

## Il “Polish Gate” e il rafforzamento del diritto dell’UE

di Entela Cukani

**Abstract:** *The “Polish Gate” and the EU law enforcement* – On October 7, 2021, the Polish Constitutional Tribunal published the operative part of judgment K 3/21. With this decision, going well beyond the so-called “Counter-limits”, the primacy of EU law is denied in favor of the recognition of the primacy of the Polish Constitution. All this opens up the scenario of an unprecedented constitutional crisis in the history of the integration of the Union. The paper highlights many of the anomalies of decision K 3/21 by correlating “the Polish gate” - started in 2015 – with the EU law enforcement.

**Keywords:** Polish gate; EU rule of law; Illiberal justice; EU law enforcement.

29

---

### 1. “Polexit”: tanto rumore per nulla?

Nell’udienza del 7 ottobre 2021 il *Trybunal Konstytucyjny* (TC) di Varsavia – dopo numerosi rinvii<sup>1</sup> – ha pubblicato il dispositivo della sentenza relativa alla causa K 3/21. Si tratta di una decisione peculiare che, in relazione a diversi aspetti, apre lo scenario di un’inedita crisi costituzionale nella storia dell’integrazione dell’Unione.

Nella pronuncia – della quale, mentre si scrive, ancora mancano le motivazioni – il Tribunale costituzionale polacco valuta la legittimità di alcune disposizioni del TUE, come interpretate dalla giurisprudenza della CGUE. In breve, nella decisione si disconosce il primato del diritto dell’Unione in favore del riconoscimento del primato della Costituzione polacca. Non si tratta della semplice affermazione dell’esistenza di “controlimiti” nazionali, presente da tempo, com’è noto, nella giurisprudenza di altre Corti di Paesi membri. A differenza di queste, infatti, nella decisione K 3/21, il TC non si riferisce a una singola norma oppure alla risoluzione di una controversia specifica ma afferma, in generale, che in caso di contrasto tra diritto europeo e diritto interno quest’ultimo prevalga<sup>2</sup>. E, nel farlo, come si vedrà meglio in seguito,

---

<sup>1</sup> A un primo annuncio di pubblicazione per il 31 luglio ne è seguito un secondo che faceva riferimento al 3 agosto, salvo poi rinviare ancora la data prima al 22 settembre e poi al 30 settembre.

<sup>2</sup> Tra i primi commenti alla decisione cfr.: G. Di Federico, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE*, 13 ottobre 2021, 1-8; L.F. Pace, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell’Unione, l’illegittimità del sindacato ultra vires e*

richiama espressamente anche l'art. 2 TUE, dedicando gran parte del dispositivo a eventuali decisioni che riguardino la legittimità della nomina dei giudici e dell'organizzazione giudiziaria del Paese.

Va ricordato che questa non è la prima decisione in tal senso del TC: nella pronuncia del 14 luglio del 2021 il medesimo organo aveva dichiarato, infatti, l'incompatibilità degli artt. 4(3) TEU e 279 TFUE con la Costituzione polacca in quanto tali previsioni consentivano alla CGUE di imporre misure sull'organizzazione giudiziaria allo Stato polacco<sup>3</sup>. Nel K3/21, il TC si spinge, però, ben oltre, richiamando espressamente la clausola di omogeneità culturale e valoriale del costituzionalismo liberaldemocratico e, pertanto, della stessa Unione europea: l'art. 2 TUE.

Nell'immediatezza del deposito del dispositivo della sentenza non sono mancati commenti a caldo su una presunta "Polexit" dallo spazio giuridico unionale come anticamera dell'attivazione della procedura di cui all'art. 50 TUE, sulla scia della *Brexit*<sup>4</sup>. Eventualità, quest'ultima, che, come stabilito dalla CGUE nella sentenza *Wightman*, necessiterebbe di una maggioranza parlamentare uguale a quella richiesta per ratificare i trattati europei<sup>5</sup>. Va, a tal proposito, precisato che, ai sensi dell'art. 90, comma 2, della Costituzione polacca vigente, il *Sejm* e il Senato, con una maggioranza dei 2/3 dei voti e alla presenza di almeno la metà del numero totale dei componenti, accordano per legge il consenso alla ratifica di un accordo internazionale; il comma 3 del medesimo articolo, invece, prevede la possibilità di dare il consenso alla ratifica dell'accordo attraverso l'istituto del referendum previsto dall'art. 125 del testo costituzionale, che produce effetti soltanto se vi abbia preso parte un numero superiore alla metà degli aventi diritto al voto. Ai sensi dell'art. 90, comma 4, tuttavia, l'atto con il quale si procede alla scelta delle due diverse modalità di espressione del consenso alla ratifica dell'accordo deve essere approvato dal *Sejm* a maggioranza assoluta dei voti, in presenza almeno della metà dei componenti.

---

*l'attesa della soluzione della "crisi" tra Bruxelles e Berlino*, in *BlogDUE*, 28 ottobre 2021; J. Sawicki, *Scontro Polonia-Ue: come si è arrivati alla negazione del primato del diritto europeo*, in *euractiv.it*, 15 ottobre 2021; D. Sarmiento, *A few comments after yesterday's ruling of the Polish Constitutional Court, which has opened one of the most severe constitutional crisis in the history of EU integration*, 8 ottobre 2021; J. Jaraczewski, *Gazing into the Abyss. The K 3/21 decision of the Polish Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 12 ottobre 2021; M. Cioli, *On Primacy, The Rule Of Law And Poland: Going Down The Rabbit Hole?*, in *Diritti comparati*, 25 ottobre 2021; C. Curti Gialdino, *In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *federalismi.it*, 20 ottobre 2021.

<sup>3</sup> Causa P 7/20 del 14.07.2021 consultabile in [trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11589-obowiazek-panstwa-czlonkowskiego-ue-polegajacy-na-wykonywaniu-srodkow-tymczasowych-odnoszacych-sie-do-ksztaltu-ustroju-i-funkcjonowania-konstytucyjnych-organow-wladzy-sadowniczej-tego-panstwa](http://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11589-obowiazek-panstwa-czlonkowskiego-ue-polegajacy-na-wykonywaniu-srodkow-tymczasowych-odnoszacych-sie-do-ksztaltu-ustroju-i-funkcjonowania-konstytucyjnych-organow-wladzy-sadowniczej-tego-panstwa).

<sup>4</sup> H. C.H. Hofmann, *Sealed, Stamped and Delivered. The Publication of the Polish Constitutional Court's Judgment on EU Law Primacy as Notification of Intent to Withdraw under Art. 50 TEU?*, in *Verfassungsblog*, 13 ottobre 2021; L. Mollier-Sabet, *Tensions entre l'UE et la Pologne: un bras de fer jusqu'au "Polexit"?* in *publicsenat.fr*, 11 ottobre 2021.

<sup>5</sup> Corte di giustizia, sentenza del 10 dicembre 2018, causa C-621/18, *Wightman*.

L'eventualità dell'attivazione della procedura di cui all'art. 50 TUE, oltre all'esito positivo della consultazione popolare, richiederebbe, pertanto, una maggioranza nei seggi del *Sejm* e del Senato che, a oggi il PiS, da solo, non detiene<sup>6</sup>.

Una volontà di "Polexit" ai sensi dell'art. 50 TUE non sembra trasparire nemmeno dalle dichiarazioni del Primo ministro Morawiecki e tantomeno da quelle della Presidente Von der Leyen. In effetti, nell'intervento tenuto il 19 ottobre, nella seduta plenaria del Parlamento europeo - pertanto a pochi giorni dalla tanto discussa sentenza - Morawiecki ha specificato: "Per noi è una scelta di civiltà l'integrazione europea, noi siamo qui, questo è il nostro posto e non andiamo da nessuna parte, vogliamo che l'Europa ridiventi forte, ambiziosa e coraggiosa"<sup>7</sup>. Dichiarazione, la sua, che arriva dopo le parole della Presidente Ursula Von der Leyen, la quale ha condiviso le preoccupazioni in merito alla recente sentenza del TC che "[...] mette in discussione la base della Ue e costituisce una sfida diretta all'unità degli ordinamenti giuridici europei"; "Il destino della Polonia è l'Europa" ha concluso, sottolineando che Bruxelles difenderà "lo stato di diritto e i trattati Ue con tutti i mezzi"<sup>8</sup>.

Se dalle due dichiarazioni la permanenza della Polonia nell'Ue pare non venga messa in dubbio, di certo quello che la sentenza in esame mette in discussione è la base del funzionamento dell'integrazione europea, ponendosi - ancora una volta - il rispetto dello stato di diritto al centro del braccio di ferro che da anni vede come protagoniste le istituzioni europee e, accanto all'Ungheria, proprio la Polonia.

Più in generale, ciò che viene discusso è la stessa integrazione europea come processo di sviluppo del costituzionalismo liberaldemocratico nella dimensione sovranazionale, con i suoi principi e valori, che sono quelli che compongono il patrimonio costituzionale comune a tutti gli Stati membri. Nella decisione K3/21, stato di diritto e indipendenza del potere giudiziario, ancora una volta, tornano a costituire il punto dolente dei rapporti tra istituzioni europee e Stato polacco.

## 2. Polonia e "giustizia illiberale": come il rule of law è diventato un problema per l'Ue?

Quella del "Polish gate" è un'autentica saga, iniziata nel 2015 con l'ascesa politica dell'attuale Partito al Governo, il PiS. L'ispirazione populista (e

---

<sup>6</sup> Per un *excursus* completo sulle dinamiche politiche polacche e sull'impatto delle stesse sul funzionamento della forma di governo si rinvia a J. Sawicki, *L'erosione 'democratica' del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale*, Milano, 2018, spec. 157 ss.

