



Ordinamento giudiziario" class="voce">

Indipendenza della magistratura in Polonia. Lo “strappo nel cielo di carta” della rule of law e l’argomento identitario di Simone Pitto

di [Simone Pitto](#)

4 giugno 2023

Sommario: 1. Lo stato di diritto. Un impegno senza fine. – 2. Magistratura e giustizia costituzionale nel sistema polacco. – 3. La crisi costituzionale e le tappe dello “svuotamento” dell’indipendenza della magistratura. – 4. La risposta dell’Unione europea. – 5. *Rule of law*, indipendenza della magistratura e identità nazionali: la distanza crescente tra Varsavia e Bruxelles. – 6. Perché le corti? Alcune note conclusive.

Abstract: *The paper examines the crisis of the independence of the judiciary in Poland and its impact on the rule of law. The reforms adopted since 2015 have created a system in which executive interference in the administration of justice is deep, continuous, and alarming. The article also analyzes the evolution of the situation regarding judicial independence in Poland identifying key stages and causes of the constitutional erosion. The response of the European Union to this crisis is also examined. The author argues that while there have been some progresses as per EU mechanisms of enforcement, there is still a significant distance between Warsaw and Brussels on issues related to rule of law and judicial independence. Finally, the author reflects on the current role of the courts in modern legal systems emphasizing that it is essential to defend judicial*

independence as a cornerstone of democratic governance.

1. Lo stato di diritto. Un impegno senza fine

«*Preserving liberty, democracy and the rule of law is not overnight achievement, it is rather an endless business*» osservava M. Cartabia a proposito della regressione delle garanzie della magistratura in atto in Polonia e Ungheria[1].

Le riforme polacche sull'ordinamento giudiziario ed il Tribunale costituzionale approvate a partire dal 2015 hanno dato l'avvio ad un'aspra contrapposizione frontale con le istituzioni dell'Unione europea sul terreno dello Stato di diritto[2], o *rule of law*[3], portando altresì un coro nutrito di voci dottrinali ed istituzionali ad annoverare il paese dell'Europa centrale, accanto alla stessa Ungheria, tra le c.d. democrazie illiberali[4].

Il termine “democrazia illiberale” non è espressione nuova ma utilizzata già nel 1997 dal giornalista e politologo Fareed Zakaria 1997[5] per descrivere un fenomeno particolarmente esteso ma altrettanto eterogeneo di transizioni democratiche incomplete[6].

Né la Polonia né l'Ungheria[7], nondimeno, venivano ricomprese da Zakaria in quell'originaria categorizzazione, diversamente da altre esperienze europee derivanti dalla dissoluzione dell'ex Jugoslavia ovvero dal caso della Slovacchia[8]. Per i paesi dal passato sovietico, di contro, l'impressione dei commentatori del periodo era quella di una transizione costituzionale completata con successo[9].

Per il caso ungherese, a contraddirne questa visione positiva prevalente tra gli osservatori è stato del resto lo stesso Orban che ha recentemente ripreso con malcelato orgoglio il concetto di democrazia illiberale in un discorso fiero del 2014 in cui affermava che «il nuovo Stato che costruiremo in Ungheria non sarà uno Stato liberale, sarà uno Stato democratico non liberale» [10].

Il risultato dell'attuale complessa situazione in Polonia pare frutto sia di cause più risalenti attribuibili, tra l'altro, ad una transizione democratica forse viziata da imperfezioni latenti sia di una più recente e decisa metamorfosi in direzione opposta alle garanzie presenti nei sistemi che si rifanno ai principi dello stato costituzionale di diritto[11].

Significativamente, questo processo di allontanamento della Polonia dalla *rule of law* si è giocato sin dall'inizio sul campo dell'indipendenza della magistratura e della giustizia costituzionale. Le riforme approvate dalla coalizione risultata vincitrice a seguito delle elezioni del 2015 hanno interessato l'intero sistema giudiziario ed il Tribunale costituzionale, realizzando un sistema in

cui le interferenze dell'esecutivo nell'amministrazione della giustizia sono profonde, continue ed allarmanti[\[12\]](#).

Nell'osservare il progressivo svuotamento di significato di quel principio di separazione dei poteri affermato dall'art. 10 della Costituzione polacca, non si può fare a meno di chiedersi come si sia arrivati ad un tale risultato proprio nel cuore dell'Europa e, diversamente dal caso ungherese, a costituzione formale invariata. Lo sguardo su questo processo, a tratti portato avanti con meticolosità quasi scientifica nel caso ungherese[\[13\]](#) e forse ancora di più in quello polacco, restituisce una sensazione di straniamento che mette in dubbio certezze quasi assodate del costituzionalismo liberale democratico contemporaneo. Uno “strappo nel cielo di carta” della *rule of law* – per usare una fortunata espressione[\[14\]](#) – che ci paralizza e ci restituisce l'idea della fragilità di garanzie date per certe e invece agganciate ad un delicato gioco di pesi e contrappesi tra organi costituzionali.

Nelle pagine seguenti si tenterà di approfondire per sommi capi la vicenda polacca mettendo a fuoco le tappe dello svuotamento delle garanzie costituzionali sull'indipendenza della magistratura, l'esito della “giurisdizionalizzazione”[\[15\]](#) della conflittualità politica apertasi con l'Unione europea sul terreno della *rule of law*, secondo alcuni suscettibile di rappresentare una prima tappa per una “POLEXIT” e l'uso dell'argomento identitario da parte delle istituzioni polacche per giustificare la regressione democratica e l'attacco alla magistratura. In conclusione, si formuleranno alcune considerazioni per contestualizzare il caso polacco rispetto al ruolo attuale delle Corti nel contesto europeo.

