

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

di Eleonora Ceccherini

Title: The independence of the judiciary as key factor for the rule of law. The European Court of Justice chastises Poland

Keywords: Judicial independence, Rule of law, EU infringement procedure

1. – La sentenza qui annotata dirime la controversia che ha opposto la Commissione alla Repubblica di Polonia, in merito alla legislazione, che aveva anticipato l'età pensionabile dei giudici della Corte suprema e subordinato al *placet* del Presidente della Repubblica la possibilità per i magistrati di ottenere un'estensione dell'età del pensionamento. Tale disciplina, a giudizio della Commissione, incideva sul principio di indipendenza della magistratura, avendo fatto venire meno il criterio dell'immovibilità dei giudici. Il dispositivo della sentenza accoglie le censure dell'istituzione europea e condanna la Repubblica di Polonia a pagare le spese.

Analizzando nello specifico la pronuncia, la Commissione aveva eccepito alcune disposizioni della legge sulla Corte suprema dell'8 dicembre 2017 (entrata in vigore il 3 aprile 2018) che anticipavano l'età pensionabile dei giudici da 70 anni a 65 anni. L'art. 37 par. 1-4 definiva anche l'ipotesi di proroga delle funzioni da parte di coloro che si trovassero nella prossimità del compimento del 65° anno di età. Coloro, infatti, che avessero raggiunto l'età pensionabile in un periodo ricompreso fra dodici e sei mesi prima della data di entrata in vigore della legge, potevano inoltrare al Presidente della Repubblica una domanda di proseguimento delle funzioni, allegando un certificato medico di salute. Il Capo dello Stato poteva autorizzare la prosecuzione dell'incarico, previo i pareri – obbligatori ma non vincolanti – del Consiglio nazionale della magistratura da rendersi entro 30 gg. (in caso di silenzio, il parere si dava per acquisito in senso positivo) e del Primo Presidente della Corte suprema, audito l'intero collegio.

Nell'emissione del parere, il Consiglio doveva tener conto dell'interesse del sistema giudiziario, dell'interesse sociale, della razionale assegnazione degli incarichi e del carico di lavoro delle distinte sezioni. Il Presidente della Repubblica aveva tre mesi di tempo per concedere la proroga per un periodo di tre anni, eventualmente reiterabile una sola volta. Se l'iter non si concludeva prima del compimento dell'età

del congedo, il giudice poteva comunque rimanere in carica fino all'esaurimento della procedura. I giudici che avevano compiuto l'età pensionabile al momento dell'entrata in vigore della legge o che la avrebbero compiuta nei tre mesi successivi a quella data, potevano, entro un mese dall'entrata in vigore della legge, dare avvio alla procedura testé esplicitata: analogamente coloro che avrebbero compiuto 65 anni in un periodo ricompreso fra tre e dodici mesi dall'entrata in vigore della legge sarebbero stati collocati a riposo, a meno che, entro tale termine, non avessero presentato un'istanza di posticipazione alla pensione secondo le medesime procedure esemplificate in precedenza (art. 111, par. 1 e 1 *bis* della legge 8 dicembre 2017).

Le ragioni che hanno indotto la Commissione, prima a inoltrare una lettera di diffida al Governo polacco e poi, a emettere un parere motivato, dove veniva affermata la necessità di procedere a una modifica della legislazione e infine a proporre un ricorso, si basano sulla violazione di due disposizioni dell'Unione: l'art. 19 par. 1, co. 2 del TUE in combinato disposto con l'art. 47 della Carta dei diritti dell'UE. La prima disposizione prescrive che gli Stati membri stabiliscono rimedi giurisdizionali al fine di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dall'Unione; mentre l'art. 47 della Carta dispone che «ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo», inoltre, «ogni persona ha diritto a che la causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge».

L'esegesi delle norme induce a ritenere che la disciplina legislativa della Repubblica di Polonia costituisca una violazione del principio dell'indipendenza dei giudici o più precisamente la loro inamovibilità, che sarebbe stata lesa dall'anticipazione dell'età pensionistica; in secondo luogo, l'indipendenza dell'alta Corte sarebbe stata messa a repentaglio dal ruolo svolto dal Presidente della Repubblica nell'esercizio della sua potestà autorizzativa per il proseguimento della carica giudiziaria.

2. – Questa è la cornice di riferimento della sentenza ma prima di entrare nel merito della disamina della sentenza del massimo giudice dell'Unione, è necessario approfondire alcune pregiudiziali di ordine processuale che hanno accompagnato tale pronuncia.

In primo luogo, è da ricordare che la normativa oggetto del ricorso è stata abrogata dal Parlamento polacco con la legge 21 novembre 2018 (entrata in vigore il 1° gennaio 2019). Pertanto, la Polonia ha invocato la decadenza del contenzioso, in quanto vi sarebbe stata la cessazione del contendere. In merito a questo profilo, la Corte, accogliendo le conclusioni dell'Avvocato generale, ha deliberato che non sarebbe venuta meno la necessità di statuire sul tema, in quanto la Polonia non avrebbe adempiuto alle indicazioni del parere motivato della Commissione, adottato nella fase pre-contenziosa nei termini prescritti (il parere era stato notificato allo Stato polacco il 14 agosto 2018 e imponeva che i rilievi fossero accolti entro il mese successivo).

