

Sulla difficoltà di superare in modo liberale un regime illiberale

di Jan Sawicki

Abstract: On the difficulty of overcoming an illiberal regime in a liberal way – The recent legislative elections in Poland highlighted how illiberal backslidings and constitutional retrogressions, which have been observed worldwide over the last years, are not an irreversible phenomenon. On the contrary, provided a favourable environment condition is present – e.g. the will of the electorate –, an attempt can be made to restore a constitutional democracy based on the rule of law. However, some current events, taking place in Poland, may confirm previous intuitions that, under this type of transformation – unlike remote transitions from authoritarian rule – an illiberal judiciary, far more than purely political institutions, can create paradoxical but treacherous obstacles.

Keywords: Rule of Law, illiberal backsliding, democratic recovery, Judiciary, Poland

1. Una svolta elettorale imprevista e le sfide che essa prepara

La vittoria in Polonia di una larga coalizione democratica ha creato sorpresa, soprattutto in molti osservatori poco avvezzi alle vicende di quel paese, e sta dando luogo a speranza e sconcerto al tempo stesso. Prima di dar conto di due episodi di cronaca che hanno richiamato l'interesse della stampa internazionale, ma il cui svolgimento copre ragioni non secondarie di interesse costituzionale comparativo, si ritiene necessario richiamare molto in breve il contesto che ha reso possibili tali eventi.

Le elezioni legislative di ottobre 2023, si diceva, hanno visto la vittoria di un'ampia coalizione determinata a richiamare in vita le basi liberali della democrazia costituzionale¹. Si tratta di un evento inedito nell'ambito delle cosiddette democrazie illiberali², che sono considerate una categoria piuttosto nuova e non paragonabile a precedenti o esistenti

¹ Per riferimenti più specifici si rinvia al sito web della Commissione elettorale nazionale e in particolare alla pagina <https://wybory.gov.pl/sejmsenat2023/en>

² La letteratura in merito alla degenerazione dello stato di diritto in Polonia e in Ungheria, e alle tensioni che essa ha provocato con l'Unione europea, è ormai sconfinata. Per una ricostruzione sistematica del versante giurisprudenziale di tale conflitto, si rinvia – tra i molti lavori – a 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 Judgements Since the Portuguese Judges Case*, Stockholm, 2021; J. Vöhler, *Les 'affaires polonaises' et la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne en matière d'État de droit*, in *Europe des droits et Libertés/Europe of Rights and Liberties*, 190-204 (2022).

regimi compiutamente autoritari o addirittura totalitari, o ancora ibridi³. Questi casi sono pochi – in Europa il più immediato termine di paragone è l’Ungheria; al di fuori dell’UE si potrebbe considerare in primo luogo la Turchia –, sono relativamente recenti⁴, ma sono sufficienti a indagare in merito all’ipotesi che essi stessi possano essere pacificamente reversibili, o che in maniera non (eccessivamente) conflittuale possano dismettere alcune caratteristiche per tornare ad assumerne altre più compatibili con un sistema liberale. L’argomento presenta un tale interesse che un nuovo filone di studi, dedicato a una possibile inversione di tendenza, sta timidamente vedendo la luce⁵, in contrapposizione a quello molto più ricco e articolato che invece da molti anni lamenta il deterioramento o l’arretramento delle democrazie liberali. Qualora la risposta al quesito posto in precedenza fosse affermativa, nel senso che le ‘democrazie illiberali’ non siano necessariamente solo un passo verso regimi compiutamente autoritari ma al contrario possano essere ricondotte a un’opposta ispirazione, essa dovrebbe consentire di accostare tali sistemi al novero delle democrazie considerate stabilizzate, almeno più di quanto si sia fatto finora. Ma nonostante il caso di cui qui si tratta possa dare qualche indizio in questo senso, vi sono ragioni per considerare l’ipotesi ancora tutta da dimostrarsi (anche in considerazione di imponderabili incognite di carattere geopolitico e internazionale).

Al tempo stesso occorre pur sempre riconoscere quanto si è prodotto in Polonia lo scorso autunno: ovvero il fatto che un governo che si riteneva fornito di grande stabilità, perché assistito – oltre che dal consenso – dal favore schiacciante di gran parte dei mezzi d’informazione, della burocrazia, dell’apparato di sicurezza, della magistratura e degli organi di garanzia politicizzati a suo vantaggio, possa essere sconfitto alle elezioni⁶. Se il

³ In merito alla possibilità di considerare le ‘democrazie illiberali’ come un primo passo verso regimi più compiutamente autoritari, si v. A. Di Gregorio, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini “democrazia” e “costituzionalismo”*, in *DPCE Online*, 3, 2020, 3923 ss.

⁴ E per le loro peculiarità – soprattutto la loro apparente venatura legalitaria – sono stati analizzati in maniera perspicace da D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in 47 *U.C. Davis L. Rev.* 189 (2013).

⁵ In una prospettiva politologica, centrata sugli Stati Uniti ma con spunti comparativi, S. Levitsky, D. Ziblatt, *Tyranny of the Minority. How to Reverse an Authoritarian Turn and Forge a Democracy for All*, London, 2023; con taglio più giuridico, impostato su *case studies*, M. Bobek, A. Bodnar, A. von Bogdandy, P. Sonnevend (Eds.), *Transition 2.0. Re-Establishing Constitutional Democracy in EU Member States*, Baden-Baden, 2023; A. Sajó, *On the Difficulties of Rule of Law Restoration*, Democracy Institute, CEU, 2023/08.