<sup>7</sup> Le dichiarazioni espresse nella Plenaria sono disponibili in versione audiovideo al seguente indirizzo: [www.ilsole24ore.com/art/polonia-von-der-leyen-ue-agira-difesa-suoi-valori-morawiecki-no-ricatti-AEFh3yq#U40632735983KoH](http://www.ilsole24ore.com/art/polonia-von-der-leyen-ue-agira-difesa-suoi-valori-morawiecki-no-ricatti-AEFh3yq#U40632735983KoH).

<sup>8</sup> Si rinvia all'indirizzo: [www.ilsole24ore.com/art/polonia-von-der-leyen-ue-agira-difesa-suoi-valori-morawiecki-no-ricatti-AEFh3yq#U40632735983KoH](http://www.ilsole24ore.com/art/polonia-von-der-leyen-ue-agira-difesa-suoi-valori-morawiecki-no-ricatti-AEFh3yq#U40632735983KoH).

sovranista) di tale forza politica ha presto trovato riflesso nelle dinamiche istituzionali interne<sup>9</sup>. Populismo e sovranismo appaiono strettamente correlati, essendo declinazioni del medesimo modo di concepire la politica, in base a una visione insofferente sia ai vincoli esterni sia a quelli interni. Come è stato evidenziato in dottrina, “[...] se in una prima fase, il populismo può tollerare e anzi esaltare una magistratura e una giustizia costituzionale autonome e indipendenti, in una fase di più avanzata realizzazione del suo disegno non può che tendere all’affermazione di un unico titolo di legittimazione del potere, non potendo tollerare forma alcuna di pluralismo istituzionale”<sup>10</sup>.

L’involuzione che, sul piano istituzionale, appare indotta da tale visione populista attiene proprio alla giustizia. Pur nella diversità dei modi e con peculiarità proprie, tale involuzione si riscontra nel prototipo illiberale europeo (Ungheria) e nello Stato che attua la circolazione del modello (Polonia), trattandosi di ordinamenti accomunati da un unico “contesto ideologico illiberale”<sup>11</sup>.

In maniera analoga al prototipo ungherese, anche nel caso della Polonia si è disposto l’abbassamento dell’età pensionabile dei giudici, con il proposito di determinare vere e proprie “purghe”, al fine di condurre alla modifica degli organici, inserendo magistrati nuovi, più controllabili (o controllati) da parte del potere politico<sup>12</sup>.

Più nello specifico, nel caso della Polonia a partire dal 22 dicembre del 2015, attraverso la tecnica del c.d. “court packing”<sup>13</sup>, le prime riforme hanno riguardato la Corte costituzionale, provvedendo a sostituire i giudici più anziani con nuovi giudici, fedelissimi al Governo. Tali interventi erano

<sup>9</sup> Cfr., sul punto, D. Stasi, *Le origini del nazionalismo in Polonia*, Milano, 2018; A. Di Gregorio, J. Sawicki, *La riconferma scontata (ma non plebiscitaria) di Duda alle elezioni presidenziali polacche: un ulteriore vulnus per lo stato di salute della democrazia in Europa?* Editoriale, in *federalismi.it*, 22/ 2020, III-XVII.

<sup>10</sup> A. Morelli, *Il virus populista: riflessioni su riduzionismo e antipluralismo nella politica contemporanea a partire dal volume “Populismi e rappresentanza democratica” di Alberto Lucarelli*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, in *Consulta Online* del 19 gennaio 2021, 3-4.

<sup>11</sup> Gli elementi della democrazia illiberale così come attuata dal “prototipo” europeo, ossia, l’Ungheria vengono delineati in maniera puntuale da Orban nel suo celebre discorso: cfr. V. Orbán, *Prime Minister Viktor Orban’s Speech at the 25th Bălványos Summer Free University and Student Camp*, 26 July 2014, Tusnádfürdő (Băile Tușnad), Romania, disponibile sul sito ufficiale del Governo, al seguente url: [www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktororban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp](http://www.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktororban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp). Più in generale, sulle torsioni in senso illiberale di diversi ordinamenti contemporanei di varie parti del Mondo si rinvia ai numerosi contributi presenti nella *Sezione Monografica* appositamente dedicato al tema in *DPCE Online* Vol. 44 No 3 (2020).

<sup>12</sup> Cfr. M. Santora, *Poland Purges Its Supreme Court, and Protesters Take to the Streets*, in *N.Y. TIMES* (3 luglio 2018), [www.nytimes.com/2018/07/03/world/europe/polandsupreme-court-protest.html](http://www.nytimes.com/2018/07/03/world/europe/polandsupreme-court-protest.html); T.T. Koncewicz, *The Court is dead, long live the courts? On judicial review in Poland in 2017 and “judicial space” beyond*, in *Verfassungsblog.de*, 8 marzo 2018.

<sup>13</sup> K.L. Scheppele, *Autocratic Legalism*, in *The University of Chicago Law Review*, 2018, pp. 545 ss.

funzionali a sottrarre l'operato del potere politico al controllo di costituzionalità. Le modifiche adottate il 22 dicembre del 2015, stabilendo che per le questioni d'illegittimità costituzionale delle leggi fosse necessaria la maggioranza qualificata di 13 giudici su 15, hanno reso impossibile al Tribunale costituzionale di operare. Infatti, a causa di precedenti problemi riguardanti la nomina dei membri dell'organo, in quel momento esso si trovava a operare in composizione ridotta a soli 12 giudici. La modifica, quindi, sostanzialmente impediva alla Corte di sindacare l'indirizzo politico – governo/maggioranza parlamentare – segnando un primo ridimensionamento dei principi dello Stato costituzionale di diritto. In risposta, con sentenza K. 47/15 del 9 marzo 2016, il Giudice delle leggi ha censurato la modifica legislativa, ma il Governo si è rifiutato di procedere alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della decisione. Anche se la Commissione di Venezia ha espresso un parere negativo (n. 833/2015) sulle modifiche riguardanti il funzionamento e l'indipendenza del Tribunale costituzionale polacco, il Parlamento ha proceduto all'adozione di una nuova legge, il 22 luglio del 2016, poi sostituita da altri tre atti legislativi, adottati sempre nel 2016, che hanno finito per cristallizzare le modifiche riguardanti le competenze, la composizione e l'operato del Giudice delle leggi<sup>14</sup>.

Pur essendo previste deroghe al pre-pensionamento, inoltre, un rilevante margine di discrezionalità è stato riservato al Presidente della Repubblica; si sono, inoltre, ampliati i poteri della Corte Suprema (*Sąd Najwyższy*) prevedendo l'istituzione di due Camere disciplinari i cui vertici sono sottoposti a uno strettissimo controllo del potere politico<sup>15</sup>; il Consiglio Nazionale della Magistratura (*Krajowa Rada Sądownictwa*) è stato posto sotto stretto controllo del *Sejm*<sup>16</sup> e la magistratura ordinaria sotto una

---

<sup>14</sup> La legge del 30 novembre del 2016 sullo *status* dei giudici del Tribunale costituzionale; la legge del 30 novembre del 2016 sull'organizzazione e sui procedimenti dinanzi al Tribunale costituzionale; la legge del 13 dicembre del 2016 che apporta modifiche alle due nuove leggi precedentemente approvate - che hanno interamente ridefinito il funzionamento, la composizione e lo *status* dei giudici del Tribunale costituzionale. Si è poi proseguito a sostituire ripetutamente le cariche più importanti del Tribunale costituzionale (Presidente e vicepresidente) con personalità vicine al Governo in carica, nonché a estromettere i tre giudici nominati dalla precedente legislatura prima della vittoria delle elezioni politiche da parte del PiS. Su tali aspetti, A. Dziadzio, *Quis custodiet ipsos custodes? Die Auseinandersetzung um den Verfassungsgerichtshof in Polen (2015-2016) [Chi supervisionerà i supervisori? Il conflitto sulla Corte costituzionale in Polonia (2015-2016)]*, in 64 *Osteuroparecht* 21, 30 (2018) e sia permesso rinviare a E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I Casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021, spec. 140-153.

<sup>15</sup> Cfr. Legge sulla Corte suprema (*Sądzie Najwyższym z dnia 8.12.2018*, Dz. U. 2017) del 8 dicembre del 2017.

<sup>16</sup> Gli emendamenti alla legge sul Consiglio nazionale della Magistratura, adottati il 20 dicembre del 2017, da una parte hanno stabilito che entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge il mandato dei membri ancora in carica doveva cessare, e, dall'altra, hanno modificato le modalità di elezione dei componenti togati del Consiglio. Più in dettaglio, si veda M. Mazza, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, in *DPCE Online*, 4/2020, 4969-4980.

strettissima influenza del Ministro della giustizia. Si è quindi dato vita a un sistema di giustizia interamente controllato dal potere politico, che oggi, nelle varie istituzioni e organi dello Stato, risulta essere rappresentato dal partito di maggioranza, il PiS.

Gli interventi sul sistema dei contropoteri hanno finito per ridisegnare il legame tra le istituzioni di garanzia in modalità tali da far venire meno l'inesauribile conflitto dialettico tra i vari poteri, non contemplandosi la presenza di un potere giudiziario indipendente e imparziale. Si è dato vita, pertanto, a una peculiare organizzazione del potere giudiziario secondo un modello definibile di “giustizia illiberale”<sup>17</sup>. A differenza di quanto avveniva nella forma non democratica e illiberale dello Stato socialista, oggi solo formalmente il sistema giudiziario presenta gli elementi propri di una liberaldemocrazia, poiché di fatto esso risulta privo di ogni garanzia d'indipendenza e imparzialità, non potendo così svolgere alcuna funzione di garanzia dei diritti e delle libertà rispetto a eventuali abusi perpetrati da parte delle autorità.

