

OSSERVATORIO COSTITUZIONALE

Codice ISSN: 2283-7515

Fasc. 4/2022

Data: 2 agosto 2022

***La procedura di nomina dei giudici polacchi all'esame della Corte di Strasburgo:
la violazione sistematica del diritto a un tribunale "costituito per legge"
(Advance Pharma sp. z o.o v. Poland, n. 1469/20, 3 febbraio 2022)****

di **Nicola Canzian** – Dottore di ricerca in Scienze giuridiche nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

TITLE: The Court of Strasbourg examines the procedure for appointing judges in Poland: the systematic violation of the right to a tribunal "established by law" (Advance Pharma sp. z o.o v. Poland, n. 1469/20, February 3, 2022)

ABSTRACT: L'articolo commenta la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland* ponendola nel contesto della giurisprudenza polacca ed europea relativa all'indipendenza del potere giudiziario in Polonia. La prima parte dell'articolo si concentra sulle riforme che, negli ultimi anni, hanno compromesso l'autonomia del sistema giudiziario polacco. In particolare, la procedura per la nomina dei giudici non assicura più le garanzie minime di indipendenza da quando il Consiglio nazionale della magistratura è divenuto un organo la cui composizione è decisa nella quasi totalità dalla maggioranza politica; e tale situazione ha provocato una forte opposizione giudiziale sia a livello nazionale che da parte della Corte di Giustizia. La seconda parte del contributo descrive la decisione *Advance Pharma* e, più in generale, l'approccio della Corte EDU alla questione. Alla luce dei criteri stabiliti nella sua più recente giurisprudenza, la Corte di Strasburgo ha stabilito la violazione del diritto della ricorrente a un

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

“tribunale costituito per legge”, diritto che ricomprende il rispetto delle regole fondamentali per la procedura di nomina dei giudici. L’articolo sottolinea come questo approccio valorizzi anche parametri diversi da quelli strettamente convenzionali, posto che esso richiede in primo luogo il rispetto del diritto nazionale, così riconoscendo un ruolo cruciale alla giurisprudenza dei giudici nazionali e della Corte di giustizia.

This paper examines the judgment of the European Court of Human Rights in the case *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland* in the framework of the Polish and European case-law concerning the independence of the judges in Poland. The first part deals with the reforms that in recent years undermined the autonomy of the Polish judicial system. Specifically, the procedure for the appointment of judges doesn’t provide the minimum guarantees of independence since the National Council of the Judiciary has become a body nominated by the political majority; this situation has led to a strong judicial opposition at both Court of Justice’s and national levels. The second part of the paper describes the *Advance Pharma* judgement and more generally the ECoHR approach to the issue. In the light of the criteria laid down in its most recent case-law, the Court declared the violation of the applicant’s right to a “tribunal established by law”, which includes compliance with the fundamental rules of procedure for the appointment of judges. The paper underlines how this approach values parameters other than the conventional ones, since it primarily requires the respect of domestic law, thus emphasizing the role of national courts as well as of the Court of Justice.

KEYWORDS: Polonia; CEDU; indipendenza della magistratura; Consiglio nazionale della magistratura; Stato di diritto; Poland; ECHR; Judicial independence; National Council of the Judiciary; Rule of Law.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La svolta illiberale della Polonia: l’adozione di norme lesive dell’indipendenza degli organi giurisdizionali. – 3. Le reazioni interne ed esterne: le pronunce delle corti nazionali polacche e della Corte di giustizia. – 4. La decisione *Advance Pharma* nel contesto della recente giurisprudenza della Corte EDU. – 4.1. La valorizzazione del diritto a un tribunale “costituito per legge” e il suo specifico test. – 4.2. L’applicazione dello schema alla nomina dei giudici della Corte suprema. – 5. Questioni aperte.

1. Premessa

Nell'ultimo anno la Corte europea dei diritti dell'Uomo si è occupata più volte delle riforme adottate dalla Polonia sull'organizzazione della magistratura e del Tribunale costituzionale. La pronuncia *Advance Pharma* si inserisce in questo innovativo filone giurisprudenziale e costituisce ulteriore conferma di una violazione manifesta, grave e soprattutto *sistemica* nel procedimento di nomina dei magistrati polacchi¹.

Anche in quest'occasione, infatti, la Corte EDU ha riscontrato la violazione del diritto a un "tribunale costituito per legge" sancito dall'art. 6, par. 1 della Convenzione e ora inteso secondo un'accezione nuova e più ampia: come si illustrerà oltre, si tratta di un parametro che, imponendo il rispetto delle norme domestiche a tutela dei principi di separazione dei poteri e dello Stato di diritto, chiama in causa sia ulteriori parametri extraconvenzionali, sia l'eventuale valutazione circa il loro rispetto da parte delle corti nazionali e della Corte di giustizia.

Per una migliore comprensione della pronuncia, dunque, è opportuno richiamare tanto le varie norme polacche che sono intervenute in materia di giustizia, quanto il dibattito giurisprudenziale che queste hanno suscitato, trattandosi di elementi che hanno importanza centrale nelle motivazioni della Corte EDU.

2. La svolta illiberale della Polonia: l'adozione di norme lesive dell'indipendenza degli organi giurisdizionali

Dal 2015 l'ordinamento polacco è stato segnato da una profonda e sempre più marcata svolta illiberale: a partire dalla vittoria elettorale del partito Diritto e giustizia (*Prawo i Sprawiedliwość*, abbreviato in *Pis*) a fine del 2015², la maggioranza di governo ha approvato – fra le altre cose – una

¹ La Corte EDU si è occupata per la prima volta della questione con la sentenza del 7 maggio 2021 *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, relativa alla nomina dei membri del Tribunale costituzionale (i cui principi sono stati poi applicati, nelle successive pronunce, anche alla nomina dei giudici della Corte suprema); sul tale decisione v. A. OSTI, *La Corte Edu si pronuncia per la prima volta in tema di imparzialità e indipendenza dei giudici costituzionali polacchi*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2021, p. 718 ss.

² Diritto e giustizia ha dapprima conquistato la presidenza della Repubblica, con la vittoria del proprio candidato - Andrzej Duda – alle elezioni presidenziali del maggio 2015. Il partito ha poi ottenuto la maggioranza assoluta in entrambe le camere con le elezioni politiche del 25 ottobre 2015; il dato è stato sostanzialmente confermato nelle

serie di riforme in contrasto con il basilare principio di separazione dei poteri, minando in modo significativo e reiterato l'indipendenza e l'autonomia del Tribunale costituzionale e della magistratura.

Tuttavia, va subito segnalato che questo processo riformatore è stato attuato mediante legislazione ordinaria, e dunque a Costituzione invariata, dato che Diritto e giustizia non ha finora raggiunto una maggioranza parlamentare sufficiente a garantire l'approvazione di una revisione costituzionale³. Si è così assistito – e il punto non è di secondo piano nella sentenza che si commenta – all'adozione di norme legislative in contrasto *in primis* con gli stessi vincoli interni all'ordinamento polacco⁴, prima ancora che con quelli derivanti dal diritto dell'Unione europea e dal sistema convenzionale.

Il primo passaggio della svolta illiberale polacca è stato quello della *capture* del Tribunale costituzionale, oggi ritenuto un organo del tutto asservito alla forza politica al governo⁵. In estrema

successive elezioni del 2019, in cui esso è risultato il primo partito per numero di voti mantenendo saldamente la maggioranza nella camera bassa, ma non – per pochissimi seggi – al Senato (circostanza, quest'ultima, che non ha impedito a Diritto e giustizia di continuare a portare avanti la sua agenda politica, stante il fatto che il bicameralismo polacco non è perfetto e nel procedimento legislativo l'ultima parola è della camera bassa). V. JAN SAWICKI, *Conferma del trionfo elettorale della destra e confronto con l'Unione Europea sullo Stato di diritto*, in *Nomos*, 3/2019, p. 1 ss.

³ V. P. CASTILLO-ORTIZ, *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 15/2019, p. 60: «the Polish Constitution had undergone no reforms under the auspices of the illiberal government. The Law and Justice Party did not enjoy the two-thirds majority necessary to pass a constitutional amendment in a context in which a wide range of aspects pertaining to the constitutional court is regulated by the constitution. Paradoxically, the need of an illiberal government to control the constitutional court becomes more pressing if it lacks the capacity to amend the constitution». V. anche J.E. MOLITERNO, P. ČUROŠ, *Recent Attacks on Judicial Independence: The Vulgar, the Systemic, and the Insidious*, in *German Law Journal*, 7/2021, p. 1173: «the parliamentary majority in Poland lacked the numbers necessary to change the constitutional framework and had to follow up with reform via legislation, decisions of lower chamber of parliament, presidential appointments, and appointments of the government and minister of justice».