⁶ Ciò che non è accaduto invece in Ungheria alle ultime elezioni della primavera 2022, nonostante fosse largamente atteso, tanto più che si può dire che alle spalle del dibattito cui si è accennato nella nota precedente c’è un precursore ungherese importante. È forse un paradosso che proprio in questo paese, e intorno ad esso, si fosse sviluppata la più ricca discussione sulle condizioni di ricostruzione di una democrazia a base liberale, senza nascondersi le difficoltà di un tale processo; mentre il responso elettorale fu nel senso del più grande trionfo mai ottenuto dal partito Fidesz e dal suo leader Orbán, che hanno superato con il più ampio margine finora la supermaggioranza dei due terzi. Per una ricostruzione di tale discussione si rinvia ad A. Di Gregorio, J. Sawicki, *Come ripristinare il costituzionalismo in una democrazia illiberale. Qualche riflessione sul caso ungherese*, in 1, *Forum di Quaderni Costituzionali*, 49 ss. (2019).

partito che in otto anni ha costruito e preservato il suo potere in questo modo riconosce perlomeno il risultato elettorale che non lo premia, anche questo fatto occorre inserire nelle definizioni di populista o autoritario che ne vengono date. Riconoscere il risultato però non significa ancora accettare passivamente il diritto degli avversari a governare, e questa è già una linea di demarcazione tra democrazia liberale e illiberale: quest'ultima può essere paragonata a un terreno di guerra, dove l'aggressore che indietreggia davanti a una controffensiva contempla il nemico mentre si deve aggirare in un campo minato. E qui i rischi si fanno significativi. Il primo fenomeno empirico che l'esperienza ci offre in questo campo ha evidenziato da subito come l'alternanza al governo, pur pacificamente compiutasi, non è facile come quelle che si verificano nelle democrazie ritenute consolidate e ciò sotto due profili che sono forse i più importanti: in primo luogo la modifica delle norme giuridiche non corrisponde all'attuazione di un normale programma di governo, e poi la sostituzione delle posizioni di vertice dell'apparato non si svolge secondo i canoni di un normale *spoils system* neanche in un ambito fiduciario, diventando più problematica proprio dove la sua necessità è più avvertita a causa degli abusi del regime precedente.

La tesi che qui si vuole sostenere è che, a seconda dei casi empirici che si potrebbero presentare, gli ostacoli istituzionali alla democratizzazione in forma di potere costituito e stabilizzato possono assumere diverse sfumature, ma un minimo comun denominatore non dovrebbe mai mancare. Il riferimento è al giudiziario in senso lato, che proprio in queste situazioni si dimostra l'opposto di una *least dangerous branch* come definita da Hamilton nel n. 78 dei *Federalist Papers*. È il giudiziario nelle sue varie articolazioni quel potere dello Stato che ha più sofferto dall'assalto delle forze illiberali in Polonia come altrove. È lo stesso giudiziario, ora, a opporre resistenza al ripristino di un ordinamento su basi liberali ed è questo fatto a lanciare una sfida insidiosa a qualunque decisore politico liberaldemocratico impegnato nello smantellamento di un ordinamento illiberale. Anche separato dal binomio legislativo-esecutivo, come auspicato da Hamilton, esso può dimostrarsi un'arma temibile se forgiata da un potere illiberale e affidata a un personale che si sente investito di una missione.

Accanto all'elemento essenziale che è il giudiziario, si diceva, altri fattori istituzionali eventuali aggiuntivi possono presentare ostacoli alla re-istaurazione di una democrazia liberale. Nel caso polacco vi è un aspetto peculiare della forma di governo e riguarda la presidenza della Repubblica. La sorte ha voluto che, in decenni ormai remoti e per motivi superati, questa istituzione sia stata fornita di un potere peculiare che è quello di rinviare le leggi – con l'eccezione di quella di bilancio – al *Sejm*, ovvero alla camera bassa del Parlamento, con ampia facoltà di motivazione. E che tali leggi possano entrare in vigore solo a condizione che il *Sejm* le approvi con una maggioranza di tre quinti dei voti. Di norma i governi non dispongono di una tale maggioranza e tale è il caso anche oggi. Nell'attuale contesto questo tipo di coabitazione, con il Presidente Duda di stretta osservanza del partito PiS destinato a restare in carica fino all'estate del 2025, significa che la maggioranza è priva di fatto del potere legislativo, almeno per quanto attiene a quella parte del suo programma che comporta una

collisione con la linea politica di Duda cioè quasi tutto il suo programma. In caso di conflitto aperto con il capo dello Stato, dunque, se la maggioranza politica vuole ottenere qualche obiettivo deve cercare di farlo soprattutto per mezzo di atti amministrativi o di attività parlamentari non legislative.

La tesi che però si vuole anticipare, in questo esordio di una possibile nuova democratizzazione polacca e che potrebbe essere confermata o falsificata anche in altri casi, è che il versante puramente politico di un conflitto per il ripristino della democrazia non solo è eventuale, ma non è quello che comporta i maggiori rischi. Il conflitto è il pane quotidiano della vita politica, e non solo di quella. La risoluzione dei conflitti, facendo uso del principio maggioritario e in subordine di mediazioni anche di tipo giudiziario, è comune ad ogni tipo di democrazia, compresa la più consolidata e consensuale. Risolverli con una ristrutturazione dell'ordinamento giudiziario, che comporta una delegittimazione di quello precedente, espone i decisori all'accusa di impiegare gli stessi metodi illiberali che furono usati per istituire questi regimi ibridi: un'accusa tanto falsa quanto subdola e insidiosa.