Le riforme introdotte, ponendo il sistema giudiziario in posizione subalterna rispetto al potere politico, hanno condotto a un decremento del livello di tutela di diversi diritti e libertà fondamentali. Ad esempio, si può menzionare la sentenza del Tribunale costituzionale del 20 ottobre del 2020 che, di fatto, ha dichiarato illegale il diritto di aborto<sup>18</sup>. Decisione, questa, in linea con una certa visione cattolica posta alla base della ideologia illiberale del PiS, ma che ha suscitato un'ondata di proteste in diverse città del Paese<sup>19</sup>.

Il caso polacco mostra, pertanto, come il modello di “giustizia illiberale” abbia messo seriamente in crisi il progetto di sviluppo del processo d'integrazione europea orientato dal *rule of law*, essendo venuti meno gli imprescindibili requisiti d'indipendenza e imparzialità del giudice nazionale che rappresentano condizioni indispensabili per una corretta attuazione dello stato di diritto europeo.

---

<sup>17</sup> Per maggiori delucidazioni sul termine di “giustizia illiberale” quale formante proprio delle c.d. “democrazie illiberali” e delle differenze di funzionamento del potere giudiziario rispetto alle altre forme di Stato sia permesso rinviare E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale*., cit.; in riferimento alle evoluzioni dell'ordinamento giudiziario della Polonia, invece, cfr: W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; sullo sviluppo della storia costituzionale del Paese e del suo sistema giudiziario si vedano S. Ceccanti, *Il costituzionalismo polacco dal 1791 ad oggi*, in *federalismi.it*, 10/2006; C. Filippini, *Polonia*, Bologna, 2010; con riferimento alla Costituzione polacca del 1921, invece, si vedano i numerosi contributi raccolti nella *Sezione Monografica* di *DPCE Online*, Vol. 48 No 3(2021) 3-21, all'interno del quale, con particolare riferimento all'organizzazione del potere giudiziario, si veda M. Mazza, *The judiciary in the Polish Constitution of 1921 and in its historical precedents*, 5081 – 5100.

<sup>18</sup> K. Kocemba, M. Stambulski, *Divine Decision-Making. Right-Wing Constitutionalism in Poland*, in *Verfassungsblog*, 9 novembre 2020.

<sup>19</sup> Cfr. K. Nowicka, *Democratic tsunami in Poland*, in *Constitutionalism and Politics*, 5 novembre 2020.

### 3. Causa K 3/21: le anomalie del “Polish gate”

Fra le molteplici peculiarità della decisione K 3/21, appare certamente insolito il soggetto proponente il ricorso. Trattasi, in effetti, del primo caso nella storia dell’Ue nel quale, in merito a una questione di tale rilevanza (anche politica), il giudizio viene promosso davanti al TC mediante ricorso in via d’azione, presentato il 29 marzo del 2021, da parte delle istituzioni di uno Stato. Al ricorrente – Primo ministro – si aggiungono, infatti, il Presidente della Repubblica, il *Sejm*, il Ministro degli Affari esteri, il Procuratore Generale e l’*Ombudsman* polacco. A nulla sono serviti i tentativi di dialogo politico promosso dalla Commissione europea che – tramite una lettera scritta del 10 giugno – ha chiesto al Governo polacco di ritirare il ricorso in questione<sup>20</sup>.

A tale prima “anomalia” si aggiunge poi il portato stesso della decisione del TC, quantomeno così come traspare dal dispositivo: a oggi – in assenza di pubblicazione integrale della motivazione – quest’ultimo è, infatti, vincolante<sup>21</sup>. Nel dispositivo in commento, infatti, il TC contesta l’attuale evoluzione dell’Ue, affermando che si sarebbe in presenza del riconoscimento di una portata *ultra vires* del diritto primario dell’Unione così come interpretato dalla CGUE, secondo un’evoluzione che risulterebbe incompatibile con quanto previsto dall’art. 1, primo e secondo comma, TUE, in combinato disposto con l’art. 4.3 TUE.

Secondo il TC, in questo “new stage” che si sarebbe venuto a creare, le istituzioni europee esorbiterebbero dagli scopi e dalle competenze conferite loro dalla Repubblica di Polonia ai sensi dei Trattati europei; la Costituzione polacca avrebbe perso, così, la propria supremazia e la Repubblica della Polonia non agirebbe più come uno Stato sovrano e democratico. Ciò configurerebbe un conflitto con quanto previsto dagli artt. 2, 8, 90 (1) della Costituzione<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. A. Krzysztozek, *Commission: Poland cannot question EU law primacy*, in *EUROACTIV*, 11 giugno 2021.

<sup>21</sup> La decisione è stata adottata a maggioranza e, così come risulta dal corpo, vi sono solo due opinioni dissenzienti: quelli dei giudici Piotr Pszczółkowski e Jarosław Wyrembak. Il testo completo del dispositivo in inglese è disponibile in [trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej](http://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej). Il dispositivo è stato pubblicato sul *Giornale delle Leggi della Repubblica di Polonia* il 12 ottobre del 2021. Pertanto, in conformità a quanto previsto dall’art. 190, par. 3, della Costituzione, da tale data la decisione è diventata giuridicamente vincolante.

<sup>22</sup> Come si legge nel primo punto del dispositivo “Article 1, first and second paragraphs, in conjunction with Article 4(3) of the Treaty on European Union (Journal of Laws – Dz. U. of 2004 No. 90, item 864/30, as amended) – insofar as the European Union, established by equal and sovereign states, creates “an ever closer union among the peoples of Europe”, the integration of whom – happening on the basis of EU law and through the interpretation of EU law by the Court of Justice of the European Union – enters “a new stage” in which: a) the European Union authorities act outside the scope of the competences conferred upon them by the Republic of Poland in the Treaties; b) the Constitution is not the supreme law of the Republic of Poland, which takes

A tali affermazioni, con la seconda<sup>23</sup> e terza<sup>24</sup> proposizione si sostiene altresì l'incompatibilità con la Costituzione polacca degli obblighi di cui all'art. 19, par. 2, co. 2, TUE, da solo o in combinato disposto con l'art. 2 TUE, laddove, nell'applicare il diritto unionale, consentono ai giudici nazionali di eludere le disposizioni della Costituzione; giudicare sulla base di disposizioni che non sono in vigore o sono state revocate dal *Sejm* o giudicate incostituzionali dal TC; sindacare la legittimità della nomina dei giudici e determinare vizi circa il procedimento della loro nomina; e – sempre in riferimento alla nomina dei giudici – controllare la legittimità delle risoluzioni del Consiglio nazionale della magistratura.

36

Laddove si guardi alla decisione del TC dal punto di vista delle previsioni della Costituzione della Polonia (e della precedente giurisprudenza costituzionale polacca), le anomalie che emergono sono molteplici. L'art. 79 della Costituzione polacca stabilisce che “ogni persona le cui libertà o diritti costituzionali sono stati violati ha il diritto di ricorrere al Tribunale costituzionale per un giudizio sulla conformità alla Costituzione di una legge o di un altro atto normativo sulla cui base un tribunale o un organo della pubblica amministrazione ha preso una decisione definitiva”; non si menzionano, pertanto, i trattati internazionali. È, dunque, quantomeno dubbia, sulla base del dettato costituzionale, la stessa competenza del TC a esprimersi sui contenuti dei Trattati UE.

Va poi aggiunto che - pur se è vero che il disposto dell'art. 8, comma

---

precedence as regards its binding force and application; c) the Republic of Poland may not function as a sovereign and democratic state – is inconsistent with Article 2, Article 8 and Article 90(1) of the Republic of Poland”.

<sup>23</sup> Più nello specifico, “Article 19(1), second subparagraph, of the Treaty on European Union – insofar as, for the purpose of ensuring effective legal protection in the areas covered by EU law – it grants domestic courts (common courts, administrative courts, military courts, and the Supreme Court) the competence to: a) bypass the provisions of the Constitution in the course of adjudication – is inconsistent with Article 2, Article 7, Article 8(1), Article 90(1) and Article 178(1) of the Constitution; b) adjudicate on the basis of provisions which are not binding, having been revoked by the Sejm and/or ruled by the Constitutional Tribunal to be inconsistent with the Constitution – is inconsistent with Article 2, Article 7, Article 8(1), Article 90(1) and Article 178(1), and Article 190(1) of the Constitution”.

<sup>24</sup> “Article 19(1), second subparagraph, and Article 2 of the Treaty on European Union – insofar as, for the purpose of ensuring effective legal protection in the areas covered by EU law and ensuring the independence of judges – they grant domestic courts (common courts, administrative courts, military courts, and the Supreme Court) the competence to: a) review the legality of the procedure for appointing a judge, including the review of the legality of the act in which the President of the Republic appoints a judge – are inconsistent with Article 2, Article 8(1), Article 90(1) and Article 179 in conjunction with Article 144(3)(17) of the Constitution; b) review the legality of the National Council of the Judiciary’s resolution to refer a request to the President of the Republic to appoint a judge – are inconsistent with Article 2, Article 8(1), Article 90(1) and Article 186(1) of the Constitution; c) determine the defectiveness of the process of appointing a judge and, as a result, to refuse to regard a person appointed to a judicial office in accordance with Article 179 of the Constitution as a judge – are inconsistent with Article 2, Article 8(1), Article 90(1) and Article 179 in conjunction with Article 144(3)(17) of the Constitution”.

1, della Costituzione sancisce che quest'ultima è la suprema legge della Repubblica Polacca - la "clausola europea" prevista dall'art. 90 della Costituzione, proprio in prospettiva di adesione della Polonia all'Unione, stabilisce che "in alcuni casi" e sulla base di un accordo internazionale, la Polonia possa delegare a un'organizzazione internazionale (o a un organo internazionale) l'esercizio di competenze proprie degli organi statuali. L'art. 91, comma 2, poi, regola il rapporto tra le fonti stabilendo che un accordo ratificato, previo consenso accordato in forma legislativa, prevalga sulla legge nel caso in cui l'accordo e la legge stessa risultino in contrasto. Autorevole dottrina polacca<sup>25</sup> ha sostenuto che la previsione dell'art. 91, comma 2, si applicherebbe, "per analogia", anche al Trattato di adesione all'Ue.