2. Magistratura e giustizia costituzionale nel sistema polacco

Per comprendere la portata dello stravolgimento dell'assetto costituzionale e dell'attacco frontale alle garanzie della magistratura intervenuto in Polonia, pare utile muovere ricordando le principali tappe storico-evolutive nell'organizzazione della magistratura nell'ambito del costituzionalismo polacco[\[16\]](#).

Nel contesto degli ordinamenti socialisti est-europei l'esercizio della funzione giurisdizionale si fondava, di norma, su meccanismi di elezione dei magistrati. In Polonia il principio dell'elettività è stato tuttavia declinato con alcune non trascurabili peculiarità. L'art. 60 della Costituzione polacca del 1952[\[17\]](#) e l'art. 32 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1964 prevedevano un meccanismo di designazione dei magistrati basato sulla chiamata ad opera del Consiglio di Stato con indicazione del Ministro della Giustizia. L'art. 48 della Costituzione conferiva altresì alla Corte Suprema il ruolo di custode del sistema[\[18\]](#). Inoltre, nel periodo socialista, il sistema

polacco sottoponeva la valutazione della responsabilità disciplinare dei magistrati ad un organismo specifico, il Consiglio di disciplina. Questa previsione marcava le distanze rispetto al trattamento previsto in altri paesi socialisti, nei quali le ipotesi di revoca e destituzione dei magistrati erano spesso previste direttamente per legge[\[19\]](#).

Una seconda fase si apriva con la c.d. Terza Repubblica di Polonia a seguito dell'approvazione della legge di revisione costituzionale del 1989[\[20\]](#). Si avvia in questo momento una lunga stagione di riforme costituzionali che arriverà sino al 1997. La legge 20 dicembre 1989[\[21\]](#) attribuiva la nomina dei magistrati al Presidente della Repubblica e istituiva il Consiglio Nazionale della Magistratura[\[22\]](#), organo di rilevanza costituzionale ma il cui funzionamento è già da questa fase quasi interamente rimandato alla legislazione ordinaria[\[23\]](#).

La successiva revisione costituzionale del 29 dicembre 1989 innovava ulteriormente l'ordinamento giudiziario, specialmente con riguardo al ruolo del pubblico ministero. Sopravvivono tuttavia in questa fase rilevanti connessioni istituzionali tra gli organi requirenti ed il governo, come testimoniato dalla coincidenza tra Procuratore Generale e Ministro della Giustizia, successivamente venuta meno nel 2010, per poi essere nuovamente ripristinata nel 2016[\[24\]](#).

Il tentativo parziale di epurazione di elementi di stampo sovietico venne proseguito dapprima dalla c.d. «piccola Costituzione» del 1992[\[25\]](#) ed in seguito dalla Legge fondamentale del 2 aprile 1997[\[26\]](#), attuale punto di riferimento costituzionale e frutto di accordi compromissori tra forze provenienti dall'esperienza di *Solidarność* e componenti ex comuniste[\[27\]](#). Ai sensi dell'art. 173 Cost. i tribunali sono indipendenti dagli altri poteri statali e i giudici risultano soggetti solo alla Costituzione e alla legge in ottemperanza al successivo art. 195 Cost. La loro nomina spetta invece al Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio Nazionale della Magistratura (*Krajowa Rada Sądownictwa*)[\[28\]](#).

In base alla Costituzione del 1997[\[29\]](#), tale organo è chiamato a farsi garante dell'indipendenza della magistratura (art. 186) ed ha la possibilità di ricorrere d'innanzi al Tribunale costituzionale in relazione ad atti normativi su di essa incidenti. L'ultimo comma dell'art. 187 della Costituzione conferma la previsione di una riserva di legge molto ampia con riguardo a struttura, scopi, attività e procedure interne del Consiglio, incluse le modalità di elezione della componente togata[\[30\]](#). Il Consiglio include anche una componente laica eletta dalla Dieta, o *Sejm*, (4 membri) e dal Senato (2 membri). La riserva di legge sull'organizzazione e le attività del Consiglio è stata attuata dalla legge *Krajowej Radzie Sądownictwa* (*Law on the National Council of the Judiciary*) del

12 maggio 2011, sulla quale è successivamente intervenuto il controverso “pacchetto giustizia” nella stagione di riforme iniziata nel 2015-2016.

La composizione del Consiglio risultante dalla Costituzione in vigore dal 1997 accosta alla componente laica e ai quindici membri togati alcuni membri di diritto. Si tratta del Primo Presidente della Corte Suprema, del Presidente dell'Alta Corte Amministrativa, del Ministro della Giustizia e di un membro nominato dal Presidente della Repubblica[\[31\]](#).

Quanto al Tribunale costituzionale (*Trybunał Konstytucyjny*), gli artt. da 188 a 197 della Suprema Carta polacca del 1997 delineano un controllo di legittimità costituzionale di tipo accentratato attribuito ad un Tribunale funzionalmente indipendente, distinto da altri organi giudiziari e composto da quindici membri con mandato novennale e col divieto di rielezione. Le attribuzioni del Tribunale costituzionale consentono un controllo di legittimità a spettro piuttosto ampio, coprendo sia atti legislativi sia, in genere, gli atti di organi centrali dello Stato ed anche gli accordi internazionali di cui, in base all'art. 188 c. 2, valuta la compatibilità a Costituzione[\[32\]](#).

Dal punto di vista dei canali del giudizio di costituzionalità, l'art. 79.1 prevede, tra l'altro, l'accesso diretto al Tribunale costituzionale da parte di individui che lamentino la lesione di libertà costituzionali ritenute infrante da provvedimenti di corti e organi dell'amministrazione [\[33\]](#). È inoltre previsto l'accesso diretto da parte di diversi soggetti istituzionali quali il Presidente della Repubblica, il Primo Ministro, il Procuratore generale e del Consiglio nazionale della magistratura nell'ambito della funzione di garante dell'indipendenza della magistratura affidata dalla Costituzione.