2. Il sistema radiotelevisivo pubblico e le insidie del suo recupero democratico

La prima vicenda di cui si vuole dar conto riguarda il sistema radiotelevisivo pubblico, e in particolare la sua sottrazione al precedente governo che l'aveva trasformato in uno strumento di propaganda a senso unico⁷. Cosa può fare allora un governo democratico, che voglia riattivare un sistema di media pubblici degni di un paese europeo dopo anni in cui essi sono stati piegati a una logica pressoché totalitaria? Ovviamente dovrebbe usare in primo luogo la legge, come la legge fu utilizzata dal precedente governo, sulla base di due vittorie elettorali legittime, adottando norme incostituzionali⁸ in applicazione di un procedimento legislativo viziato ma facendo uso di una maggioranza parlamentare incontestata. In proposito è necessario richiamare, molto in breve, cosa fu fatto negli anni precedenti.

Dopo la prima vittoria elettorale del PiS, tra la fine del 2015 e l'anno successivo, furono approvate in rapida successione due leggi che asservirono al potere le due distinte società per azioni, quella televisiva e quella radiofonica, sottraendo all'autorità indipendente prevista per Costituzione – il Consiglio nazionale per la radiofonia e la televisione, KRRiT, istituito però fin dal 1992 con la legge sulla radiofonia e la televisione risalente allo stesso anno – il potere di nomina dei rispettivi consigli di amministrazione e di sorveglianza, per attribuirlo in via provvisoria al governo, e in seguito a un organo creato *ad hoc*, denominato

⁷ Come da ultimo evidenziato nel Rapporto preliminare dell'OSCE-ODIHR sulle elezioni legislative del 15 ottobre 2023, reperibile alla pagina <https://www.osce.org/files/f/documents/2/4/555048.pdf>.

⁸ A cominciare da quelle che hanno ingabbiato il Tribunale costituzionale per impedirgli di proteggere le sue stesse funzioni dall'assalto illiberale, come dichiarato nella sentenza K 47/15 del 9 marzo 2016.

Consiglio dei media nazionali – RMN – e composto secondo un criterio politico tale da assegnare la maggioranza allo stesso PiS. Ciò consentì la gigantesca purga e la sostituzione pressoché integrale della pianta organica dei giornalisti, presi da media privati vicini alla destra del PiS. L'intera operazione fu un tipico caso di violazione della legalità costituzionale nel rispetto formale di quella legale. Essa fu comunque la premessa per realizzare una purga probabilmente senza pari nell'intera UE, forse superiore anche a quella compiuta nella magistratura.

Sul finire del 2023, in questo come in altri settori, la maggioranza democratica è di fatto priva – a causa del veto presidenziale accennato – della forza legislativa necessaria a riportare in vita un'informazione pubblica pluralista. Eppure il 19 dicembre il ministro della cultura e del patrimonio nazionale Bartłomiej Sienkiewicz, competente per settore, ha licenziato tutti i direttori, i dirigenti, i consigli di amministrazione e i consigli di sorveglianza (o collegi sindacali) delle due società pubbliche per sostituirli con personale di propria fiducia. Su quali basi legali lo ha fatto? Il ministro ha operato su una combinazione di diversi documenti giuridici: in primo luogo una risoluzione adottata lo stesso giorno dal *Sejm*, che esortava il governo a «restaurare l'ordine legale, l'imparzialità e l'integrità dei mezzi di informazione di proprietà pubblica e dell'Agenzia di stampa polacca». Inoltre ha applicato il Codice delle società commerciali in luogo della legge sui media del 2016. E infine ha richiamato una risalente sentenza del Tribunale costituzionale (K13/16)⁹, emessa nel dicembre del 2016 poco prima che quest'organo fosse conquistato e monopolizzato da soli giudici selezionati dal PiS, e mai finora riconosciuta e applicata dal potere politico anche per motivi legati al conflitto che era già sorto sulla composizione del supremo organo.

In sintesi si può osservare quanto segue. Per quanto riguarda la risoluzione parlamentare, essa è sicuramente animata dalle migliori intenzioni ma non è fonte del diritto e non ha alcuna forza attiva di legge. In merito al Codice commerciale, esso viene applicato come *lex generalis*, cui in genere dovrebbe derogare una *lex specialis*, che nel caso specifico è appunto l'ultima legge sui media del 2016 (a sua volta tecnicamente una novella della richiamata legge del 1992 sulla radiofonia e la televisione), con cui fu istituito quel Consiglio dei media che ha il potere di nomina e revoca. La sentenza richiamata del 2016, infine, adottando una linea minimalista rispetto alle richieste dell'Ombudsman e della minoranza parlamentare che sollevarono la controversia, non pronunciò l'illegittimità costituzionale di un organo, il già citato RMN, ma si limitò a censurare l'emarginazione completa dell'autorità prevista dalla Costituzione, il Consiglio nazionale della radiofonia e televisione, da tutte le procedure concernenti la copertura degli incarichi apicali nelle aziende statali del settore, muovendo dall'assunto che ad esso spetta, per volontà della Costituzione (art. 213), il ruolo di «presidio della libertà di espressione, dell'esercizio del diritto all'informazione e dell'interesse pubblico», e non solo nei confronti dei media elettronici privati. Accanto a ciò altre

⁹ Per una sintesi in inglese delle motivazioni si rinvia alla pagina <https://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/9516-ustawa-o-zmianie-ustawy-o-radiofonii-i-telewizji>

osservazioni furono formulate nella sentenza in forma di *obiter*, come quella per cui la legislazione di attuazione, in precedenza, era giunta a prevedere procedure concorsuali rigorose per l'attribuzione di quegli incarichi, mentre le novelle del 2016 tornarono a stabilire maggiore discrezionalità dei decisori a riguardo, o quella che ha riscontrato un pluralismo intrinseco nella determinazione degli organi chiamati a nominare i componenti della KRRiT (i due rami del Parlamento, il Presidente della Repubblica), rispetto a una decisione puramente ministeriale o di un'agenzia nominata dalla sola maggioranza politica, sebbene una tale osservazione possa avere un valore formalistico nel contesto di forte allineamento nella composizione politica di tali organi.

