

La Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea
La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto*

di **Jan Sawicki** – *Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate*

ABSTRACT: The article deals with the decision taken by the European Commission to refer Poland to the Court of Justice of the EU in connection with the adoption of a legislative reform which is under serious suspicion of undermining the principle of independence of the judiciary. When taking into account the national response to that decision, other somehow hidden challenges to the said principle emerge, which deserve to be discussed. The case is made, subsequently, for the European Court of Justice also considering the preliminary rulings sent by Polish courts and judges, as these raise other questions of great importance. In this case, the protection of European law can fully coincide with the aim of strengthening the damaged domestic constitutional law.

SOMMARIO: 1. Il metodo 'giudiziario' contro quello 'politico': caratteri, limiti e potenzialità. – 2. La risposta nazionale: un adeguamento irto di pericoli e tranelli. – 3. Il rinvio pregiudiziale come lesa maestà nazionale: un possibile, nuovo motivo di attrito tra Polonia e UE. – 4. Un cenno a due aspetti problematici. – 5. Una postilla.

1. Il metodo 'giudiziario' contro quello 'politico': caratteri, limiti e potenzialità

Allo stato attuale delle cose, più che il metodo politico poté quello giurisdizionale, o almeno così pare evidente. Ci si riferisce alle procedure e ai canali di cui l'Unione europea, complessivamente

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee-guida della Rivista.

intesa, dispone al fine di spingere qualche suo membro molto recalcitrante al rispetto dei principi dello stato di diritto. L'attivazione senza precedenti della procedura di cui all'art. 7 TUE nei confronti della Polonia¹, operata nel dicembre 2017, (e la richiesta di avvio di analoga procedura nei confronti dell'Ungheria²) si è inevitabilmente arenata per i quasi proibitivi requisiti che la caratterizzano, scontando le criticità che sono inevitabili nell'ambito di un processo che è ad un tempo politico ma che si deve applicare in un'organizzazione – come appunto l'Unione europea – che, se non ha carattere internazionalistico, resta di difficile classificazione, a cavallo tra una dimensione federale e una confederale³; un processo che quindi è destinato a misurarsi con lo spettro del principio di unanimità e con il rischio di precipitare nell'impotenza. Il fatto che protagonisti di questa procedura siano organi politici, insieme alla combinazione di unanimità e altissime maggioranze qualificate, ne rende la percorribilità oltremodo impervia, specie quando si formino coalizioni di blocco in grado di paralizzare esiti positivi come quelle imperniate nel gruppo di Visegrád.

Sebbene a prima vista meno appariscente, e problematica per altri delicati aspetti, la via giudiziaria come argine a specifiche violazioni dello stato di diritto può rivelarsi all'atto pratico alquanto più efficace, come si è visto con il ricorso per inadempimento contro la Polonia, che la Commissione europea ha presentato dinanzi alla Corte di Giustizia, instaurando la causa C-619/18 (*Commission v. Poland*)⁴. Se in una valutazione politica complessiva una tale iniziativa può essere

¹ Accuratamente ricostruita da M. ARANCI, *La reazione dell'Unione europea alla crisi polacca: la Commissione attiva l'art. 7 TUE*, in *Federalismi.it*, n. 15/2018. Le fasi preparatorie per l'attivazione di tale procedura, insieme a una disamina della natura dell'art. 7 TUE, sono state analizzate da C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *Federalismi.it*, n. 12/2016.

² A. DI GREGORIO, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in *DPCE Online*.

³ L'oscillazione tra queste due dimensioni è ben messa in luce da R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2015, specie 32-33. Si v. anche A. VESPAZIANI, *L'Unione europea: federazione o confederazione?*, in www.apertacontrada.it, 22 marzo 2014, ove si accoglie in modo convincente una ricostruzione che vuole l'UE come portatrice di un «federalismo giudiziario e amministrativo ma non politico-costituzionale», ciò che trova conferma nel caso di cui qui si discute.

⁴ Mentre non fu così efficace la sentenza C-286/12, *Commission v Hungary*, nel proteggere i diritti dei giudici magiari collocati a riposo anticipato contro il proprio volere; ma nella decisione specifica venivano in rilievo processuale gli assai più circoscritti profili concernenti la discriminazione per motivi di età in tema di pensionamento: G. HALMAI, *The Early Retirement Age for Hungarian Judges*, in F. NICOLA, B. DAVIES (Eds.), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge, 2017, 471-ss. (ove si fa riferimento anche al caso *Baka v Hungary*, n. 20261/12, deciso dalla Corte EDU il 23 giugno 2016). Proprio qui (487) si coglie nel segno, ove – al fine di prendere le distanze dal *self-restraint* della Corte di Lussemburgo – si sottolinea il formalistico ossequio da essa prestato nei confronti dell'art. 4, secondo comma, TUE, in particolare relativamente al rispetto per l'identità nazionale – politica e costituzionale – degli Stati membri, e ci si chiede perché sia stato allora trascurato l'altrettanto fondamentale art. 2

interpretata come una ramificazione del più generale attivismo che la UE ha cominciato a mostrare nei confronti dei governi polacco e ungherese – peraltro tardivo –, è chiaro che dal punto di vista giuridico si tratta di una procedura distinta e separata⁵, considerati non solo i diversi presupposti normativi (art. 258 TFUE anziché art. 7 TUE), non solo le differenziate sanzioni eventuali, ma anche gli organi che vi sono coinvolti (Commissione e Corte di Giustizia) e quelli che ne sono tagliati fuori (Consiglio europeo, Consiglio, Parlamento), pur se coincidono in definitiva i beni da proteggere insieme alle norme giuridiche volte a individuarli⁶. L'assenza di tali ultimi soggetti, e l'intervento decisivo in loro luogo di un organo giurisdizionale, con la sua veste di neutralità, può svolgere un utile ruolo di spoliticizzazione e 'spersonalizzazione' del conflitto, tale assenza mettendo in evidenza come si tentino di lasciare dietro le quinte i veri o pretesi interessi degli Stati membri, relegando in penombra annesse implicazioni politiche e possibili relativi addebiti di pretestuosità⁷.

È stato così che un'ordinanza della vice-presidente della Corte di Giustizia dell'UE, emessa in data 19 ottobre 2018, con la procedura particolarmente accelerata consentita dall'art. 160 del regolamento interno – che consente di procedere, per motivi gravi, *inaudita altera parte* – ha imposto alla Repubblica di Polonia di sospendere, a titolo cautelare e in attesa di un giudizio definitivo, l'applicazione di alcune disposizioni di legge relative all'organizzazione del giudiziario e in particolare della Corte suprema (*Sąd Najwyższy*); di consentire ai giudici della stessa Corte di

TUE, entro il quale, in sintesi, il rispetto per l'indipendenza del giudiziario non potrebbe non porsi come strumentale al rispetto del valore fondamentale rappresentato dai diritti umani.

⁵ Un'appassionata polemica contro l'idea per cui solo l'art. 7 TUE sarebbe la procedura pertinente per assicurare il rispetto dei valori di cui all'art. 2 dello stesso TUE – idea sostenuta dal *Legal Service* del Consiglio – è imbastita da K.L. SCHEPPELE, L. PECH, R. DANIEL KELEMEN, *Never Missing an Opportunity to Miss an Opportunity: The Council Legal Service Opinion on the Commission's EU budget-related rule of law mechanism*, in *Verfassungsblog.de*, 12 Nov 2018. Sul ricorso della Commissione come reazione allo stato 'dormiente' della procedura ex art. 7, R. UITZ, *Europe's Rule of Law Dialogues: Process With No End in Sight*, *Verfassungsblog.de*, 22 Nov 2018.