3. La crisi costituzionale e le tappe dello “svuotamento” dell'indipendenza della magistratura

L'assetto dell'organizzazione della giustizia così delineato dalla Costituzione del 1997, già caratterizzato da alcune criticità sul piano della separazione tra sistema di autogoverno e potere esecutivo quali la presenza del Ministro della giustizia nell'organo di autogoverno, ha iniziato a subire decise deviazioni a partire dal 2015.

Le elezioni per il rinnovo del Parlamento di tale anno segnavano la vittoria della coalizione di destra e del *Prawo i Sprawiedliwość* – PiS (Diritto e giustizia), che conseguì un'inedita maggioranza assoluta.

Il partito veniva da una fase di iniziale autoesclusione dalla vita pubblica seguita ad una breve parentesi al governo tra il 2005 e il 2007 ed una nuova perdita di centralità, almeno fino al tragico incidente dell'aereo presidenziale del 10 aprile 2010, che segnava la morte del Presidente

Lech Kaczyński e di alti personaggi pubblici della sua amministrazione[\[34\]](#).

Sin dall'inizio della legislatura avviata dal successo elettorale del 2015, il governo sostenuto dalla maggioranza guidata da PiS ha adottato ripetuti interventi che hanno profondamente rivoluzionato il Tribunale costituzionale, l'NCJ e, in generale, l'intero ordinamento giudiziario, inclusa la Corte Suprema e la Procura generale[\[35\]](#).

La prima mossa del nuovo governo è stata diretta proprio nei confronti del Tribunale costituzionale e si è accompagnata ad una vera e propria crisi costituzionale[\[36\]](#). In prossimità delle elezioni, la precedente coalizione facente capo alla *Platforma Obywatelska* (Piattaforma civica - PO) aveva favorito l'elezione alla *Sejm* di 5 dei membri elettori del Tribunale costituzionale, anticipando, con prassi costituzionale scorretta e censurabile, anche l'elezione di due membri che avrebbero dovuto prendere funzioni solo nel dicembre, a seguito dell'insediamento del nuovo *Sejm* nel novembre 2015[\[37\]](#).

Il Presidente Duda si è opposto all'elezione, ritenendola illegittima e rifiutando il giuramento dei giudici costituzionali. A seguito dell'insediamento alla *Sejm*, il 25 novembre 2015, la maggioranza guidata dal PiS ha eletto un diverso gruppo di cinque giudici, i quali hanno subito prestato giuramento. Lo stesso Tribunale costituzionale interveniva in seguito con la sentenza K 34/15 del 3 dicembre 2015, censurando l'illegittimità della nomina di 2 dei 5 giudici eletti prima delle elezioni nell'ottobre 2015[\[38\]](#). Con una successiva decisione del 9 dicembre 2015[\[39\]](#), il giudice costituzionale riteneva ancora illegittima la nomina di 3 su 5 giudici eletti il 2 dicembre 2015 dalla *Sejm* a maggioranza PiS[\[40\]](#).

A questo punto, il PiS interveniva ripetutamente sulle disposizioni relative al funzionamento del Tribunale costituzionale, a partire dalla legge 22 dicembre 2015[\[41\]](#). Le modifiche così approvate introducevano una maggioranza qualificata di 13 giudici su 15 per le decisioni sull'illegittimità costituzionale e ponevano così il Tribunale costituzionale in uno stato di sostanziale *empasse*[\[42\]](#). Il Tribunale costituzionale si è comunque pronunciato sulla questione, censurando le modifiche apportate dal governo nella sentenza K 47/15 del 9 marzo 2016. Per tutta risposta, la sentenza non è stata pubblicata nella Gazzetta ufficiale polacca, innescando le critiche anche della Commissione di Venezia[\[43\]](#).

Gli interventi della maggioranza nei confronti del Tribunale costituzionale proseguivano nel corso del 2016 e degli anni seguenti interessando profondamente l'intero funzionamento dell'organo, sia per quanto riguarda lo *status* dei giudici, sia in relazione agli stessi procedimenti costituzionali, approfittando dell'ampia riserva di legge prevista dalla Costituzione[\[44\]](#). Il

risultato, secondo molti commentatori, è un sostanziale mutamento in senso maggioritario dell’organo che, negli ordinamenti democratici, rappresenta la garanzia massima delle posizioni antimaggioritarie ed il custode della Costituzione[\[45\]](#).

Parallelamente alla “cattura” dell’organo di garanzia costituzionale, la compagine governativa guidata da Diritto e Giustizia si assicurava di ristabilire la precedente coincidenza tra Ministero della Giustizia e Procuratore generale, venuta meno nel 2010 e ripristinata con la legge 28 gennaio 2016[\[46\]](#). Si tratta di un elemento già presente nella tradizione costituzionale polacca che pare ulteriormente confermare quell’incompletezza del processo di piena transizione democratica di cui si è detto. È al contempo un profilo estremamente problematico per via della sua incidenza sulla separazione e l’equilibrio dei poteri oltre che sull’indipendenza dell’ordinamento giudiziario[\[47\]](#). Si deve infatti considerare che sussistono nell’ordinamento polacco poteri di supervisione del Procuratore generale sull’operato delle procure, oltre alla possibilità di impartire istruzioni sulla conduzione dei processi[\[48\]](#). A ciò si aggiunge che, in base alla Costituzione, il Ministro della Giustizia – Procuratore generale siede anche nell’organo di autogoverno della magistratura polacca, come membro di diritto.