Stante l'inerzia o meglio la tardiva resipiscenza polacca, la Corte ritiene comunque necessario intervenire per approfondire il tema, suscettibile di un profondo interesse.

E qui emerge un altro elemento di natura processuale; infatti, la sentenza *de qua* costituisce il precipitato di un ricorso per inadempimento accompagnato da domanda cautelare, attivato ai sensi degli artt. 258-260 del TFUE, ma il 20 dicembre 2017, la Commissione aveva dato avvio alla procedura ex art. 7 TUE per violazione

dell'art. 2 del Trattato, che – come è noto – fissa i valori su cui si fonda l'Unione europea, fra i quali viene ricompreso lo stato di diritto, oltre al rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti alle minoranze.

Pertanto, sussistevano due procedure aperte nei confronti della legge sulla Corte suprema polacca: una, *ex art. 258 TFUE* di natura esclusivamente giurisdizionale e l'altra, più propriamente "politica", *ex art. 7 TUE* e la pronuncia in oggetto è stata strumentale per chiarire portata e significato di ciascuna e per verificare se l'una precludesse l'altra (sul punto cfr. le lucide osservazioni di E. Albanesi, *Pluralismo costituzionale e procedura di infrazione dell'Unione Europea*, Torino, 2018, in part. 180 e 241 ss.).

In verità, il nodo dogmatico non è sciolto dalla Corte di giustizia, poiché non rientra fra le istituzioni chiamate a dare applicazione all'art. 7 TUE. Infatti, l'art. 7.1 prevede che la Commissione o un 1/3 degli Stati membri o il Parlamento europeo segnali un chiaro rischio di violazione da parte di uno Stato membro dei principi espressi dall'art. 2 TUE al Consiglio, il quale, sentito il parere del Parlamento, può adottare con il voto favorevole dei 4/5 dei suoi membri una raccomandazione nei confronti dello Stato inadempiente. Si tratta di una misura preventiva (*early warning*), alla quale può succedere un accertamento della chiara e persistente violazione da parte del Consiglio europeo, che deve decidere all'unanimità e deliberare a maggioranza qualificata le sanzioni, le quali possono comportare anche la sospensione di alcuni diritti derivanti dall'appartenenza all'Unione, fino a ricomprendere il diritto di voto del rappresentante dello Stato in seno al Consiglio (art. 7 (2), (3) TUE) (sul punto cfr. 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 questa Rivista, 1/2019, 19 ss.).

È di tutta evidenza che la Corte di giustizia è esclusa dal circuito sia nella fase accertativa che sanzionatoria della procedura dell'art. 7 TUE, tuttavia, per dipanare la questione sono di ausilio le conclusioni dell'Avvocato generale, Eugeni Tanchev (cfr. punti 48-51), il quale in maniera *tranchante* ritiene che le due procedure possano operare simultaneamente, escludendo quella ipotesi, adombrata in dottrina, che l'art. 7 TUE fungesse da norma speciale rispetto a quella generale prefigurata nell'art. 258 TFUE.

In altre parole, non viene accolta la ricostruzione per la quale, in caso di lesioni dell'art. 2 TUE, si dovrebbe ricorrere all'art. 7 TUE in via esclusiva, mentre per tutte le altre violazioni del Trattato (esclusa la PESC), l'azione corretta da intraprendere sarebbe quella del procedimento di infrazione *ex art. 258 TFUE*.

L'Avvocato generale sancisce una dicotomia fra le due procedure: la prima definita appunto "politica" è strumentale a impedire violazioni sistemiche dei valori fondanti l'Unione, mentre la seconda è puramente giurisdizionale ed è preposta all'osservanza del diritto dell'Unione. La prima applicazione potrebbe portare alla sospensione dei diritti di appartenenza e di partecipazione dello Stato membro interessato, mentre la seconda prevede sanzioni più miti come quelle pecuniarie. I diversi attori coinvolti e le diverse conseguenze fondano, a giudizio dell'Avvocato generale, segnalo una dicotomia fra le procedure, che sono definite complementari e che possono agire in simultanea. Si delinea quindi una sorta di doppio binario, l'uno indipendente dall'altro.

Peraltro, come è già stato annotato, sarebbe quantomeno poco perspicuo individuare la procedura di infrazione per violazione delle norme dei Trattati, elidendo, però, forse la norma che più caratterizza il processo di integrazione sovranazionale, cioè l'art. 2 TUE, che dovrebbe costituire il tessuto connettivo che plasma l'Unione europea come una comunità politica e non come una mera aggregazione di Stati. L'articolo in questione, infatti, delinea la cornice all'interno

della quale si definiscono i rapporti di fiducia che dovrebbero intercorrere fra gli Stati membri ed esprime la sintesi della consonanza dei valori espressi dai diversi contesti giuridici rappresentati dagli ordinamenti statuali.