⁴ Come evidenziato da G. RAGONE, *La Polonia sotto accusa. Brevi note sulle circostanze che hanno indotto l'Unione Europea ad avviare la c.d. opzione nucleare*, in questa *Rivista*, 1/2018, p. 5, il processo riformatore in questione si pone in contrasto, in primo luogo, con il principio di separazione dei poteri, che la vigente Costituzione polacca proclama all'art. 10.

⁵ Sul punto la dottrina non nutre alcun dubbio e ha espresso giudizi di grande severità. V., in particolare, W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019, p. 84, secondo cui «[a]fter the electoral victories of 2015, the PiS transformed the CT from an effective, counter-majoritarian device to scrutinize laws for their unconstitutionality, into a powerless institution paralysed by consecutive bills rendering it unable to review new PiS laws, and then into a positive supporter of enhanced majoritarian powers. In a fundamental reversal of the traditional role of a constitutional court, it is now being used to protect the government from laws enacted long before PiS rule»; ID., *Polish Constitutional Tribunal under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 11/2019, p. 64 ss. In senso concorde v., fra gli altri, G. RAGONE, *La Polonia sotto accusa*, cit., p. 6, secondo cui «si è trasformata la natura del Tribunale da organo di tutela della democrazia a organo di sostegno del partito di maggioranza»; J. SAWICKI, *L'erosione "democratica" del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale*, Milano, 2020, p. 165 ss.; S. GIANELLO, *La nuova legge polacca sul sistema giudiziario: cresce (ulteriormente) la distanza che separa Varsavia e*

sintesi, dopo le elezioni politiche del 2015 la nuova maggioranza ha annullato la nomina parlamentare effettuata al termine della precedente legislatura di cinque giudici costituzionali che non avevano ancora prestato giuramento e ha nominato altre persone in loro vece⁶. Il procedimento è stato ritenuto invalido dallo stesso Tribunale, che è divenuto parte di un aperto contrasto con la maggioranza governativa⁷. Diritto e giustizia è infine riuscito a prendere il controllo dell'organo di giustizia costituzionale quando, nel dicembre 2016, è scaduto il mandato del presidente del Tribunale allora in carica, Andrzej Rzeplinski: il Presidente della Repubblica si è rifiutato di nominare il successore inizialmente individuato dal Tribunale costituzionale, e ha infine nominato Julia Przyłębska, indicata dal Tribunale in una ulteriore seduta a cui avevano partecipato solo i giudici eletti dal *Pis* (compresi quelli la cui nomina era stata ritenuta illegittima). La nuova presidente ha subito integrato la composizione dell'organo con i membri la cui nomina fino ad allora non era stata ritenuta valida, e da quel momento l'organo si è dimostrato fedele alleato della maggioranza di governo⁸.

Bruxelles, in *Federalismi.it*, 8/2020, p. 117 ss.; W. BRZOZOWSKI, *C'è del marcio in Polonia? Il significato autentico della sentenza costituzionale 7 ottobre 2021*, in *Quad. cost.*, 4/2021, p. 972.

⁶ L'8 ottobre 2015, nell'ultima sessione della settima legislatura, la Camera bassa aveva nominato cinque nuovi giudici costituzionali che avrebbero sostituito tre membri il cui mandato sarebbe scaduto nel corso della stessa legislatura, e due il cui mandato sarebbe scaduto subito dopo, all'avvio dell'ottava legislatura. Ciò in base a una legge approvata il 25 giugno 2015 che di fatto consentiva alla legislatura in corso la nomina di tutti i giudici che avrebbero preso il posto di quelli il cui mandato sarebbe terminato nel corso dell'anno, anche se questo termine fosse intervenuto dopo le elezioni politiche. Il Presidente della Repubblica Andrzej Duda, esponente di Diritto e giustizia, si è però rifiutato di far prestare giuramento ai nominati dalla camera bassa in scadenza. Dopo le elezioni parlamentari dell'ottobre 2015, il 19 novembre la nuova maggioranza ha approvato in tempi strettissimi una legge che stabiliva, *inter alia*, che le persone nominate giudici del Tribunale costituzionale dovevano prestare giuramento avanti il Presidente della Repubblica nel termine di trenta giorni dalla loro nomina parlamentare. Sulla scorta di questa norma, il 25 novembre la nuova maggioranza procedeva ad annullare la nomina dei membri del Tribunale costituzionale effettuate alla fine della precedente legislatura e, con delibera del 2 dicembre, a nominare essa stessa tutti e cinque i nuovi giudici, che prestavano poi giuramento.

⁷ Con due decisioni del dicembre 2015 (rispettivamente casi nn. K 34/15 e K 35/15), il Tribunale ha di fatto stabilito che la nomina dei giudici effettuata al termine della settima legislatura era valida relativamente ai tre che avrebbero preso il posto di quelli il cui mandato era scaduto prima dell'avvio dell'ottava legislatura. Il governo si è rifiutato di far pubblicare le pronunce e il 22 dicembre 2015 la maggioranza parlamentare ha approvato una nuova legge finalizzata a forzare l'insediamento dei giudici da essa nominati illegittimamente. Con decisione del 7 gennaio 2016 (caso n. U 8/15), il Tribunale ha ribadito l'invalidità delle delibere con cui la camera bassa al principio dell'ottava legislatura aveva annullato le nomine precedenti e aveva proceduto a nominare altre persone per i cinque posti vacanti; con la successiva decisione del 9 marzo 2016 (caso n. K 47/15) il Tribunale costituzionale ha poi dichiarato l'illegittimità della legge del 22 dicembre 2015 nella sua interezza.

⁸ Con l'affermazione di una maggioranza di giudici indicati dal *Pis*, «the tribunal has been transformed into a positive, active aide of the government and the parliamentary majority»: così W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, cit., p. 79. Sulla vicenda v. anche G. RAGONE, *La Polonia sotto accusa*, cit., pp. 6-7.

Ed è proprio una sentenza del Tribunale costituzionale così “addomesticato” ad aver fornito alla maggioranza politica una base giuridica per la riforma del Consiglio nazionale della magistratura (*Krajowa Rada Sądownictwa*) che è all’origine della pronuncia che si commenta.

Il Consiglio nazionale è l’organo a cui la Costituzione polacca affida il ruolo di garantire l’indipendenza del potere giudiziario (art. 186) e la cui funzione più rilevante è quella di proporre al Presidente della Repubblica le nomine dei giudici (art. 179). La Costituzione non specifica in modo espresso le modalità di elezione della componente togata, stabilendo soltanto che tali membri – 15 su un totale di 25 – «sono scelti» fra i giudici della Corte suprema e delle corti comuni, amministrative e militari (art. 187)⁹; tuttavia, fino a tempi relativamente recenti era indubbio che si dovesse trattare di giudici eletti dagli stessi giudici, come era del resto previsto dalle norme in vigore fino al 2017. Con una sentenza del 18 luglio 2007 (caso n. K 25/07), il Tribunale costituzionale aveva infatti affermato in modo molto netto che, proprio in ragione del ruolo costituzionale del Consiglio e delle sue funzioni, i membri togati dovessero essere scelti in autonomia dagli stessi magistrati, traendo dall’art. 187 della Costituzione il “principio dell’elezione dei giudici dai giudici”.

Questo principio è stato apertamente sconfessato dal Tribunale costituzionale, nella sua nuova composizione filogovernativa, con una decisione del 20 giugno 2017 (caso n. K 5/17), che ha dichiarato l’illegittimità delle norme allora vigenti circa l’elezione dei membri togati da parte dei magistrati in quanto esse avrebbero discriminato i giudici delle corti inferiori rispetto a quelli delle corti superiori, ai quali in effetti il sistema garantiva una sovrarappresentazione. Con l’occasione, e in dichiarazione *overruling* del precedente del 2007, il Tribunale ha anche stabilito che la Costituzione si limita a imporre che i membri togati siano “eletti fra i giudici”, ma senza specificare come debba avvenire questa elezione e, soprattutto, da parte di chi: nella ritenuta assenza di indicazioni costituzionali su tale punto, la pronuncia si concludeva affermando che spetta alla discrezionalità del legislatore ordinario stabilire la procedura di nomina della componente giudiziale del Consiglio nazionale della magistratura, non sussistendo alcun obbligo che essa debba avvenire da parte dei giudici stessi. Si è trattato di una decisione a ogni evidenza strumentale all’azione della

⁹ Gli altri membri del Consiglio nazionale, sempre in base a quanto stabilito dall’art. 187 della Costituzione polacca, sono il primo presidente della Corte suprema, il ministro della giustizia, il presidente della Corte suprema amministrativa e una persona nominata dal Presidente della Repubblica; a questi si aggiungono quattro deputati scelti dalla camera bassa e due senatori scelti dalla camera alta.

maggioranza di governo, che stava allora discutendo una serie di riforme dell'ordinamento giudiziario riguardanti, fra le altre cose, proprio tale questione¹⁰.