Altre istituzioni di rilievo del sistema politico sono state interessate dai tentativi di estensione dell’influenza del PiS sulla vita pubblica. Il riferimento è alla legge 15 gennaio 2016 che interviene sulla disciplina della polizia e dell’ordine pubblico ampliando le facoltà di sorveglianza online[\[49\]](#) e le misure antiterrorismo[\[50\]](#). Ma anche alla stampa, interessata ad esempio dalla legge 22 giugno 2016 relativa al Consiglio Nazionale dei *media*.

L’attacco all’ordine giudiziario è stato però trasversale e forse il più massiccio. La motivazione politica ufficiale di un tale accanimento è stata individuata nella presunta corruzione e inefficienza del sistema giudiziario, visto dalla maggioranza come asserita istanza di resistenza corporativa al rinnovamento necessario alla Polonia[\[51\]](#).

Nel 2017, veniva adottato un pacchetto di riforma generale dell’intero sistema giudiziario, accompagnato da un coro di critiche e preoccupazioni da parte dell’Unione europea e degli osservatori, che ha interessato tutti i settori della magistratura, inclusa la formazione dei giudici [\[52\]](#). Tra le modifiche più rilevanti, vi sono alcune misure riferite al procedimento disciplinare e alla Corte suprema. Presso tale organo vengono introdotte due nuove Camere di cui una disciplinare (*Izba Dyscyplinarna*), competente a decidere, anche in appello, sull’irrogazione di provvedimenti disciplinari ai magistrati[\[53\]](#) ed una competente in materia di controllo straordinario degli affari pubblici[\[54\]](#). Le modifiche sul procedimento disciplinare sono

consistenti e critiche. La nomina dei componenti della Camera disciplinare spetta al Presidente della Repubblica, il quale dopo la riforma ha altresì la possibilità di nominare il procuratore disciplinare e, se entro trenta giorni non provvede in tal senso, il Ministro della Giustizia può comunicare al Presidente la propria intenzione di procedere e, in caso di nuova inerzia di quest'ultimo, è il Ministro della giustizia a nominare il procuratore disciplinare[\[55\]](#).

Si tratta di profili che hanno attirato anche le censure di un rapporto del GRECO - Gruppo degli Stati contro la corruzione, organo di monitoraggio del Consiglio d'Europa, che ha rilevato un eccessivo coinvolgimento dell'esecutivo all'interno del procedimento disciplinare a seguito delle modifiche legislative[\[56\]](#).

La legge del 20 dicembre 2017 sulla Corte Suprema, inoltre, abbassava l'età pensionabile dei giudici della Corte Suprema di cinque anni. Ciò ha portato alla sostituzione di una percentuale intorno al 40% dei componenti della Corte[\[57\]](#), con la nomina dei nuovi giudici da parte del Presidente della Repubblica su proposta del Consiglio Nazionale della Magistratura[\[58\]](#). Di fatto una “purga” giudiziaria alla quale i giudici della Corte Suprema potevano sottrarsi solo richiedendo una proroga al Presidente della Repubblica che, in via del tutto discrezionale, poteva concederla o meno[\[59\]](#).

Oltre ai giudici della Suprema Corte, le riforme non hanno risparmiato anche i magistrati ordinari. Anche per loro l'abbassamento repentino dell'età pensionabile è stato lo strumento per innovare le fila del giudiziario selezionando i giudici da far permanere, su richiesta di proroga quest'ultimi e con valutazione discrezionale e insindacabile del Ministro della Giustizia[\[60\]](#). Considerato che lo stesso Ministro della giustizia (già anche procuratore generale e membro dell'organo di autogoverno) è inoltre titolare della nomina dei presidenti dei tribunali, si apprezza la totale pervasività dell'azione dell'esecutivo nei confronti di tutta la magistratura polacca.

Anche il Consiglio Nazionale della Magistratura non è stato risparmiato da profonde modifiche operate dalla compagine governativa guidata dal PiS. La legge del 20 dicembre 2017 ha infatti previsto la cessazione dei membri del Consiglio entro tre mesi per azzerare eventuali membri avversi della precedente consiliatura ed ha innovato le modalità d'elezione dei membri togati, prima eletti dalla magistratura ed oggi dalla *Sejm*. Ciò ha ovviamente affidato alla scelta della maggioranza guidata dal PiS l'elezione dei membri togati del Consiglio, a sua volta responsabile della proposizione delle nomine dei giudici al Presidente.

Posto che il Presidente Duda (riconfermato alle ultime elezioni del 2020) è esponente del PiS, allo stato attuale, il partito di maggioranza ha di fatto la possibilità di incidere sull'elezione di 22 su 25 consiglieri dell'organo di autogoverno polacco. La separazione dei poteri, pur affermata dall'art. 10 della Costituzione, risulta in questo contesto meramente virtuale e poco più che una clausola di stile[\[61\]](#).

4. La risposta dell'Unione europea

A seguito della stagione di riforme avviata dal “Pacchetto giustizia” e della regressione delle garanzie del giudiziario, le istituzioni eurounitarie sono intervenute azionando tutti gli «anticorpi esterni»[\[62\]](#) messi a disposizione dal diritto dell'Unione. In primo luogo, con il mezzo più “tradizionale” della procedura di infrazione di cui all'art. 258 TFUE[\[63\]](#), ottenendo sentenze di condanna della Polonia da parte della Corte di giustizia rimaste, per la maggior parte, ignorate nella sostanza dalle istituzioni polacche[\[64\]](#). Il riferimento è, tra le altre, alla sentenza del 24 giugno 2019 sull'indipendenza della Corte Suprema polacca[\[65\]](#), alla sentenza del 5 novembre 2019, causa C-192/18 avente ad oggetto l'indipendenza dei tribunali ordinari ed alle decisioni relative alle modifiche al procedimento disciplinare, con l'ordinanza dell'8 aprile 2020[\[66\]](#) e la sentenza del 15 luglio 2021[\[67\]](#).