D'altra parte questa soluzione sembra essere anche la più efficace rispetto all'obiettivo di salvaguardare il rispetto delle norme dell'Unione sia nella loro veste di principi (i.e art. 2 TUE) sia in quella di disposizioni più specifiche. Infatti, qualora si ravvisassero violazioni gravi, sistematiche e generalizzate dei valori espressi dall'art. 2 TUE e, pertanto, si ritenesse di innescare in via esclusiva la procedura dell'art. 7 del Trattato, è di tutta evidenza come si potrebbe materializzare un rischio di sostanziale impunità per lo Stato colpevole, dato l'alto livello di impraticabilità del perfezionamento della procedura sanzionatoria, che risulta inevitabilmente condizionata da grammatiche geo-politiche (nel caso specifico, il portavoce del Governo ungherese, Zoltán Kovács ha affermato che il Primo Ministro, — Viktor Orbán — avrebbe posto il veto a qualsiasi decisione punitiva da parte dell'Unione nei confronti della Polonia, cfr. *Orbán promises to veto any EU sanctions against Poland*, in *www.ft.com*, 8 gennaio 2016 e specularmente la Polonia ha confermato la stessa reciproca volontà, cfr. A. Rettman, *Poland to veto EU sanctions on Hungary*, in *euobserver.com/justice*, 13 settembre 2018).

L'art. 7 TUE, infatti, prefigurerebbe i contorni di un' "opzione nucleare" (così è stato definito l'allora Presidente della Commissione europea, José Barroso, il 12 settembre 2012 nel suo discorso davanti al Parlamento sullo stato dell'Unione, si legga in https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-596_en.htm, v. D. Kochenov, *Busting the myths nuclear: A commentary on article 7 TEU*, in *EUI working paper law*, 10, 2017) in grado di fungere da deterrente ma solo perché concretamente non attivabile, date le vischiosità politiche che si addensano sulla procedura. Una sua deflagrazione produrrebbe serie fratture all'interno dell'Unione con ogni probabilità difficilmente sanabili e che potrebbero mettere a repentaglio la stessa sopravvivenza del sistema europeo (cfr. sul tema in generale: L.F.M. Besselink, *The bite, the bark, and the howl. Art. 7 TEU and the rule of law initiatives*, in A. Jakab, D. Kochenov (eds.), *The enforcement of Eu law and values. Ensuring member states' compliance*, Oxford, 2017, 128 ss.).

Certo è che il ricorso alla procedura "politica" costituisce l'epifenomeno di un significativo scollamento fra i valori dell'Unione a cui gli Stati membri hanno aderito al momento della firma dei Trattati e la concreta condotta politico-istituzionale degli Stati posti sotto procedura e denuncia una situazione di grave pericolo nell'Unione. Al contrario, la procedura di infrazione sembra essere la risposta più consona per incidere su inadempimenti fisiologici e meno eversivi per l'integrazione europea.

Tuttavia, la Corte di giustizia – che come già anticipato non può pronunciarsi nel merito della procedura ex art. 7 TUE poiché non formalmente coinvolta nella questione affrontata dall'Avvocato generale - sembra trovare un modo per produrre una convergenza fra le due procedure, altrimenti tratteggiate come parallele. Infatti, nel momento in cui delinea il contesto normativo di riferimento per la risoluzione del caso, la Corte indica l'art. 2 del TUE, nonostante la Commissione si fosse limitata a inserire fra i parametri, soltanto l'art. 19, par. 1, co. 2 TUE e l'art. 47 della Carta. In questo modo, amplia il canone di legittimità, ponendo al centro della risoluzione giudiziale proprio la disposizione che inquadra lo stato di diritto come architrave del sistema (cfr. M. Schmidt, P. Bogdanowicz, *The infringement procedure in the rule of law crisis: How to make effective use of article 258 TFEU*, in *Common market law review*, 55, 2018, 1061 ss.).

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. Certamente, l'esito è meno draconiano rispetto a quello che

potrebbe potenzialmente scaturire dalla messa in funzione dell'altra procedura, tuttavia, non è da sottovalutare l'impatto dell'effetto dichiarativo di una sentenza circa l'avvenuto *vulnus* della *Rule of law* da parte di uno Stato membro (K.L. Scheppelle, *Enforcing the basic principles of EU law through systemic infringement actions*, in C. Closa, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing rule of law oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, 105 ss.).

Nei punti 42-48, la Corte approfondisce questo profilo ponendo in stretta connessione l'indipendenza del giudiziario con lo Stato di diritto, affermando nitidamente, nel punto 47, che l'art. 19 del TUE «concretizza lo stato di diritto», rendendolo indefettibile per la *Rule of law*. Per sillogismo aristotelico, le insidie all'imparzialità del giudiziario erodono lo stato di diritto, il quale costituisce una delle pietre angolari del *pactum* che dà vita all'Unione, ne consegue ergo che la condotta della Polonia si traduce in un attacco al fondamento dell'Unione stessa, che esiste perché gli stati avrebbero volontariamente aderito a un preciso sistema di valori e può sussistere solo mantenendo inalterata questa condivisione. Ma se tutto ciò è vero, come ha evidenziato la Corte, la condotta polacca – seppur successivamente modificata – avrebbe costituito un attentato all'esistenza stessa dell'Unione, andando a minare un pilastro qualificante.