Alla luce di queste premesse si può valutare la condotta del governo a cavallo tra il 2023 e il 2024. La risoluzione del *Sejm* è stata usata come legittimazione democratica per prendere decisioni coraggiose e forse persino azzardate. La sentenza del 2016, anche in considerazione della sua mancata osservanza da parte dei precedenti governi, è servita da un lato a fornire un appiglio legale per giustificare le stesse misure, ma dall'altro ne ha fornito un'interpretazione selettiva, come dimostrato dal fatto che il governo non ha affatto ripristinato le competenze del Consiglio nazionale per la radiofonia e la televisione, la cui violazione era stata lamentata, ma è tornato ancora più indietro, a una concezione originaria per cui il governo stesso esercita una gestione diretta su queste aziende di proprietà pubblica. L'applicazione del Codice delle società commerciali costituisce una sorta di salto logico se presentata come seguito ed esegesi di quella pronuncia e potrebbe essere spiegata con qualcosa su cui tutti hanno sostanzialmente taciuto: nel corso degli anni, come accaduto con altri organi, anche l'autorità competente per Costituzione in materia audiovisiva è stata conquistata dalla maggioranza politica uscente, come dimostrano provvedimenti repressivi nei confronti del gruppo televisivo privato TVN, vicino alle opposizioni democratiche, criticati in Europa e dall'amministrazione americana. E dunque, richiamarne oggi in vita le competenze, anche in tema di copertura degli incarichi dirigenziali in quelle aziende pubbliche, non avrebbe fornito alcuna garanzia di raggiungere lo scopo prefissato. D'altra parte, la stessa legge sulla radiofonia e sulla televisione, del 1992 e più volte modificata, indica in modo restrittivo in quali circostanze si possano applicare alle aziende pubbliche televisive e radiofoniche le norme del Codice commerciale.

Sul piano della qualità e della completezza del sistema informativo pubblico, o almeno del suo pluralismo, vi è stato nell'arco di pochi giorni un miglioramento netto, tale per cui si può affermare che la Polonia sia rientrata in Europa da questo punto di vista. Ma è lecito interrogarsi sulla liceità dei metodi con cui questo risultato è stato ottenuto. La nuova opposizione, che ora è il PiS, rimprovera al nuovo governo di usare esattamente gli stessi metodi illiberali di cui essa fu accusata in passato. Dopo molte giornate di occupazione delle sedi istituzionali televisive e radiofoniche da parte dei principali esponenti del partito già al potere, che vi si sono asserragliati insieme a giornalisti e dirigenti radiati o in procinto di esserlo, la vicenda ha cominciato ad assumere contorni quasi giudiziari, e le prime espressioni di questi non sono favorevoli al nuovo esecutivo. Il Consiglio dei media nazionali, istituito dal PiS, ha seguito a operare ma le

sue decisioni sono state ignorate dal governo. Si aggiunge a questo il comportamento del Presidente della Repubblica, che ha apposto il ‘veto’ su una legge complementare alla legge di bilancio del 2024 (*ustawa okołobudżetowa*) in cui si prevedeva un finanziamento aggiuntivo per le aziende radiotelevisive statali, tramite emissione di obbligazioni, pari a circa tre miliardi di *złoty* (circa 750 milioni di euro). Tale forma di finanziamento era divenuta un’abitudine negli ultimi anni allo scopo di fornire ulteriori risorse finanziarie ad aziende già indebitate, ed era anche stata criticata per il fatto di corroborare attività di propaganda già menzionate. Ma il rinvio presidenziale ha fornito al governo Tusk un pretesto per mettere entrambe le aziende in liquidazione, in vista di una loro drastica ristrutturazione da attuarsi quando i tempi sarebbero stati maturi per farlo.

E qui però entra in gioco il ruolo di organi tecnici con mansioni amministrative e para-giudiziarie, sui quali grava il sospetto di una forte politicizzazione. Il *Krajowy Rejestr Sądowy*, equivalente del Registro delle imprese italiano che però in Polonia ha sede presso tutti i tribunali ordinari di primo grado, ha opposto finora un netto rifiuto dapprima – il 9 gennaio – alle modifiche nella pianta organica delle aziende, ritenute in spregio della legge, e in seguito – il 22 gennaio – alla messa in liquidazione delle stesse, a seguito del veto presidenziale (ma un analogo provvedimento è stato invece convalidato in merito all’Agenzia di stampa PAP). Per quanto riguarda il primo diniego, esso è stato motivato con il fatto che il ministro della cultura non avrebbe acquisito nuovi poteri per legge e non avrebbe dunque potuto applicare il codice delle società commerciali in luogo della legge, immutata, che seguita ad attribuire i poteri in materia al Consiglio dei media nazionali. In merito alla seconda decisione, la motivazione è dovuta alla natura, definita senza precedenti, di tali eventi, che richiede una valutazione molto più accurata dal punto di vista normativo, giurisprudenziale e dottrinale. Il ministro Sienkiewicz ha annunciato di agire in giudizio contro entrambi i provvedimenti di diniego.