Accanto a questa risposta esterna, si devono ricordare anche le reazioni interne alla Polonia[\[68\]](#). Oltre a mobilitazioni di piazza spontanee e coordinate dall'opposizione, alla marcia delle toghe di Varsavia del gennaio 2020, alle prese di posizione della stampa contraria alla svolta illiberale, di alcune università e di organizzazioni non governative nazionali, si può richiamare anche la reazione “giudiziaria” di diversi giudici polacchi che hanno visto nella Corte di Giustizia un interlocutore naturale a cui rivolgersi. Ne è un esempio il caso *A.K. e a.*, deciso con sentenza del 19 novembre 2019 e originato da rinvii pregiudiziali proveniente dalla stessa Corte Suprema polacca, sezione lavoro e previdenza, nell'ambito di giudizi instaurati da giudici della Corte Suprema e della Corte Suprema amministrativa rimasti vittima del pensionamento anticipato e del diniego alla successiva richiesta di proroga[\[69\]](#). In tale occasione, la Grande Sezione della Corte di Giustizia ha tra l'altro stabilito che l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la direttiva 2000/78[\[70\]](#) ostano alla sottoposizione di controversie aventi ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione alla competenza esclusiva di un organo non indipendente e imparziale[\[71\]](#).

Le autorità polacche hanno per la verità adottato alcuni limitati interventi di revisione a seguito delle indicazioni provenienti dalle istituzioni unionali ma si è trattato per lo più di limature di

facciata, del tutto inidonee a far rientrare il paese sui binari dell’indipendenza complessiva del sistema giudiziario[\[72\]](#).

Questa risposta insufficiente della Polonia ha spinto l’Unione a valutare “*unprecedented measures*” nel quadro dei meccanismi preventivi di salvaguardia dello stato di diritto concessi dai trattati [\[73\]](#). Si tratta dell’ulteriore procedura – complementare a quella di infrazione[\[74\]](#) – prevista dall’art. 7 comma 1 TUE, che consente di reagire a rischi di violazione dei valori fondanti dell’Unione di cui all’art. 2 TUE. Tra questi, infatti, figura anche il rispetto dello stato di diritto [\[75\]](#).

Il procedimento è pensato per assicurare il rispetto dei valori eurounitari da parte degli Stati che sono già membri dell’Unione. Mentre per gli aspiranti Stati membri sono infatti presenti rigorosi meccanismi di condizionalità in entrata che consentono un vaglio scrupoloso sul rispetto dei valori fondanti, tra cui la *rule of law*, più difficile è l’accertamento di violazioni sopravvenute da parte di Stati membri che partecipano (e votano) già ai lavori delle istituzioni europee[\[76\]](#).

Anche per tali ragioni e sulla scorta delle esperienze di Polonia e Ungheria[\[77\]](#), si è registrata negli ultimi anni la tendenza ad una maggiore precisazione dei contenuti del principio dello Stato di diritto all’interno del diritto derivato dell’UE, come dimostra l’approvazione del Regolamento 2020/2092 del 16 dicembre 2020. Tale regolamento introduce un sistema generale di condizionalità a protezione del bilancio dell’Unione che comprende, tra l’altro, il rispetto dei principi di legalità, certezza del diritto, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, tutela giurisdizionale effettiva, compreso «l’accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali» e la separazione dei poteri[\[78\]](#). L’indipendenza del giudiziario è del resto un tratto fondamentale della *rule of law* oltre che un elemento strettamente riconnesso ai principi cardine del costituzionalismo, quali la tutela dei diritti[\[79\]](#).

Nell’attivare la misura dell’art. 7 TUE, peraltro, l’Unione si è orientata sul meccanismo più moderato previsto dal comma 1 ed è stata per questa scelta oggetto di critica da chi avrebbe voluto una reazione più decisa, ad esempio sulla base della diversa procedura di cui al comma secondo dell’art. 7. Quest’ultima consente di far fronte ad una violazione grave e persistente dei valori fondanti e di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro dall’applicazione dei trattati, tra cui i diritti di voto del rappresentante nel Consiglio[\[80\]](#).

Il problema di questa diversa procedura è che richiede per la sua dichiarazione l’unanimità del Consiglio Europeo su proposta di un terzo degli Stati membri. Di contro, la necessità

dell'unanimità si scontrava con l'annunciata opposizione dell'Ungheria, orientata su posizioni di voto reciproco con la Polonia e ciò ha probabilmente contribuito a far accantonare l'ipotesi[\[81\]](#).

Significative sono state anche le reazioni di altre istituzioni del contesto europeo e dei giudici di altri Stati membri. Riguardo al primo aspetto, l'ENCJ – dopo aver rivolto plurimi moniti al governo e al parlamento della Polonia con riguardo al venir meno delle fondamentali garanzie di indipendenza del giudiziario – è stata tra le prime istituzioni ad agire energicamente, sospendendo il Consiglio Nazionale del giudiziario polacco dalla rete europea dei Consigli di Giustizia[\[82\]](#).

Quanto al secondo profilo, in pendenza della procedura ex art. 7 TUE, i Tribunali di alcuni Stati membri hanno ritenuto opportuno inoltrare rinvii pregiudiziali ex art. 267 TFUE per evitare “complicità involontarie” nella violazione dei principi di indipendenza del giudiziario alla base della *rule of law* in caso di cooperazione giudiziaria con autorità giurisdizionali polacche.