Sembra, dunque, che il giudice di Lussemburgo abbia trovato le modalità attraverso le quali, oltre che punire le violazioni del diritto dell'Unione, possa sanzionare anche le gravi violazioni dei principi fondanti l'Unione all'interno degli Stati membri, sottraendo agli organi di indirizzo politico dell'Unione l'onere di attivare l'iter dell'art. 7 TUE dai profili di incerta realizzazione (in questo senso, sono efficaci le parole di E. Albanesi, *The use of the EU infringement procedures to protect de facto the rule of law via the development of the parameter. From obligations under the treaties to the charter of fundamental rights*, in M. Below (ed.), *Courts, politics and constitutional law*, Abingdon-on Thames, 2019, in corso di pubblicazione).

3. – Il nerbo della pronuncia si radica sul ruolo che deve assumere la magistratura in ambito domestico e sovranazionale. Come già detto, i riferimenti normativi sono l'art. 19 par. 1 co. 2 del TUE e l'art. 47 della Carta dei diritti dell'Unione che nel combinato disposto impongono che deve assicurato il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati e per questo i cittadini dell'Unione debbono poter disporre di un ricorso effettivo dinanzi a un giudice imparziale in caso di violazione di un diritto.

I richiami alla funzione giurisdizionale presentano dei profili di indubbio rilievo in quanto accreditano l'ipotesi che i giudici nazionali, in quanto chiamati a dare attuazione alla normativa eurounitaria o come interlocutori con il giudice europeo attraverso il rinvio pregiudiziale, dovrebbero operare nelle condizioni di massima autonomia e indipendenza. La strada perseguita dalla Corte di giustizia è quella di attrarre la funzione giudicante nell'alveo del diritto dell'U.E.; in altre parole, poiché i giudici nazionali operano (anche) nell'ambito della giurisdizione dell'Unione, seppur all'interno di un ordinamento giudiziario nazionale, non potrebbero essere privati del requisito dell'indipendenza, che costituisce uno dei cardini dello stato di diritto, valore espresso dall'art. 2 TUE di tenore prescrittivo per tutti le realtà statuali aderenti.

Ma soprattutto la carenza di indipendenza inciderebbe in senso deteriore sulla qualità della *iurisdictio*: l'Unione europea gode del pieno diritto di sindacare le leggi interne di un paese riguardo l'organizzazione della magistratura in quanto i giudici interni, a cui non è assicurata l'autonomia, non possono imparzialmente dare attuazione e dichiarazione del diritto europeo riguardo a casi concreti, compromettendo "a cascata" in questo modo l'efficace azione della Corte di giustizia.

Nel definire la causa, la Grande Sezione accoglie i gravami espressi dalla Commissione, sottolineando come l'obbligo che incombe sugli Stati del rispetto del diritto dell'Unione deve concretizzarsi nella necessità che gli organi giurisdizionali – che sono chiamati non solo a dare applicazione al diritto interno ma anche quello eurounitario – svolgano la loro attività in piena autonomia, senza essere vincolati da subordinazioni gerarchiche o di altro genere.

Si tratta della prospettiva multilivello, non nel senso di un plurale sistema di garanzie posto in essere da giudici che garantiscono i diritti dei singoli partendo dal primo grado di giudizio fino all'istanza sovranazionale, quanto piuttosto di un sistema circolare il cui tessuto connettivo è costituito proprio dalla giurisdizione dell'Unione europea, ambito che risulta condiviso sia dai giudici nazionali che da quelli europei. Sembra che la Corte abbia l'ambizione di plasmare un unico *corpus* giudicante, che non potrebbe non rispondere ai requisiti dell'autonomia e dell'indipendenza, pena la violazione del diritto dei Trattati.

Le argomentazioni della Polonia, che nel procedimento orale è assistita dall'Ungheria, si esprimono criticamente su questo punto evidenziato dal giudice di Lussemburgo, in quanto sussisterebbe un'incompetenza dell'Unione europea a sindacare le norme sull'organizzazione giudiziaria degli Stati membri, poiché sarebbe una materia di responsabilità esclusiva degli Stati, in ossequio all'art. 6, par. 1 TUE, all'art. 51 della Carta dei diritti e al Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito.

Tuttavia, a queste indicazioni, la Corte di giustizia replica con vigore che nell'esercizio della funzione giurisdizionale, gli Stati sono tenuti a rispettare gli obblighi derivanti dall'adesione all'U.E. ed è su questa mancata ottemperanza, che si è attivato il ricorso della Commissione. Quest'ultima, infatti, ha avuto motivo di lagnanza sull'assenza di una tutela giudiziale effettiva, poiché il potere giudiziario sarebbe carente dell'autonomia e dell'imparzialità che dovrebbe invece essergli tributata.

La normativa polacca di anticipazione dell'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema, che aveva condotto a quiescenza 27 giudici su 72, aveva avuto la conseguenza di ricomporre profondamente e repentinamente l'assetto organizzativo dell'organo, violando in questo modo il principio di inamovibilità, che è una «garanzia intrinsecamente connessa all'(...)indipendenza» (punto 63). Da ciò si evincerebbe che i giudici non possono concludere il loro mandato prima dell'età pensionabile o prima del termine naturale della carica. Non viene escluso che vi possa essere un'introduzione di regole di siffatto tenore ma queste dovrebbero essere significativamente motivate e rispondenti a criteri di proporzionalità (punto 79).