L'8 dicembre 2017, infatti, è stata approvata una legge di riforma del Consiglio nazionale della magistratura che ha attribuito al *Sejm* – la camera bassa – la funzione di eleggere i membri togati¹¹. La novella ha stabilito che il mandato dei membri eletti in base alle vecchie regole sarebbe cessato anzitempo, al momento del conferimento dell'incarico ai membri eletti con la nuova procedura. Si è trattato a ogni evidenza di un attentato all'indipendenza dell'organo, la cui totalità dei membri elettivi è stata da questo momento in poi espressa dalla maggioranza politica in carica¹², in aperto e inconciliabile contrasto con il principio della separazione dei poteri, che pure continua a essere formalmente previsto dalla Costituzione polacca.

Questa riforma, peraltro, si inserisce in un più ampio contesto di interventi normativi allo stesso modo finalizzati a consentire alle forze di governo di porre sotto la propria influenza il potere giudiziario¹³. Proprio nella medesima data, infatti, è stata approvata una ulteriore legge che ha profondamente modificato la disciplina della Corte suprema. In particolare, tale provvedimento ha istituito due nuove sezioni dotate di ampia autonomia organizzativa, al punto da non essere subordinate al primo presidente della Corte stessa, e destinate a essere composte esclusivamente da giudici individuati con le nuove regole (cioè da magistrati selezionati dal Consiglio nazionale della magistratura di totale nomina politica): la Sezione di controllo straordinario e delle questioni

¹⁰ V. M. MATCZAK, *How to Demolish an Independent Judiciary with the Help of a Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 23 giugno 2017; W. SADURSKI, *Polish Constitutional Tribunal under PiS*, cit., p. 78, il quale sottolinea il carattere pretestuoso delle questioni poste alla Corte; A. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, *The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition*, in *German Law Journal*, 7/2018, pp. 1850-1851.

¹¹ Si tratta della *Legge recante modifiche della legge sul Consiglio nazionale della magistratura e di talune altre leggi*: il provvedimento ha ampiamente modificato la legge del 2011 sul Consiglio nazionale della magistratura, che – nella sua versione pesantemente emendata – continua ad oggi essere il testo legislativo di riferimento. In base alla novella, ciascun candidato è proposto da almeno duemila cittadini o 25 giudici in carica; ogni gruppo parlamentare indica quali fra questi candidati intende proporre per l'elezione e, sulla base di tali indicazioni, un apposito comitato della camera compila una lista di 15 candidati che è sottoposta al voto dell'assemblea. Il *Sejm* elegge i candidati di questa lista con una maggioranza dei tre quinti dei voti espressi da almeno metà dei componenti della camera; nel caso in cui tale maggioranza non sia raggiunta, nella successiva votazione è sufficiente la maggioranza assoluta.

¹² A partire dall'elezione dei 15 membri togati da parte del *Sejm* avvenuta il 6 marzo 2018.

¹³ Su tali interventi normativi e su quelli che si sono poi aggiunti tempo v. W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, cit., p. 96 ss.; M. ZIÓLKOWSKI, *Two Faces of the Polish Supreme Court After "Reforms" of the Judiciary System in Poland: The Question of Judicial Independence and Appointments*, in *European Papers*, 1/2020, p. 348 ss.; G. RAGONE, *La Polonia sotto accusa*, cit., pp. 3-5; M.A. ORLANDI, *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del "pacchetto giustizia" e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*, in *DPCE Online*, 4/2017, p. 1013 ss.; ID., *La democrazia illiberale. Ungheria e Polonia a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2019, p. 190 ss.; S. GIANELLO, *La nuova legge polacca sul sistema giudiziario*, cit., p. 117 ss.

pubbliche¹⁴ e la Sezione disciplinare, quest'ultima competente per i giudizi disciplinari e per quelli relativi a questioni di diritto del lavoro, di previdenza e di pensionamento obbligatorio dei giudici della stessa Corte suprema¹⁵. In altri termini, si è devoluto il giudizio sullo status dei magistrati della Corte suprema a una apposita sezione *ad hoc* integralmente formata da componenti nominati secondo un procedimento a dir poco non rispettoso dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura, tanto che è stato osservato come la riforma sembri «più che altro mirata alla repressione di azioni giudiziarie non gradite all'esecutivo»¹⁶. Ulteriori norme della stessa legge hanno inoltre stabilito, in modo analogo a quanto introdotto anche per i giudici comuni poco prima¹⁷, il radicale abbassamento dell'età obbligatoria per il pensionamento dei magistrati della Corte suprema e, nel contempo, hanno previsto la possibilità di una proroga delle loro funzioni oltre l'età pensionabile subordinata a un'autorizzazione di fatto discrezionale del Presidente della Repubblica¹⁸: e anche sotto questo profilo è palese la volontà di concedere alla maggioranza un profondo controllo sulla composizione dell'organo.

Alle leggi del 2017 si sono poi aggiunte ulteriori riforme degli anni successivi finalizzate a ostacolare l'attivismo giudiziale che è subito sorto in opposizione all'azione della maggioranza politica in tema di giustizia; e dunque sono state adottate norme che da un lato hanno lo scopo di impedire i ricorsi giurisdizionali avverso i provvedimenti di nomina dei giudici, e dall'altro lato sono tese a impedire la possibilità di contestare le norme nazionali avanti la Corte di giustizia, posto che anche solo la proposizione di un rinvio pregiudiziale potrebbe integrare un'ipotesi di illecito disciplinare¹⁹.

¹⁴ Competente per i ricorsi straordinari, le controversie in materia elettorale e le impugnazioni della validità dei referendum, l'accertamento della validità delle elezioni e dei referendum, nonché per le altre cause di diritto pubblico (art. 26 della *Legge sulla Corte suprema* dell'8 dicembre 2017).

¹⁵ Come stabilito dall'art. 27 della *Legge sulla Corte suprema* dell'8 dicembre 2017.

¹⁶ Così J. SAWICKI, *La Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto*, in questa *Rivista*, 3/2019, p. 20.

¹⁷ La *Legge recante modifica della legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari e di talune altre leggi* del 12 luglio 2017 ha introdotto la norma (poi ulteriormente modificata negli anni successivi) che abbassava l'età pensionabile dei giudici comuni a 65 anni per gli uomini e a 60 anni per le donne, con la possibilità di una proroga concessa dal Ministro della giustizia.

¹⁸ V. art. 37 della *Legge sulla Corte suprema* dell'8 dicembre 2017.

¹⁹ Sulle riforme intervenute successivamente al 2017 v. l'ampia ricostruzione di S. GIANELLO, *La nuova legge polacca sul sistema giudiziario*, cit., p. 131 ss., secondo cui con la legge approvata il 20 dicembre 2019 (c.d. "*Muzzle Law*") «si è voluto impostare una sorta di *sistema chiuso* organizzato attorno al binomio Consiglio Nazionale della Magistratura – Capo dello Stato in modo da impedire la possibilità che la loro azione combinata, *inter alia* riferita al processo di nomina dei nuovi giudici, possa anche solamente essere messa in discussione» (p. 136); nonché ID., *La*

3. Le reazioni interne ed esterne: le pronunce delle corti nazionali polacche e della Corte di giustizia

L’attuazione delle riforme che si sono appena richiamate ha provocato una immediata opposizione sia a livello interno che sovranazionale. Come si illustrerà subito, le decisioni di ribellione di alcuni giudici di ultima istanza polacchi hanno trovato una solida e decisiva “sponda europea” nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha fornito loro una base giuridica esterna all’ordinamento nazionale per contrastare le nuove norme sulla nomina dei giudici e l’organizzazione della giustizia. A questa attività di opposizione si è però nettamente contrapposta l’azione delle nuove sezioni della Corte suprema e, soprattutto, quella del Tribunale costituzionale, portando a una situazione di fortissimo contrasto ai vertici del sistema giurisdizionale polacco.

Anzitutto, le delibere relative alla proposta di nomina di giudici per la Sezione civile e per la Sezione di controllo straordinario della Corte suprema adottate dal “nuovo” Consiglio nazionale della magistratura sono state impugnate da alcuni dei candidati esclusi avanti la Corte suprema amministrativa, che ne ha prontamente sospeso l’attuazione con ordinanze cautelari²⁰. Ciononostante, in spregio a tali provvedimenti e al fatto che i relativi procedimenti fossero ancora pendenti, il Presidente della Repubblica ha comunque nominato i giudici proposti dal Consiglio nazionale. Le delibere sono state infine annullate²¹, anche se il fatto che fosse già avvenuta la nomina presidenziale ha reso queste decisioni prive di ogni effetto concreto.