Dunque, se le norme di cui all'art. 91, commi 1 e 2, si applicano agli accordi internazionali ratificati, nel caso del "diritto comunitario originario" la formulazione "aperta" dell'art. 91, comma 3 (in base al quale "se risulta da un accordo ratificato dalla Repubblica di Polonia costitutivo di un'organizzazione internazionale, il diritto da esso derivato viene applicato direttamente e prevale, in caso di contrasto, sulle leggi interne"), trova applicazione anche nel caso del "diritto comunitario derivato".

A ciò si aggiunga che la Costituzione polacca del 1997 era in vigore nel momento dell'adesione della Polonia all'Unione; pertanto, le summenzionate disposizioni previste dalla Costituzione polacca del 1997, che fanno propri i capisaldi del funzionamento della costruzione europea e della primazia del diritto comunitario, così come sviluppati nella giurisprudenza della CGUE, erano in vigore nel momento dell'adesione della Polonia all'Unione: adesione, peraltro, la cui ratifica non includeva alcuna riserva rispetto all'*acquis* comunitario.

Sembrirebbe, quindi, che la decisione emessa dal TC nella sentenza K 3/21 sia contraria a quanto espressamente previsto dalla stessa Costituzione di cui si afferma, in maniera maldestra e strumentale, la supremazia rispetto al diritto unionale.

Come sottolineato anche nello *Statement of Retired Judges of the Polish Constitutional Tribunal* dell'11 ottobre del 2021, del resto, le garanzie della supremazia della Costituzione polacca rispetto al diritto unionale non possono rinvenirsi nella decisione del 7 ottobre del 2021, ma nelle precedenti pronunce del TC, ossia le decisioni K 18/04, K 32/09, SK 45/09<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> K. Wojtyczek, *Polska w europejskim systemie konstytucyjnym* [La Polonia nel sistema costituzionale europeo] in P. Sarnecki (a cura di), *Prawo Konstytucyjne RP* [Il diritto Costituzionale della Repubblica di Polonia], ed. 6, Warszawa 2005; per un'accurata analisi dei rapporti tra diritto interno polacco e diritto europeo, riguardante anche le decisioni del TC, si veda anche K. Witkowska, P. Chrzczonowicz, *I rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario nella ricostruzione della giurisprudenza costituzionale polacca: profili ricostruttivi e spunti problematici*, in *Poloniaeuropa*, n. 3/2012, 1-16, in [http://www.poloniaeuropae.it/pdf/Witkowska\\_cost\\_polacca.pdf](http://www.poloniaeuropae.it/pdf/Witkowska_cost_polacca.pdf).

<sup>26</sup> Si veda la nota completa *Statement of Retired Judges of the Polish Constitutional Tribunal* del 11 ottobre 2021 disponibile in [verfassungsblog.de/statement-of-retired-judges-of](http://verfassungsblog.de/statement-of-retired-judges-of)

Non può, d'altro canto, non ricordarsi che la decisione del 7 ottobre del 2021 è emessa da parte di un TC che a seguito del “court packing” e delle modifiche che hanno inciso sulla sua composizione e funzionamento, rimane di dubbia indipendenza rispetto al potere politico, potere che in questo caso è anche il ricorrente principale!

#### 4. Stato di diritto europeo e indipendenza del giudice: i meccanismi “storici”

Nell'ormai nota vicenda della progressiva erosione dello Stato di diritto in Polonia, la pronuncia del TC in commento rappresenta solo l'ultimo episodio. In tale evoluzione (o involuzione), come già evidenziato, un aspetto di fondamentale importanza appare proprio la definizione di un nuovo e del tutto peculiare sistema giudiziario. Un processo che, se, da una parte, è risultato irrefrenabile a partire dall'adozione del c.d. “pacchetto riforme giustizia”<sup>27</sup>, dall'altra, pur dinanzi all'insufficienza degli interventi dell'Ue (posto che le sentenze emesse e le misure di morosità imposte sono rimaste ignorate)<sup>28</sup>, ha condotto a una migliore definizione di alcuni parametri necessari per il rafforzamento della *Eu rule of law*.

Come è stato evidenziato, “[1]’Unione europea ha negli anni consolidato la propria natura di ordinamento autonomo caratterizzato dal *rule of law* secondo quanto affermato innanzitutto dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e poi successivamente cristallizzato nel Trattato sull'Unione”<sup>29</sup>. Dal Trattato di Maastricht (1992), passando per quello di Amsterdam (1997), si è giunti al Trattato di Lisbona (2007), il cui art. 2 espressamente richiama, tra gli altri valori, il *rule of law*: clausola di omogeneità costituzionale e valoriale dei Paesi membri dell'Unione europea

[the-polish-constitutional-tribunal/](https://www.the-polish-constitutional-tribunal/).

<sup>27</sup> Per un primissimo commento del c.d. “pacchetto giustizia” cfr. A. Angeli, A. Di Gregorio, J. Sawicki, *La controversa approvazione del “pacchetto giustizia” nella Polonia di “Diritto e Giustizia”: ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE Online*, 3/2017; per un panorama completo delle modifiche nel campo giudiziario dal 2015 al 2021, invece, L. Pech, P. Wchowiec, D. Mazur, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, in *Hague J. Rule of Law*, 2021.

<sup>28</sup> Sono molteplici, in effetti, le sentenze che hanno riguardato proprio le modifiche che a partire dal 2015 sono state man mano introdotte dal Governo polacco guidato dal PiS e che hanno compromesso l'indipendenza del potere giudiziario: sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte Suprema)*; sentenza del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei Tribunali ordinari)*; ordinanza dell'8 aprile 2020, causa C-791/19 R, *Commissione c. Polonia (Régime disciplinaire des juges)* e sentenza del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia (Régime disciplinaire des juges)*; ordinanza del 14 luglio 2021 e del 6 ottobre 2021, causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*; ordinanza del 21 maggio 2021 e del 20 settembre 2021, causa C-121/21 R, (*Repubblica ceca c. Polonia*).

<sup>29</sup> A. Pin, *Il rule of law come problema. Le sfide dell'Europa centro-orientale, della Brexit e del Medio Oriente*, Napoli, 2021, cit. p. 63.

e, pertanto, dell'Unione stessa<sup>30</sup>. Si tratta di un valore irrinunciabile del costituzionalismo liberaldemocratico che ispira l'organizzazione dell'Unione e che quest'ultima, tramite la logica della condizionalità, tende a diffondere a livello mondiale (artt.8 e 21 Trattato UE). In tale attività di diffusione, indubbiamente, per i Paesi interessati alla prospettiva di adesione all'Unione, i requisiti condizionanti a partire dal "quinto allargamento" in poi sono stati più rigorosi, così come previsti nei tre *Criteri di Copenaghen* del 1993<sup>31</sup>. Quest'ultimi, a loro volta, sono stati inseriti nell'art. 49 TUE.

Si è trattato, dunque, di un primo rafforzamento della *Eu rule of law* a livello di diritto primario dell'Unione, che, pertanto, rimane strettamente connesso agli allargamenti che hanno riguardato i Paesi dell'Europa centro-orientale, in quel momento interessati da processi di transizione democratica.

Ciò posto, se tramite la condizionalità negativa dell'adesione l'Unione si può "difendere" dall'ingresso di Stati che non condividono formalmente e sostanzialmente i valori e i principi del costituzionalismo liberaldemocratico, del tutto diversa si presenta la situazione per un controllo *ex post* al loro ingresso. Le torsioni illiberali in atto dal 2010 in Ungheria, Paese già membro dell'Ue, e il recepimento del modello da parte della Polonia dal 2015 hanno, di fatto, messo in discussione molteplici aspetti dell'integrazione europea, ponendo la questione del *rule of law* al centro del dibattito pubblico europeo. Il tutto, come sopra si è avuto modo di specificare, è avvenuto guardando attraverso le lenti del peculiare sistema di giustizia adottato, che difetta dei requisiti di indipendenza e imparzialità rispetto a quello politico.

Se, come da più parti evidenziato, l'indipendenza dei giudici gioca un ruolo di fondamentale importanza per preservare il *rule of law*<sup>32</sup>, il caso in

---

<sup>30</sup> Art. 2: "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto [*rule of law*] e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini".

<sup>31</sup> I tre Criteri di Copenaghen nel "quinto allargamento" erano espressi in soli 5 capitoli. In quella occasione le riforme sul sistema della giustizia sono state osservate in maniera abbastanza frettolosa. A seguito delle torsioni illiberali in parte dei "nuovi" Paesi membri – Ungheria, Polonia ma anche Romania – maggiore attenzione è stata dedicata ai vari "parametri" nei quali si scorrono ora i 3 criteri di Copenaghen. In effetti, ad oggi, sono ben 35 i capitoli condizionanti, dei quali il capitolo 23 sulla *rule of law* e riforme della giustizia è il primo che si apre e l'ultimo che si chiude. Sull'evoluzione del primo Criterio di Copenaghen negli attuali 35 capitoli si veda, da ultimo, S. Bartole, *The Internationalisation of Constitutional Law*, Oxford-New York, 2020, 24 ss.; dell'operatività di tale capitolo nei Paesi ancora interessati dalla prospettiva di adesione all'Unione, invece T. Cerruti, *Lo stato di diritto nel processo di allargamento ai Balcani occidentali*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2019, 137 ss.