⁶ È vero al riguardo che nel caso di specie il parametro invocato, insieme all'art. 19.1 TUE – che impone agli Stati membri di predisporre mezzi per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione –, è l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con riferimento particolare al diritto di ogni individuo a un giudice indipendente e imparziale (precostituito per legge). Ma pare evidente quanto tali requisiti siano anche parte integrante dei, e dunque rientrino nei, valori invocati dall'art. 2 TUE, in particolare ove sono menzionati stato di diritto e rispetto dei diritti umani.

⁷ D'altra parte rilievi formulati da qualcuno, volti a interpretare le due procedure come reciprocamente escludenti – in particolare inibendo l'avvio di quella 'giudiziaria' una volta che quella 'politica' fosse operativa – sono stati compiutamente respinti dall'avvocato generale E. Tanchev nelle sue recenti *Conclusioni* dell'11 aprile 2019 (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=212921&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1317072>); al riguardo si v. pure ora P. BOGDANOWICZ, *Three Steps Ahead, One Step Aside: The AG's Opinion in the Commission v. Poland Case*, in *Verfassungsblog.de*, 11 Apr 2019).

poter continuare ad esercitare le proprie funzioni godendo delle stesse garanzie loro accordate fino all'entrata in vigore delle leggi sulla cui compatibilità con il diritto europeo la Corte di Lussemburgo si riserva ancora di decidere; di astenersi dall'immissione di nuovi giudici in sostituzione di quelli sottoposti dalla legislazione contestata a decadenza anticipata, e in particolare del primo presidente (il cui mandato di sei anni, previsto dalla Costituzione, era stato troncato dalla legge con effetto retroattivo). Ancora, il successivo 15 novembre, il presidente della Corte ha emesso ordinanza con cui ha stabilito di dare procedimento accelerato all'esame della causa C-619/18, sempre in considerazione dei beni supremi da tutelare. Si tratta in particolare dei parametri indicati dalla Commissione ricorrente, cioè il 'combinato disposto' tra l'art. 19, par. 1, secondo comma del TUE e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Risulta che poco frequentemente la Commissione europea chieda l'attivazione di procedimenti d'urgenza e che ancor più raramente la Corte di Giustizia vi dia corso, imponendo in più l'adozione di provvedimenti provvisori a scopo cautelare, come ha fatto tra il 19 ottobre scorso. Senza precedenti è poi la gravità del caso su cui verte il procedimento, avendo ad oggetto niente meno che l'indipendenza dei giudici, almeno sotto alcuni aspetti, e non essendo incentrato su norme di diritto europeo bensì su una legge statale. La reazione in Polonia è stata di stupore. In un momento iniziale, negli ambienti del partito di governo – Diritto e giustizia, PiS – si è affacciata l'idea di ribellarsi, negando applicazione alle determinazioni della Corte dell'Unione europea. Ma persino a un personale politico di tale tipo è diventato rapidamente chiaro che il prezzo da pagare per uno strappo così traumatico sarebbe stato imprevedibile, fino a sfuggire di mano. Rapidamente si è scesi a più miti consigli, decidendosi di dare attuazione all'ordinanza, pur se non erano definiti i modi attraverso i quali farlo. La scelta si è orientata a favore di una legge ordinaria, lo stesso strumento utilizzato in questi tre anni in Polonia per erigere un progressivo smantellamento dello stato di diritto in moltissimi settori⁸, nell'impossibilità di modificare la Costituzione per mancanza dei quorum necessari ma dopo la sostanziale disattivazione della giustizia costituzionale grazie ad un abile colpo di mano favorito da errori della precedente maggioranza⁹. Sia la Corte di Giustizia

⁸ Un'esauritiva ricostruzione di vari settori in cui tale processo incrementale si è svolto in P. FILIPEK, *Challenges to the Rule of Law in the European Union: the Distressing Case of Poland*, https://www.academia.edu/37589519/Challenges_to_the_Rule_of_Law_in_the_European_Union_the_distressing_case_of_Poland

⁹ La mutazione genetica della posizione del Tribunale costituzionale, avviata già sul finire del 2015, ha conosciuto stadi di sviluppo vorticosi, che la dottrina ha esaminato con precisione in numerosissimi contributi, in Italia e all'estero.

europea sia la stessa Corte suprema polacca hanno concordato nel ritenere che l'applicazione delle misure cautelari adottate dalla prima, con il proprio dispositivo, fossero più che sufficienti per produrre in maniera immediata gli effetti desiderati. Ma il governo e la sua maggioranza parlamentare hanno preteso di usare la forza della legge statale per ripristinare – anche se solo in parte – il precedente *status quo* conforme alla Costituzione. Lo hanno fatto, forse, anche per preservare un apparente nucleo di sovranità in una decisione che è stata imposta di fatto dall'esterno (in termini meno giuridici si potrebbe dire per salvare la faccia).

2. La risposta nazionale: un adeguamento irto di pericoli e tranelli

Così, la legge del 21 novembre 2018, recante modifiche alla legge (dell'8 dicembre 2017, già cinque volte novellata) sulla Corte suprema, riproduce in maniera abbastanza fedele il contenuto dell'ordinanza della Corte di Giustizia europea del 19 ottobre scorso. Di conseguenza, i giudici della Corte suprema – e del Tribunale supremo amministrativo – entrati in carica prima dell'entrata in vigore dell'ultima legge cesseranno dalle proprie funzioni al compimento del settantesimo anno di età, come previsto dalla precedente legge del 2002, con la perdita di ogni retroattività al regime del pensionamento. Il collocamento a riposo al compimento dei 65 anni avverrà solo per i giudici immessi nelle supreme giurisdizioni successivamente all'entrata in vigore della novella del 21

Tuttavia, per una ricostruzione delle sue prime cause, o meglio di alcuni difetti per così dire 'genetici' dell'istituto, che possono aver agito come fattori scatenanti, sia consentito ancora rinviare a J. SAWICKI, *Prove tecniche di dissoluzione della democrazia liberale: Polonia 2016*, in *Nomos*, 1/2016 (nomos-leattualitaneldiritto.it), specie 2-9. Un riepilogo ragionato dei successivi svolgimenti in E. ŁĘTOWSKA, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, *A "good change" in the Polish Constitutional Tribunal?*, in https://www.academia.edu/28197931/A_good_change_in_the_Polish_Constitutional_Tribunal_3. Nel ripercorrere il drammatico itinerario, alcuni aspetti teorici sono analizzati da A. MŁYNARSKA-SOBACZEWSKA, *Polish Constitutional Tribunal Crisis: Political Dispute or Falling Kelsenian Dogma of Constitutional Review*, in *European Public Law*, Volume 23, Number 3, 2017, 489-ss., ove si muove da un inquadramento volto a individuare come responsabili ultime della crisi nientemeno che le manchevolezze di alcune categorie dogmatiche generali del modello kelseniano di giustizia costituzionale, per giungere a esprimere una sorta di equidistanza nel valutare le responsabilità specifiche del conflitto, un'equidistanza che però, a un certo punto, sembra allontanarsi soprattutto dall'istituzione di garanzia, la quale nel tentativo estremo di difendere la propria collocazione avrebbe addirittura usurpato il *pouvoir constituant*, confondendo l'indipendenza dei giudici con la *judicial supremacy* (p. 503) fino a rischiare di trasformarsi in una «Constituent Assembly acting permanently». Che il rischio non fosse precisamente questo si sono incaricati di dimostrarlo tutti gli sviluppi successivi (un'analisi del percorso argomentativo, complesso e invero non convenzionale, seguito dal Tribunale – con le motivazioni della sentenza K 47/15 del 9 marzo 2016, cui soprattutto si riferisce l'ultima autrice citata – nel giocare l'ultima carta per la propria salvezza, prima di imboccare il precipizio della soccombenza, è in J. SAWICKI, *Prove tecniche*, cit., 10-ss.).