Va sottolineato che, nel procedimento relativo alla delibera per la nomina di componenti della Sezione civile, la Corte suprema amministrativa aveva sollevato rinvio pregiudiziale proprio in relazione, *inter alia*, alle norme relative alla nuova composizione del Consiglio nazionale della magistratura; e ha poi motivato la decisione di annullamento della delibera facendo piena applicazione dei criteri indicati Corte di giustizia²², che hanno condotto a ritenere che il Consiglio

riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2020, p. 490 ss.

²⁰ Si tratta rispettivamente delle delibere nn. 330 e 331 adottate dal Consiglio nazionale della magistratura il 28 agosto 2018; entrambe sono state sospese dalla Corte suprema amministrativa con ordinanze del 27 settembre 2018.

²¹ La Corte suprema amministrativa ha annullato la delibera per la Sezione civile con decisione del 6 maggio 2021; ha poi annullato la delibera per la Sezione di controllo straordinario con decisione del 21 settembre 2021.

²² Il rinvio pregiudiziale della Corte suprema amministrativa è stato definito con la sentenza della Grande sezione del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B e altri c. Consiglio nazionale della magistratura e altri*; tale sentenza richiama

non offrisse più una garanzia di autonomia e indipendenza da parte del potere esecutivo e legislativo.

Prima di richiamare tali criteri, è opportuno sottolineare che l'intervento dei giudici di Lussemburgo si inserisce in un più ampio ventaglio di sentenze che hanno riguardato diversi aspetti della riorganizzazione del sistema giudiziario polacco. Senza ripercorre analiticamente ogni singola decisione, ci si limita a ricordare che questa giurisprudenza si fonda sul principio eurounitario di indipendenza dei giudici nazionali che soltanto in anni recenti la Corte di giustizia ha desunto dalla lettura congiunta degli artt. 19 e 2 TUE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: un principio, dunque, di recente emersione, e la cui violazione è stata in concreto riscontrata, per la prima volta, proprio in relazione alle vicende polacche²³. In sintesi, il principio generale di assicurare ai singoli una «tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» (art. 19, par. 1, comma 2, TUE), che concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'art. 2 TUE, deve essere inteso alla luce delle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri, degli artt. 6 e 13 CEDU e soprattutto dell'art. 47 della Carta di Nizza, per cui esso comprende anche la garanzia che ogni organo giurisdizionale nazionale che possa essere chiamato a pronunciarsi sull'applicazione o sull'interpretazione del diritto eurounitario debba essere «indipendente e imparziale, precostituito per legge»²⁴. Si tratta dunque di un vincolo che si affianca e si aggiunge a quelli previsti nelle costituzioni di ciascun stato membro e dalla Convenzione europea, la cui violazione può pertanto essere apprezzata in modo autonomo rispetto ai singoli

con ampiezza la precedente decisione della Grande sezione del 19 novembre 2019, cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e altri c. Consiglio nazionale della magistratura*.

²³ Il principio eurounitario di indipendenza dei giudici nazionali è stato proposto per la prima volta in relazione a un caso portoghese, senza peraltro che ne fosse riscontrata la violazione: Corte di giustizia, sent. 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas* (su cui v. M. COLI, *The Associação Sindical dos Juizes Portugueses judgment: what role for the Court of Justice in the protection of EU values?*, in *Diritti comparati*, 1 novembre 2018; F. PEREIRA COUTINHO, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses: judicial independence and austerity measures at the Court of Justice*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, p. 510 ss.). Ma si può supporre che tale principio sia stato concepito proprio nell'ottica di trovare applicazione nei confronti della questione delle riforme polacche del sistema giudiziario.

²⁴ Così, ad esempio, nelle prime decisioni adottate rispetto alle riforme dell'organizzazione della giustizia polacca la Corte di giustizia ha stabilito che l'abbassamento dell'età pensionabile dei giudici della Corte suprema e di quelli ordinari, con contestuale possibilità di una proroga delle loro funzioni concessa in modo discrezionale caso per caso, ha determinato una violazione di tale principio di indipendenza, in particolare sotto il profilo dell'inamovibilità: v. Corte di giustizia, sent. 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia*, e sent. 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia*.

parametri nazionali e convenzionale²⁵. In altri termini, configurando tale principio la Corte di giustizia ha consentito ai giudici polacchi di censurare le nuove norme anche *soltanto* con riferimento a parametri di diritto dell'Unione, al di là della contestuale violazione della Costituzione polacca.

Venendo agli aspetti che più rilevano in questa sede, la Corte di giustizia ha ribadito diverse volte che il principio eurounitario di indipendenza comprende anche le modalità di nomina dei giudici, che devono escludere ogni legittimo dubbio su possibili forme di influenza diretta o indiretta degli altri poteri. Tali modalità devono essere valutate alla luce dell'insieme degli elementi che caratterizzano il procedimento di designazione dei magistrati: rispetto al caso polacco, il fatto che il Presidente della Repubblica possa nominare solo candidati proposti dal Consiglio nazionale della magistratura potrebbe essere idoneo a delimitare il suo margine di manovra, ma a condizione che *a sua volta* lo stesso Consiglio nazionale sia un organo sufficientemente indipendente dai poteri legislativo ed esecutivo. E quest'ultimo aspetto deve essere valutato tenendo conto di una serie di elementi, fra cui: la circostanza che la nuova composizione del Consiglio nazionale ha interrotto anzitempo il mandato dei membri che fino a quel momento componevano l'organo; il fatto che i membri togati siano ora eletti non più dai magistrati loro omologhi, ma dal *Sejm*; le eventuali irregolarità nel processo di nomina di alcuni componenti; infine, il modo in cui lo stesso Consiglio nazionale adempie al proprio ruolo costituzionale di garante dell'indipendenza del potere giudiziario²⁶.

²⁵ Sulla portata di tale principio v., *ex pluribus*, A. VON BOGDANDY, L.D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges*, in *European Constitutional Law Review*, 15/2019, p. 409 ss.; C. RIZCALLAH, V. DAVIO, *L'article 19 du Traité sur l'Union européenne: sésame de l'Union de droit. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne relative à l'indépendance des juges nationaux*, in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2/2020, p. 155 ss.; G. REPETTO, *Incroci davvero pericolosi. Il conflitto giurisdizionale sull'indipendenza dei giudici tra Lussemburgo e Varsavia*, in *Diritti Comparati*, 7 novembre 2018; A. RASI, *Effetti indiretti della Carta dei diritti fondamentali? In margine alla sentenza Commissione c. Polonia (Indépendance de la Cour suprême)*, in *European Papers*, 4/2019, p. 615 ss.; V. FAGGIANI, *Le crisi sistemiche dello Stato di diritto e i loro effetti sulla cooperazione giudiziaria nell'UE*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2/2019, p. 218 ss.; T.T. KONCEWICZ, *The Supranational Rule of Law: Taking Stock*, in *Verfassungsblog*, 27 dicembre 2019; e, volendo, anche N. CANZIAN, *Il principio europeo di indipendenza dei giudici: il caso polacco*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2020, p. 465 ss.

²⁶ Oltre alle pronunce citate nella precedente nota n 22, questi principi sono stati ribaditi anche in Corte di giustizia, Grande sezione, sent. 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia* (su cui v. L. PECH, *Protecting Polish Judges from Political Control. A brief analysis of the ECJ's infringement ruling in Case C-791/19 (disciplinary regime for judges) and order in Case C-204/21 R (muzzle law)*, in *Verfassungsblog*, 20 luglio 2021); in questo caso, trattandosi non di rinvio pregiudiziale ma di ricorso per inadempimento, la Corte di giustizia ha direttamente stabilito che la Polonia abbia violato l'art. 19 TUE non assicurando l'indipendenza e l'imparzialità della Sezione disciplinare istituita

A livello interno, e come sopra accennato, i criteri ora richiamati sono stati applicati dalla Corte suprema amministrativa nell'annullare le delibere di proposte di nomina del Consiglio nazionale della magistratura²⁷, e hanno inoltre trovato pieno riscontro anche in altre decisioni. Nello specifico, con sentenza del 5 dicembre 2019 la Sezione per il lavoro e la previdenza sociale della Corte suprema – agendo espressamente in qualità di giudice dell'Unione – ha dichiarato che il Consiglio nazionale non forniva più sufficienti garanzie di indipendenza dagli altri poteri nella procedura di nomina dei giudici, e che di conseguenza la Sezione disciplinare istituita nel 2017 non poteva essere considerata giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge ai sensi dell'art. 47 della Carta dei diritti dell'Unione e dell'art. 6 CEDU²⁸.