<sup>32</sup> Valgano per tutti le autorevoli osservazioni di S. Bartole, che sottolinea come l'indipendenza del potere giudiziario "[...] is strictly connected with the development of the safeguard of the human rights [...] and the implementation of the principles of constitutionalism in the internal organization of the State": *The contribution of the Venice Commission to the internationalization of the national constitutional law on the organization of the judiciary*, in

esame, nel quale è possibile cogliere le connessioni tra Unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici, offre indubbiamente una visuale privilegiata. Basti qui ricordare che lo stato di diritto, in quanto paradigma condiviso da tutti gli Stati membri, è previsto dal Preambolo come valore al quale l'Ue si ispira e, come sancito dall'art. 2 TUE, sul quale si fonda la stessa organizzazione europea<sup>33</sup>. Si tratta di un valore che risulta indispensabile per il funzionamento complessivo dell'Ue sotto una molteplicità di aspetti: in riferimento al mercato interno e alla cooperazione in materia di giustizia; alla corretta applicazione del diritto dell'Unione da parte dei giudici nazionali; così come alla corretta interazione tra questi e la Corte di Giustizia dell'Ue. In virtù dei Trattati, poi, la garanzia del rispetto dello Stato di diritto spetta alla Commissione europea che opera unitamente alle altre istituzioni e agli stessi Stati membri.

Se il *rule of law* costituisce un *dogma* del costituzionalismo liberaldemocratico<sup>34</sup>, il sistema di giustizia – in riferimento agli aspetti connessi a imparzialità e indipendenza del giudice – in assenza di un modello “unico” di riferimento, costituisce un *dilemma*. Aspetto questo, che se è stato evidenziato dalla dottrina in riferimento ai Paesi interessati dalla prospettiva di adesione per quanto concerne le riforme sulla giustizia – sino a essere condensato nella formula di “dilemma Copenaghen”<sup>35</sup> –, all'interno

I. Motoc, P. Pinto De Albuquerque, K. Wojtyczek (eds.), *New developments in Constitutional law, Essays in honor of Andreas Sajó*, Aja, 2018, cit. p. 1.

<sup>33</sup> Sullo Stato di diritto quale valore sul quale si fonda l'UE cfr. L. Pech, *A Union Founded on the Rule of Law: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, 359 ss.; C. Closa, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016; A. Jakab, D. Kochenov (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values*, Oxford, 2017; più di recente, sull'art. 2 TUE v. J. Wouters, *Revisiting art. 2 TEU: a True Union of Values?*, in *European Papers*, 2020, 5, 255 ss.; A. Ruggeri, *Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno: simul stabunt vel simul cadent*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, 3, 10-48.

<sup>34</sup> Tenendo in considerazione le ultimissime evoluzioni in ambito unionale proprio in riferimento alla *Rule of law*, in dottrina si sottolinea che – così come previsto dall'art. 2 TUE – pur essendo lo Stato di diritto uno dei valori fondanti dell'UE e comune a tutti gli Stati membri, che, l'Unione diffonde anche nelle sue relazioni esterne, di fatto, “The treaties, however, do not provide a definition of this principle”. In tal ultimo senso, cfr. W. Schroeder, *The Rule of Law as a Value in the Sense of Art. 2 TUE: What does it mean and imply*, in A.V. Bogdandy et al. (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, ebook, 2021, 105. Si rinvia ai numerosi contributi dello stesso libro per un'analisi delle recentissime evoluzioni sul tema in ambito unionale. Parimenti il Documento ufficiale della Commissione europea, prendendo atto che non esiste alcuna definizione universale di *Rule of law* e, pertanto, non vi possono essere criteri fissi *one for all*, specifica che “In essence, the RoL is a multi dimensional concept [...]”: European Commission, *Thematic Evaluation of EU support for Rule of Law in neighbourhood countries and candidates and potential candidates for accession (2010-2017)*.

<sup>35</sup> La mancata convergenza tra i Paesi membri dell'Unione europea – e quindi, l'assenza di un modello uniforme – non può che tradursi anche in una mancanza di parametri fissi e universalmente validi nella stessa condizionalità europea di adesione. In effetti, autorevole dottrina ha avuto modo di sottolineare che “[...] al di là degli aspetti declamatori, così come non si può sostenere, se non a fini politici, l'esistenza di concreti

dell'Unione ha iniziato ad attirare l'attenzione solo a seguito delle riforme adottate in Ungheria, Polonia e, in una certa misura, in Romania<sup>36</sup>.

Anche a tal proposito, tuttavia, muovendo dalla disamina degli ordinamenti dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, anche la Commissione Europea per la Democrazia Attraverso la Legge (Commissione di Venezia) è giunta alla conclusione che “non c'è un modello standard che un Paese democratico sia vincolato a seguire”<sup>37</sup>; e prendendo in considerazione le modalità di nomina dei giudici nei Paesi membri dell'Unione europea, ha affermato che “[i]n Europe, a variety of different systems for judicial appointment exist and that there is not a single model that would apply to all countries”<sup>38</sup>, specificando più recentemente che, proprio in riferimento all'indipendenza dei giudici, “[o]wing to the richness of legal culture in Europe, which is precious and should be safeguarded, there is no single model which applies to all countries”<sup>39</sup>.

Ciò posto, si pone il problema dei meccanismi di cui dispone l'Ue per salvaguardare l'effettiva vigenza dello stato di diritto nei Paesi membri.

Il *Documento quadro per lo Stato di diritto*, che riconosce alla Commissione il potere di attivare la procedura d'infrazione di cui all'art. 258 TFUE, assieme alla particolare procedura di cui all'art. 7 TUE (procedure complementari e non alternative)<sup>40</sup>, indubbiamente, rappresentano i principali strumenti che le istituzioni europee possono attivare – anche contemporaneamente e comunque in maniera indipendente l'uno dall'altra, come evidenzia l'avvocato generale Evgeni Tanchev<sup>41</sup> – qualora uno degli Stati membri violi o mini in maniera sistemica i principi dello stato di diritto.

Nota è che la peculiare procedura della c.d. “opzione nucleare”, di cui all'art. 7 TUE, rimane ancorata alla clausola dell'unanimità in seno al

---

“standard europei” in tema di indipendenza della magistratura [...] nel settore della giustizia è difficile rinvenire standard europei anche se è lo stesso processo di condizionalità che cerca di crearli” e si è parlato, a tal proposito, di un vero e proprio “dilemma di Copenaghen”. Cfr. F. Palermo, J. Woelk, *L'indipendenza della magistratura e le sue garanzie negli ordinamenti dei Balcani occidentali*, in M. Calamo Specchia, M. Carli, G. Di Plinio, R. Toniatti, *I Balcani occidentali. Le costituzioni della transizione*, Torino, 2008, 203; M. Guglielmi, *Un richiamo ai principi forti in materia di giustizia, stato di diritto e standard europei, mentre gli Stati Membri sembrano sempre più ripiegati su sé stessi*, in *Questione Giustizia*, 11 luglio 2014.

<sup>36</sup> M. Leloup, D.V. Kochenov, Aleksejs Dimitrovs, *Non-Regression: Opening the Door to Solving the 'Copenhagen Dilemma'? All the Eyes on Case C-896/19 Repubblica v Il-Prim Ministru*, in *RECONNECT Working Paper (Leuven)* No. 15, 2021, 1-20; B. Selejan-Gutan, *A Tale of Primacy, part III Game of Courts*, in *Verfassungsblog.de*, 17 novembre 2021.

<sup>37</sup> Cfr. Commissione di Venezia, Parere sulla riforma dell'ordine giudiziario in Bulgaria, CDL-INF (1999)005, par. 28.

<sup>38</sup> Cfr. Venice Commission (CDL-AD(2007)028).

<sup>39</sup> Cfr. Venice Commission, *Report On The Independence Of The Judicial System Part I: The Independence Of Judges*, Adopted by the Venice Commission at its 82nd Plenary Session (Venice, 12-13 March 2010).

<sup>40</sup> Sul punto si rinvia all'ampia trattazione di E. Albanesi, *Pluralismo costituzionale e procedura di infrazione dell'Unione Europea*, Torino, 2018, specialmente 180 ss.

<sup>41</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, punti 48-51.

Consiglio. Pur essendo stato attivato per la prima volta nella storia dell'UE solo nel 2018 nei confronti della Polonia, infatti, il veto dell'Ungheria aveva già messo in evidenza tutti i limiti di questo meccanismo<sup>42</sup>.

A questi meccanismi “storici”, dal 2014 – a seguito della torsione illiberale in atto in Ungheria – si è aggiunto anche un nuovo *Quadro per rafforzare lo Stato di diritto*, adottato il 14 marzo del 2014<sup>43</sup>: si tratta sostanzialmente di uno strumento di “dialogo” che consente alla Commissione di avviare un confronto in più fasi con lo Stato membro interessato dall'avvio delle azioni, al fine di evitare l'intensificarsi delle minacce allo stato di diritto.

Spostando l'attenzione sulla giurisprudenza unionale, invece, l'indipendenza del giudice – anche se rimane una caratteristica interna del sistema giurisdizionale – costituisce uno degli strumenti per garantire l'effettività della tutela in giudizio. Pertanto, l'art. 19 (1) TUE finisce per mettere in stretta correlazione lo stato di diritto con precisi obblighi gravanti sugli Stati membri. Inoltre, l'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea tutela il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale; il secondo paragrafo del medesimo articolo menziona in maniera espressa i criteri dell'indipendenza e imparzialità del giudice precostituito per legge.

Dal combinato disposto delle previsioni appena richiamate deriva la possibilità che la questione finisca per costituire oggetto di un ricorso per inadempimento nei confronti di uno Stato membro.