novembre. Per ottenere questo risultato la legge dispone la reintegrazione in carica dei giudici decaduti per aver compiuto 65 anni di età in seguito alla data di entrata in vigore della precedente legge – 4 luglio – e che non avevano presentato domanda al presidente della Repubblica per restare in carica per un ulteriore triennio, o che, avendola presentata, corredata di un certificato medico attestante condizioni di salute adeguate, se la erano vista respingere dal presidente della Repubblica (peraltro senza motivazione e dietro parere non vincolante espresso dal Consiglio nazionale della magistratura).

La legge citata, che il presidente della Repubblica Andrzej Duda ha promulgato lo scorso 17 dicembre, e che è stata pubblicata l'ultimo giorno dell'anno – data limite –, sembra in effetti ripristinare una parziale conformità di almeno alcuni aspetti dell'ordinamento giudiziario polacco ai valori fondamentali di quello euro-comunitario (e di quello costituzionale interno, ma su questo si vorrà dire qualcosa in conclusione). Si è sottilmente rilevato un profilo di contraddittorietà interna della legge¹⁰, laddove lo stesso primo comma del suo articolo 2, in due periodi successivi, dapprima menziona i giudici della Corte che «sono stati collocati a riposo» in forza degli artt. 37 e 111 della legge dell'8 dicembre 2017, per affermare che essi sono reintegrati nelle proprie funzioni, con ciò riconoscendosi che quest'ultima ha prodotto effetti giuridici – evidentemente dannosi – a carico di queste persone; ma di seguito afferma che il rapporto di lavoro di detti giudici è da considerarsi come «ininterrotto». Ciò a parte il fatto che il successivo comma secondo si riferisce ai medesimi giudici per affermare che, entro il termine di sette giorni dall'entrata in vigore della legge, possono richiedere di «restare collocati a riposo». Ad avviso di questi autori, simili contraddizioni formano uno dei motivi per cui il procedimento dinanzi alla CGUE deve proseguire, non essendoci ragione per constatare cessazione della materia del contendere, e per cui un giudizio di quest'organo consenta successivamente alla stessa Corte suprema polacca di emettere una pronuncia meramente dichiarativa di quanto statuito nei contenuti – auspicati – di quella definitiva della Corte di Giustizia, cioè che la decadenza retroattiva disposta dalla legge di dicembre 2017, contravvenendo all'inamovibilità dei giudici, ne pregiudica l'indipendenza; e che di conseguenza quelle disposizioni erano inapplicabili fin dalla loro entrata in vigore, non essendo i giudici mai decaduti. Invero, la

¹⁰ P. BOGDANOWICZ, M. TABOROWSKI, *Why the EU Commission and the Polish Supreme Court Should not Withdraw their Cases from Luxembourg*, in *Verfassungsblog.de*, 3 December 2018. In effetti, la finzione giuridica per cui i giudici non sarebbero mai decaduti dalla propria carica non spiega perché mai ci sarebbe stato bisogno di una legge per reintegrarli.

principale ragione per cui è opportuno che l'esame della causa C-619/18 non sia interrotto sta però nel fatto che la stessa natura cautelare dell'ordinanza di ottobre la rende potenzialmente caduca; e lo stesso legislatore, nella relazione di accompagnamento alla legge del 21 novembre, ha fatto un sibillino riferimento a tale carattere per così dire preliminare, quasi a riservarsi – ma non lo ha detto esplicitamente – la possibilità di tornare sui suoi passi non appena il procedimento a Lussemburgo si sia interrotto senza una decisione definitiva.

In ogni caso, va tenuto a mente che i profili sopra evidenziati non sono i soli a ledere l'indipendenza e la separatezza dell'ordine giudiziario in Polonia allo stato presente. Ci sono altri aspetti, che non rientrano nel ricorso per inadempimento della Commissione europea, ma che sono oggetto di rinvii pregiudiziali ad opera di giudici polacchi. Sebbene intervenuti con qualche ritardo – le prime alterazioni all'ordinamento giudiziario del paese sono state avviate sul finire del 2015, con il totale assoggettamento della pubblica accusa al ministro della giustizia, la cui carica ha ricominciato a coincidere con quella di procuratore generale, e la possibilità per le procure così subordinate di avviare su richiesta dell'esecutivo procedimenti disciplinari contro i giudici comuni – tali rinvii hanno cominciato a vedere la luce nell'estate del 2018, probabilmente incoraggiati dagli svolgimenti del caso, solo in parte analogo, *Associação Sindacal dos Juízes Portugueses v. Tribunal de Contas*, C-64/16¹¹. Alcuni giudici della Corte suprema, seguiti da altri giudici comuni polacchi, si sono così rivolti alla Corte di Giustizia europea muovendo da situazioni giuridiche concrete, in cui si sono trovati, per sollevare questioni di interpretazione del diritto primario europeo, in riferimento all'indipendenza del giudiziario, che in parte sono analoghe a quelle già evidenziate dalla Commissione europea: tra esse rientrano l'inamovibilità dei giudici o i poteri discrezionali dell'esecutivo in tema di proroga dei mandati in scadenza. Ma si aggiungono in tali rinvii altri motivi di dubbio relativi alla compatibilità col diritto europeo per come interpretato da Lussemburgo: una specifica discriminazione per motivi di età tra giudici il cui mandato sarebbe in scadenza in date differenziate, con riferimento a quella di entrata in vigore della legge e ad alcuni suoi stadi precedenti o successivi, nell'ambito delle disposizioni transitorie; la competenza di un

¹¹ Sebbene la specifica controversia portoghese si sia conclusa in modo non favorevole alle rivendicazioni di trattamento economico avanzate dai giudici, la sentenza del 27 febbraio 2018 è innovativa per il fatto di avere accolto l'art. 19, par. 1 secondo comma TUE, e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali come parametro di riferimento. Muovendo da questa circostanza alcuni ritengono che la Corte di Lussemburgo abbia in un certo senso colto l'occasione, o addirittura creato le basi, per le successive, prevedibili e forse previste decisioni in merito alla situazione polacca, a ogni evidenza di gran lunga più grave per molti aspetti.

giudice nazionale a sospendere l'applicazione di alcune norme di legge statale nel momento in cui sollevano un rinvio pregiudiziale; la garanzia di procedimenti disciplinari indipendenti. Qualcuno di questi rinvii è già stato incardinato con l'iscrizione a ruolo nelle cause C-522/18 e C-537/18.