Le uniche ipotesi che il giudice dell'Unione reputa legittime per una cessazione anticipata della funzioni sono quelle riconducibili a inidoneità, gravi inadempienze e incapacità e, comunque, il procedimento di rimozione non si sottrarrebbe a precise e formali procedure di garanzia.

Non sono da accogliere le motivazioni proposte dal Governo polacco, che segnalano che l'adozione della legge era causata dall'obiettivo di uniformare l'età pensionabile di tutti i pubblici dipendenti e di favorire un avvicendamento generazionale nei ranghi del potere giudiziario. Questi fini - legittimi di per sé - non sembrano costituire la vera *ratio agendi* dell'esecutivo, tant'è che con parole contundenti la Corte di giustizia afferma che, dalla lettura della relazione di accompagnamento della legge emergano «elementi tali da far sorgere seri dubbi quanto al fatto che la riforma dell'età per il pensionamento dei giudici in carica presso il *Sad Najwyższy* (Corte suprema) sia stata guidata da tali obiettivi, e non da una volontà di procedere alla rimozione di un certo gruppo di giudici di tale organo giurisdizionale» (punto 2). Peraltro lo scetticismo verso le reali intenzioni della compagine governativa con l'approvazione di questa legge sono espressamente

ribadite in più passi della sentenza (punti 87-88), a testimonianza di una severa presa di posizione del giudice di Lussemburgo.

I rilievi di eccesso di potere che vengono mossi al legislatore vertono sulla circostanza per la quale il ricambio generazionale sarebbe stato ostacolato proprio da una parte della riforma oggetto della controversia, laddove, a fronte di un anticipo di cinque anni del congedo, era prevista l'ipotesi che un giudice potesse essere prorogato nelle sue funzioni fino a sei anni dietro autorizzazione del Presidente della Repubblica, facendo svanire, quindi, l'ipotesi che nuove leve di magistrati potessero insediarsi.

Orbene, proprio su questo ultimo profilo, la Commissione aveva sollevato il secondo motivo di lagnanza in merito alla legge polacca, ritenendo contraria, sempre all'art. 19, par. 1, co. 2 TUE, siffatta attribuzione presidenziale, in assenza di indicazione di parametri certi e trasparenti sulla base dei quali negare o concedere la proroga.

Il sistema delineato, infatti, subordina la prosecuzione o meno della funzione giudicante al placet del Capo dello stato, facendo tornare alla memoria quelle prerogative regie del sovrano assoluto evidenziate da Jean Bodin.

Seppur non esplicitamente affermato, traspare dalle parole del giudice di Lussemburgo come il Presidente finirebbe per essere il solo dominus circa il proseguimento o meno della carriera di un magistrato ma questo schema non è ritenuto idoneo ad assicurare l'indipendenza della magistratura. In primo luogo, non viene celato il timore che i richiedenti, nel periodo in cui la loro istanza sia ancora *sub iudice*, si trovino in una sorta di limbo temporale, durante il quale potrebbero essere tentati di appoggiare soluzioni "gradite" al Presidente della Repubblica, al fine proprio di orientare la sua scelta. In secondo luogo, viene obiettato il fatto che la legge non aveva previsto alcun rimedio giurisdizionale rispetto a un diniego del Presidente della Repubblica. In terzo luogo, non può tacersi, le conseguenze prodotte dalla legge 8.12.2017, che ha modificato la composizione del Consiglio nazionale della magistratura e ha dato vita a un organo di autogoverno della magistratura ritenuto collaterale all'esecutivo (per un commento sulle modifiche, cfr. A. Angeli, A. Di Gregorio Jan Sawicki, *La controversia approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e Giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in questa Rivista 3/2017; ma per avere un'idea sulla percezione dell'organo da parte degli stessi giudici polacchi, cfr. M.Szuleka, M. Wolny, M. Kalisz, *The time of trial. How do changes in justice system affect Polish judges?*, The Helsinki Foundation for Human Rights, Warszawa, 2019).

È interessante notare che in un significativo passaggio la Grande Sezione critica con particolare severità proprio l'organizzazione e funzionamento del Consiglio (punto 100). Infatti, la legge 8 dicembre 2017 ha provveduto a modificare la legge su detto organo del 12 maggio 2011, prevedendo che i 15 membri (su 27) sarebbero stati indicati fra gli appartenenti all'ordine giudiziario ma dalla Camera bassa (merita ricordare che l'attuale composizione della *Sejm* vede la maggioranza assoluta del PiS) e non più dagli stessi giudici. Questa nuova composizione induce a ritenere che l'organo non soddisfi più i requisiti di garante dell'autonomia e indipendenza della magistratura.

Inoltre, il pervasivo esame della Corte non si limita a questa notazione, infatti, per accreditare l'irrilevanza del Consiglio come adeguato contrappeso alla volontà presidenziale, evidenzia che i pareri resi fino a quel momento al Capo dello Stato si limitavano a esprimere un *favor* o meno ai nominativi presentati e laddove fossero ancorché motivati (peraltro, condizione non obbligatoria in base alla legge), avrebbero avuto un contenuto esile o di semplice rinvio ai criteri dell'art. 37 della legge. Pertanto, lo scarso spessore dell'atto non poteva costituire una bussola utile per orientare la decisione del Presidente della Repubblica.