## 5. Il “Polish gate” e l’“European law enforcement”

Se nel caso dell'Ungheria, per quasi dieci anni si è proceduto esclusivamente con atti di *soft law* – principalmente Pareri e Raccomandazioni –, con la circolazione del modello di “giustizia illiberale” in Polonia si è avuto un *European law enforcement* inedito per la storia dell'Unione. Circostanza, quest'ultima, che rende abbastanza evidente il perché gran parte del dispositivo della sentenza K 3/21 sia dedicata proprio alla questione riguardante eventuali condanne e decisioni che si riferiscono al sistema interno nazionale di giustizia.

Posta l'attivazione delle “unprecedented measures” di cui all'art. 7 TUE (1)<sup>44</sup> e l'impossibilità dell'attivazione anche del 7 (2) a seguito della

<sup>42</sup> Cfr. *Orbán promises to veto any EU sanctions against Poland*, in *www.ft.com*, 8 gennaio 2016; analoga la posizione espressa da parte della Polonia: cfr. A. Rettman, *Poland to veto EU sanctions on Hungary*, in *eobserver.com/justice*, 13 settembre 2018.

<sup>43</sup> European Commission, *Press Release, European Commission presents a framework to safeguard the rule of law in the European Union*, 11 March 2014.

<sup>44</sup> Cfr. 2018/2541 (RSP), *Risoluzione del Parlamento europeo del 1° marzo 2018 sulla decisione della Commissione di attivare l'art. 7, par. 1, TUE relativamente alla situazione in Polonia*, 1° marzo 2018; *Risoluzione del Comitato europeo delle regioni in merito alla proposta, presentata dalla Commissione, di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della*

minaccia del veto da parte dell'Ungheria, l'*European law enforcement* – definito come un “nuovo momento costituzionale per lo Stato di diritto europeo”<sup>45</sup> – ha trovato seguito in ambito giurisprudenziale.

Basandosi su alcune recenti pronunce della CGUE in merito all'abbassamento dell'età pensionabile dei giudici e l'impatto sull'indipendenza e imparzialità degli stessi - CGUE, sent. *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* C64/16, 28 febbraio 2018; CGUE, sent. *Carlos Escribano Vindel*, C49/18, del 7 febbraio del 2019 – tramite il rinvio pregiudiziale *ex art. 267* TFUE con il celebre caso *LM*<sup>46</sup>, la *High Court* d'Irlanda, ha investito la CGUE della questione: secondo il giudice irlandese, l'attivazione della procedura *ex art. 7* TUE contro la Polonia fondava, infatti, il rischio di violazione del giusto processo da parte delle autorità giudicanti polacche e, pertanto, la persona - oggetto di un mandato d'arresto europeo – non poteva essere estradata in Polonia visto che l'attivazione della procedura *ex art. 7 (1)* TUE si fondava proprio sulla mancata indipendenza del potere giudiziario. In quell'occasione, la CGUE, pur di fatto non esprimendo un'opinione definitiva sulle riforme del sistema giudiziario polacco – riprendendo le conclusioni del caso *Aranyosi e Căldăraru*, 5 aprile 2016 C404/15 –, ha affermato che spetta al giudice nazionale dell'esecuzione il compito di decidere, tramite una procedura bifasica<sup>47</sup>, se e in quale misura vi sia una violazione del valore dello stato di diritto europeo: in una prima fase, quel giudice deve accertare se e in che misura siano state perpetrate violazioni sistemiche rispetto alle garanzie processuali nel Paese emittente; nella seconda fase, il giudice dell'esecuzione deve accertarsi che nel caso concreto non siano verificabili violazioni dello Stato di diritto nell'esecuzione della condanna nello Stato emittente<sup>48</sup>.

---

*Repubblica di Polonia*, 1° febbraio 2018. Per un commento, si veda A. Circolo, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in *DPCE Online*, 1/2019, p. 19 ss.

<sup>45</sup> Così A. Von Bogdandy *et al.*, *Un possibile “momento costituzionale” per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 855 ss.

<sup>46</sup> CGUE, Grande sezione, *Minister for Justice and Equality*, 25 luglio 2018, C-216/18 PPU. Per un commento della sentenza cfr. C. Pinelli, *Violazioni sistemiche dei diritti fondamentali e crisi di fiducia tra Stati membri in un rinvio pregiudiziale della High Court d'Irlanda*, in *Quad. cost.*, 2/2018, 507 ss.

<sup>47</sup> Cfr. S. Bartole, *La crisi della giustizia polacca davanti alla Corte di Giustizia: il caso Celmer*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 921 ss., per il quale, in una prima fase, sarebbe necessario accertare che siano state perpetrate violazioni sistemiche rispetto alle garanzie processuali; nella seconda fase, invece, il giudice dell'esecuzione dovrebbe richiedere assicurazioni allo Stato emittente il provvedimento, sul rispetto delle tutele in fase detentiva.

<sup>48</sup> Prendendo a prestito le parole della Corte, quanto alla prima fase: “60. Pertanto, qualora, come nel procedimento principale, la persona oggetto di un mandato d'arresto europeo faccia valere, per opporsi alla propria consegna all'autorità giudiziaria emittente, l'esistenza di carenze sistemiche o, quanto meno, generalizzate che, a suo avviso, sono idonee a incidere sull'indipendenza del potere giudiziario nello Stato membro emittente e a pregiudicare così il contenuto essenziale del suo diritto fondamentale a un equo processo, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a valutare, quando deve decidere in merito alla consegna dell'interessato alle autorità di

Di fatto, con tale primo sviluppo, i giudici nazionali sono diventati i primi custodi dello stato di diritto europeo, avendo d'ora in poi la possibilità – tramite i meccanismi della cooperazione giudiziaria orizzontale - di realizzare una sorta di “embargo” nei confronti della Polonia nello spazio giuridico europeo<sup>49</sup>.

A questo primo sviluppo, parallelamente alla richiesta presentata al Consiglio per l'attivazione della procedura di cui all'art. 7(1) TUE, il 20 dicembre 2017 la Commissione ha deferito più volte la Polonia alla CGUE<sup>50</sup>. In tutti i ricorsi e nelle sentenze emesse, la persistente violazione dello stato di diritto viene individuata nelle svariate misure adottate nelle riforme della giustizia, che avrebbero fatto venire meno i requisiti di imparzialità e indipendenza del potere giudiziario.

Per la prima volta nella storia dell'Unione, l'indipendenza della magistratura in uno Stato membro quale prerequisito della tutela del valore dello stato di diritto europeo ha trovato, quindi, un difensore a livello sovranazionale: la CGUE. La Corte di Giustizia è intervenuta, infatti, in maniera decisa su un tipo di questione finora ritenuto di esclusiva pertinenza

---

detto Stato membro, l'esistenza di un rischio reale che egli subisca una violazione di tale diritto fondamentale (v., per analogia, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru* C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punto 88). A tal fine, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, in una prima fase, deve valutare, in base a elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario nello Stato membro emittente (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi et Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punto 89), l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo, connesso a una mancanza di indipendenza dei giudici di detto Stato membro, a causa di carenze sistemiche o generalizzate in quest'ultimo Stato. Le informazioni contenute in una proposta motivata recentemente rivolta dalla Commissione al Consiglio in base all'articolo 7, paragrafo 1, TUE costituiscono elementi di particolare rilevanza ai fini di tale valutazione”. Quanto, poi, alla seconda fase: “68. Se, alla luce dei requisiti richiamati ai punti da 62 a 67 della presente sentenza, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione accerta che esiste, nello Stato membro emittente, un rischio reale di violazione del contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo a causa di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti il potere giudiziario di tale Stato membro, tali da compromettere l'indipendenza dei giudici di detto Stato, tale autorità deve, in un secondo momento, valutare, in modo concreto e preciso, se, nelle circostanze del caso di specie, esistano motivi seri e comprovati per ritenere che, in seguito alla sua consegna allo Stato membro emittente, il ricercato corra tale rischio (v., per analogia, nell'ambito dell'articolo 4 della Carta, sentenza del 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, C-404/15 e C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, punti 92 e 94)”. Specifica, inoltre la Corte che Tale valutazione concreta è altresì necessaria quando, come nel caso di specie, lo Stato membro emittente è stato oggetto dell'avvio della procedura di cui all'art. 7 (1) TUE proprio a causa del venir meno dell'indipendenza e imparzialità del potere giudiziario.

<sup>49</sup> In tal senso, parla di un possibile effetto capace di “freeze judicial cooperation” con la Polonia P. Bárd, W. Van Ballegooij, *Judicial independence as a precondition for mutual trust?*, in *Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, vol. 9, n. 3, September 2018, 353-366; di un effetto “isolamento”, invece, parlano A. Von Bogdandy *et al.*, *op. ult. cit.*, 856.

<sup>50</sup> Corte di giustizia, caso C-192/18, Commissione c. Polonia; Corte di giustizia, sentenza del 24 giugno 2019, causa C-619/18, Commissione c. Polonia (*Indépendance de la Cour suprême*).

degli ordinamenti nazionali.

In effetti, la principale argomentazione della Polonia – assistita dall’Ungheria nel procedimento orale – è stata quella di richiamare gli artt. 6, par. 1, TUE, l’art. 51 della Carta dei diritti e il Protocollo n. 30 sull’applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito, che sanciscono che le norme sull’organizzazione giudiziaria degli Stati membri sono una materia di responsabilità esclusiva degli Stati, e, pertanto, alcuna competenza poteva essere ritenuta sussistente in capo all’Unione, e quindi alla stessa CGUE, su tale materia.

Con le sentenze *Commissione/Polonia* (C-619/18) del 24 giugno 2019, *Commissione/Polonia* (C-192/18) del 5 novembre 2019 e quella sulle cause riunite *A.K* (C-585/18, C-624/18 e C-625/18) del 19 novembre 2019 la CGUE ha accolto le censure della Commissione, condannando la Polonia e l’Ungheria, intervenuta a sostegno della prima (causa *Commissione/Polonia* (C-192/18))<sup>51</sup>.