3. Il rinvio pregiudiziale come lesa maestà nazionale: un possibile, nuovo motivo di attrito tra Polonia e UE

È quest'ultimo un punto di estrema delicatezza. In questa fase storica l'istituto europeo del rinvio pregiudiziale si interseca in Polonia con quello nazionale dei procedimenti disciplinari in un intreccio perverso. Intanto non è mancata un'iniziativa del ministro della giustizia Zbigniew Ziobro, il quale, lo scorso ottobre, ha presentato al Tribunale costituzionale un ricorso in merito alla compatibilità con la Costituzione dell'art. 267 TFUE (K 7/18)¹². Non si entra nel merito di tale iniziativa, se non per dire che essa è stata interpretata come l'annuncio di una *Polexit*, al punto da determinare alterazioni tangibili, in senso non favorevole, nel risultato delle elezioni amministrative generali di novembre e provocare disagio nello stesso partito di governo; e per ricordare, *en passant*, che la piena compatibilità con la Costituzione dei trattati europei era già stata sancita dalla sentenza K 18/04 dell'11 maggio 2005, nella quale il Tribunale costituzionale dichiarò la loro legittimità-conformità con diversi articoli della Costituzione, anche facendo riferimento specifico all'ex art. 234 TCE, ora traslato nell'art. 267 TFUE¹³. È vero però che la mutazione genetica

¹² Purtroppo non ancora tradotto in inglese, è disponibile alla pagina <http://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/art/10283-zabezpieczenie-przewidziane-w-kpc-majace-postac-zawieszenia-stosowania-przepisu-ustawy-objetej-do/>. Va rimarcato che la formulazione testuale usata dal ricorso del ministro è tale da scagliarsi più contro il modo o i metodi – asseritamente pretestuosi – in cui i giudici presentano i propri rinvii alla Corte di Lussemburgo, che contro la nuda formula dell'art 267 TFUE (così argomentano S. BIERNAT, M. KAWCZYŃSKA, *Though This Be Madness, yet there's Method in it: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the European Court of Justice*, *Verfassungsblog.de*, 26 October 2018). Ma resta che il Tribunale costituzionale non è competente, per lo meno investito in questo modo, a sindacare in che modo ciascun giudice comune – o anche amministrativo – ha esercitato il suo ruolo (il conflitto di attribuzioni è esperibile ma poco usato in Polonia, anche per la sua disciplina restrittiva), ciò che lo stesso ministro della giustizia-procuratore generale riconosce in parte nel suo ricorso, forse consapevole che chiedere una pronuncia alquanto invasiva nel merito dell'art. 267 TFUE può essere troppo persino per 'questo' Tribunale costituzionale. Il problema del ministro Ziobro è che, almeno nell'ultimo decennio, le competenze dell'UE si sono espanse a tal punto – e la Polonia ha volontariamente partecipato a tale loro espansione – che è semplicemente impensabile affermare che tra esse non possa rientrare in alcun modo, per esempio, l'organizzazione dell'ordinamento giudiziario.

¹³ Una sintesi in inglese è reperibile alla pagina web http://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_18_04_GB.pdf (in particolare 10).

impresa alla giustizia costituzionale in questi ultimi anni in Polonia è di tale portata che non è del tutto irrealistico attendersi un ripensamento che, a voler troppo concedere, si potrebbe qualificare come *revirement*, o magari *overruling*. Un'eventuale pronuncia del Tribunale, nel senso che contrasti con la Costituzione il potere della Corte di Giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione del diritto europeo in modo tale da incidere sulla struttura, sul funzionamento o sul procedimento giurisdizionale in uno Stato membro – ovvero la facoltà per i giudici nazionali di sollevare, almeno ad alcune condizioni, questioni pregiudiziali al riguardo –, porterebbe alla conseguenza di rendere inapplicabili in Polonia decisioni della Corte di Lussemburgo almeno in questa materia. È evidente che l'unica interpretazione che una corte costituzionale nazionale possa dare dell'art. 267 TFUE è quella che sia sostanzialmente conforme all'interpretazione che ne dà la CGUE, e i margini di manovra per una lettura autonoma sono qui veramente ridotti al minimo¹⁴. L'imbarazzo che alcuni ambienti del governo e del potere politico hanno tradito in seguito all'iniziativa – pare non consultata – del ministro della giustizia è allora comprensibile, considerato che, se andasse in porto secondo i suoi auspici, essa in definitiva conferirebbe all'esecutivo e all'amministrazione la possibilità, né più né meno, di disattendere una pronuncia della Corte di Giustizia: un'eventualità teoricamente potenziale, ma che nella Polonia di oggi è anche del tutto attuale¹⁵. Alcuni confidano in una decisione che somigli in sostanza ad un'ordinanza di inammissibilità. La decisione del Tribunale costituzionale sembra imminente, e si deve almeno sperare che le visite e telefonate che riceverà, costume ormai abituale, sappiano esortare al buon senso.

¹⁴ Sottolinea F. FABBRINI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2018, 92, che la CGUE «ha dichiarato come nettamente incompatibili con il trattato UE misure nazionali volte a limitare il potere dei giudici di effettuare il rinvio pregiudiziale». Invero, il caso citato – *Cartesio*, o C-210/06 – riguardava il tentativo di una corte d'appello di riformare la decisione di una corte di primo grado al fine di troncane un rinvio. Ben altra la situazione qui trattata, ove la repressione dell'uso di un tale strumento sarebbe operata a più alto livello e con mezzi più potenti (senza contare che non è in ballo una questione di diritto commerciale ma la divisione dei poteri).

¹⁵ Non si tratta, per vero, dell'unico caso recente in cui l'attuale regime polacco ha rischiato di cacciarsi nell'angolo della contrapposizione frontale e insanabile con l'ordinamento europeo (e non è dato sapere con quale livello di pianificazione e consapevolezza sistemica lo abbia fatto): si pensi al ricorso presentato dal Consiglio nazionale della magistratura – KRS – al Tribunale costituzionale (K 12/18, alla pagina web <http://trybunal.gov.pl/s/k-1218/>), al fine di accertare la conformità alla Costituzione della propria stessa composizione, largamente politicizzata dalle riforme del 2017. In questo solo caso il rinnovato Tribunale costituzionale aveva mostrato eccezionale efficienza e solerzia, annunciando di volersi pronunciare in tempi brevi. Tuttavia, uno scarno comunicato stampa del 2 gennaio ha annunciato il rinvio dell'udienza prevista per il giorno successivo, *sine die* e senza motivazioni. Forse non è del tutto casuale, in questo, la considerazione di una tale circostanza: cosa potrebbe avvenire qualora il Tribunale costituzionale dovesse dichiarare la composizione del KRS conforme a Costituzione, e in una successiva pronuncia la Corte di giustizia dell'Unione europea, in risposta a rinvii pregiudiziali ad opera della magistratura polacca, dovesse dichiarare la medesima normativa incompatibile con il diritto supremo dell'UE?

