supremo della Repubblica». È vero che in qualche sentenza risalente questa norma era stata occasionalmente usata come controlimite nei confronti di (potenziali, improbabili e astratte) intrusioni anche da parte del diritto europeo. Ma è altrettanto storicamente vero che la genesi di questo articolo non si spiega tanto in funzione di protezione dall’ordinamento internazionale o eurocomunitario, quanto con il fine di sancire un distacco, su un piano strettamente interno, con il precedente sistema socialista che trattava le costituzioni alla stregua di documento politico difficile da opporre in sede giudiziaria (come pure confermato dal riferimento alla limitata applicabilità diretta della Costituzione, contenuto nel successivo comma dello stesso articolo). Per cui

⁴³ Su cui V. Piccone, *Commento alla Grande Sezione del 2 marzo 2021, causa C-824/18*, in *Lavoro Diritti Europa. Nuova rivista di Diritto del Lavoro*, 3/2021, 2 ss. (lavorodirittieuropa.it); S. Gianello, *Il rinvio pregiudiziale e l’indipendenza dei giudici*, cit., 164 ss.

⁴⁴ E in effetti, a seguito della pronuncia di Lussemburgo, il NSA ha cominciato ad annullare diverse procedure di selezione, pur dovendosi misurare con il problema della nomina finale del Presidente della Repubblica.

⁴⁵ Ove è contenuto il passo che prevede la modifica della Costituzione nazionale, l’impegno in sede europea per la modifica delle norme relative o in definitiva il recesso della Polonia dall’Unione, come triade di soluzioni qualora si riscontrasse un’incompatibilità normativa non risolvibile tramite un’interpretazione conforme.

solo in ultima analisi esso andrebbe letto in relazione al primato e alla diretta applicazione sancito (indirettamente) dall'art. 91, terzo comma.

Nell'impianto del ricorso, un dato essenziale, per quella che vorrebbe essere la sua forza persuasiva, è il riferimento in particolare alla già citata sentenza K 32/09 del 24 novembre 2010, in merito al Trattato di Lisbona, ove (III.2.2) si parla di «piena compatibilità tra i valori e i fini, determinati nel Trattato di Lisbona, e i valori e i fini della Repubblica di Polonia, determinati nella sua Costituzione», così come nell'allocazione delle competenze⁴⁶. Anche i frequenti riferimenti all'identità costituzionale nella sentenza sono operati allo scopo di sottolineare l'assenza di ogni attuale conflittualità tra i due ordinamenti, pur riconoscendosi una certa dinamicità del secondo che porta quello nazionale a riservarsi successive verifiche di costituzionalità. Ma la tecnica usata dal ricorso⁴⁷ è quella di estrapolare passi di quella sentenza per trovare in essi conforto al sostanziale mutamento di indirizzo che oggi viene richiesto al Tribunale, come si fa ove si cita⁴⁸ il giudiziario, in senso lato (accanto alla difesa del territorio tramite le forze armate e quelle preposte all'ordine pubblico), come uno dei settori sottoposti a una tutela particolarmente gelosa della sovranità e quindi refrattaria al conferimento di poteri previsto ad un tempo dall'art. 90 Cost. e dal principio di attribuzione di cui all'art. 5 TUE. Si deve per onestà intellettuale sottolineare l'esattezza di questo riferimento, un'esattezza formale e parziale, per i motivi di cui si dirà, se non si tiene conto di come nel tempo la stessa interpretazione del giudiziario possa mutare e di come il Tribunale costituzionale nel 2010 non potesse prevedere questa eventualità.

Può esser considerata infine un'enormità l'affermazione (p. 17) che giunge a qualificare come tradizione costituzionale, derivante da un'eredità di lungo periodo degli Stati membri, il fatto che le sentenze della Corte di giustizia possano essere disattese per la loro incompatibilità con le Costituzioni nazionali.

3.4 La memoria dell'Ombudsman

In attesa di conoscere le motivazioni e, come detto, anche due opinioni dissenzianti, un documento di rilievo è la memoria depositata dall'Ombudsman o Difensore dei diritti civili (*Rzecznik Praw Obywatelskich*). Questa istituzione, che proprio nel corso dell'esame del caso K 3/21 ha conosciuto un avvicendamento al suo vertice, è l'unica delle tante parti processuali che abbia sostenuto la completa compatibilità delle norme impugnate con la Costituzione, chiedendo anche al Tribunale di dichiarare

⁴⁶ Il III.2.6 è il paragrafo ove si fa riferimento a una potenziale estensione delle competenze dell'UE.