Sulla scia di un’interpretazione estensiva degli artt. 2 e 19 TUE, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, il Giudice di Lussemburgo ha ritenuto che, nonostante l’indipendenza giudiziaria sia di competenza degli Stati membri, non si può prescindere dal fatto che si tratta pur sempre di Stati membri di un’Unione fondata sul diritto, nella quale è proprio attraverso il diritto che viene realizzata l’integrazione. Di conseguenza, la Corte ha specificato che “[...] the application of the national provisions at issue [...] is likely to cause serious and irreparable harm to the EU legal order”. Inoltre, nel delineare il contesto normativo sulla cui base risolvere il caso *Commissione/Polonia* (C-619/18), nonostante la Commissione si fosse limitata a richiamare solo gli artt. 19, par. 1, co. 2 TUE e 47 della Carta, il Giudice di Lussemburgo ha indicato esplicitamente anche l’art. 2 TUE.

La Corte ha finito, in tal modo, per ampliare il proprio parametro di legittimità, ritenendo che la violazione del valore dello stato di diritto possa essere “stigmatizzata” anche “per via giurisdizionale”<sup>52</sup>, e non più solo, quindi, tramite l’azione politica.

La lacuna creata dall’impossibilità dell’attuazione degli strumenti politici, tramite le decisioni delle Corti sovranazionali, è stata, quindi,

<sup>51</sup> Rispettivamente, la prima sentenza riguarda le leggi riferite alla Corte suprema; la seconda quelle riguardanti i tribunali ordinari; la terza è una sentenza congiunta sulle richieste presentate dalla Corte Suprema amministrativa polacca, il Consiglio nazionale della magistratura polacca e dalla Corte suprema della Polonia. Per alcuni primi commenti alla terza pronuncia della Corte di giustizia cfr. L. Pech, P. Wachowiec, *1460 Days Later: Rule of Law in Poland R.I.P. (Part I)*, in *Verfassungsblog*, 13 maggio 2020.

<sup>52</sup> In tal senso, E. Ceccherini, *L’indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello Stato di diritto. La Corte di giustizia dell’Unione europea esprime un severo monito alla Polonia*, in *DPCE Online*, 3/2019, 2197-2207, che sottolinea come, di fatto, “se l’accertamento e soprattutto la sanzione della violazione dei principi dell’Unione diventano difficilmente azionabili per via politica, il giudice di Lussemburgo ritiene che comunque possa stigmatizzare per via giurisdizionale la medesima lesione”, 2200.

colmata da quelli giurisdizionali e, grazie alle precisazioni della CGUE, si può discorrere ora di un modello europeo di garanzie a presidio dell'indipendenza e dell'imparzialità del potere giudiziario<sup>53</sup>.

Nonostante le svariate azioni intraprese sia a livello politico sia giuridico, l'indipendenza del potere giudiziario in Polonia è, tuttavia, ben lungi dall'essere ripristinata.

La situazione determinatasi evidenzia il sostanziale paradosso che pervade i meccanismi istituzionali europei: quanto statuito dalla CGUE dovrebbe consentire un "agere" alle istituzioni politiche europee (Consiglio in *primis*), ma il Trattato non riconosce un potere autonomo e diretto, svincolato dalla regola dell'unanimità.

Per ovviare al veto reciproco dell'Ungheria e della Polonia, in effetti, si potrebbe ipotizzare di attivare, in parallelo, "l'opzione nucleare", portando, quindi, a una congiunta sospensione del voto, tanto della Polonia, quanto dell'Ungheria. Tuttavia, la formulazione letterale dell'art. 7 TUE – che si riferisce, al singolare, a "uno Stato membro" – pare suggerire la necessarietà di una modifica del diritto primario dell'Unione al fine di poter procedere nel senso indicato. Eventualità questa che, oltre soggetta a tempi notoriamente lunghissimi e a procedure di ratifica complesse e incerte, finirebbe – anche nell'ipotesi delle procedure di revisione semplificate – sempre all'interno del Consiglio<sup>54</sup>.

Poste le difficoltà "strutturali" dei meccanismi istituzionali e l'evoluzione giurisprudenziale, non può, infine, non evidenziarsi come, proprio a seguito della deriva illiberale e dell'impossibilità di beneficiare di meccanismi persuasivi e obbligatori efficaci, vi sia stato un ulteriore sviluppo a livello di integrazione europea: la creazione di un legame fra erogazione dei fondi europei e rispetto dei principi dello stato di diritto anche in ambito interno all'Unione.

Trattasi di una novità di non poco conto, visto che la giuridicizzazione della condizionalità economica europea all'interno dello spazio eurounitario – con le modifiche dell'art. 136, par. 3, TFUE – del 2014, a seguito delle pronunce della CGUE, aveva escluso ogni legame tra l'erogazione dei finanziamenti europei e il rispetto dei diritti fondamentali<sup>55</sup>.

Considerati i fallimenti degli strumenti politici europei messi in atto per far fronte alla deriva illiberale in Ungheria e Polonia, il richiamo al

---

<sup>53</sup> Come dettagliamene specificate nei paragrafi 161-166 della decisione del 24 giugno del 2019, CGUE, sentenza *Commissione /Polonia* (C-619/18).

<sup>54</sup> Si veda a tal proposito quanto previsto dall'articolo 48, paragrafo 3, secondo comma, TUE e articolo 48, paragrafi 6 e 7, TUE.

<sup>55</sup> C-370/12 *Pringle v. Government of Ireland, Ireland and Attorney General*; C-62/14 *Gauweiler v. Deutscher Bundestag*, 16. 06. 2015; *Ledra Advertising Ltd e a. c. Commissione europea e BCE, sul MES per la ristrutturazione del settore bancario cipriota* - Cause Riunite C-8/15 P, C-9/15 P E C-10/15 P. Sulla prima generazione di condizionalità economica interna all'UE e sulle citate pronunce della CGUE, si rinvia a A. Baraggia, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi. La condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Torino, 2017.

rispetto dello stato di diritto come condizione alla quale subordinare l'erogazione di fondi è stato inizialmente incluso nella Risoluzione del Parlamento europeo *Sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di COVID-19 e le sue conseguenze*, adottata nella seduta plenaria del 16 aprile 2020. All'interno della stessa è stato inserito un apposito paragrafo denominato "Tutela della democrazia, dello stato di diritto e dei diritti fondamentali", in cui sono richiamati i casi dell'Ungheria e della Polonia<sup>56</sup>.

L'evoluzione più significativa, tuttavia, pare senza dubbio l'espressa previsione del "rispetto dei valori di cui all'art. 2 TUE" sia all'interno del più ambizioso piano per il sostegno della ripresa economica che sia introdotto nella storia dell'UE, *Next Generation EU* (NGEU)<sup>57</sup>, sia nelle linee di fondo per la negoziazione del nuovo *Quadro finanziario pluriennale* (QFP) 2021-2027. Quest'ultimo, al paragrafo 22 delle conclusioni, interamente dedicato al rispetto della *rule of law*, specifica che "gli interessi finanziari dell'Unione sono tutelati in conformità dei principi generali sanciti dai trattati dell'Unione, in particolare i valori di cui all'articolo 2 TUE. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza della tutela degli interessi finanziari dell'Unione. Il Consiglio europeo sottolinea l'importanza del rispetto dello stato di diritto". Ancora, tuttavia, non si sa quali saranno le condizionalità specifiche.

Tale evoluzione della condizionalità economica connessa al rispetto dello stato di diritto anche dentro l'Unione ha avuto un percorso accidentato. In quell'occasione, in effetti, in risposta, tramite il proprio veto, Ungheria e Polonia hanno di fatto bloccato l'adozione del Pacchetto finanziario europeo per i successivi sette anni, in quanto collegato al meccanismo del rispetto del *rule of law*<sup>58</sup>. Per superare l'*impasse*, i negoziati svolti dal Consiglio dell'UE del 11 dicembre del 2020 sono giunti a "un accordo/compromesso" sul meccanismo dei fondi e rispetto del *rule of law*, approvato, a sua volta, dal Parlamento europeo il 16 dicembre del 2020<sup>59</sup>: il Regolamento n. 2020/2092<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Risoluzione del Parlamento europeo sull'azione coordinata dell'UE per lottare contro la pandemia di Covid-19 e le sue conseguenze (2020/2616(RSP)), 17 aprile 2020. Il testo è stato approvato con 395 voti a favore, 171 contrari e 128 astenuti, come risulta da [www.europarl.europa.eu/news/en/pressroom/20200415IPR77109/covid-19-meps-call-for-massive-recovery-package-and-coronavirus-solidarity-fund](http://www.europarl.europa.eu/news/en/pressroom/20200415IPR77109/covid-19-meps-call-for-massive-recovery-package-and-coronavirus-solidarity-fund).

<sup>57</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – *Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione* –, {SWD(2020) 98 final}, Bruxelles, 27.5.2020 COM(2020) 456 final.

<sup>58</sup> Cfr. L. Guttenberg, *How the EU should turn the tables on Hungary and Poland*, in [www.delorscentre.eu/en/publications/detail/publication/how-the-eu-should-turn-the-tables-on-hungary-and-poland?fbclid=IwAR39NIE2tvP7\\_impKR2WrfExPbcQIGZorArNDi\\_b8nwCASHnxiKG\\_uDTzRQ](http://www.delorscentre.eu/en/publications/detail/publication/how-the-eu-should-turn-the-tables-on-hungary-and-poland?fbclid=IwAR39NIE2tvP7_impKR2WrfExPbcQIGZorArNDi_b8nwCASHnxiKG_uDTzRQ).