A questo si aggiunge l’entrata in scena del Tribunale costituzionale, come ormai accade da alcuni anni su iniziativa dello stesso partito, Diritto e giustizia. Con rapidità straordinaria, i giudici costituzionali hanno ammesso il ricorso di un gruppo di parlamentari del PiS volto a dichiarare illegittima la legge sulla radiofonia e televisione nella parte in cui non esclude espressamente la possibilità di applicare, in deroga alla stessa, il Codice delle società commerciali per quanto attiene sia alla copertura degli incarichi apicali sia alla messa in liquidazione delle stesse aziende pubbliche, e lo stesso Codice nella parte in cui non esclude espressamente la sua applicabilità al settore radiotelevisivo pubblico (sent. K 29/23 del 18 gennaio 2024)¹⁰. In tal modo il Tribunale costituzionale mostra agilità e velocità di adattamento nel tenere fermo il ruolo di organo preposto alla

¹⁰ Il comunicato stampa con una breve sintesi in inglese delle motivazioni è alla pagina <https://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/12595-stosowanie-do-jednostek-publicznej-radiofonii-i-telewizji-przepisow-umozliwiajacych-likwidacje-spolek-akcyjnych-oraz-przepisow-umozliwiajacych-odwołanie-lub-zawieszenie-w-czynnosciach-przez-walnego-zgromadzenie-czlonka-zarzadu>

tutela degli interessi del partito che ne ha totalmente monopolizzato la composizione, trasformandosi al tempo stesso da *government's enabler*¹¹ in *veto player*¹² quasi assoluto. La risposta del governo e della maggioranza che lo sostiene si deve limitare per ora alla pubblicazione, in testa a ciascuna sentenza sulla gazzetta ufficiale, di una dichiarazione per cui, in conformità a tre sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (Xero Flor c. Polonia, Wałęsa c. Polonia, M.L. c. Polonia), «il Tribunale costituzionale è privo delle qualità di un giudice costituito per legge in quanto nel suo *panel* siede una persona non titolata. In conformità alle predette sentenze, la pronuncia che viene pubblicata è stata emessa in una composizione stabilita in violazione dei principi fondamentali applicati per l'elezione dei giudici del Tribunale costituzionale, e per conseguenza tale da recare lesione al diritto a un giudizio instaurato in forza della legge». Per completezza di esposizione si deve precisare che i componenti illegittimi del Tribunale – i c.d. doppioni – sono tre, ma spesso lo stesso organo si pronuncia in collegi di cinque membri, e da questo dipende un comportamento non costante del governo all'atto di pubblicare le sentenze. In ogni caso, tutto questo richiama all'attenzione il problema ancora non risolto della devastazione della giustizia costituzionale in Polonia, che si è riverberato su altre carenze dello stato di diritto, già oggetto di copiosa letteratura giuridica nazionale e internazionale, ma che esula da queste brevi note.

3. L'incertezza del diritto su due parlamentari condannati, decaduti e graziati due volte

Rimane la seconda vicenda cui si accennava in esordio. Il 20 dicembre 2023 due parlamentari appena rieletti del PiS, Mariusz Kamiński e Maciej Wąsik, sono stati condannati in secondo grado dalla Corte d'appello di Varsavia a due anni di reclusione e cinque anni di interdizione dai pubblici uffici. Si tratta di una condanna in secondo grado considerata sostanzialmente definitiva nell'ordinamento polacco (salvo casi straordinari di cassazione conosciuti dalla Corte suprema), e la pena è stata inflitta per abuso di ufficio (secondo la locuzione polacca "di potere") in relazione a una vicenda molto risalente. I due soggetti, il primo dei quali, Kamiński, è stato ministro dell'interno nella passata legislatura, facevano parte anche del primo governo diretto dal PiS nella breve legislatura 2005-2007. All'epoca Kamiński era coordinatore dell'Ufficio centrale anticorruzione (CBA), un'istituzione che contribuì a creare, e Wąsik un suo collaboratore di fiducia. Insieme ad altri dirigenti di questa istituzione – due dei quali hanno riportato anch'essi condanna definitiva – i due misero in opera una vera e propria macchinazione, abusando dei propri poteri e compiendo falsi in atto pubblico con l'ausilio di agenti provocatori, allo scopo di far incriminare, e compromettere politicamente, Andrzej Lepper, all'epoca ministro dell'agricoltura e leader di un partito concorrente ma anche alleato politico del PiS (la finalità politica ultima era quella di intercettarne l'elettorato, ciò

¹¹ W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019.

¹² G. Tsebelis, *Poteri di veto. Come funzionano le istituzioni politiche*, Bologna, 2004.

che in parte avvenne) in una vicenda di presunte tangenti in cambio della trasformazione di terreni agricoli in edificabili. Mentre la colpevolezza di Lepper non fu mai dimostrata – nel frattempo quest’ultimo, caduto politicamente in disgrazia e gravemente indebitato, fu trovato suicida nell’estate del 2011 – quella dei due esponenti del PiS fu accertata da una iniziale condanna in primo grado nel 2015 (a tre anni di reclusione e dieci di interdizione). Ma quasi alla vigilia di una sentenza di secondo grado, intervenne la grazia del neoeletto Presidente della Repubblica Duda: si trattava di una forma di grazia alquanto contestata, in quanto concessa prima – e in qualche misura in luogo – di una condanna definitiva, peraltro neanche certa. Non è mai stato certo fino in fondo che in Polonia un provvedimento simile sia ammissibile, come lo è in qualche altro ordinamento¹³. In ogni caso esso fu dichiarato nullo da una sentenza della Sezione penale della Corte suprema nel maggio del 2017, che ordinò di istruire un nuovo processo, mentre una pronuncia del Tribunale costituzionale, già monopolizzato dal PiS, riconobbe ragione al Presidente Duda conferendogli un’enorme discrezionalità in questo campo.