⁴⁷ Insieme alla citazione reiterata di autori contrari all'attuale indirizzo politico nazionale e giurisprudenziale, forse anche all'implicito scopo di metterne in evidenza difetti di coerenza.

⁴⁸ P. 62 del testo in inglese.

l'inammissibilità del ricorso. È anche l'unica che abbia evocato un altro parametro costituzionale da tener presente nel giudizio, sebbene non considerato dal ricorrente, ovvero l'art. 9 Cost. riferito ai vincoli giuridici internazionali dello Stato (strettamente collegato all'art. 4, terzo comma, TUE, impugnato) e che abbia di conseguenza rilevato che, anche nel caso il Tribunale costituzionale dichiarasse l'invalidità interna del TUE, ciò non avrebbe esentato la Polonia da responsabilità ai sensi della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Ancora più grave è la considerazione che entra nel merito delle ragioni del ricorso, qualificandolo come controllo fittizio di costituzionalità volto in realtà a legittimare delle scelte incostituzionali per mezzo di un controllo 'velato' della giurisprudenza della Corte di giustizia usando il Tribunale costituzionale in maniera strumentale. Ciò che interessa al governo nel caso discusso, secondo l'Ombudsman, è ottenere una sorta di scudo o di salvacondotto immunizzante dall'obbligo di rispettare il diritto dell'Unione, allo scopo ulteriore di proteggere scelte legislative che sono le sole a rendere possibile scegliere alcune persone a determinati incarichi, e mettere in salvo gli autori di queste scelte da ogni successiva responsabilità. L'Ombudsman ha esortato il Tribunale costituzionale a scegliere, qualora esso non abbia dichiarato inammissibile il ricorso, tra l'interpretazione conforme o il dialogo pregiudiziale con l'Unione europea, che tra l'altro ha il merito di lasciare ampi spazi interpretativi all'autorità giudiziaria nazionale. È stata questa istituzione l'unica la cui partecipazione alle numerose udienze abbia richiamato l'attenzione dell'opinione pubblica, sia perché era l'unica parte contraria al verdetto più che prevedibile sia perché è stata quella più bersagliata dalle domande dei giudici, spesso retoriche e formulate in toni tendenziosi o persino ostili, domande alle quali ha fornito comunque risposte corpose sempre nel merito.

4. Conclusioni

Ciò che consente al governo polacco, nel caso K 3/21, di sostenere coerenza e continuità tra l'inconciliabile, cioè tra il proprio *petitum* e le remote sentenze del Tribunale costituzionale, è che gli articoli impugnati del TUE non sarebbero stati modificati nella loro lettera formale, dal momento dell'adesione all'Unione o della ratifica del Trattato di Lisbona, ma unicamente nell'accezione che ne avrebbe dato la Corte di giustizia, in diverse sue sentenze sull'indipendenza della magistratura polacca (con un'ossessiva ripetizione dell'espressione «law-making interpretation»). Con tale impostazione, che pare condivisa dal collegio giudicante, da un lato, nelle lunghissime motivazioni del ricorso, si insinua esservi un *ultra vires* da parte della Corte di Lussemburgo; dall'altro si finisce però per fare un inchino formale a quella giurisprudenza, rendendole una sorta di implicita resa. Ed è proprio in questo aspetto, così come nel rifiuto pervicace da parte del Tribunale costituzionale di operare il rinvio pregiudiziale su cui aveva

insistito l'Ombudsman, che si rinviene un punto di rottura insanabile, almeno in termini giuridici.