In contrapposizione a questa pronuncia, con delibera dell'8 gennaio 2020 la Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche (ovvero l'altra sezione della Corte suprema istituita nel 2017 e formata interamente da magistrati nominati secondo le nuove regole) ha stabilito che i principi affermati dalla Corte di giustizia dovevano invece essere interpretati in senso restrittivo e che, in ogni caso, la Costituzione non consentisse una verifica dell'efficacia delle decisioni presidenziali di nomina dei giudici²⁹.

Per risolvere il contrasto interpretativo fra le due sezioni circa la portata dei principi espressi dalla Corte di Lussemburgo, il 23 gennaio 2020 le Sezioni riunite della Corte suprema³⁰ hanno adottato una delibera interpretativa che ha confermato *in toto* la sentenza del 5 dicembre 2019, ribadendo di ritenere che il Consiglio nazionale della magistratura fosse divenuto «un organo direttamente subordinato alle autorità politiche» e che, pertanto, le procedure da esso svolte fossero «viziate, generando gravi dubbi per quanto riguarda le proposte per la nomina di specifiche persone per il ruolo di giudici»³¹. La delibera si conclude osservando che «l'attuale instabilità del potere giudiziario polacco deriva dai cambiamenti che hanno investito il sistema giudiziario negli scorsi anni, che sono stati effettuati in violazione dei criteri posti dalla Costituzione, dal Trattato UE, dalla Carta dei diritti fondamentali e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il *leitmotiv* delle

dalla riforma del 2017. Da ultimo, tali principi sono stati richiamati in Corte di giustizia, Grande sezione, sent. 6 ottobre 2021, causa C-487/19, *W.Ż.*

²⁷ In particolare, con la decisione del 6 maggio 2021 sopra richiamata.

²⁸ Su tale pronuncia v. M. ZIÓŁKOWSKI, *Two Faces of the Polish Supreme Court After "Reforms" of the Judiciary System in Poland*, cit., p. 353 ss.

²⁹ Su questa pronuncia v. ancora M. ZIÓŁKOWSKI, *op. cit.*, p. 358 ss.

³⁰ Un collegio composto da 59 giudici delle sezioni civile, penale e per il lavoro e la previdenza sociale.

³¹ Sezioni riunite, delibera del 23 gennaio 2020, punto 42.

riforme è stato quello di subordinare i giudici e le corti alle autorità politiche e di sostituire i giudici di svariate corti, compresa la Corte suprema»³².

La delibera delle Sezioni riunite è stata poi, però, severamente censurata dal Tribunale costituzionale. La sentenza del 20 aprile 2020 (caso n. U 2/20) ha infatti stabilito che tale delibera sarebbe in contrasto con la Costituzione polacca in quanto essa lederebbe la prerogativa presidenziale di nomina dei giudici, che non sarebbe sottoponibile ad alcuna forma di revisione giudiziale. Il Tribunale costituzionale si è spinto sino ad affermare che la delibera delle Sezioni riunite sarebbe in contrasto addirittura con il principio di indipendenza e imparzialità posto dall'art. 6 CEDU, il quale – secondo una lettura stravolta che, come si vedrà, è stata del tutto smentita dalla giurisprudenza convenzionale – non consentirebbe a un giudice di porre in dubbio la legittimazione a giudicare di un altro magistrato una volta che il procedimento di nomina presidenziale di quest'ultimo si sia perfezionato.

A livello interno sono dunque emersi orientamenti inconciliabili, che hanno portato a una sorta di *mutuo disconoscimento* delle pronunce rese dagli organi apicali, divisi fra quelli fedelmente allineati alla maggioranza di governo (Tribunale costituzionale e nuove sezioni della Corte suprema) e quelli composti per lo più da magistrati di nomina anteriore al 2017 (le altre sezioni della Corte suprema e la Corte suprema amministrativa).

Ai vari pronunciamenti degli organi giurisdizionali nazionali e della Corte di giustizia si aggiungono, inoltre, i numerosi pareri e le azioni intraprese da organizzazioni internazionali, che hanno unanimemente denunciato i gravi rischi derivanti dalle nuove norme polacche sull'organizzazione giudiziaria³³. Fra questi spiccano, in particolare, le decisioni dell'*European Network of Councils for the Judiciary* di sospendere la partecipazione del Consiglio nazionale della magistratura e poi di espellerlo definitivamente, ritenendo – ancora una volta – che dopo la riforma

³² *Ivi*, punto 59.

³³ V. il *report* del 5 aprile 2018 dell'*UN Special Rapporteur on the Independence of Judges and Lawyers*; le *opinion* del 5 maggio e del 13 novembre 2017 dell'Ufficio OSCE per le istituzioni democratiche e i diritti dell'uomo (ODIHR); il *report* del 28 giugno 2019 del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa; le risoluzioni 2188 (2017), 2316 (2020) e 2359 (2021) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa; l'*opinion* della Commissione di Venezia n. 904/2017 dell'11 dicembre 2017 e la *joint urgent opinion* della Commissione di Venezia e della Direzione generale dei diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa n. 977/2020 del 16 gennaio 2020; l'*opinion* del 12 ottobre 2017 del *Consultative Council of European Judges*.

del 2017 l'organo non sia più autonomo dai poteri esecutivo e legislativo e che pertanto non possa più assolvere alla funzione di garantire l'indipendenza e l'autonomia del potere giudiziario³⁴.

4. La decisione *Advance Pharma* nel contesto della recente giurisprudenza della Corte EDU

Nel contesto che si è appena descritto si è aggiunto l'intervento della Corte EDU, che nell'ultimo anno ha già riscontrato in più occasioni la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione in relazione alle norme che hanno riformato l'ordinamento giudiziario polacco e che, con ogni plausibilità, continuerà a rilevare ulteriori violazioni dello stesso tenore nel prossimo futuro.

Con la sentenza *Xero Flor* la Corte ha ritenuto sussistente la violazione in relazione alla composizione del Tribunale costituzionale³⁵.

Le successive decisioni *Reczkowicz*³⁶ e *Dolińska-Ficek*³⁷ hanno riscontrato lo stesso vizio rispettivamente nei confronti della Sezione disciplinare e della Sezione di controllo straordinario, in ragione del procedimento di nomina dei loro componenti; con una motivazione in larghissima parte sovrapponibile a quella di tali ultime due pronunce, la sentenza *Advance Pharma* completa il quadro con riferimento ai giudici di nuova nomina della Sezione civile della Corte suprema³⁸. In sintesi, le tre sentenze in parola hanno riscontrato una violazione dell'art. 6 della Convenzione secondo uno schema giuridico che, come si vedrà, potrebbe essere applicato a qualunque organo giurisdizionale polacco di cui facciano parte magistrati nominati con una procedura che preveda il coinvolgimento del Consiglio nazionale della magistratura come riformato nel 2017 (e, quindi,

³⁴ Decisioni adottate rispettivamente il 17 settembre 2018 e il 28 ottobre 2021 dall'Assemblea generale dell'*European Network of Councils for the Judiciary*.

³⁵ Corte EDU, sez. I, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, n. 4907/18, 7 maggio 2021, su cui v. A. OSTI, *La Corte Edu si pronuncia per la prima volta in tema di imparzialità e indipendenza dei giudici costituzionali polacchi*, cit., p. 718 ss.; N. PENATI, *L'indipendent and impartial tribunal established by law: una nuova portata precettiva per l'art. 6 CEDU (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, ric. n. 26374/2018, 1° dicembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland)*, in questa *Rivista*, 4/2021, p. 402 ss.

³⁶ Corte EDU, sez. I, *Reczkowicz v. Poland*, n. 43447/19, 22 luglio 2021.

³⁷ Corte EDU, sez. I, *Dolińska-Ficek and Ozimek v. Poland*, nn. 49868/19 e 57511/19, 8 novembre 2021, su cui v. S. GIANELLO, *L'indipendenza dei giudici polacchi ancora sotto la lente di Strasburgo: la decisione Dolinska-Ficek and Ozimek*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, p. 183 ss.

³⁸ Corte EDU, sez. I, *Advance Pharma sp. z o.o v. Poland*, n. 1469/20, 3 febbraio 2022.

composto in modo tale da non garantire l'autonomia e l'indipendenza dalla maggioranza di governo).

La peculiarità di questa giurisprudenza consiste nella scelta di concentrarsi su un parametro diverso, almeno sul piano formale, rispetto a quello fino ad allora valorizzato dalla Corte di giustizia.