Nell’attesa – per qualcuno nella speranza – di una pronuncia che invece sopprima o circoscriva fortemente per i giudici polacchi la possibilità di presentare questioni pregiudiziali, e che metta a repentaglio l’uniforme applicazione del diritto europeo e con essa l’appartenenza della Polonia all’UE, non manca un forte attivismo di tipo intimidatorio. All’uopo fungono ottimamente altre innovazioni apportate recentemente nell’ordinamento giudiziario, tali da agevolare l’avvio di procedimenti disciplinari¹⁶ – per una vasta gamma di motivazioni – ad opera di giudici i cui specifici incarichi sono assegnati direttamente dal ministro della giustizia¹⁷, avvio del resto su impulso di quest’ultimo o di qualcuno dei suoi sottoposti. Ed in effetti si tratta di uno strumento già utilizzato ampiamente nel volgere di poco tempo, poiché risulta che siano in fase istruttoria alcuni procedimenti non solo per aver commentato sui media la situazione del giudiziario a seguito delle recenti riforme, non solo per aver preso parte di conseguenza a manifestazioni pubbliche o a lezioni sulla Costituzione nelle scuole, ma anche per il solo fatto di avere sollevato diverse questioni pregiudiziali¹⁸ in riferimento precisamente a questa materia. Ciò che preme qui sottolineare è che gli oggetti specifici su cui vertono tali rinvii non si limitano al collocamento anticipato a riposo di un gran numero di giudici e al conseguente *court-packing* pesantemente sospetto di inquinamento politico. Essi (cause riunite C-558 e C-563/18, nonché C-585, C-624 e C-625/18) si riferiscono anche all’istituzione già avvenuta di una speciale sezione disciplinare presso la Corte suprema – munita peraltro di un trattamento economico decisamente privilegiato rispetto ai restanti membri dello stesso collegio – che sembra più che altro mirata alla repressione di azioni giudiziarie non gradite all’esecutivo, in stretto collegamento con le modifiche di cui si è detto sopra, nonché alla

¹⁶ M.A. ORLANDI, *La Polonia di Kaczyński: l’approvazione del “pacchetto giustizia” e l’avvio della procedura dell’art. 7 TUE*, in *DPCE Online*, n. 4, 2017, 108. Si consideri anche il discorso pronunciato dall’Ombudsman Adam Bodnar – una delle poche istituzioni indipendenti rimaste nel paese – nell’audizione tenutasi a Varsavia dal 19 al 21 settembre 2018 alla presenza della LIBE, Commissione per la libertà civili, la giustizia e gli affari interni del Parlamento europeo: A. BODNAR, *The Situation of the Rule of Law in Poland, in particular as regards the independence of the Judiciary*, <https://www.rpo.gov.pl/en/content/adam-bodnar-public-hearing-%E2%80%9C9C-situation-rule-law-poland-particular-regards-independence-judiciary%E2%80%9D>.

¹⁷ Questo aspetto, con la sottrazione al Consiglio nazionale della magistratura del relativo potere di impulso, è messo in rilievo da A. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, *The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition*, in *German Law Journal*, Vol. 19 No. 7 (2018), 1848, nell’ambito di una ricostruzione approfondita della rifondazione dell’ordinamento giudiziario sulle ceneri del totalitarismo, nonché del suo smantellamento degli ultimi anni (avviato sulla falsa premessa ideologica per cui i cambiamenti introdotti dal 1989 fino al 2015 sarebbero stati puramente cosmetici, tipici di un ‘post-comunismo’ pienamente complice, al di là di aspetti di facciata, con i principi – e con i protagonisti – del precedente sistema). Analogamente W. SADURSKI, *How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Political Backsliding*, in *Sydney Law School Research Paper*, No. 18/01, January 2018, 42-ss.

¹⁸ A. BODNAR, *op. cit.*

composizione del Consiglio nazionale della magistratura (KRS), che nel reclutamento di quei giudici – in gran parte già avvenuto – esercita un ruolo decisivo e la cui pianta organica, in sostanziale frode allo spirito della Costituzione ma nel rispetto formalistico del dato testuale della stessa, è stata oltremodo politicizzata¹⁹, con 23 membri su 25 che ormai, ad avviso delle giurisdizioni di rinvio, sono direttamente rappresentativi o comunque designati da poteri altri che l'ordine giudiziario.

Va detto che la maggioranza si è anche adoperata a fare in modo che la minaccia a mezzo di procedimento disciplinare non fosse l'unico strumento per bloccare i rinvii alla Corte di Lussemburgo: quando ha cominciato a diventare evidente l'orientamento di quest'ultima, essa ha pensato di inserire nel testo della legge già citata del 21 novembre un articolo 4 con cui vengono troncati i procedimenti non ancora conclusi in tutti i ricorsi interni, presso la giustizia amministrativa, contro le decisioni negative emesse nei confronti dei giudici dichiarati decaduti, provvedimenti che erano stati adottati dal presidente della Repubblica o dal Consiglio nazionale della magistratura²⁰. A prima vista si potrebbe trattare di una razionale e innocua decisione di 'economia processuale'. In realtà è uno strumento con cui si è sperato, *in extremis*, di poter indurre la Corte di Giustizia a soprassedere a sua volta dal prendere ulteriore cognizione dei rinvii operati dalle magistrature polacche, che da quei ricorsi erano stati in parte determinati – operazione che pare peraltro velleitaria –, sì che divengono ora più chiari i contorni di un frutto avvelenato inserito nel corpo della legge del 21 novembre, presentata come una sorta di offerta votiva per il dialogo con l'UE: un frutto tenuto però ben nascosto all'opinione pubblica nazionale e a quella europea.

I fatti finora esposti valgono soprattutto, dunque, a sottolineare una convinzione. È di fondamentale importanza che la causa *Commission v. Poland* proceda e porti a compimento le premesse gettate con l'ordinanza del 19 ottobre, essendo prematuro ritenere cessata la materia del

¹⁹ A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e giustizia"*. *Ulteriori considerazioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE Online*, n. 3, 2017, 802.

²⁰ http://orka.sejm.gov.pl/proc8.nsf/ustawy/3013_u.htm. Peraltro la forma seguita per dichiarare il collocamento a riposo dei giudici è consistita – a quanto pare – in alcune comunicazioni scritte da parte del presidente della Repubblica nei confronti di ciascun destinatario, prive di pubblicazione ufficiale e della controfirma governativa come richiesto dalla Costituzione salvo atti tassativamente elencati per cui la controfirma non è richiesta (M. STEINBEIS, *Law Rules!*, in *Verfassungsblog.de*, editoriale del 24 novembre 2018, sebbene vada precisato che la mancata controfirma è da riferirsi alle comunicazioni individuali, non alla legge che ha determinato le decadenze). In questo si possono rinvenire indizi di un timore di alcuni protagonisti politici della vicenda, in merito al fatto che un giorno possano essere chiamati a rispondere anche internamente della propria condotta.

contendere. Ma è altrettanto importante che, oltre a questo ricorso per inadempimento, anche i rinvii sopra richiamati ricevano risposte corpose e organiche, impegnative per gli organi statali coinvolti. Un'altra differenza tra il metodo 'politico' previsto dall'art. 7 TUE per sanzionare la violazione grave – e persistente – dei valori di cui all'art. 2 TUE, e quello giurisdizionale che si svolge e viene risolto dinanzi alla Corte di Giustizia, consiste in questo. I motivi che giustificano l'attivazione del primo sono senza dubbio pienamente 'sistemici', e le sanzioni, che possono consistere nella sospensione di «alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione dei trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio», hanno evidentemente carattere generale, potendo agire ad ampio spettro, mentre sia i motivi che le sanzioni nel caso dei procedimenti giurisdizionali, o pregiudiziali, sarebbero rispetto a quelli più specifici e puntuali.