Proprio la combinazione tra questi due atteggiamenti in apparenza contraddittori, l'insinuazione dell'*ultra vires* e la soccombenza finale alle sentenze di Lussemburgo, sembra costruita appositamente per compiere il passo più avventato nella storia dell'integrazione, quello che porta a dichiarare incostituzionali alcune norme del TUE. È sotto questo aspetto che si registra il maggiore distacco tra questa e altre pronunce di giurisdizioni nazionali, tra cui la famosa e controversa vicenda [Weiss/PSPP](#), culminata nella sentenza del 5 maggio 2020⁴⁹. Anche lasciando da parte la diversa materia del contendere, la diversa natura giuridica dei ricorrenti e la (assai crescente) differenza di prestigio tra le due istituzioni, in quella decisione il Tribunale costituzionale federale tedesco compì un'operazione per certi aspetti opposta: nel confutare un'interpretazione del diritto europeo già data dalla Corte di giustizia, e nell'instaurare una sorta di dialogo conflittuale e forse inappropriato con le istituzioni dell'UE, esso fece però salvi, almeno, i rapporti formali tra la Costituzione e il diritto europeo primario. In questo caso si è accesa la miccia di un conflitto tra i più solenni livelli normativi dove pare che il diritto abbia detto ormai l'ultima parola che potesse dire, e gli sviluppi, quali che ne saranno gli esiti, possono essere solo di natura politica⁵⁰.

Quanto all'asserita continuità di questa sentenza con quelle già richiamate, si propone qui di capovolgere il ragionamento di chi la afferma con tanto puntiglio. Anziché spiegarla con un mutamento di indirizzo della Corte di giustizia – che semmai ha solo dovuto conoscere nuovi casi e affrontare sfide non emerse in precedenza – essa può risalire alla mutazione genetica del Tribunale costituzionale polacco, un'istituzione dapprima paralizzata quando tentò di proteggere con ogni mezzo a disposizione la propria indipendenza, e in seguito divenuta sempre meno coinvolta in autentiche controversie, al punto da sfiorare l'inattività. Cessato quasi ogni ricorso o impugnazione o causa incidentale, tra quelli consentiti alle opposizioni politiche, ai giudici nel corso di un processo, agli enti territoriali, ai corpi intermedi e anche ai singoli, vi fanno ormai accesso soltanto gli organi titolari dell'indirizzo politico, espressione dell'attuale maggioranza, al fine di asseverare la legittimità delle proprie azioni (e vi ottengono di norma piena soddisfazione). Per restare all'argomento che qui viene trattato, la mutazione genetica sopra accennata viene dimostrata da una sentenza recente, con la

⁴⁹ Su cui, dalla sterminata letteratura, ci si limita a titolo di esempio a M. Bonini, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e il programma PSPP: dalla sentenza «Weiss» alla procedura di infrazione della Commissione, attraverso il percorso accidentato del sindacato nazionale sugli atti ultra vires dell'Unione europea*, in *DPCE Online*, 2/2021, 2771 ss.

⁵⁰ S. Biernat, *How Far Is It from Warsaw to Luxembourg and Karlsruhe: The Impact of the PSPP Judgment on Poland*, in *German Law Journal*, 21, 2020, 1104 ss., ha messo in guardia dall'influenza che recente sentenza tedesca avrebbe potuto avere sulle corti degli ordinamenti illiberali.

quale si sono compiuti un paio di puntuali *revirements*, di cui uno pieno e deciso e un altro almeno parziale e carico di ambiguità.

La sentenza cui si allude è quella resa nel caso [K 12/18](#), del 25 marzo 2019, non casualmente sollevato da un gruppo di senatori della maggioranza politica e dal Consiglio nazionale della magistratura fresco della sua nuova composizione e dei relativi criteri. Proprio sotto questo primo aspetto, e per dare soddisfazione ai ricorrenti in qualcosa che si avvicina a una *fiction litis*, il Tribunale costituzionale nel marzo del 2019 ha esplicitamente dichiarato che «non concorda con la [propria] posizione, espressa nella sentenza K 25/07» (del 18 luglio 2007), secondo cui l'art. 187 Cost., parametro nel caso di specie, va interpretato nel senso che i membri togati del KRS, magistrati di professione, devono essere eletti tra i propri pari, con sostanziale esclusione di altre modalità di selezione e in particolare di quella parlamentare. La disposizione discussa non precisa chi debba eleggere tale quota di componenti dell'organo collegiale, e dunque – secondo la nuova interpretazione del 2019 – il legislatore possiede al riguardo una discrezionalità della quale, in effetti, aveva già fatto pienamente uso.