Emblematico, nella sua peculiarità, è il caso *LM*, originato da un rinvio pregiudiziale della Corte Suprema irlandese alla Corte di Giustizia[\[83\]](#). Destinataria di un ordine di esecuzione per un MAE (mandato d'arresto europeo) su richiesta della Polonia, la Corte irlandese domandava alla Corte di Lussemburgo se fosse in effetti tenuta a dar seguito a tale ordine e disporre l'estradizione dell'imputato in favore della Polonia. Atteso che verso quest'ultima era già infatti stata attivata la procedura di cui all'art. 7 c. 1 TUE, la Corte irlandese si chiede se il trasferimento dell'imputato in Polonia non esponesse al rischio di violazioni ai principi del giusto processo, vista la situazione delle corti in atto in Polonia[\[84\]](#).

La Corte di Giustizia conferma l'impostazione del giudice rimettente e dei propri precedenti[\[85\]](#), ribadendo l'obbligo di tutti i giudici degli Stati membri di rispettare i valori comuni europei e affermando che è proprio il giudice nazionale a dover valutare, in concreto, la sussistenza di una violazione dello Stato di diritto[\[86\]](#). Questa valutazione avviene da un lato, accertando l'esistenza di violazioni sistemiche della *rule of law* e, dall'altro, verificando se l'esecuzione della condanna dell'imputato nello Stato richiedente non esponga a sua volta ad una violazione della *rule of law* [\[87\]](#). Per la Corte, in particolare, il giudice deve verificare «l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo, connesso a una mancanza di indipendenza dei giudici di detto Stato membro, a causa di carenze sistemiche o generalizzate in quest'ultimo Stato»[\[88\]](#).

L'orientamento della Corte di Giustizia è stato salutato da commenti molteplici in dottrina[\[89\]](#). Le diverse posizioni si polarizzano tra letture più caute che tendono a far prevalere l'esigenza di

mantenere la fiducia tra autorità giurisdizionale come valore fondamentale della cooperazione giudiziaria europea (almeno fino alla conclusione della procedura ex art. 7 TUE)[\[90\]](#) e commenti di plauso al richiamo del ruolo dei giudici degli Stati membri[\[91\]](#). La scelta della Corte ha in effetti il pregio di contribuire a realizzare un controllo allargato nel contesto europeo dell’operato di autorità giudiziarie “malate” di uno Stato membro. Se la valutazione della violazione dello Stato di diritto viene posta in capo ai diversi giudici nazionali, infatti, si moltiplicano le occasioni per portare alla luce mancanze strutturali nelle garanzie dei valori fondanti dell’Unione. In un contesto in cui le Corti diventano sempre più soggette ad ingerenze degli altri poteri, del resto, il rischio è che risultino più rari i rinvii pregiudiziali di autorità giudiziarie polacche alla Corte di Giustizia. D’altro canto, va considerato anche l’ulteriore rischio derivante da orientamenti difformi tra giudici degli Stati membri sulla valutazione del rispetto dello Stato di diritto oltre che delle possibili “ritorsioni” sul piano della collaborazione giudiziaria ad opera delle autorità giudiziarie di realtà illiberali[\[92\]](#). Una soluzione intermedia, con una limitazione della discrezionalità favorita da indici oggettivi fissati dalla Corte di Giustizia e non ancorati solo a valutazioni politiche della Commissione, potrebbe forse orientare la valutazione sul grado di indipendenza delle autorità giudiziarie degli altri Stati membri, riducendo il rischio di letture difformi[\[93\]](#).

5. Rule of law, indipendenza della magistratura e identità nazionali: la distanza crescente tra Varsavia e Bruxelles

Diversamente dall’Ungheria, in Polonia il PiS non ha ottenuto una maggioranza tale da poter consentire un programma a colpi di riforme costituzionali. L’assetto delle garanzie costituzionali sulla magistratura, così, è stato semplicemente svuotato o «degradato al rango di un documento politico privo di valore vincolante, come lo era stata nei decenni del socialismo reale»[\[94\]](#).

Non dissimile, in questa prospettiva, è anche il tentativo di svuotare di significato principi fondamentali dell’Unione europea come quello del primato del diritto eurounitario sul diritto nazionale[\[95\]](#). Tale processo è avvenuto attraverso un’interpretazione illiberale della Costituzione polacca[\[96\]](#) fondata su un’enfatizzazione dell’identità nazionale che ha raggiunto il proprio culmine[\[97\]](#) con la decisione del 7 ottobre 2021 del Tribunale Costituzionale (di seguito anche “TC”)[\[98\]](#). La decisione origina da un articolato ricorso al giudice costituzionale proposto dal Primo ministro oltre che dal Presidente della Repubblica, il *Sejm* ed altre figure istituzionali [\[99\]](#).

Nel dispositivo[\[100\]](#), il TC dichiarava alcune disposizioni del TUE incompatibili con la Costituzione polacca, affermando la prevalenza di quest’ultima. Si tratta di un vero e proprio ribaltamento del principio del primato del diritto eurounitario e non già di una semplice rivendicazione dei c.d. controlimiti[\[101\]](#). Non si contesta infatti la presenza di un’antinomia irrisolvibile tra singole disposizioni unionali e la Costituzione ma si denuncia l’avvio di una presunta «nuova fase» dell’Unione tra popoli europei che esorbiterebbe dalle competenze attribuite dalla Polonia in virtù dei trattati e si porrebbe radicalmente in contrasto con la Costituzione polacca[\[102\]](#).

Per il giudice costituzionale questa nuova fase sarebbe in conflitto con gli articoli 1 commi 1 e 2 e 4.3. del TUE, offuscando la supremazia della Costituzione polacca e facendo perdere alla Polonia la possibilità di agire alla stregua di uno stato sovrano democratico[\[103\]](#).