Tuttavia non si può negare che anche la lesione puntuale e circoscritta di un singolo valore possa esser indice di un malessere più generale e sistemico, e che la capacità di rimuoverla possa irradiare le proprie potenzialità anche su aspetti più vasti di quel sistema di violazioni. Nel caso qui in discussione ciò sembra vero ma solo in parte. La reintegrazione quasi immediata di 22 giudici della Corte suprema, che per Costituzione sarebbero inamovibili, e della sua prima presidente Małgorzata Gersdorf, il cui mandato esennale protetto dalla Costituzione è in scadenza nella primavera del 2020, fa segnare una battuta d'arresto e un arretramento importante rispetto al processo di disfacimento dello stato di diritto nell'ordinamento interessato (e anzi l'efficacia del mezzo rispetto allo scopo pare assai più immediata di quanto si potrebbe immaginare se fossero stati adoperati altri mezzi). Tuttavia essa non risolve e lascia impregiudicati altri problemi, come l'istituzione presso la stessa Corte suprema di due sezioni i cui poteri pongono seri dubbi di costituzionalità, e i cui componenti sono stati selezionati da un altro organo, il rinnovato Consiglio nazionale della magistratura la cui legittimità, a sua volta, è causa di altrettanta preoccupazione, al punto che la soluzione data per ora in via cautelare al primo caso rischia di dover convivere in modo problematico con altri che potrebbero restare irrisolti.

Si è detto autorevolmente che «the sum is more than its parts»²¹: un'osservazione riferita alle 'riforme' illiberali nella Polonia degli ultimi anni, spiegata con la metafora per cui spesso un virus in un organismo già malato riesce a riprodursi più facilmente, o rafforzare patologie in altre parti

²¹ W. SADURSKI, *How Democracy Dies*, cit., 5.

del corpo, mentre viene sconfitto facilmente se l'organismo è sano. È vero che l'accumulazione di specifiche lesioni allo stato di diritto provoca un danno sistemico superiore alla somma ciascuno di essi, se questi potessero essere presi singolarmente. Ma è probabilmente vero anche il contrario, ovvero che la rimozione mirata e coordinata di alcune lesioni sia pure, per così dire, puntiformi, può produrre un avanzamento significativo nel risanamento di un sistema debilitato, che pur non essendo complessivo incoraggi almeno una sorta di *snowball effect*, pur se la prospettiva più ambiziosa del ripristino dei connotati liberali dello stato di diritto dipende anche da fattori di altra natura che esulano dagli scopi del presente scritto.

4. Un cenno a due aspetti problematici

A margine di questo, si vuole solo fare un cenno a due aspetti problematici, meritevoli di considerazioni più approfondite. Uno è riferito al ruolo della Corte di Giustizia in questa vicenda e in altre, di simile gravità, che si potrebbero presentare (e con questo si riprende un punto anticipato in precedenza). Si sono svolte discussioni dottrinali in merito alla comparabilità di questa con una corte costituzionale, alla possibilità di trasformare o concepire la prima come qualcosa di assimilabile alla seconda, per trarne conclusioni prevalentemente in senso negativo²². Non si intende qui muovere obiezioni in linea generale e teorica. Ci si limita a fare qualche constatazione fattuale. In Polonia la Costituzione come documento giuridico vincolante è stata di fatto disabilitata per i noti eventi ormai storici. I riferimenti ideali di fondo della Costituzione del 1997, i suoi valori, sono largamente compatibili con quelli coperti dal diritto primario dell'Unione europea, come riconosciuto espressamente dall'ordinamento interno e più o meno implicitamente da quello euro-comunitario, e lo sono divenuti ancora di più dopo che l'UE è andata allargando la sfera delle proprie competenze anche in forza di modifiche ai trattati. Anche se è del tutto prematuro fare un bilancio complessivo, le prime anticipazioni relative al coinvolgimento della Corte di Giustizia nelle controversie concernenti il giudiziario in Polonia lasciano sperare che almeno parte di queste possa essere risolta, all'atto pratico, in un senso del tutto analogo a quanto sarebbe avvenuto se in

²² O. PFERSMANN, *L'enigma della giustizia costituzionale europea: controllo senza costituzione, struttura costituente paradossale o messianismo costituzionale?*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, rivistaaic.it.

questo paese le condizioni di operatività della giustizia costituzionale non fossero state completamente alterate. Vi sono ad oggi potenzialità – come tutte le potenzialità da sottoporre a verifica – che all’esito di questi procedimenti si raggiungano risultati simili, a dispetto dei diversi canali di accesso alle due giurisdizioni e dei divergenti stili e percorsi argomentativi che ciascuna di esse utilizza.

Vi è poi un secondo aspetto, di carattere generale e al tempo stesso alquanto più complesso. Accade sempre più spesso in Polonia come in Ungheria²³ – tra i paesi a involuzione autoritaria ‘eccellono’ in questo quelli che devono scontare un passato recente socialista – che i titolari del potere, quando sono chiamati a difendere le proprie riforme da parte di istanze europee o comunque sovranazionali, si richiamino alla democrazia, al mandato elettorale pienamente democratico (per quanto anche ciò possa esser fatto in modo strumentale), lo invocano come motivo e giustificazione ultima delle proprie decisioni, in contrapposizione a metodi ‘tecnici’ – nel caso particolare per il reclutamento nel corpo del giudiziario – solo presuntivamente neutrali, ma usati quali accorgimenti per occultare chissà quali finalità oscure e inconfessabili: ovvio quanto ciò possa apparire provocatorio o paradossale a chi rimprovera loro di mettere a rischio le basi di un sistema liberaldemocratico. Non si tratta solo, ciò che sarebbe quasi un riflesso condizionato, di replicare con argomenti classici, di spiegare a costoro come la democrazia vada limitata da controlli, da contrappesi, dalla divisione dei poteri, dai principi di uno stato costituzionale di diritto, dei quali la democrazia ‘pura’, il principio maggioritario, sono solo uno tra gli elementi in gioco. Spesso queste persone hanno una cultura giuridica non disprezzabile e una conoscenza diretta di quanto si è acquisito in paesi a democrazia consolidata. Talora, anzi, decisioni di sistema ben radicate altrove vengono veicolate nell’ordinamento di riferimento in maniera tanto capziosa quanto sofisticata, come si è fatto con la riforma organica del giudiziario in Polonia o con quella specifica della giustizia amministrativa in Ungheria: in entrambi i casi, in maniera più o meno elaborata, si è fatta menzione, per esempio, della Repubblica federale di Germania come modello cui ispirarsi, anche per quanto attiene alla selezione a cariche di vertice delle magistrature federali, con il

²³ Si pensi alla recentissima, e tardiva, introduzione in quest’ultimo paese di un sistema di giustizia amministrativa, ciò che in molte democrazie ‘consolidate’ e nella stessa Polonia esiste da lungo tempo, ma che in Ungheria, con il pretesto di imitare il modello bavarese e austriaco, rischia di prendere le forme di un’ulteriore politicizzazione monopartitica di un corpo dello stato che avrebbe dovuto essere imparziale, privando la magistratura comune, ancora almeno in parte indipendente, - per attribuirle di fatto all’amministrazione governativa – di una quota del proprio residuo potere: si v. R. UTTZ, *An Advanced Course in Court Packing: Hungary’s New Law on Administrative Courts*, in *Verfassungsblog.de*, 2 January 2019.

coinvolgimento strettissimo dei poteri politici, il legislativo e l'esecutivo (art. 95, comma 2, della Legge fondamentale)²⁴.