Sempre nella stessa decisione del marzo 2019, il Tribunale compie un passo ulteriore e forse persino più grave. Afferma l'illegittimità costituzionale del ricorso alla giustizia amministrativa⁵¹ per gli aspiranti membri della Corte suprema che hanno perso le procedure di selezione indette e portate a termine dal nuovo Consiglio nazionale della magistratura. Una sua sentenza del 2008 (SK 57/06, su ricorso individuale) aveva lasciato libero il legislatore di scegliere quale tipo di rimedio giurisdizionale spettasse agli interessati nello stesso tipo di concorso, ma salvaguardato con rigore il principio che la legge dovesse ammettere tale rimedio. Undici anni dopo, un collegio giudicante completamente rinnovato censura l'unico mezzo che quei soggetti avevano a disposizione, senza molto argomentare sull'inidoneità del giudice amministrativo e soprattutto senza lanciare alcun monito al legislatore in merito all'opportunità, anzi al dovere di identificare altri mezzi di tutela, a parte un debole e quasi svogliato riferimento alla giustizia ordinaria (la cui debolezza può essere stata interpretata dal legislatore come un via libera a predisporre mezzi per rendere del tutto inutili, o addirittura

⁵¹ In merito a numerose sentenze del Tribunale supremo amministrativo (NSA) che hanno riesaminato altrettante procedure di selezione, operate dal Consiglio nazionale della magistratura (KRS), annullandone alcune proprio in attuazione della pronuncia nel caso *A.B.* (peraltro resa proprio su rinvio dello stesso NSA), si rinvia alla dettagliata ricostruzione di L. Pech, D. Kochenov, *Respect for the Rule of Law*, cit., 194-ss., ove si sottolinea come tali sentenze siano state ignorate dal governo polacco sulla base dell'argomento che la nomina finale dei candidati da parte del Presidente della Repubblica avrebbe sanato ogni vizio, e si ricorda che tra i soggetti invalidamente nominati rientra anche colei che attualmente ricopre *de facto* la carica di prima presidente della Corte, e che gli stessi concorsi furono indetti dal capo dello Stato in modo incostituzionale *ab initio* in quanto privi della necessaria controfirma governativa.

indisponibili, i ricorsi⁵²). Questa decisione ha di fatto legittimato le norme subito dopo approvate, con una legge del 26 aprile 2019, che hanno reso *de iure* inefficace ogni ricorso e persino troncato i procedimenti già in essere, nella forma di un non luogo a provvedere, contravvenendo all'art. 77 della Costituzione che espressamente, in linea generale, li protegge (e dando avvio alla causa *A.B.* o C-824/18, che è quella che ha determinato la rottura finale di cui si discute⁵³). Ne conseguono tre periodi ipotetici: due del terzo e uno del primo tipo.

Se non si fosse compiuto il *revirement* relativo alla composizione del Consiglio nazionale della magistratura, sarebbe stata mantenuta la precedente opinione giurisprudenziale che richiede l'elezione tra i propri pari dei suoi membri togati. In tal caso non si sarebbe compiuta, o almeno non sarebbe stata legittimata, una tappa essenziale nella conquista politica del giudiziario, preludio di tutte le altre, che è proprio il compito che il potere politico maggioritario si attendeva in primo luogo dal Tribunale costituzionale composto secondo le proprie aspettative. Ma al tempo stesso non si sarebbe innescato un conflitto permanente con l'Europa, e con la Corte di giustizia in particolare, che nel corso di una lunga saga sono culminate nella sentenza C-791/19 dello scorso 15 luglio.

Se, in subordine, il Tribunale costituzionale avesse almeno fatto salve le possibilità per i magistrati sconfitti nei concorsi per accedere alla Corte suprema di ricorrere presso una qualche istanza giurisdizionale, fermi restando i gravi dubbi sulla composizione del KRS, allora non si sarebbero create le condizioni per il rinvio pregiudiziale del Tribunale amministrativo supremo che è sfociato nella già citata sentenza *A.B.* della Corte di giustizia (C-824/18, del 2 marzo 2021)⁵⁴: ed è stata questa, si ricorda ancora, la molla per il ricorso del premier Morawiecki nella causa che qui si è discussa, la K 3/21, probabilmente la sentenza nazionale più conflittuale fino ad oggi con i fondamenti dell'Unione europea.