Il timore che traspare, neppure in maniera troppo tacita, è che i giudici potrebbero non essere così resilienti alle tentazioni di *iurisdicere* in conformità o in armonia o in sintonia con gli orientamenti espressi dal Capo dello Stato, inficiando in questo modo l'imparzialità del loro agire, procurando, quindi, un ulteriore nocumento all'indipendenza della magistratura e susseguentemente allo stato di diritto.

4. – La controversia qui annotata si segnala anche per un ulteriore profilo: il giudice di Lussemburgo, coglie l'occasione per esercitare uno scrutinio su ulteriori elementi, che solo indirettamente incidono sul *petitum*. Infatti, nel dipanare il suo ragionamento, la Corte non si sofferma solo sul tema dell'inamovibilità e dell'imparzialità del giudice, caratteristiche manifestamente compromesse dalla legge polacca ma si spinge a illustrare quali siano i diversi significati che debbono essere ricompresi nell'espressione verbale: autonomia e indipendenza della magistratura.

Nell'assolvere questo compito, certamente è stato d'ausilio riportare queste due nozioni nell'alveo dello stato di diritto, al quale opportunamente ha fatto ricorso nelle sue motivazioni (cfr. *supra* par. 2). In altre parole, l'indipendenza del giudiziario risponderebbe a una caratteristica indefettibile dell'attività giurisdizionale. In altre parole, o un giudice è indipendente o non è; la sua indipendenza diventa allora la radice nella quale alligna e si sviluppa lo stato di diritto, in cui devono sussistere dei meccanismi di controllo ed equilibrio fra i poteri.

Consapevole però che l'espressione "indipendenza" può costituire una felice sintesi di un coacervo di qualificazioni, il giudice eurounitario finisce per declinare una sorta di "statuto" per accertare l'indipendenza della magistratura, nei quali richiama la verifica delle regole sulla composizione dell'ordinamento giudiziario, sulle nomine, sulla durata delle funzioni, sulle cause di astensione, ricsuzione e revoca dei membri, oltre al tema dell'inamovibilità, sul quale proprio la sentenza *de qua* si è diffusa (punti 74-75).

Ma particolarmente incisive sono le parole che dedica al tema delle sanzioni disciplinari e al sistema di garanzie apprestate per eventuali impugnazioni. Non esita, infatti, a precisare che non è ammissibile che la potestà sanzionatoria nei confronti dei giudici possa essere utilizzata per un controllo politico delle decisioni delle autorità giudiziarie.

In questo ambito, segna il perimetro entro il quale l'ordinamento deve muoversi per garantire l'indipendenza dell'ordine giudiziario: devono essere tipizzati i comportamenti che possono integrare un illecito disciplinare, così come devono essere predeterminate le sanzioni, che debbono essere irrogate da un organo indipendente, contro i cui atti sia possibile adire le vie giurisdizionali, garantendo il diritto alla difesa (punto 77) (e qui si richiamano l'art. 47 e 48 della Carta dei diritti dell'Unione).

È palpabile tutta la delicatezza del tema ma anche la determinazione con la quale la Corte di giustizia voglia tracciare le coordinate di un'area che soprattutto negli ultimi tempi e in particolare in alcuni paesi dell'Unione è diventata una sorta di cartina di tornasole per la tenuta democratica e del principio di equilibrio fra poteri. L'obiettivo è mantenere il potere giudiziario in grado di operare come giudice dei diritti dei cittadini, al riparo da pressioni di altri poteri nelle loro diverse espressioni istituzionali.

Mai come in questo caso, paiono conferenti le parole di Montesquieu: «E non vi è libertà neppure quando il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo o da quello esecutivo. Se fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e sulla libertà dei cittadini sarebbe arbitrario: poiché il giudice sarebbe il legislatore. Se fosse unito al potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore» (Montesquieu, *Esprits des lois*, Libro XI, VI, la citazione è tratta da O. Abbamonte, *Il potere dei conflitti*, Torino, 2017, 97).

5. – Volgendo lo sguardo alle tecniche argomentative, si registra – come di consueto – l'utilizzo da parte del collegio giudicante di propri precedenti. Fra le pronunce che maggiormente sono state citate c'è *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16 del 27 febbraio 2018, la quale ha avuto modo di acclarare la rilevanza dell'indipendenza del giudiziario per lo stato di diritto e il richiamo agli Stati dell'obbligo di custodia del principio per mantenere l'Unione. Si tratta, infatti, di una controversia che con significativa enfasi pone in luce l'onere che l'Unione europea ha di salvaguardare i principi fondamentali posti alla base dell'integrazione, prendendo spunto dalla legge lusitana che imponeva una riduzione stipendiale per i giudici (cfr. F. Guella, *Tagli stipendiali e indipendenza della magistratura in Portogallo: temporaneità, sostenibilità e non selettività per bilanciare convergenza finanziaria e Unione "di diritto"*, in questa Rivista, 2/2018; altresì si precisa che il tema delle retribuzione dei magistrati è stato oggetto anche di ulteriori pronunce come la sentenza *Carlos Escrivano Vindel*, 7 febbraio 2019, causa C-49/18, annotata da E. Ajmar, *Il difficile bilanciamento tra tagli alla retribuzione dei giudici e principi di eguaglianza e indipendenza dell'ordine giudiziario*, in questa Rivista, 2/2019).