Inoltre, la Costituzione polacca sarebbe ulteriormente incompatibile con l’art. 19, par. 2, c. 2 del TUE, anche in combinato disposto con l’art. 2 TUE, permettendo ai giudici nazionali comuni e di legittimità di aggirare le disposizioni costituzionali ed emettere decisioni sulla base di disposizioni da ritenersi non vincolanti siccome abrogate ad opera del *Sejm* ovvero dichiarate incostituzionali dal TC[\[104\]](#).

Da ultimo, il punto 3 del dispositivo censura ancora gli artt. 2 e 19 del TUE nella parte in cui attribuiscono ai giudici nazionali la competenza a controllare la legalità delle procedure di nomina dei giudici da parte del Presidente della Repubblica e verificare la legittimità delle delibere del Consiglio nazionale della magistratura ed eventualmente rifiutare di accettare una nomina a giudice avvenuta nelle forme della Costituzione[\[105\]](#).

La decisione presenta numerose anomalie, a partire dai soggetti promotori, con il lungo ricorso promosso da attori istituzionali di primo piano già definito «un trattato di diritto “sovranista”» [\[106\]](#), passando per le modalità di comunicazione (dispositivo e successivo comunicato stampa). La frattura con il diritto eurounitario è radicale e, tuttavia, la sentenza sembra porsi in contraddizione con le disposizioni costituzionali oltre che con i precedenti dello stesso TC[\[107\]](#) e le posizioni espresse nell’ambito dell’integrazione europea. Oltre al fatto che la Costituzione del 1997 era già da tempo in vigore all’epoca della versione attuale dei Trattati, la clausola di limitazione internazionale di sovranità di cui all’art. 90 della Suprema Carta polacca consente la delega ad organizzazioni internazionali[\[108\]](#). In questo quadro, non appare casuale lo sforzo del TC di sostenere che alla base dell’attuale situazione di frizione vi sia non già un difetto genetico dei trattati bensì una loro interpretazione a traiettorie sghembe da parte della Corte di Giustizia

[\[109\].](#)

Le contraddizioni già menzionate sono state evidenziate e contestate in un comunicato redatto dai giudici del TC in regime di pensionamento[\[110\]](#). Il comunicato denuncia innanzitutto la contrarietà della decisione con la Costituzione[\[111\]](#) e contesta l'esistenza di un'incompatibilità tra l'applicazione del diritto dell'Unione da parte delle corti polacche e della Costituzione nei termini indicati dal TC[\[112\]](#). Di particolare interesse appare anche la lettura sulla vera finalità della decisione: quest'ultima non sarebbe di fatto destinata a sortire altro effetto legale se non esercitare una forma di pressione sui giudici polacchi minacciandoli con la spada di Damocle del procedimento disciplinare[\[113\]](#).

La Costituzione polacca, svuotata della sostanza delle sue garanzie per quanto riguarda l'indipendenza della magistratura e la separazione dei poteri[\[114\]](#), viene in questa fase utilizzata dal TC, in accoglimento della prospettazione di esponenti della maggioranza del PiS, come grimaldello per forzare le resistenze provenienti dall'ordinamento eurounitario in nome di una presunta identità costituzionale nazionale da far prevalere[\[115\]](#).

L'enfasi sull'argomento identitario di cui all'art. 4 TUE, comune in parte anche al caso ungherese, omette convenientemente di considerare che l'indipendenza delle corti e dei singoli giudici nazionali costituisce un valore comune dell'Unione europea da tenere in considerazione anche nell'interpretazione e applicazione del principio del primato del diritto unionale[\[116\]](#). I giudici degli Stati membri, infatti, facendosi garanti dell'applicazione del diritto unionale agiscono anche nell'interesse dell'Unione europea, la quale deve poter contare su un *corpus giudiziario* indipendente. Di contro, l'identità nazionale non può rappresentare una «*clausola di esonero*» del diritto dei trattati da invocare a mo' di *exemption* culturale a fronte di previsioni poco gradite agli ordinamenti nazionali[\[117\]](#).

6. Perché le corti? Alcune note conclusive

Il caso polacco rientra in una tendenza più generale in atto in alcuni ordinamenti nell'area dell'est europeo che, ormai da diversi anni, si sono posizionati «in una zona grigia, dove i principi del costituzionalismo sembrano essere messi decisamente alla prova, minando in questo modo l'*ubi consistam* dell'integrazione sovranazionale europea»[\[118\]](#).

Se è vero che già nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino si affermava che «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione»[\[119\]](#), si apprezza la profondità della lesione all'ordinamento costituzionale polacco derivante dalla completa erosione delle garanzie del giudiziario e dell'autonomia di

questo dagli altri poteri[\[120\]](#).

Tra le molte riflessioni che lo strappo in atto in Polonia suggerisce, pare interessante soffermarsi sulle ragioni che hanno indotto ad orientare la compagine governativa guidata dal PiS ad un attacco così pervicacemente condotto nei confronti della magistratura e del Tribunale costituzionale. Sebbene non si tratti certo di un disegno nuovo[\[121\]](#), il tentativo portato avanti in Polonia e Ungheria pare indicativo del ruolo assunto dalle corti nei sistemi giuridici contemporanei, specialmente nel contesto europeo.

In un quadro giuridico contemporaneo in cui le corti hanno da tempo svestito i panni di quella *bouche de la loi* evocata da Montesquieu, di fronte alla crisi del parlamentarismo i tribunali ordinari e costituzionali diventano sempre più interlocutori primari e motore dell’evoluzione dell’ordinamento in una pluralità di settore quali i nuovi diritti, la bioetica[\[122\]](#) e le sfide derivanti dall’innovazione tecnologica. Si tratta infatti di argomenti che spesso mal si coniugano con i tempi delle assemblee parlamentari o con le difficoltà ad individuare soluzioni normative generali condivise su temi divisivi[\[123\]](#).

