Costituzionalismo.it

Fascicolo 3 | 2020

L'Unione europea come argine all'erosione dello stato costituzionale di diritto. Ai margini di una comparazione complessa, e forse un po' ingrata

di Jan Sawicki

Editoriale Scientifica

L'UNIONE EUROPEA COME ARGINE ALL'EROSIONE DELLO STATO COSTITUZIONALE DI DIRITTO. AI MARGINI DI UNA COMPARAZIONE COMPLESSA, E FORSE UN PO' INGRATA

di Jan Sawicki
Dottore di ricerca in Teoria dello Stato

Sommario: 1. Alcune premesse e una delimitazione del campo d'indagine; 2. Perché comparare istituti e tradizioni così diverse? Perché non farlo sarebbe peggio; 3. Le controversie giudiziarie tra Polonia e Corte di giustizia (con l'Ungheria sullo sfondo); 3.1. La causa C-619/18. Con lo stop al pensionamento anticipato dei giudici, una ritirata strategica del governo polacco; 3.2. Le cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18. Quando le riforme guardano al futuro, neanche un passo indietro; 3.2.1. La timida pronuncia di Lussemburgo e il seguito giudiziario nazionale; 3.2.2. Il seguito legislativo nazionale. Invece di attuazione, repressione; 3.3. La Commissione europea sull'indipendenza della sezione disciplinare (C-791/19) e il rinnovato non arretramento del governo; 4. La selezione dei giudici in due ordinamenti europei di consolidata democrazia: una comparazione; 5. Qualche considerazione conclusiva: diversi modelli per simili risultati.

1. Alcune premesse e una delimitazione del campo d'indagine

Nel corso dell'ultimo decennio si è sviluppata un'ampia letteratura in merito al degrado dello stato (costituzionale) di diritto in particolare in qualche paese dell'Unione europea, e ancor più in dettaglio in Polonia e in Ungheria[1]. Secondo una metodologia che si ritiene condivisibi-

[1] Tra le monografie: T. Drinóczi, A. Bień-Kacała (Eds.), *Rule of Law, Common Values, and Illiberal Constitutionalism. Poland and Hungary Within the European Union*, London and New York, 2020; specificamente sulla Polonia W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019, e sull'Ungheria A. L. Pap, *Democratic Decline in Hungary. Law and Society in an Illiberal Democracy*, London and New York, 2018. Su un primo stadio della trasformazione illiberale, G.F. Ferrari (a cura di), *La nuova Legge fondamentale ungherese*, Torino, 2012; G. A. Tóth (Ed.), *Constitution for a Disunited Nation*, Budapest, 2012; Z. Szente, F. Mandák, Z. Fejes

le, la maggioranza degli studi ha ritenuto impossibile separare l'analisi degli aspetti tecnico-giuridici di questo fenomeno dalla comprensione delle cause che lo hanno avviato, in parte endogene in parte influenzate da una tendenza globale. Nelle pagine che seguono si intende offrire una sorta di antefatto, una breve ricostruzione di alcuni eventi che precedono, e in qualche misura spiegano, la trattazione successiva.

La comprensione delle cause, cui si accennava, può forse essere di ausilio per elaborare strategie di contenimento della patologia, combinate tra le dinamiche interne e quelle europee, che – sebbene non piena come si potrebbe desiderare – hanno però una qualche capacità di condizionare gli ordinamenti interessati. Non si può arrivare alla presunzione di pensare che la padronanza concettuale delle ragioni che hanno determinato queste trasformazioni, e delle modalità con cui esse si sono dispiegate, possa provocarne il superamento. Date le forme innovative in cui questa degenerazione illiberale si è prodotta, si può almeno pensare che una sua lettura consapevole sia di qualche aiuto nel prevedere i contorni di un possibile (se non probabile) superamento. Le mutazioni che sono intervenute in questi paesi nell'ultimo decennio hanno incarnato quella locuzione di «democrazia illiberale» che era stata formulata molti anni addietro, espressione tanto fortunata quanto controversa[2], secondo cui – in estrema sintesi – si sarebbero potuti in-

(Eds.), *Challenges and Pitfalls in the Recent Hungarian Constitutional Development. Discussing the New Fundamental Law of Hungary*, Paris, Budapest, 2015; F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova, 2013; su alcune prime criticità dei due ordinamenti, e di alcuni paesi limitrofi (che tuttavia non hanno mai raggiunto pari livello), A. von Bogdandy, P. Sonnevend (Eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, Oxford and Portland, 2015. Tra gli innumerevoli saggi e articoli, in aggiunta a quelli citati di seguito, si segnala soprattutto, per l'organicità e completezza della trattazione, il contributo delle prime due autrici citate, T. Drinóczi, A. Bień-Kacała, *Illiberal Constitutionalism: the Case of Hungary and Poland*, in *German Law Journal*, 20/2019, pp. 1140-1166; A. Di Gregorio (con la collaborazione di A. Angeli e J. Sawicki), *Il costituzionalismo "malato" in Ungheria e Polonia*, in Id. (a cura di), *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, Milano, 2019, pp. 365 ss.; G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione europea*, in *DPCE Online*, n. 3/2020; M.A. Orlandi, *La democrazia illiberale. Polonia e Ungheria a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2019.