<sup>59</sup> Cfr. European Council meeting (10 and 11 December 2020) – *Conclusions*, EUCO 22/20, CO EUR 17 CONCL 8, Brussels, 11 December 2020 (OR. en).

<sup>60</sup> *Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio*

Si è sottolineato che il *Rule of Law Conditionality Regulation* non si riferisce a carenze generalizzate, ma solo a quelle ipotesi in cui la violazione dello stato di diritto incida in maniera diretta sulla sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o sugli interessi finanziari dell'Unione<sup>61</sup>. A tal proposito, comunque, pare necessario evidenziare che è lo stesso Regolamento che collega espressamente il rispetto dello Stato di diritto e l'esecuzione efficiente del bilancio dell'Unione, nonché la tutela degli interessi finanziari dell'Unione in conformità dei principi di sana gestione finanziaria, affiancando, in maniera ripetuta, espliciti richiami all'esistenza di un potere giudiziario effettivamente indipendente e imparziale. Tra i molteplici richiami rinvenibili in tal senso all'interno del Regolamento, ad esempio, si possono menzionare i seguenti: “[...] il rispetto dello Stato di diritto è un presupposto essenziale per il rispetto dei principi di una sana gestione finanziaria, sanciti nell’articolo 317 del trattato sul funzionamento dell’Unione.” (art. 7); “gli Stati membri possono garantire una sana gestione finanziaria solo se [...] le decisioni arbitrarie o illegittime delle autorità pubbliche, comprese le autorità di contrasto, possono essere soggette a un effettivo controllo giurisdizionale da parte di organi giurisdizionali indipendenti [...]” (art. 8); “l’articolo 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto di cui all’articolo 2 TUE, impone agli Stati membri di prevedere una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione, compresi quelli relativi all’esecuzione del bilancio dell’Unione” (art. 12).

48

Ciò posto, e non potendosi dubitare che il nuovo meccanismo trovi applicazione anche nei casi nei quali – come quello della Polonia e dell’Ungheria – vengano meno i requisiti dell’imparzialità e dell’indipendenza del potere giudiziario, maggiori difficoltà derivano dalle modalità di attuazione effettiva della “seconda generazione di condizionalità economica europea”.

Questo in quanto, a seguito del “compromesso”, se da una parte, si è stabilito che la Corte di Giustizia diventerà l’arbitro finale per l’attuazione del meccanismo sanzionatorio previsto dall’accordo, dall’altra si sono introdotti alcuni “dettagli” che rendono alquanto improbabile l’effettiva attuazione della sanzione. Secondo quanto stabilito, spetterà alla Commissione europea elaborare, “insieme agli Stati membri”, le “linee guida” del regolamento sullo stato di diritto. Tuttavia, se in questo lasso di tempo fosse presentato un ricorso alla CGUE, “le linee guida verrebbero definite

*dell’Unione*, Gazz. Uff. UE L 433 I/1 del 22. 12.2020 in eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020R2092&from=IT.

<sup>61</sup> Valgano, a tal proposito, le osservazioni di V. Zagrebelsky, il quale evidenzia che “è dunque ben chiarito che le uniche violazioni dello Stato di diritto capaci di produrre conseguenze quanto ai finanziamenti dell’Unione agli Stati membri saranno quelle che direttamente incidono sugli interessi finanziari dell’Unione. Fuori di essi, anche se assumessero carattere generalizzato, il nuovo meccanismo non opererebbe”: V. Zagrebelsky, *L’Unione Europea e lo Stato di diritto. Fondamento, problemi, crisi*, in *giustiziasieme.it*, 28 maggio 2021.

solo dopo il pronunciamento della Corte di Giustizia europea”. D’altro canto, poi, pur venendo stabilito che spetta alla Presidente della Commissione di “informare il Consiglio europeo”, si prevede che “fino a quando queste linee guida non verranno definite, la Commissione non potrà proporre misure inerenti al regolamento sullo stato di diritto”.

Nulla vieta, di fatto, a Ungheria e Polonia di presentare continui ricorsi alla CGUE, bloccando così la definizione delle linee guida e continuando, nel frattempo, a usufruire dei fondi europei<sup>62</sup>. E, in effetti, tale eventualità non è rimasta solo una mera ipotesi: l’11 ottobre del 2021 la CGUE ha avviato le udienze nelle cause C-156/21 e C-157/21 promosse da Polonia e Ungheria sulla legalità del Regolamento sulla condizionalità dello stato di diritto.

Anche il meccanismo dei Report annuali sulla situazione del *rule of law* in atto in ogni Stato membro sembra che dia esiti tutt’altro che soddisfacenti: nel Report del Parlamento europeo effettuato sul Report della Commissione sullo stato della rule of law nei singoli Stati membri, del 6 settembre 2021, si specifica che “whereas while the 2020 report raises concerns and awareness, it does not provide a sufficient assessment of the effectiveness of the changes carried out by each country, nor any concrete country-specific recommendations or examination of each country’s adherence to the rule of law over time, which could jeopardise its intended preventive effects” (par. F), e tra le altre, nell’evidenziare l’importanza della presenza di un potere giudiziario indipendente (richiamando in maniera ripetuta i casi dell’Ungheria e della Polonia), propone quali future misure da intraprendere le seguenti: “[...] invites the Commission to include in its future reports detailed data on Member States’ compliance with CJEU rulings; considers, therefore, that forthcoming annual reports should consider the failure to respect CJEU rulings as serious violations in the assessment; urges the Commission to ensure immediate and adequate legal responses to refusals to implement and respect CJEU rulings, such as court actions under Article 260 of the TFEU” (par. 16), specificando, più in generale che i meccanismi esistenti - procedura d’infrazione, “opzione nucleare”, il Regolamento 2020/2092 e il meccanismo dei Report annuali sulla *rule of law* - debbano essere meglio coordinati e debbano portare a risultati effettivi<sup>63</sup>. Il Report del Parlamento denuncia, in effetti, quella parte del Regolamento 2020/2092 figlia del famoso “compromesso” – il c.d. “salvacondotto” – in contrasto con gli artt. 15, 17 TUE e art. 288 del TFEU, incitando la Commissione ad

---

<sup>62</sup> Come osservato da K.L. Scheppele, L. Pech, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog* del 10 dicembre 2020: “A delay in implementing the Regulation will mean that most of the funds this Regulation is supposed to protect will already have been committed while the Regulation awaits its debut. [...] Suppose a corrupt government inside the EU awards contracts to its friends using EU money and does so quickly while the ECJ has the Regulation under review. The EU will still guarantee that the friends are paid, even after it finds that the money has been corruptly spent. This is not such a hypothetical case”.

<sup>63</sup> European Parliament, *REPORT on the Commission’s 2020 Rule of Law Report (2021/2025(INI))*, A9-0199/2021, 6.09.2021.

attuare azioni immediate tramite la *Rule of Law Conditionality Regulation* (par. 57).

Se il meccanismo dell'unanimità in seno al Consiglio, basato sulle logiche proprie della costruzione europea tra Stati sovrani e democratici che si ispirano ai comuni valori di libertà, uguaglianza e democrazia, nella situazione venutasi a creare, mostra tutta l'incapacità dell'Unione di obbligare uno o più Stati membri a ripristinare il rispetto dei valori del costituzionalismo democratico, d'altro canto, pur con tutte le difficoltà dei "dettagli" del Regolamento n. 2020/2092, per la prima volta nella storia dell'Unione, quanto previsto per l'*outside* ora diventa operativo anche per l'*inside*. Le potenzialità del nuovo meccanismo, tuttavia, ancora devono essere testate e affinate e il "Polish gate" potrebbe offrire il primo banco di prova<sup>64</sup>.

Il dispositivo della sentenza K 3/21 va, dunque, letto, da un lato, alla luce delle falle esistenti nella fase attuativa degli strumenti politici dell'Unione (e, in particolare, al "salvacondotto" costituito dallo strumento della "seconda generazione di condizionalità economica interna all'Ue") e, dall'altro lato, in rapporto alle pronunce di condanna della CGUE contro il modello di "giustizia illiberale"<sup>65</sup> in atto nel Paese. Nella permanente situazione di conflittualità, che va avanti ormai da anni, non può negarsi, in conclusione, che il "Polish gate" abbia portato ai più significativi sviluppi dello "European law enforcement" nella storia dell'integrazione europea.

Entela Cukani  
Università del Salento  
entela.cukani@unisalento.it

<sup>64</sup> Auspicano l'attivazione del meccanismo anche A. Baraggia, G. Ragone, *Symposium - Introduction: The Polish Constitutional Tribunal Decision on the Primacy of EU Law: Alea Iacta Est. Now what?*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, Oct. 15, 2021, at: <http://www.iconnectblog.com/2021/10/symposium-introduction-the-polish-constitutional-tribunal-decision-on-the-primacy-of-eu-law-alea-iacta-est-now-what/>; evidenzia le criticità dell'attivazione del meccanismo della condizionalità in quanto farebbe regredire l'Unione da una "Unione complessa" in una mera "Unione economica", invece, M. Rasmussen, *A More Complex Union. How will the EU react to the Polish Challenge? A Historical Perspective*, in *Verfassunsblog.de*, 4 novembre 2021.

<sup>64</sup> Per un efficace sunto di tali problematiche istituzionali in stretta connessione con la "crisi Polonia" si veda Ailincăi, Mihaela Anca, *Who monitors compliance with fundamental values in EU Member States?: The Parliamentary Assembly of the Council of Europe might be back in the game*, *VerfBlog*, 2021/11/04.

<sup>65</sup> Su tali pronunce della CGUE, che – come qui si è cercato di evidenziare – riguardano prevalentemente la Polonia, cfr. 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*, in *SIEPS, Stockholm*, 3-2021, Stoccolma, 2021.