La vicenda è da un lato intricata con riferimento al passato, sia per i numerosi anni trascorsi sia per la disputa interminabile in ordine alla natura e alle condizioni per esercitare il potere di grazia (nell’ordinamento polacco la disciplina della grazia è quanto mai complessa, essendo inserita in ben quattro procedure separate). Ma dall’altro determina conseguenze politiche a cascata per il futuro, che hanno ad oggetto, nell’ordine, l’efficacia della grazia pronunciata da Duda fin dal 2015, quella della condanna definitiva del 2023, la decadenza dei due deputati dal Parlamento come seguito di tale condanna.

A seconda che si presti fede all’originario provvedimento di clemenza o meno, discendono conseguenze completamente diverse. Esso comunque, secondo l’orientamento prevalente in dottrina e consacrato dalla Corte suprema, è sempre stato improduttivo di effetti. La rinnovata condanna definitiva dei due soggetti, due mesi dopo la loro rielezione, e pochi giorni dopo che Donald Tusk ha ripreso la carica di primo ministro, ha acceso la miccia di un nuovo conflitto in cui la giurisdizione politicizzata secondo una copiosa giurisprudenza europea si pone di nuovo da ostacolo al ripristino dei principi di uno stato di diritto.

Una volta pronunciata la sentenza definitiva di condanna, il conflitto si è sviluppato intorno a due assi, che in uno stato di diritto non dovrebbero presentare la minima ragione di dubbio con riferimento alla sorte dei due condannati, ovvero le conseguenze in ordine al loro elettorato passivo, e la loro pena detentiva. Le prime sono previste dalla Costituzione come modificata nel 2009, che – art. 99, terzo comma – sancisce l’ineleggibilità permanente alla Dieta e al Senato di una persona che ha riportato condanna passata in giudicato per reati dolosi perseguibili d’ufficio, e sono enunciate in dettaglio dal Codice elettorale del 2011 (artt. 247-250) che ne dispone la decadenza. Per quanto riguarda la detenzione in carcere, basta dire che in tema di esecuzione penale i membri del Parlamento non beneficiano di alcuna eccezione rispetto alle norme generali che la prevedono.

¹³ Si pensi all’*open pardon* di Ford a Nixon nel 1974, non esaminato dalla Corte suprema, ma con il precedente di *Ex Parte Garland*, 71 U.S. 333 (1866).

Ed è stato proprio l'arresto dei due soggetti il fatto che ha più richiamato l'attenzione dei media, anche a livello internazionale, con qualche nota grottesca. I due condannati hanno fatto di tutto per sottrarsi letteralmente alla giustizia, inclusa un'udienza presso il Presidente della Repubblica che si è trasformata in un'ospitalità a tempo indeterminato in forma di rifugio, benché le residenze presidenziali non godano di e non forniscano immunità territoriale di alcun tipo a chicchessia. Infatti appena Duda ha lasciato il palazzo per recarsi a un incontro con esponenti dell'opposizione bielorusa, Kamiński e Wąsik sono stati tratti in arresto dalla polizia e successivamente incarcerati il 9 gennaio. A questo ha fatto seguito un atteggiamento contraddittorio tenuto da Duda: dapprima ha insistito sulla sua vecchia tesi, per cui la grazia del 2015 restava attuale e i due soggetti erano cittadini privati ingiustamente della libertà (prigionieri politici, nella retorica poi adoperata da tutto il PiS). In seguito, misuratosi con gli effetti nulli di questo comportamento, ha avanzato al governo la richiesta di avviare l'istruttoria per un procedimento di grazia intermedio, con l'intervento del giudiziario, per cedere infine all'esercizio immediato del potere di clemenza presidenziale previsto dalla Costituzione, stavolta in modo pienamente legittimo e incontrovertito. In tal modo però, Duda, se non ha proprio ammesso l'invalidità fin dall'inizio del suo provvedimento di otto anni prima, ha quanto meno riconosciuto che esso non era in grado di produrre alcun effetto esteso alla condanna definitiva intervenuta a dicembre 2023, come pure aveva preteso di fare. In ogni caso, dal 23 gennaio 2024 Wąsik e Kamiński sono tornati ad essere due uomini liberi dopo due settimane di detenzione su due anni di condanna (pur nel rischio di dover affrontare nuove e diverse accuse).

Diverso è il discorso in merito al loro status parlamentare. Si sarebbe dato per scontato che decadessero dal mandato di deputati, come stabilito dalla combinazione delle norme poco dianzi citate. In realtà le cose sono diventate più complesse e anche in questo gioca un ruolo la politicizzazione del giudiziario. Secondo l'art. 249 del codice elettorale, il presidente del *Sejm*, ricevuta comunicazione da parte del ministro della giustizia in merito alla condanna di un deputato, ne proclama la decadenza con decisione pubblicata sul bollettino ufficiale *Monitor Polski* e trasmessa alla Commissione elettorale nazionale per ulteriori provvedimenti di sua competenza. Al condannato spetta tuttavia un ricorso alla Corte suprema (art. 250 del codice), ma qui occorre chiarire la natura della proclamazione e quella dell'eventuale ricorso. La prima ha valore puramente dichiarativo e si limita ad accertare l'esistenza di una decisione presa in altra sede. Il secondo ha natura formale: in quanto forma di estrema garanzia, è volto ad accertare l'esatta identificazione tra la persona condannata e il deputato per conseguenza decaduto, rimediando ad eventuali errori commessi dal presidente del *Sejm*, e i brevi termini previsti per la pronuncia a riguardo, resa dalla Corte suprema – non più di una settimana – lo confermano.