4.1 La valorizzazione del diritto a un tribunale “costituito per legge” e il suo specifico test

Come noto, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE riconosce il diritto a «un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge»; e la previsione corrisponde a quella dell'art. 6 della Convenzione, che parimenti assicura il diritto a «un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge». Come si è già anticipato nel paragrafo precedente, quando è stata chiamata a pronunciarsi sulle vicende polacche la Corte di giustizia ha da subito posto alla base delle sue decisioni il rispetto dell'indipendenza e dell'imparzialità, lasciando invece in un cono d'ombra la precostituzione per legge. Una scelta che in realtà non stupisce per vari motivi. Da un lato, la precostituzione per legge è un criterio tradizionalmente trascurato a favore degli altri due³⁹ e, del resto, le norme polacche contestate hanno comportato una violazione talmente manifesta dei principi di autonomia e indipendenza del potere giudiziario che poteva sembrare inutile valutare la questione sotto ulteriori profili. Dall'altro lato, nella giurisprudenza di Lussemburgo è evidente la volontà di rivendicare la cogenza di un parametro di dimensione eurounitaria, e azionabile in via autonoma rispetto ai rimedi interni⁴⁰: anche sotto questo punto di vista è facile comprendere come indipendenza e autonomia – cioè principi che nel loro contenuto precettivo possono essere agevolmente ricostruiti in termini generali anche in assenza di una ulteriore sponda nel diritto

³⁹ C. RIZCALLAH, V. DAVIO, *The Requirement that Tribunals be Established by Law: A Valuable Principle Safeguarding the Rule of Law and the Separation of Powers in a Context of Trust*, in *European Constitutional Law Review*, 4/2021, pp. 581-582 sottolineano come, fino alla recente giurisprudenza della Corte EDU che si esporrà in questo paragrafo, «the requirement that tribunals be 'established by law' was previously somewhat neglected in both the case law and the literature».

⁴⁰ Con l'individuazione della dimensione eurounitaria del principio di indipendenza dei giudici, infatti, «an individual can in theory rely on Article 47 CFR whenever it is confronted with a judge lacking the necessary degree of independence. This would render the organisation of the whole national judiciary *justiciable for individual actions under EU law*»: così L.D. SPIEKER, *Commission v. Poland. A Stepping Stone Towards a Strong "Union of Values"?*, in *Verfassungsblog*, 30 maggio 2019.

domestico – si prestassero meglio allo scopo, diversamente dalla precostituzione per legge, che si presentava come un criterio che imponeva a livello interno una base legislativa di produzione parlamentare⁴¹.

Anche la Corte EDU avrebbe potuto seguire una strada simile, riscontrando la diretta violazione del diritto a un tribunale indipendente e imparziale. Non c'è infatti nessun motivo per ritenere che nel sistema convenzionale tale principio abbia una portata significativamente diversa rispetto a quella che ha nel sistema del diritto dell'Unione (in cui, anzi, il riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo è sempre stato tenuto in conto)⁴² o anche nell'ordinamento costituzionale polacco⁴³, e ciò soprattutto a fronte di violazioni così palesi quali quelle in questione; un punto, come si vedrà, che i giudici di Strasburgo hanno peraltro espressamente confermato. Tuttavia, la giurisprudenza convenzionale ha voluto adottare un approccio diverso, concentrandosi proprio sull'autonoma valenza del diritto a un tribunale “costituito per legge” secondo una prospettiva innovativa: come si illustrerà subito, questo diritto si configura come una sorta di parametro “stratificato”, perché grazie ad esso la violazione grave di norme extraconvenzionali relative al procedimento di nomina dei magistrati rileva *anche* come una violazione della Convenzione stessa, peraltro apprezzata mediante i giudizi resi dai tribunali nazionali ed eventualmente dalla Corte di giustizia.

⁴¹ Questa era la prospettiva che emergeva dalla – peraltro non particolarmente ricca – giurisprudenza convenzionale precedente all'orientamento più recente, che leggeva l'espressione “costituito per legge” come un divieto di interferenze da parte dell'esecutivo nell'organizzazione della giustizia, e dunque la intendeva come l'obbligo di una legislazione di origine parlamentare in materia. V., ad es., Corte EDU, sez. II, *Coëme and others v. Belgium*, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, 22 giugno 2000, § 98. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, invece, il requisito della precostituzione per legge non era stato quasi per nulla approfondito dal punto di vista sostanziale: v. C. RIZCALLAH, V. DAVIO, *The Requirement that Tribunals be Established by Law*, cit., p. 589.

⁴² Si v., ad esempio, la già ricordata Corte di Giustizia, Grande sezione, sent. 19 novembre 2019, cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e altri c. Consiglio nazionale della magistratura*, par. 126-127, secondo cui l'interpretazione dell'art. 47 della Carta fatta propria dai giudici di Lussemburgo «è avvalorata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, secondo cui tale disposizione richiede che i giudici siano indipendenti tanto dalle parti quanto dall'esecutivo e dal legislatore (Corte EDU, 18 maggio 1999, *Ninn-Hansen c. Danimarca*, CE:ECHR:1999:0518DEC002897295, pag. 19 e giurisprudenza ivi citata). Secondo costante giurisprudenza di detta Corte, al fine di determinare se un organo giurisdizionale possa essere considerato “indipendente” ai sensi del suddetto articolo 6, paragrafo 1, occorre fare riferimento, segnatamente, alle modalità di nomina e alla durata del mandato dei suoi membri, all'esistenza di garanzie contro il rischio di pressioni esterne e al fatto se l'organo di cui trattasi appaia indipendente (Corte EDU, 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, CE:ECHR:2018:1106JUD005539113, § 144 e giurisprudenza ivi citata), con la precisazione, a quest'ultimo riguardo, che viene in rilievo la fiducia stessa che ogni giudice deve ispirare ai singoli in una società democratica (v., in tal senso, Corte EDU, 21 giugno 2011, *Fruni c. Slovacchia*, CE:ECHR:2011:0621JUD000801407, § 141)»

⁴³ La Costituzione polacca, come si è ricordato, è rimasta invariata e continua a prevedere i basilari principi di separazione dei poteri e autonomia della magistratura.

La nuova portata del diritto in questione è stata proposta per la prima volta, in realtà, in relazione a una vicenda diversa: si trattava della istituzione *ex novo* della Corte d'appello nell'ordinamento islandese e, nello specifico, dell'*iter* di nomina dei suoi componenti (sentenza *Guðmundur Andri Ástráðsson*⁴⁴). Come è stato notato, però, si può ben supporre che la decisione – relativa a un caso di minore gravità e di ben più limitato impatto – sia stata concepita proprio al fine di “costruire” un precedente immediatamente spendibile in relazione alle questioni polacche⁴⁵. In ogni caso, con questa sentenza la Corte ha chiarito che quello a un “tribunale costituito per legge” è un diritto autonomo, per quanto strettamente correlato alle garanzie di indipendenza e imparzialità nell'assicurare il rispetto dei principi fondamentali della *rule of law* e della separazione dei poteri: esso non solo assicura che l'organizzazione della giustizia non dipenda dal governo⁴⁶, ma ha lo scopo di proteggere l'ordinamento giudiziario da qualunque forma di illegittima influenza esterna (per esempio, da parte del potere legislativo) o anche interna (dunque, da parte della stessa magistratura). In particolare, il diritto così ricostruito abbraccia anche il procedimento di nomina dei giudici, che deve essere sottoposto a scrutinio stretto, dato che una sua grave irregolarità può pregiudicare l'indipendenza del tribunale.

Per valutare se una violazione del procedimento di nomina comporta in concreto una lesione del diritto in parola, la Corte ha sviluppato in questa occasione un *three-step test* che poi ha applicato in tutti i casi sopra richiamati relativi alla Polonia: *i*) in primo luogo, deve trattarsi di una violazione manifesta della legge domestica che regola il procedimento di nomina, identificabile in modo oggettivo e concreto; *ii*) in secondo luogo, la violazione non deve essere meramente tecnica, ma deve avere carattere significativo, comportando il rischio che il potere giudiziario sia esposto a indebite influenze; *iii*) infine, deve essere tenuto in conto l'eventuale sindacato giurisdizionale eventualmente effettuato dalle corti nazionali su tale violazione.

⁴⁴ Corte EDU, Grande Camera, *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*, n. 26374/2018, 1° dicembre 2020, su cui v. N. PENATI, *L'independent and impartial tribunal established by law*, cit., p. 392 ss.; M. LELOUP, *Guðmundur Andri Ástráðsson: the right to a tribunal established by law expanded to the appointment of judges*, in *Strasbourgobservers.com*, 18 dicembre 2020; H.P. GRAVER, *A New Nail in the Coffin for the 2017 Polish Judicial Reform. On the ECtHR judgment in the case of Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland (Application no. 26374/18)*, in *Verfassungsblog*, 2 dicembre 2020.

⁴⁵ V. N. PENATI, *L'independent and impartial tribunal established by law*, cit., p. 395.