⁵² Nonostante la Corte di giustizia, nella sentenza *A. B.* (punti 103 e 104) si sforzi di salvare un'apparenza di accettabilità almeno della decisione del Tribunale costituzionale, ciò che – alla luce del contesto nazionale e dell'argomentazione seguita dall'organo in questione, perfettamente consapevole delle conseguenze politiche delle proprie parole – non può che essere interpretato come un omaggio di cortesia istituzionale della Corte di Lussemburgo verso un altro organo che si presenta come giurisdizionale.

⁵³ Peraltro con riferimento esclusivo ai candidati alla Corte suprema, mentre resta invariata la competenza della giustizia amministrativa nei ricorsi relativi ad altri posti di giudice, come rilevato dalla Corte di giustizia – dando conforto al giudice del rinvio – nel punto 105 della sentenza *A. B.* In definitiva, secondo la sentenza *A. B.* (punto 138), le modifiche legislative dell'aprile 2019 sono tali da suggerire che il potere legislativo polacco, nel caso di specie, ha agito «con il preciso scopo di impedire qualsiasi possibilità di esercitare un controllo giurisdizionale sulle nomine intervenute sulla base di dette delibere della KRS» così come, del resto, su tutte le altre nomine intervenute a partire dall'istituzione del KRS composto secondo gli attuali criteri.

⁵⁴ Ora richiamata da G. Pitruzzella, nel suo *Editoriale, L'Unione europea come "comunità di valori" e la forza costituzionale del valore dello "stato di diritto"*, in *Federalismi.it*, 28/2021, x-xi.

Se – invece – il volto della Costituzione del 1997 è quello tracciato dalla pronuncia del 25 marzo 2019, la K 12/18, per cui la politica si sceglie quasi integralmente il ‘suo’ organo di amministrazione della giustizia, e il diritto ad agire in giudizio a tutela di legittimi interessi è soppresso, o reso sostanzialmente inservibile, quando non sia gradito alla politica maggioritaria, allora non vi è dubbio che il diritto europeo sia una minaccia per siffatta ‘identità costituzionale’⁵⁵.

Hanno buon gioco gli organi che esprimono l’indirizzo politico di maggioranza – tra i quali rientra pienamente il Tribunale costituzionale – a sostenere una continuità tra le sentenze che, nel 2005 e nel 2010, statuirono la piena compatibilità dell’ordinamento nazionale con la sua adesione all’UE e con il Trattato di Lisbona, e la decisione del 7 ottobre 2021. Ad eccezione delle tre possibili soluzioni a un’insanabile incompatibilità tra i due ordinamenti che sono state sopra citate – e nessuna delle quali è stata applicata –, tutte le massime o le affermazioni di principio contenute in quelle sentenze possono essere confermate oggi con ancora maggiore solennità, inclusi alcuni passi ove si esprime una cauta apprensione su possibili espansioni delle competenze dell’Unione, tali da intaccare il nucleo essenziale della sovranità nazionale. In fondo questi dubbi erano teorici allora come lo restano oggi. L’unica differenza è che allora erano anche ufficialmente riconosciuti per tali mentre oggi la nuova compagine degli interpreti della Carta suprema li ha immaginati concretizzati. Ciò che li ha trasformati in una presunta realtà attuale non è alcun visionario o congetturato cambio di indirizzo operato da alcun organo dell’Unione, sia esso politico o giudiziario, ma unicamente il mutamento giurisprudenziale interno. Esso invero si è manifestato sotto molteplici profili differenziati ma, per quello che qui interessa, è simboleggiato e scolpito in due passi essenziali contenuti nella citata sentenza del 25 marzo 2019. Si guarda all’esterno per non scandagliare dentro di sé.

Questi mutamenti di indirizzo, peraltro, non richiedono particolare impegno di esegesi teorico-dottrinale. Forse basta dire che essi coincidono con l’integrale sostituzione dei componenti dell’organo, che sono ora altri da coloro che si riconobbero un tempo nella Costituzione del 1997.