A questo punto irrompe la questione del giudiziario politicizzato, che si dimostra capace di intossicare la politica, esattamente come in passato la politica inquinò un giudiziario stabilizzato con le sue indebite interferenze. In mancanza di ulteriori specificazioni di legge è la Corte suprema in quanto tale a decidere in tempi rapidi su casi come quello citato. Ma la Corte suprema è composta di numerose sezioni, alcune delle quali di lunga

tradizione e altre invece nuove, istituite negli ultimi anni e formate quasi esclusivamente da c.d. ‘neo-giudici’, ossia da persone che hanno assunto tali incarichi a seguito della politicizzazione del KRS, il Consiglio nazionale della magistratura, con le riforme introdotte dal PiS dal 2017 in poi. Tale degrado, che ha preso il carattere di una vera e propria *regressione*, è all’origine di una ‘saga’ giurisprudenziale con le Corti europee che ha portato da ultimo la Corte di giustizia dell’Unione europea a negare alla Sezione di controllo straordinario e degli affari pubblici, presso la stessa Corte suprema, lo status di giudice indipendente e imparziale precostituito per legge ai sensi dell’art. 19, par. 1, secondo comma TUE, letto alla luce dell’art. 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell’UE¹⁴.

Ebbene, oscure dinamiche interne all’istituzione hanno fatto sì che i ricorsi dei due deputati avverso il provvedimento che ne sancisce la decadenza siano stati esaminati da due distinte sezioni: quella del lavoro, che in tempi remoti era stata considerata la più competente e che in buona parte è rimasta immune dalle trasformazioni degli ultimi anni, nel caso di Kamiński ne ha respinto il ricorso. Quella di controllo straordinario ha invece dato soddisfazione alle doglianze di Wąsik, adeguandosi in pieno alla dottrina dell’originaria grazia presidenziale, la quale avrebbe travolto ogni effetto giuridico anche per il futuro, incluse le sanzioni accessorie come la decadenza da una carica elettiva. Ne discende una conseguenza immediata di tipo politico: il presidente del *Sejm* Szymon Hołownia da un lato si è mantenuto fedele alla giurisprudenza europea e anche nazionale sopra citata, per cui – in buona sostanza – chi non è giudice non può giudicare, e pertanto i due parlamentari sono decaduti; dall’altro non riesce a ottenere la loro sostituzione e l’integrazione dell’organo parlamentare, a norma di legge, con i candidati che hanno conseguito il maggior numero di preferenze dopo i due decaduti nelle liste del partito. Si oppone finora a questo la Commissione elettorale nazionale, un altro organo politicizzato negli ultimi anni dopo essere stato circondato da notevole prestigio, che invece accoglie l’interpretazione favorevole ai due condannati. Il disagio connesso a questo dualismo giuridico si aggrava se si considera che entrambi gli organi, la Commissione elettorale e la sezione di controllo straordinario presso la Corte suprema, sono quelli che, rispettivamente, hanno amministrato con esemplare correttezza l’ultimo procedimento elettorale che ha visto la vittoria delle elezioni, e sancito la piena legittimità dello stesso.

I due politici non hanno potuto fare ritorno ai propri scranni, a dispetto di un altro penoso tentativo di farlo, che si è risolto in un tafferuglio inscenato dai colleghi di partito dinanzi alla sede parlamentare. Ma dualismo giuridico in Polonia oggi significa che secondo una parte del

¹⁴ Con la pronuncia pregiudiziale C-718/21 del 21 dicembre 2023 – meglio, con la dichiarazione di inammissibilità della relativa domanda, presentata dalla stessa Sezione di controllo straordinario – ove peraltro si fa ampio riferimento alla sentenza *Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia* della Corte europea dei diritti dell’uomo e a una sentenza dello stesso Tribunale amministrativo supremo della Polonia, che erano giunte alle stesse conclusioni sulla base dei rispettivi parametri di giudizio, formalmente distinti ma ispirati coralmemente allo stesso complesso di principi comuni a ciascun ordinamento.

ceto politico e della dottrina il Parlamento non è in condizione di operare secondo Costituzione in quanto due suoi membri sono ingiustamente esclusi dall'esercizio del proprio mandato. Per quanto tale considerazione sia infondata, essa ha forza sufficiente per essere fatta valere da una parte del mondo politico, e tanto basta a determinare ulteriori conseguenze.

4. La *least dangerous branch* come braccio alquanto resistente alla (ri)trasformazione liberale

Le brevi e provvisorie conclusioni di ordine più generale che si intendono proporre sono strettamente concatenate agli ultimi fatti esposti. Il presidente Duda non solo dispone di un potere di veto politico su leggi che possano richiamare in vita la Costituzione, e quindi porsi in contrasto con il suo stesso indirizzo politico, ciò che configura un ostacolo accessorio e occasionale sulla strada del ripristino dello stato costituzionale di diritto. Egli dispone anche della facoltà di rinviare ogni legge approvata dal Parlamento al Tribunale costituzionale sulla base della presunta composizione menomata del Parlamento stesso, ciò che ha annunciato di fare in maniera permanente finché si manterrà la pretesa anomalia nella composizione del *Sejm*. E questo elemento forma l'ostacolo essenziale e necessario al ripristino soprattutto della versione costituzionale dello stato di diritto. In passato, infatti, si era già prefigurato un rischio di questo tipo, quello per cui un sistema giudiziario tanto censurato dalla giurisprudenza europea, quanto criticato dalla dottrina mondiale per la sua regressione in senso illiberale, infine dimostrasse però di essere in certa misura bensì indipendente, ma dalla nuova maggioranza politica, quella democratica. Si era fatta l'ipotesi che questo nuovo ambiente giudiziario illiberale, incluse *lato sensu* le corti costituzionali, fosse composto non da opportunisti pavidi, disposti a voltare le spalle alla prima occasione utile ai propri promotori politici, bensì da lealisti duri, investiti di una missione, ideologicamente consapevoli e determinati, capaci di sostituirsi al ruolo svolto dall'opposizione parlamentare ma con un'efficacia decisionale ben superiore a quella¹⁵. Ebbene questo sembra essere il caso attualmente in Polonia, anche se non è possibile trarre delle conclusioni generalizzabili a casi simili che si potrebbero presentare.