⁴⁶ Come già specificato dalla giurisprudenza convenzionale anteriore: v. la precedente nota n. 41.

4.2. L'applicazione dello schema alla nomina dei giudici della Corte suprema

Nel caso *Advance Pharma* la ricorrente, una società farmaceutica, lamentava la lesione del proprio diritto a un tribunale “costituito per legge” in quanto un suo ricorso per cassazione era stato rigettato da un collegio della Sezione civile della Corte suprema formato da tre giudici tutti nominati dopo la riforma del 2017 del Consiglio nazionale della magistratura, e quindi secondo un procedimento che non assicurava le garanzie di indipendenza data la nuova composizione dell'organo. I tre magistrati, inoltre, erano stati nominati dal Presidente della Repubblica nonostante la delibera del Consiglio nazionale che li aveva proposti fosse stata nel frattempo sospesa⁴⁷.

Prima di procedere ad effettuare il *three-step test*, la Corte constata di trovarsi di fronte a decisioni delle supreme magistrature polacche che esprimono due orientamenti in aperta contraddizione circa la sussistenza o meno delle violazioni lamentate⁴⁸. E dunque precisa che, per quanto in linea di principio essa debba attenersi alle prospettazioni dei giudici nazionali, è parimenti principio consolidato che tale vincolo interpretativo venga meno a fronte di decisioni arbitrarie o manifestamente irragionevoli (§309); e che pertanto il suo giudizio si limiterà a valutare se ciascuna di queste decisioni ha assicurato o meno il bilanciamento richiesto dagli interessi in gioco e se abbia rispettato i requisiti imposti dal parametro convenzionale del tribunale “costituito per legge” (§310).

Quanto al primo elemento del test, sono dunque due i profili rilevanti. *In primis* la Corte riscontra che la nuova composizione del Consiglio nazionale della magistratura, per cui la componente togata è eletta dal *Sejm* e non più dai giudici stessi, comporta una violazione della legge domestica, dato che la mancanza di indipendenza dal potere legislativo ed esecutivo si pone in aperto contrasto con la Costituzione e con il diritto eurounitario. La pronuncia, infatti, aderisce *in toto* alla posizione espressa in due occasioni dalla Corte suprema⁴⁹, tra l'altro sulla scorta di una puntuale applicazione dei criteri indicati dalla Corte di giustizia⁵⁰, ma non solo; ritiene anche che la sentenza del 20 aprile 2020 del Tribunale costituzionale (caso n. U 2/20), che era stata adottata per “rimuovere” gli effetti della risoluzione delle Sezioni riunite della Corte suprema sulla base di una

⁴⁷ Si tratta della vicenda richiamata nel secondo paragrafo.

⁴⁸ Come sintetizzato alla fine del terzo paragrafo.

⁴⁹ Sentenza della Sezione per il lavoro e la previdenza sociale del 5 dicembre 2019 e delibera interpretativa delle Sezioni riunite del 23 gennaio 2020.

⁵⁰ In particolare da Corte di giustizia, Grande sezione, 19 novembre 2019, cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e altri c. Consiglio nazionale della magistratura*.

lettura stravolta dei requisiti posti dall'art. 6 CEDU, costituisca una decisione arbitraria, resa al solo scopo di proteggere lo *status quo* nonostante l'evidente assenza di indipendenza del Consiglio nazionale (§318).

In secondo luogo, la pronuncia accerta – peraltro, con particolare severità – una ulteriore violazione nella mancanza di un effettivo controllo giurisdizionale sulla delibera del Consiglio nazionale che aveva proposto i candidati per la nomina alla Sezione civile⁵¹. Sotto questo profilo, la Corte EDU condivide la decisione della Corte suprema amministrativa che aveva definito il procedimento annullando la delibera (e che aveva, ancora una volta, applicato i principi indicati dalla Corte di giustizia)⁵², ma riscontra al contempo che tale ultima decisione era rimasta senza effetto concreto, posto che la procedura di nomina era stata comunque già da tempo completata dal Presidente della Repubblica, e posto inoltre che più di una riforma legislativa era intervenuta *medio tempore* allo scopo evidente di estinguere il procedimento in corso: si è trattato di condotte del potere esecutivo e legislativo evidentemente finalizzate a rendere ogni controllo giurisdizionale sulla risoluzione del Consiglio nazionale «privo di senso e di effetti», e che pertanto denotano un «totale disprezzo per l'autorevolezza, l'indipendenza e il ruolo della magistratura» (§333).

Per quanto riguarda la natura fondamentale delle violazioni riscontrare – cioè il secondo elemento del test –, oltre alla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte suprema polacca i giudici di Strasburgo richiamano anche le numerose opinioni delle organizzazioni internazionali che avevano, in sostanziale unanimità, lamentato la perdita di indipendenza del Consiglio nazionale della magistratura. Senza particolari sorprese, la Corte EDU inevitabilmente conclude affermando che una procedura che «rivela un'influenza indebita dei poteri legislativo ed esecutivo nella nomina dei giudici è *in sé* incompatibile con l'art. 6 § 1 della Convenzione e, come tale, costituisce una irregolarità determinante che incide negativamente sull'intero procedimento e compromette la legittimità di un tribunale composto da giudici così nominati» (§345); si tratta, dunque, di violazioni così gravi da pregiudicare «l'essenza stessa del diritto della società ricorrente a un “tribunale costituito per legge”» (§346).

Quanto all'ultimo elemento del test, alla luce delle considerazioni già svolte la Corte molto sinteticamente ribadisce come le azioni delle autorità polacche abbiano reso privo di qualsivoglia

⁵¹ Delibera n. 330 adottata dal Consiglio nazionale della magistratura il 28 agosto 2018.

⁵² Decisione del 6 maggio 2021 della Corte suprema amministrativa.

effetto il procedimento che aveva annullato la delibera del Consiglio nazionale, e che dunque «nessun rimedio è stato fornito alla società ricorrente» (§348).

Pertanto, la Corte conclude riscontrando una lesione grave e manifesta del diritto a un tribunale “costituito per legge”. È inoltre interessante notare che la sentenza, in un breve ma significativo passaggio, confermi che il procedimento di nomina dei nuovi giudici abbia comportato *anche* una lesione dei requisiti di indipendenza e imparzialità, ma senza motivare sul punto: tale violazione è infatti già confermata dall’articolata motivazione relativa al mancato rispetto della costituzione per legge (§353). In altre parole, motivare sulla violazione di indipendenza e imparzialità non sarebbe altro che una ripetizione, dal momento che – come si è già indicato *supra* – non sembra sussistere sotto questo profilo una differenza apprezzabile fra il parametro eurounitario, ampiamente richiamato dalla Corte EDU per il tramite della giurisprudenza della Corte di giustizia, e quello convenzionale.

Emerge così un dato interessante. Il criterio del tribunale “costituito per legge” è sì valorizzato in modo autonomo, ma in un’ottica per cui esso sembra destinato a ridondare – sul piano sostanziale – nella violazione del principio di indipendenza: nei casi eclatanti (come è certamente quello polacco), la violazione della costituzione per legge non può infatti che concretizzarsi in forme tali da mettere in serio pericolo l’indipendenza degli organi giudiziari⁵³.

La scelta di puntare su un simile criterio per così dire “relazionale”, allora, può essere intesa come la chiave di volta di una strategia giudiziale che enfatizza quanto più possibile una comunità di intenti, valori e obiettivi fra giurisdizioni europee e nazionali. Per come modellato dalla Corte EDU, l’autonomo parametro del tribunale “costituito per legge” in relazione alla nomina dei magistrati riposa infatti in modo pronunciato anche su attori e fonti extraconvenzionali, e fornisce così lo strumento per evidenziare l’esistenza di un fronte comune che si oppone, a più livelli, alla torsione illiberale polacca⁵⁴. In questo modo, inoltre, la Corte EDU constata che la violazione del parametro convenzionale origina dal fatto che la procedura di nomina dei giudici si pone in

⁵³ In dottrina è stato notato, infatti, che il requisito della “istituzione per legge” dei tribunali emergente dalla recente giurisprudenza europea protegge l’indipendenza della magistratura opponendosi a interferenze degli altri poteri; al contempo, però, si sottolinea come il principio abbia uno scopo più ampio, imponendo al contempo ai giudici di agire nei limiti dei poteri di cui sono investiti. V. C. RIZCALLAH, V. DAVIO, *The Requirement that Tribunals be Established by Law*, cit., pp. 605-606.