Quest’ultima, dopo essere stata a lungo denigrata, viene ora brandita come arma contro l’integrazione europea al punto che i continui riferimenti ad essa, insieme all’omaggio reso alla democrazia, potrebbero essere sostituiti da espressioni come “protezione della sovranità statale assoluta e

⁵⁵ Su cui D. Kelemen, L. Pech, *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 21, 2019, 59 ss.

illimitata”⁵⁶ e le conseguenze pratiche sarebbero le stesse⁵⁷. Difficile aspettarsi qualcosa di diverso se si considerano nell’ordine i seguenti fattori: l’errore di ‘programmazione’ originario, con un organo di giustizia costituzionale composto fin dagli anni ottanta da 15 giudici eletti da un solo ramo del Parlamento e a maggioranza semplice dei voti⁵⁸; l’esistenza di un partito i cui leader votarono contro la Costituzione nel referendum del 1997⁵⁹, poi vi furono sempre sinceramente ostili e successivamente depositarono un progetto ispirato a valori in gran parte alternativi (senza mai poterlo approvare); la vittoria elettorale di questo stesso partito con la maggioranza assoluta di seggi per due volte di seguito. Si considerino nell’insieme questi tre elementi e forse non ci vorrà molta fantasia per comprendere come si spiega la sentenza del 7 ottobre 2021, al di là di come la spiegano adesso 26 giudici costituzionali emeriti.

Per quanto riguarda gli sviluppi ulteriori della vicenda, al di là delle sanzioni che la Corte di giustizia potrà ritenere opportune, si ribadisce la convinzione, confortata da numerosi indizi, che gli spazi del diritto siano ormai quasi esauriti e che la parola spetti ormai alla politica in senso lato. Nessuno scenario può essere escluso⁶⁰.

⁵⁶ Sul rischio di contrabbandare per rispetto dell’identità nazionale (*alias* costituzionale) quella che in realtà è brutale e persino brutta espressione di una pretesa sovranità illimitata, travisando il significato complessivo dell’art. 4.2 TUE (a scapito dei diritti fondamentali, che vengono relegati almeno in secondo piano), G. Martinico, *Contro l’uso populista dell’identità nazionale. Per una lettura “contestualizzata” dell’art. 4.2 TUE*, in *DPCE Online*, 3/2020, 3980 (e letteratura ivi citata).

⁵⁷ A proposito di questa, e della solo parzialmente simile sentenza 22/2016 della Corte costituzionale ungherese, si è parlato giustamente di “solipsismo costituzionale”, trascurando però il fatto che la rottura formale allora compiuta era di ben minore rilievo formale, e che in ogni caso l’Ungheria aveva già adottato la sua Legge fondamentale nel 2011, con un fondamento testuale più adeguato per questo tipo di giurisprudenza (J. Scholtes, *Symposium – Part II – From Constitutional Pluralism to Constitutional Solipsism*, *International Constitutional Law Blog*, Oct. 16, 2021, www.iconnectblog.com).

⁵⁸ Attualmente sono espressione della maggioranza politica 14 giudici su 14 (in attesa della copertura di un incarico vacante che sarà certamente appannaggio della stessa maggioranza). Questo è il massimo paradosso per un organo che dappertutto si vorrebbe *countermajoritarian* nella sua ragion d’essere prima ancora che nella sua composizione, mentre si osserva che il pluralismo – ancora oggi in Polonia – è presente al massimo nel Parlamento nazionale e nelle assemblee elettive territoriali, che sono le istituzioni più vocate a esprimere il principio maggioritario.

⁵⁹ Si ricorda il 53,4% di voti popolari a favore della Costituzione in quel referendum, al quale si può paragonare il 77,4% di voti favorevoli all’adesione all’UE nel 2003 (con una maggiore affluenza alle urne).

⁶⁰ D. Kochenov, *Mad in Poland*, in *EU Law Live*, 22 October 2021, p. 3, si sente solo di escludere categoricamente l’attivazione dell’art. 50 TUE, sulla base della considerazione che la Polonia è «unfree, hijacked at all», e che di conseguenza «[l]egally speaking, the so-called ‘Decision K 3-21’ is a non-event, as it is outside the realm of the legal: a bizarre masquerade as per ECHR, EU and Polish constitutional law», in un contesto ove «the Polish Constitution is switched off under the PiS assault and is in a dormant state – akin to the Baltic States’ Constitutions under the Soviet occupation».