Dall’altra parte, si apprezza anche un’esacerbazione della tendenza a spostare sul piano giudiziario i conflitti politici. Basti pensare al ruolo delle corti sul tema Brexit[\[124\]](#), in materia di verifica delle elezioni e con riguardo alle istanze separatiste[\[125\]](#).

L’integrazione sovranazionale e il ruolo dei giudici nazionali nel sistema eurounitario e nell’applicazione del diritto dell’Unione hanno ulteriormente arricchito la funzione del giudice e le ipotesi in cui quest’ultimo può discostarsi dalla legge nazionale, consentendo la disapplicazione del diritto interno contrario a quello unionale.

Tutto ciò non fa che contribuire ad un’accresciuta presenza del giudiziario sulla scena pubblica che si accompagna, tuttavia, ad una maggiore esposizione della magistratura. Quest’ultima, infatti, non può più vedersi come un potere nullo o, per quanto riguarda il giudice costituzionale, come un mero legislatore negativo, ma assume una centralità crescente che la rende anche un bersaglio naturale per un regime illiberale[\[126\]](#).

È dunque in questo contesto che deve leggersi l’attacco alle radici dell’indipendenza della magistratura nel cuore del continente europeo e si deve riflettere sulle condizioni (e le carenze) che lo hanno reso possibile, oltre che sulle contromisure da adottare. L’attuazione delle garanzie di indipendenza della magistratura dagli altri poteri, nella maggior parte delle costituzioni affidata alla legislazione ordinaria con lo strumento della riserva di legge, deve essere circondata da cautele e meccanismi di controllo. I casi di Polonia e Ungheria suggeriscono infatti che sono

molti gli strumenti di pressione ed i meccanismi di interferenza che maggioranze illiberali possono utilizzare per minare l'indipendenza dei giudici, a partire da temi sensibili quali l'età pensionabile, le condizioni e i carichi di lavoro fino ad arrivare alla disciplina degli incarichi direttivi, dei trasferimenti, del trattamento economico, oltre che delle stesse caratteristiche dei procedimenti di nomina.

Riserve di legge troppo ampie, come sembra suggerire il caso polacco, possono sottrarre importanti aspetti dell'organizzazione del giudiziario dalle garanzie della rigidità costituzionale e finanche arrivare a paralizzare gli organi di controllo costituzionale, primi custodi delle carte. Ma anche un inadeguato sistema di pesi e contrappesi può rischiare di consegnare a forze illiberali margini di azione tali da stravolgere il sistema e svuotare di significato le conquiste dello stato di diritto.

In questo contesto, l'integrazione sovranazionale ha consentito di affiancare alle garanzie interne altri organismi di controllo esterni, custodi ultimi di valori facenti parte del patrimonio comune europeo. Non sorprendono allora risposte come la sentenza K 3/21 che tentano di sterilizzare il principio del primato e dissuadere i giudici nazionali dall'utilizzare uno degli ultimi strumenti rimasti per sindacare le scelte del legislatore. Neppure sorprende l'accusa rivolta alla Corte di Giustizia di aver dato avvio ad una nuova fase “imprevista”, nella misura in cui quest'ultima è venuta a propria volta ad assumere il ruolo (inedito) di possibile garante dell'indipendenza dei giudici nazionali.

L'inasprimento della conflittualità tra Polonia, Ungheria e Unione europea ha comunque avuto il merito, secondo alcuni commentatori, di promuovere un affinamento degli strumenti di garanzia dell'*acquis* europeo in materia di *rule of law*, oltre che delle misure di *enforcement*[\[127\]](#). Se per il momento alla punta del conflitto rappresentata dalla sentenza K 3/21 non è seguito un subitaneo e serio sviluppo dell'opzione POLEXIT[\[128\]](#), costante è stato l'orientamento seguito dalla Corte di Giustizia nell'ambito della c.d. condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione europea di cui al regolamento 2020/2092 e ferma la volontà di ancorare l'accesso ai fondi europei alla garanzia della *rule of law*[\[129\]](#).

Le misure senza precedenti adottate dall'Unione, in questo senso, sembrano volte a far passare l'idea che, contrariamente da quanto rivendicato dalle democrazie illiberali, l'identità nazionale non può porsi in antitesi con l'indipendenza della magistratura perché proprio quest'ultima, nel sistema valoriale europeo, «concorre a creare l'identità nazionale quale fondamento della 'struttura costituzionale' di cui parla l'art 4, paragrafo 2, TUE»[\[130\]](#).

[1] M. CARTABIA, *The rule of law and the role of courts*, in *Italian Journal of Public Law*, 1, 2018, 2.

[2] «Si può riconoscere la qualità di Stato di diritto quando i poteri pubblici siano soggetti alla legge e siano previste ed efficaci la difesa e la promozione dei diritti dell'uomo (diritti civili, politici, sociali) e delle libertà fondamentali, nonché la indipendenza dei giudici (strumentale rispetto alla garanzia dei diritti). Nel corso del tempo, la libertà di stampa ha acquisito una importanza centrale e riconosciuta, come condizione del controllo sulla correttezza della azione dei poteri pubblici (e privati)». V. ZAGREBELSKY, *L'Unione Europea e lo Stato di diritto. Fondamento, problemi, crisi*, in *Giustizia Insieme*, 28 maggio 2021.

[3] Valore fondante dell'Unione in base all'art. 2 TUE, che gli Stati membri si impegnano a promuovere nel resto del mondo.

[4] Si vedano *ex multis* J. SAWICKI, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano, 2018; M.A. ORLANDI, *La “democrazia illiberale”. Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2019, 167. M. BÁNKUTI, G. HALMAI, K.L. SCHEPPELE, *Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution*, in