Una decisione giurisprudenziale – qui importa poco se presso un'istanza nazionale o sovranazionale –, la quale mettesse pesantemente in discussione gli assi portanti o i pilastri di simile legislazione, rischierebbe di trovarsi impigliata in questo scomodo dilemma. Essa potrebbe ignorare di proposito elementi di comparazione, con il rischio di impoverire l'impianto critico della motivazione e di conseguenza indebolirne la forza di persuasione. In alternativa, potrebbe tenere in considerazione quegli elementi, ma allora sarebbe costretta a elevare il ragionamento a un alto livello di astrazione e nel contempo a calarlo anche entro una dimensione politica fattuale, con il rischio di entrare in un campo infido e scivoloso, come quello in cui ci si trova quando bisogna spiegare perché determinate soluzioni normative siano adatte in un paese e non lo siano in un altro, perché ciò che può andar bene per una democrazia 'consolidata' non va bene in una democrazia 'illiberale'²⁵. Non è impossibile ma richiede un notevole sforzo teorico e interdisciplinare. Occorre tenere presente che controffensive di questo tipo potrebbero essere lanciate dai regimi interessati.

5. Una postilla

Nell'attesa che questo scritto andasse in pubblicazione, si sono avuti nuovi sviluppi che possono contribuire a convalidare o a smentire ipotesi in precedenza formulate. Il tema dominante non è tanto quello della 'purga' dei giudici in carica nella Corte suprema – ormai almeno provvisoriamente scongiurata – quanto quello dell'alterazione permanente degli equilibri interni a

²⁴ Coinvolgimento che ha dato luogo a contestazioni negli ultimi anni, sebbene il loro contesto politico sia tutt'altro che evidente.

²⁵ È un po' quanto è accaduto alla Commissione di Venezia, con il proprio parere 833/2015 sullo stato di diritto in Polonia, ove – a proposito di prassi politico-istituzionali poco corrette – si è argomentato che solo nei paesi che possiedono *older constitutions* si sono potuti formare dei *constitutional customs* improntati a correttezza e leale cooperazione tra istituzioni e forze politiche, trascurando così che, ove tali *customs* non comincino a vedere la luce, è difficile si possa instaurare un costituzionalismo consolidato. Per quanto riguarda la controversa locuzione «democrazia illiberale», da molti considerata un ossimoro, non se ne fa un uso indiscriminato. Essa – introdotta con fortuna da F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, Vol. 76, No. 6, 1997 – intende affermare che possono instaurarsi dei sistemi politici che non rispettano valori liberali e costituzionali pur applicando periodicamente procedure elettorali che possono restare persino parzialmente *free and fair*. Quale che sia la valutazione da darsi a sistemi di questo tipo – e in queste note risulta piuttosto critica – si deve riconoscere che la categoria concettuale adoperata da Zakaria appare confermata dai fatti.

mezzo dell'immissione dei suoi nuovi componenti; e il tema si svolge su un duplice percorso parallelo, nazionale ed eurocomunitario, il cui possibile punto di contatto è anche il nervo scoperto potenziale di un futuro conflitto. Sul versante nazionale, per il 15 marzo era attesa una pronuncia del Tribunale costituzionale in merito alla legittimità della legge disciplinante le modalità di formazione del nuovo Consiglio nazionale della magistratura, KRS²⁶. Dalla Corte di Lussemburgo, invece, era attesa per il 19 un'importante udienza relativa ad alcuni rinvii pregiudiziali sollevati da giurisdizioni polacche in riferimento soprattutto alla conformità con il diritto europeo della composizione della nuova camera o sezione disciplinare della Corte suprema, alla luce del fatto che tale sezione è integralmente soggetta all'immissione di elementi selezionati dal già menzionato Consiglio nazionale della magistratura, a sua volta inusitatamente politicizzato a seguito di un rinnovo integrale che ha peraltro troncato il mandato, a durata costituzionalmente garantita, spettante ai predecessori.

Come si vede, gli oggetti dei due procedimenti presso distinte giurisdizioni sono alquanto simili tra loro pur se ne sono contrastanti le finalità. I ricorsi pregiudiziali mirano a ottenere una interpretazione del diritto europeo tale per cui quello nazionale sia dichiarato con esso incompatibile, con il risultato di estromettere quest'ultimo (o almeno non darne applicazione); le azioni interne sono al contrario volte ad acclarare la compatibilità delle scelte legislative con la Costituzione, usando una sempre più compiacente giurisdizione nazionale come scudo protettivo, e preventivo, contro i possibili rilievi formulati da quella sovranazionale.

Per quanto riguarda la pronuncia nazionale, poi, è evidente che l'incertezza nel mondo politico dominante riguardo all'opportunità di decidere nella materia ha ceduto il passo alla convinzione che il contrattacco, portato con strumenti giurisdizionali piuttosto che puramente politici, sia divenuto reazione opportuna all'azione europea a tutela dello stato di diritto, che cominciava a mostrarsi più efficace proprio sotto questo profilo, mentre quello politico dell'art. 7 TUE evidenzia sempre più tutte le sue difficoltà pratiche.

Sta di fatto che, dopo un rinvio di circa due settimane, il Tribunale costituzionale ha deciso di pronunciarsi in camera di consiglio, senza una previa udienza pubblica, in un collegio ristretto di cinque componenti (tra cui figura, come relatore, un 'doppione', ossia – secondo giurisprudenza del 2016 mai accettata dal governo e avente ormai valore puramente storico – persona chiamata a

²⁶ Nella causa K 12/18 di cui si è già discusso alla nota 13.

ricoprire una carica per cui altra era già stata eletta). Secondo il collegio così formato, in sintesi: a) è conforme a Costituzione l'elezione da parte del *Sejm*, la camera 'bassa' del Parlamento, dei 15 componenti 'togati' del KRS (Consiglio nazionale della magistratura), secondo le modalità previste dalla legge contestata; b) è al contrario illegittima la facoltà per giudici candidati alla suprema magistratura – ma anche per tribunali di altro grado – di presentare ricorso a seguito di parere negativo per la loro nomina, rilasciato dallo stesso KRS²⁷. Mentre il primo oggetto della decisione è noto ed è stato molto commentato in letteratura, il secondo è meno conosciuto e merita qualche considerazione aggiuntiva. Secondo il Tribunale costituzionale, per quanto finora è dato sapere pur in carenza di motivazioni, la competenza che la legge sul Consiglio nazionale della magistratura, come modificata nel 2017, attribuiva al Tribunale supremo amministrativo (NSA), pur limitata a specifici aspetti di legalità relativi alle procedure di selezione dei giudici alle magistrature supreme, sarebbe illegittima. I provvedimenti adottati dal KRS in questo specifico settore non potrebbero rientrare *ratione materiae* nella competenza del giudice amministrativo. Ne consegue che allo stato, per i candidati che non superassero con esito positivo le prove di selezione indette e organizzate da un'istituzione così divisiva e contestata nella sua composizione, non vi sarà possibilità di ricorrere ad alcuna istanza giurisdizionale, dato che il Tribunale costituzionale polacco non è solito usare tecniche manipolative di tipo sostitutivo, atte in questo caso a indicare un altro organo – fosse anche la stessa Corte suprema – competente al riguardo. Ma se tale decisione si pone in contrasto con una precedente giurisprudenza costituzionale in argomento, secondo quanto affermano ambienti della magistratura polacca, essa non è comunque in grado di ostacolare in modo sostanziale l'iter già avviato presso la Corte di Giustizia europea, non solo perché quest'ultima potrebbe comunque ritenersi competente a prendere cognizione dei casi, ma anche per il fatto che le sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di una legge producono in Polonia effetti di norma non retroattivi; ne consegue che sarebbero validi i ricorsi già presentati dai candidati respinti al Tribunale amministrativo supremo e non troverebbe soddisfazione l'aspettativa – se questa fosse stata un'intenzione o anche solo una conseguenza non intenzionale – di troncane l'iter delle questioni pregiudiziali attualmente pendenti presso la stessa Corte di Giustizia.