L'aspetto che qui colpisce è che la stessa pronuncia è utilizzata da entrambe le parti davanti alla Corte: dalla Polonia per sostenere la piena legittimità della propria disciplina legislativa e dalla stessa Corte per opporvisi.

Da una parte, il Governo polacco, ignorando la parte dogmatica della pronuncia, indugia sul dispositivo che ritiene lo Stato portoghese pienamente legittimato ad adottare norme decurtanti la retribuzione dei magistrati (M. Bonelli, M. Claes, *Judicial serendipity: How Portuguese judges come to rescue of the Polish judiciary: ECJ 27 february 2018 Case C-64/16*, in *European Constitutional Law Review*, 3, 2018, 622 s.); dall'altra parte, la Corte, invece, ne ripropone le coordinate teoriche, che richiama l'indelebile obbligo per gli Stati di custodire l'indipendenza della cui vigilanza si deve far carico anche l'organo di giustizia europeo.

Tuttavia, la Corte di giustizia non si sottrae ai rilievi della Polonia, operando un *distinguishing* fra il caso polacco e portoghese, annotando che la misura lusitana di riduzione salariale era limitata nel *quantum*, temporanea e non diretta a un unico organo giurisdizionale; al contrario, la legislazione polacca immetteva una prescrizione di riduzione dell'età pensionistica permanente e circoscritta all'organo di ultima istanza e che poneva fine alla carriera giudiziaria dei magistrati.

L'altro precedente "di peso", che più volte emerge a sostegno della posizione della Corte, è la sentenza della Grande sezione *Minister for Justice and Equality*, 25 luglio 2018, C-216/18 PPU, con la quale è stato deciso un rinvio pregiudiziale dell'*High Court* irlandese che richiedeva se, in presenza dell'attivazione da parte della Commissione di una procedura ex art. 7 (1) TUE contro la Polonia, sussistesse comunque un obbligo per l'autorità giurisdizionale di dare esecuzione a un mandato di arresto europeo emesso dalle autorità polacche. Le incertezze irlandesi scaturivano dal fatto che si riteneva reale il rischio di violazione del principio di un giusto processo da parte delle autorità giudicanti del paese emittente il mandato. (C. Pinelli, *Violazioni sistemiche dei diritti fondamentali e crisi di fiducia fra Stati membri in un rinvio pregiudiziale della High court d'Irlanda*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 507). Come è noto, in questa sentenza la Corte stigmatizza in maniera severa il Governo polacco, concludendo che i giudici avrebbero un "obbligo flessibile" rispetto all'esecuzione del mandato. Riprendendo le conclusioni del caso *Aranyosi e Căldăraru*, 5 aprile 2016 C-404/15, l'alta corte delinea una procedura bifasica: in primo luogo, sarebbe necessario accertare che se siano state perpetrate violazioni sistemiche rispetto alle garanzie processuali, in secondo luogo, il giudice dell'esecuzione deve richiedere assicurazioni allo Stato emittente il provvedimento sul rispetto delle tutele in fase detentiva (cfr. in particolare sul ruolo degli atti della Commissione, S. Bartole, *La crisi della giustizia*

polacca davanti alla Corte di giustizia: il caso Celmer, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2018, 921 ss.).

Si richiama, quindi, a una verifica *case by case*, al fine di verificare che la persona incriminata possa godere di tutte le garanzie processuali tipiche del costituzionalismo liberale. Ora, se la soluzione operata dalla Corte si dimostra estremamente rispettosa dei diritti delle persone - e ciò non può che essere salutata con estremo favore - tuttavia, testimonia *rebus sic stantibus* una sostanziale sfiducia sulla genuina vocazione liberale e democratica di alcuni paesi, distanti dalla condivisione di principi e valori che, invece, dovrebbero caratterizzare «*a more perfect union*».

Rimanendo sul tema delle fonti utilizzate per motivare la pronuncia, non mancano riferimenti espressi alla Convenzione europea dei diritti umani, segnatamente gli artt. 6 e 13 (punto 49), che corroborano l'ipotesi che il principio della tutela giurisdizionale - garantita dall'indipendenza della magistratura - costituisca una tradizione costituzionale comune (M. Volpi, *L'indipendenza della magistratura nei documenti del Consiglio d'Europa e della Rete europea dei Consigli di giustizia*, in *DPCE*, 4, 2010, 1754). C'è da registrare, però, che il giudice eurounitario non ritiene di dover utilizzare la giurisprudenza di Strasburgo, come invece più sovente avviene.

Inoltre, il giudice europeo non si sottrae al richiamo di fonti di *soft law* come i pareri della Commissione di Venezia (segnatamente il parere n. 904/2017), che oramai sono divenuti documenti ampiamente utilizzati nelle giurisprudenze sia nazionali che internazionali, in quanto, seppur non vincolanti, danno conto del tasso di condivisione di norme e principi.