Ora è giunto il momento di confrontarsi con questa realtà. La nuova e composita maggioranza democratica in Polonia si trova, almeno in qualche misura, davanti a un dilemma di questo tipo. Se vuole applicare e rispettare scrupolosamente la legalità formale, essa è costretta a rinunciare in buona parte all'attuazione del proprio programma di ricostruzione di uno stato di diritto, e i due casi che si sono portati sono solo esempi scelti di un quadro più generale. Tale rinuncia, che comporterebbe nei casi citati, da un lato una situazione di incertezza nella stessa composizione delle assemblee elettive, dall'altro l'accettazione di un panorama dei media pubblici ispirato

¹⁵ J. Sawicki, *L'erosione 'democratica' del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale*, Milano, 2020, specie 107-110; in parte analogamente su prospettive di *retransformation*, ma in senso ancora più pessimistico, T. Drinóczi, A. Bień-Kacała, *Illiberal Constitutionalism: the Case of Hungary and Poland*, in 20 *German Law Journal* 1163-1164 (2019).

alla denigrazione calunniosa permanente della nuova maggioranza, sarebbe destinata a durare almeno un anno e mezzo se solo si considera il mandato presidenziale, a fronte di un orizzonte temporale molto più lungo e indefinito per quello che riguarda l'elemento indefettibile della resistenza alla trasformazione in senso liberale, cioè quello legato alla permanenza in carica perlomeno di una maggioranza dei giudici costituzionali – un tema a parte – e soprattutto dei c.d. neogiudici comuni.

Se invece la maggioranza e il governo vogliono ottenere in tempi rapidi un risultato, allora non hanno altra scelta se non quella di ricorrere almeno in parte a metodi poco ortodossi. Essi sono basati su una miscela di ridotta produzione legislativa, frammentaria giurisprudenza interpretata in modo creativo, normativa di carattere secondario nei limiti – assai ristretti – del possibile, risultanze di commissioni parlamentari d'inchiesta, azioni penali consentite dallo sblocco delle procure ancora strettamente legate all'esecutivo, anche se occorre aggiungere a tutto questo l'esecuzione fedele delle sentenze delle Corti europee, che sola basterebbe a risolvere almeno una parte dei problemi. A proposito di Europa, una recente visita della presidente della Commissione von der Leyen a Donald Tusk ha formato il punto d'avvio informale per lo sblocco di una prima parte dei fondi europei di coesione e di quelli del *National Recovery and Resilience Plan*, che da tempo erano stati congelati per l'aggravarsi del conflitto concernente lo stato di diritto in aggiunta all'avvio di una procedura *ex art. 7 TUE*, la quale pure sembra ora in procinto di essere archiviata. È pur vero, come ora l'opposizione di destra denuncia, che questi sviluppi positivi sono in gran parte basati sulle buone intenzioni e non su un cambiamento reale del quadro normativo considerati gli ostacoli che vi si frappongono (un dato questo sottaciuto con malizia dall'opposizione, che contribuisce all'ostacolo e lo denuncia al tempo stesso). A voler accogliere tali rilievi in maniera integrale, si potrebbe persino insinuare che il cambio di orientamento delle istituzioni europee nei confronti della Polonia sia motivato soprattutto da simpatia politica, se non fosse almeno per l'attuazione – pure faticosa – delle sentenze della CGUE. Non è così, anche se queste relazioni con l'Europa si inseriscono in un contesto nazionale in cui ciascuno dei due blocchi politici contrapposti non ha solo una sua base elettorale separata, gruppi di pressione specifici, un proprio sistema dei media almeno privati, ma ritiene di disporre anche di un suo pezzo o segmento di potere giudiziario in contrapposizione all'altro, ciò che contraddistingue questi paesi da democrazie che si vogliono consolidate.

Se questo è lo stato delle cose, si può anche provare a formulare un minimo di previsione. Qui non si intende affatto vaticinare se l'ondata democratica di ottobre sarà coronata da successo. Più modestamente si afferma che se questo sarà il caso, sulla media distanza si dovrà prendere atto che un evento di questo tipo non potrà avvenire se non a prezzo di almeno una piccola soluzione di continuità, con l'apparizione di una dose omeopatica di potere costituente, sia pure dissimulato. Non sembra che il risultato auspicato possa essere ottenuto solo nella più scrupolosa applicazione della legalità formale, come se nulla fosse accaduto in questi otto anni e come se fosse possibile ripristinare il mero *status quo*. Se invece questo successo non vi sarà, le basi sembrano gettate per una recrudescenza ancora più dura di quel che è stato tra 2015 e 2023.

Nel momento in cui si resta consapevoli che il trend globale è per il momento in tutt'altra direzione¹⁶, gli attuali avvenimenti polacchi potrebbero essere considerati, con una robusta dose di ottimismo, l'anticipazione del modo in cui un paese che ha provocato, con libera e incontestata scelta elettorale, una svolta illiberale, la ha poi ripudiata dopo averne visto in parte le conseguenze. Questa è la considerazione di sintesi finale che sembra potersi fare, al netto ovviamente di sviluppi insondabili di natura geopolitica ed eventi a livello internazionale che sarebbero capaci di far svanire tutto quel che si è detto al primo colpo di cannone.

Jan Sawicki
Dipartimento di Scienze Politiche
Università di Pisa
jan_sawicki@yahoo.it

¹⁶ Si pensi alle valutazioni annuali elaborate paese per paese da *The Economist Democracy Index*, www.eiu.com.