²⁷ Alla pagina web <http://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/komunikaty-prasowe/komunikaty-po/art/10522-wybor-czlonkow-krs-przez-sejm-sposrod-sedziow-odwolanie-od-uchwaly-krs-dotyczacej-powola/> la versione in inglese del comunicato rilasciato dal Tribunale a seguito della sentenza. Non sono ancora state pubblicate, invece, le 'motivazioni'.

Più frammentarie e provvisorie sono le considerazioni che si possono fare per quanto attiene ai procedimenti che si svolgono dinanzi alla Corte di Giustizia nelle cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18. Il 19 marzo, infatti, si è svolta una lunghissima udienza pubblica al cui termine sono state annunciate per il 23 maggio le influenti conclusioni dell'avvocato generale (le quali dovrebbero precedere di non molte settimane la sentenza della Corte). Dalle scarse informazioni di stampa che si sono avute sull'udienza, risulta che i rappresentanti dell'esecutivo polacco siano tornati con insistenza a richiamare l'elemento comparativo per eccepire l'inconsistenza dei rinvii operati dalle magistrature dello stesso paese; un elemento argomentato peraltro in maniera – forse volutamente – superficiale, che non tiene conto di sfumature e di dettagli ben occultati, come quello per cui anche in Spagna – per limitarsi a un esempio –, ove pure l'elezione dei membri togati del corrispondente organo avviene per decisione parlamentare, a maggioranza qualificata, la selezione delle candidature è riservata al corpo dei giudici con garanzie di autonomia molto più accentuate di quelle ora non accordate in Polonia²⁸ (del resto, le stesse modalità di selezione dei giudici della Corte di Giustizia, ad opera degli stati membri, non sono uscite 'indenni' dalle considerazioni critiche dei rappresentanti del governo polacco). In ogni caso, occorre tenere a mente che il regime polacco attuale non intende deflettere dall'uso di questo canone di argomentazione, per quanto strumentale possa essere, e che di conseguenza non sarà facile per la Corte di Giustizia aggirarlo nella definizione delle cause che le sono sottoposte²⁹. Un ausilio parziale nel *reasoning* potrebbe consistere nell'uso di una comparazione diacronica oltre che sincronica, dal quale si potrebbero scorgere i tratti di un deterioramento peculiare. Ciò consentirebbe di interrogarsi, per esempio, sul perché un modello originario di amministrazione della giustizia, improntato a un discreto grado di autogoverno da parte dello stesso ordine giudiziario, debba essere sostituito da uno in cui l'ingerenza della politica sia molto più elevata. Se l'indirizzo fondamentale, nella fase costituente

²⁸ Come messo in evidenza da A. TORRES-PÉREZ, *Judicial Self-Government and Judicial Independence: the Political Capture of the General Council of the Judiciary in Spain*, in *German Law Journal*, Vol. 19, No. 7 (2018), 1773-1774, pur con forti accenti critici per una politicizzazione che non si è riusciti ad evitare e che, anzi, ha guadagnato terreno rispetto al momento della formazione della decisione costituente (e per inciso tale politicizzazione, insieme al cauto atteggiamento del Tribunale costituzionale, è un dato parzialmente in comune con quanto è avvenuto in Polonia).

²⁹ Esso viene invece svalutato nelle già citate *Conclusioni* dell'avvocato generale Tanchev, con la sbrigativa considerazione – punto 93 – che «the regimes of other Member States are not comparable to the situation in Poland, as they operate in a different legal, political and social context». Un'indagine sull'uso della comparazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia, e una comparazione con lo stesso uso ad opera della Corte Suprema USA, è svolta da K. LENAERTS, K. GUTMAN, *The Comparative Law Method and the European Court of Justice: Echoes Across the Atlantic*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 64, Issue 4, 2016. La circostanza è di notevole interesse, essendo il primo degli autori anche il presidente in carica della CGUE.

inauguratasi nel 1989 e conclusa formalmente nel 1997, era quello di comprimere al minimo indispensabile l'intrusione degli altri poteri, allora sui decisori attuali, che peraltro sono privi di ogni legittimazione costituente, ricade l'onere di provare perché una maggioranza parlamentare, neanche qualificata, e in definitiva la volontà di un partito politico, debba essere di fatto determinante nell'indicazione quasi nominale dei titolari delle più alte magistrature.

La scansione temporale delle decisioni giudiziarie sembra al momento mostrare una limitata capacità di condizionamento reciproco tra la dimensione nazionale e quella europea. Senza voler fare processi alle intenzioni, è possibile che vi sia qualche velleità di condizionamento da parte della giurisdizione interna nei confronti di quella sovranazionale, dato che la prima ha esitato a lungo a pronunciarsi ma poi ha deciso di farlo consapevole che i tempi della giustizia europea, in questo caso più lenti, sono anche più prevedibili e le decisioni annunciate con largo anticipo. È questo che lascia pensare che si sia voluto creare un fatto compiuto per la Corte di Giustizia, la quale sembra imperturbabile rispetto alla sostanza e alla forma presa da questo surreale e *sui generis* 'dialogo tra corti'. Resta una considerazione importante nell'economia di questa contrapposizione, in cui il potere politico eversore ha saputo rapidamente adattarsi alla strategia della 'controparte', spostando il proprio contrattacco dal versante politico a quello giudiziario: proprio per il fatto che la prima apparenza è quella di un normale 'dialogo tra corti', in cui domina l'efficacia persuasiva, ma essa serve a occultare la realtà di un brutale scontro di potere, in cui valori irreconciliabili si fronteggiano in modo definitivo – pur con i modi felpati che sono propri di giudici 'terzi' che devono risolvere controversie –, proprio per questo, diversamente da quanto avviene allorché si svolga un autentico dialogo, conta chi prende la parola per primo³⁰. Anche se chi lo fa non priva della favella l'ideale interlocutore, costui guadagna una sorta di vantaggio competitivo, perché costringe chi parla dopo, se vuole tener fede ai propri argomenti, ad assumersi la responsabilità di smantellare in modo radicale quelli della controparte, e mette questa seconda istanza nella scomoda posizione di chi interrompe un dialogo, anche se questo fosse in sostanza una *factio*. Per questo si ritiene che, al di là di chi abbia la forza della ragione dalla parte propria, non è opportuno che si faccia sentire la propria voce quando ormai è troppo tardi.

³⁰ Ma questo può essere importante anche in contesti alquanto più 'normali' o fisiologici di confronto tra Corti: si v. ad esempio G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2018, 21.

È da prevedersi – ed è in ogni caso auspicabile – che Lussemburgo non si lasci minimamente suggestionare dalle mosse dell'esecutivo polacco, che continuano ancora con un'incessante novellistica ora di ritirata ora di contrattacco, a seconda del momento. Ma più tempo si lascia alle autorità nazionali per riempire spazi vuoti e piantare vessilli su lembi di terra vergine, maggiori saranno i rischi di un mancato riconoscimento delle proprie decisioni, per quanto plateali o peggio striscianti e ambigue possano essere le forme di quel mancato riconoscimento. È anche una questione di coraggio. «Se la Corte non avesse quel coraggio, o se, avendolo avuto la Corte, non lo avessero le istituzioni politiche nel condividere la sua decisione e nel sostenerla, allora il problema costituzionale dell'integrazione non ci sarebbe più»³¹.

³¹ G. AMATO, *L'integrazione europea come problema costituzionale*, in *Quaderni cost.*, 3/2018, 566.