Anche in questo caso, non può sfuggire un'omissione: proprio l'organo del Consiglio d'Europa aveva reso pubblico un parere il 4 aprile 2011: *Report on the rule of law* (CDL-AD 2011), che ha stilato una serie di indicatori ai fini della riconoscibilità dello stato di diritto (G. Serra, *Il Consiglio d'Europa alla ricerca di una definizione di "rule of law". Sul rapporto della Commissione di Venezia "on the rule of law", del 4 aprile 2011*, in *Rivista AIC*, 3/2011).

Infine, meritano un cenno i riferimenti al diritto comparato operati nella sentenza: il Governo polacco adduce nella sua difesa il fatto che siano previsti meccanismi di proroga per l'esercizio delle funzioni giurisdizionali, oltre l'età prevista per la quiescenza e addirittura si arrischia ad affermare che un meccanismo analogo è previsto per la Corte di giustizia (punto 107).

La risposta a questi rilievi da parte del giudice europeo è perentoria, in quanto diffida la Polonia dall'utilizzo dello strumento comparativo. *In primis*, perché non qualificato come risolutivo del caso e poi perché il fatto che un altro ordinamento violi il diritto dell'Unione non può essere considerato una causa di esclusione di responsabilità per un altro Stato.

Infine, si sottolinea come il richiamo al sistema di nomina dei giudici della Corte sia erroneo, in quanto la conferma dell'incarico per un secondo mandato sarebbe il frutto di una procedura garantista, essendo subordinata all'unanime consenso dei Governi degli Stati membri e al parere del Comitato ex art. 255 TFUE (punto 119-121).

6. – Non sembra azzardato affermare che sotto certi profili la Corte pone con chiarezza degli *standards* invalicabili per la definizione delle coordinate del principio di indipendenza degli organi giudicanti.

Soprattutto negli ultimi anni, i magistrati di Lussemburgo hanno avuto molteplici occasioni per intervenire, sia perché la stessa Polonia ha proceduto a una serie di riforme che hanno offuscato i tratti dell'indipendenza dell'ordinamento giudiziario, sia perché anche l'Ungheria ha dato avvio a un analogo processo di

depauperamento delle guarentigie (M.A. Orlandi, *La democrazia illiberale: Ungheria e Polonia a confronto*, in *DPCE*, 1/2019, 167 ss.; S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2018, 295 ss.).

La "tecnica" del pensionamento dei giudici sembra essere uno strumento ricorrente per poter dare forma alle cosiddette democrazie illiberali. Infatti, in Ungheria l'età della quiescenza per i giudici, come dei procuratori e dei notai, è stata abbassata da 70 a 62 anni e questo ha comportato un rinnovo della magistratura pari a 1/3. L'azione legislativa ha prodotto un intervento censorio della Corte, che si è pronunciata in *Commissione v. Ungheria*, 6 novembre 2011, C-286/12, a cui lo Stato magiaro ha dato osservanza rendendo più graduale il processo di pensionamento dei giudici (cfr. A. Vincze, *The CJEU as the Guardian of the Hungarian Constitution: Case C-286/12 Commission v. Hungary*, in *European Public Law*, 19, 3, 2013, 489 ss.; G. Halmai, *The early retirement age of the Hungarian judges*, in F. Nicola, B. Davies (curr.), *EU law stories: contextual and critical histories of European jurisprudence*, New York, 2017, 471 ss.).

Ma l'euroscetticismo dell'area sembra essere radicato nel tempo fin dal momento del processo di adesione. Non possono dimenticare i timori espressi da alcuni Stati circa la perdita della sovranità statale a seguito di una più decisa spinta verso l'integrazione, che, come un fiume carsico, sono a più riprese emersi in Polonia, (al di là delle opinioni espresse dai politici, basterebbe richiamare alla mente la giurisprudenza polacca in merito al mandato di arresto europeo, cfr. K. Witkowska-Chrzczonec, P. Chrzczonec, *I rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario nella giurisprudenza costituzionale polacca: profili ricostruttivi e spunti problematici*, in G.C. De Martin, Z. Witkowski, P. Gambale (curr.), *Riforme costituzionali e itinerari della democrazia in Europa: Italia e Polonia a confronto*, Padova, 2007, part. 234 s.; B. Gronowska, *Il mandato di arresto europeo nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale polacco*, *ibidem*, 245 ss.).

L'area dell'est europeo sembra posizionarsi in una zona grigia, dove i principi del costituzionalismo sembrano essere messi decisamente alla prova, minando in questo modo l'*ubi consistam* dell'integrazione sovranazionale europea (cfr. A. von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, G. Rügge, M. Schmidt, M. Taborowski, *Un possibile momento costituzionale per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2018, 855 ss.; gli autori manifestano vive preoccupazioni per queste derive autoritarie alle quali solo i cittadini attraverso le urne potrebbero porre un freno).

L'auspicio è che questa sentenza possa aspirare legittimamente a essere considerata un *landmark case* sia per l'utilizzazione della procedura di infrazione come "surrogato" di quella prevista dall'art. 7 TUE, sia perché sembra enfaticamente affermare con coraggio che l'atrofia dell'indipendenza del potere giudiziario non può essere ritenuta conforme allo stato di diritto europeo.