⁵⁴ Va anche segnalato che, nelle sue ultime pronunce relative all’ordinamento giudiziario polacco, la stessa Corte di giustizia ha fatto espresso riferimento al diritto a un “tribunale costituito per legge” come delineato dalla Corte EDU: v., ad es., Corte di giustizia, Grande sezione, sent. 6 ottobre 2021, causa C-487/19, *W.Ż.*, parr. 124-125, e sent. 29 marzo 2022, causa C-132/20, *BN e altri c. Getin Noble Bank S.A.*, par. 117.

contrasto, in primo luogo, proprio con la stessa Costituzione polacca, oltre che con il diritto dell'Unione; e che dunque la condotta del potere esecutivo e legislativo polacchi è censurabile non soltanto da una prospettiva esterna, quale quella convenzionale, ma anche e soprattutto da quella interna dello stesso ordinamento nazionale.

Il criterio della “costituzione per legge”, dunque, non solo si aggiunge ai parametri domestici ed europolitani, ma ne presuppone la stessa sussistenza, ponendosi come strumento che consente una saldatura netta fra le giurisprudenze delle corti europee e nazionali nella missione comune di difendere i capisaldi dello Stato di diritto.

5. Questioni aperte

La motivazione di *Advance Pharma*, come si è già accennato, ricalca largamente quella delle sentenze *Reczkowicz* e *Dolińska-Ficek*, e si può supporre che tale schema argomentativo sarà ulteriormente replicato in tutti i casi in cui la Corte EDU sarà chiamata a giudicare il procedimento di nomina di giudici polacchi (anche delle corti di merito) effettuati a partire dal 2018⁵⁵. La Corte constata, infatti, che la violazione riscontrata ha una natura strutturale: la «disfunzione sistemica» (§365) risiede proprio nell'attuale composizione del Consiglio nazionale della magistratura, che lo rende privo delle garanzie minime che possano assicurare il rispetto della separazione dei poteri e dello Stato di diritto, esponendo così la Polonia alla possibilità di subire una serie di condanne dal contenuto sostanzialmente identico.

La sentenza in commento presenta, al contempo, almeno una questione nuova. Nel caso *Advance Pharma* il governo polacco ha eccepito, per la prima volta, il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, sostenendo che prima di rivolgersi a Strasburgo la ricorrente avrebbe dovuto effettuare un ricorso al Tribunale costituzionale per contestare la disciplina che regola le nomine dei giudici alla Corte suprema. La Corte EDU rigetta la contestazione, osservando con pragmatismo che un simile ricorso non avrebbe avuto alcuna plausibile prospettiva di successo. E questo non solo perché il Tribunale costituzionale ha già dato prova di interpretare i requisiti posti dall'art. 6, par. 1,

⁵⁵ Sul punto v. M. SZWED, *When Is a Court Still a Court? The ECtHR's Advance Pharma Case and the Polish Judiciary*, in *Verfassungsblog*, 11 febbraio 2022.

CEDU in modo arbitrario e totalmente inconciliabile con la giurisprudenza convenzionale⁵⁶; ma anche, più in generale, per l’atteggiamento che l’organo stesso ha assunto nel corso degli ultimi anni, con plurimi tentativi di boicottare la Corte suprema nel contestare la procedura di nomina dei giudici (§319).

Come è stato notato, in questo modo la decisione ha evitato di prendere una chiara posizione sullo *status* attuale del Tribunale costituzionale e sulle sue conseguenze rispetto al sistema di tutela convenzionale. La sentenza *Xero Flor* ha accertato che, nella sua attuale composizione, tale organo non può più essere considerato un “tribunale costituito per legge”; dato che l’art. 35 della Convenzione è inteso nel senso che devono essere esauriti tutti i rimedi *effettivi*⁵⁷, può ora porsi la questione generale se sussista o meno, a pena di irricevibilità del ricorso, l’obbligo di ricorrere a un giudice apicale qualora sia stato accertato che questi non rispetta i vincoli di indipendenza e della costituzione per legge. In altri termini, ci si può chiedere se, alla luce del principio di sussidiarietà che caratterizza l’intervento della Corte di Strasburgo rispetto ai rimedi interni, la violazione della *rule of law* e della separazione dei poteri incida direttamente sulle condizioni di esperibilità dei ricorsi. La questione non ha ancora ricevuto una risposta da parte della Corte EDU; e il problema può porsi negli stessi termini, per esempio, con riferimento alle due sezioni della Corte suprema istituite dalla riforma del 2017, che sono completamente formate da magistrati di “nuova” nomina e la cui violazione dell’art. 6 CEDU è già stata riscontrata da Strasburgo⁵⁸.

Resta inoltre aperta la questione di quali siano i rimedi per sanare la violazione accertata. Sembra ovvio che l’unico rimedio effettivo consista in una riforma del Consiglio nazionale della magistratura che restituisca ai giudici il compito di eleggere la componente togata⁵⁹; ma si tratta di un’ipotesi che non pare, almeno ad oggi, realistica. L’attuale maggioranza di governo polacca non sembra affatto disponibile a un cambio di linea politica che garantisca effettivamente

⁵⁶ V. la già ricordata sentenza del Tribunale costituzionale del 20 aprile 2020 (caso n. U 2/20), che – come si è già fatto cenno – è stata oggetto di serrata critica da parte della Corte di Strasburgo; ma v. soprattutto le recenti decisioni del 24 novembre 2021 (caso K 6/21) e del 10 marzo 2022 (K 7/21), che hanno dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 6 CEDU; sul punto si tornerà oltre.

⁵⁷ Per costante giurisprudenza, la Corte di Strasburgo richiede che i ricorrenti esperiscano soltanto i rimedi interni *effettivi, adeguati e accessibili*: v., ad es., Corte EDU, Grande Camera, *Sejdovic v. Italy*, n. 56581/00, 1° marzo 2006, §45.

⁵⁸ Sul punto v. M. LELOUP, *The Duty to Exhaust Remedies with Systemic Deficiencies*, in *Verfassungsblog*, 8 febbraio 2022.

⁵⁹ In questo senso v. S. GIANELLO, *L’indipendenza dei giudici polacchi ancora sotto la lente di Strasburgo*, cit., p. 186.

l'indipendenza della magistratura nazionale, anche a costo di dimostrare il più ampio disprezzo nei confronti delle Corti europee. Un atteggiamento che trova piena conferma nella condotta del Tribunale costituzionale, che nell'ultimo anno ha adottato tre a dir poco dirompenti decisioni.

Con una prima sentenza, il Tribunale ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune previsioni del Trattato sull'Unione europea, negando così la legittimità rispetto all'ordinamento polacco della giurisprudenza della Corte di giustizia sul principio di indipendenza dei giudici⁶⁰; poi, a seguito della decisione *Xero Flor*, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 6 CEDU nella misura in cui l'espressione "tribunale" è riferibile al Tribunale costituzionale stesso⁶¹; infine ha di nuovo dichiarato l'illegittimità dell'art. 6 CEDU nella misura in cui il requisito del "tribunale costituito per legge" consente di ignorare la Costituzione, le leggi e le decisioni del Tribunale costituzionale e di valutare le norme sull'organizzazione della giustizia⁶².

Si tratta, come è di ogni evidenza, di sentenze che hanno lo scopo di rendere prive di effetto nell'ordinamento interno le pronunce delle Corti europee relative all'organizzazione della giustizia, e che infatti colpiscono esclusivamente le norme del Trattato e della Convenzione su cui si fonda tale giurisprudenza. Un chiarissimo segnale, dunque, del fatto che la crisi dello stato di diritto polacco è ben lungi dal trovare una soluzione in tempi brevi; e si può quindi ipotizzare che, con ogni plausibilità, la Corte EDU tornerà più volte nel prossimo futuro a giudicare violazioni del diritto a un "tribunale costituito per legge" da parte della Polonia.

⁶⁰ Tribunale costituzionale, sent. 7 ottobre 2021 (caso K 3/21), su cui v. M. BONELLI, *Symposium – Part III – Let's take a deep breath: on the EU (and academic) reaction to the Polish Constitutional Tribunal's ruling*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, 17 ottobre 2021; W. BRZOZOWSKI, *C'è del marcio in Polonia?*, cit., p. 971 ss.; S. TROILO, *Controlimiti versus Stato di diritto? Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia sull'indipendenza della magistratura*, in *Consluta Online*, 1/2022, p. 115 ss.; F. MAURI, *Il Tribunale costituzionale polacco, le Corti sovranazionali e la salvaguardia dello Stato di diritto in Europa*, ivi, p. 128 ss.

⁶¹ Tribunale costituzionale, sent. 24 novembre 2021 (caso K 6/21), su cui v. E. ŁĘTOWSKA, *The Honest (though Embarrassing) Coming-out of the Polish Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 29 novembre 2021; F. MAURI, *Il Tribunale costituzionale polacco, le Corti sovranazionali e la salvaguardia dello Stato di diritto in Europa*, cit., p. 134 ss.

⁶² Tribunale costituzionale, sent. 10 marzo 2021 (caso K 7/21).