[2] F Zakaria, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, vol. 76, n. 6, 1997. Su questo ora considerazioni critiche di T.G. Daly, *Illiberal Democracy: Time to Stop Using a Problematic Term?*, in *Percorsi costituzionali*, 2/2019, pp. 273 ss.

staurare dei sistemi politici non rispettosi di consolidati principi liberali e costituzionali, pur accettando tali sistemi di sottoporre il proprio consenso alla verifica periodica di procedure elettorali le quali possano restare addirittura libere e corrette, almeno parzialmente. Che si consideri questo concetto un ossimoro irricevibile sul piano scientifico[3], o che invece lo si accetti, resta il fatto che oggi l'Ungheria e la Polonia sembrano due paesi in cui proprio le caratteristiche sopra accennate si sono instaurate, a quanto pare per restare[4].

Liquidate o addomesticate le istituzioni di garanzia, trasformati i mezzi di comunicazione pubblici – e in Ungheria anche quasi tutti quelli privati – in grancassa propagandistica per i titolari del potere, aggirate o almeno attutite le conseguenze delle contromisure da parte europea, nella forma politica *ex* art. 7 TUE o in quelle giurisdizionali consentite dagli artt. 258 o 267 TFUE, i regimi illiberali di questi due paesi sembrano ormai avviati verso una fase di stabilizzazione o consolidamento. Non pare però che si sia ancora giunti a un punto di non ritorno, in cui sia negata la possibilità di una verifica periodica del consenso e della revoca del mandato a tali regimi, con l'eclissi irreversibile dei connotati minimi di una democrazia nell'accezione minima, cioè quella puramente elettorale, sebbene le competizioni elettorali, ad ogni livello, si svolgano in una grave disparità di strumenti a disposizione sul piano della comunicazione. In altre parole, non c'è dubbio che nel qualificare questi ordinamenti devono essere tenuti in considerazione la compressione dei diritti di diversi tipi di minoranze, la neutralizzazione tendenziale degli organi di giustizia, l'uso spregiudicato dei mezzi di informazione a scopo di propaganda unilaterale e denigratoria delle opposizioni senza possibilità di replica, una gestione opaca dell'economia a beneficio di circoli ristretti privilegiati, la tolleranza

[3] Come fa, almeno con riferimento all'area europea, R. Toniatti, *Democrazia illiberale e forma di stato costituzionale di diritto nel costituzionalismo euro-atlantico: contingenze elettorali o cambio di paradigma?*, in *DPCE Online,* 3/2020, che in ogni caso (p. 3951) la rappresenta come «un sistema politico che, con il reiterato sostegno maggioritario del corpo elettorale, propone (se all'opposizione) ovvero attua (se al governo) politiche pubbliche illiberali e interviene altresì (se al governo) sull'assetto normativo e istituzionale al fine di introdurre gradualmente una compressione, oltre che degli spazi politici dell'opposizione e della cultura liberale, degli istituti di garanzia connessi alla separazione dei poteri […]».

[4] Con riferimento più specifico alla forma di governo, G. Milani, *How Democratic Are Illiberal Democracies? The Parliament in Constitutional Retrogression*, in *Percorsi costituzionali*, 2/2019, pp. 327 ss.

complice, condizionata e opportunistica per idee e attività di gruppi ancora più estremisti e minacciosi dei partiti al potere, nonché – ma l'elenco non è esaustivo – una certa slealtà di fondo all'Unione europea (venuta di nuovo in rilievo con la minaccia di veto al bilancio UE e al *Next Generation EU* come ritorsione contro l'approvazione del regolamento che condiziona l'erogazione di fondi europei al rispetto dello stato di diritto).

Eppure, se è valida la tesi sopra sostenuta in merito al fatto che non è ancora stato raggiunto il punto del non ritorno, deve ancora ritenersi possibile il ripristino di una democrazia rispettosa dei canoni e dei diritti alla cui violazione si è fatto cenno, si deve presumere che questo obiettivo sia possibile con l'uso della scheda elettorale che, in maniera pacifica, aveva dato avvio ai mutamenti illiberali che sono stati menzionati. Se questo può sembrare più verosimile considerando il carattere incruento delle trasformazioni illiberali, che – diversamente da molte altre esperienze storiche – non sono passate attraverso l'uso della forza, il paradossale ostacolo che si potrebbe incontrare è di un altro tipo. Proprio il fatto che la mutazione illiberale sia stata sostanzialmente pacifica, e che sia passata attraverso una sorta di appropriazione indebita del terzo potere – l'oggetto più preciso di questo contributo – il rischio che un giorno potrebbe concretizzarsi è che gli organi giudiziari così conquistati, insieme a quelle che furono le istituzioni di garanzia, possano essere utilizzati per opporsi a un responso elettorale che sia in ipotesi eguale e contrario a quello che ha permesso la svolta degli ultimi anni. E il più subdolo dei paradossi starebbe allora proprio in questo: che una nuova élite democratica, che volesse riportare in auge determinati principi, sarebbe costretta a utilizzare metodi simili a quelli illiberali per rimuovere ostacoli frapposti dalle istituzioni giudiziarie così plasmate negli ultimi anni, se queste dovessero tener fede alla propria ideologia. Sarebbe una discutibile vittoria, postuma, dei sistemi illiberali.

Quanto alle cause che hanno determinato questo stato dei fatti, essendo state anch'esse oggetto di un'ormai ampia produzione scientifica[5], se ne vuole dare qui solo una breve sintesi. Chi ha enfatizzato

[5] Per aspetti più teorici e generali, nonché con diversi approcci disciplinari, e solo a titolo esemplificativo, I. Krastev, S. Holmes, *La rivolta antiliberale. Come l'Occidente sta perdendo la battaglia per la democrazia*, Milano, 2020; Y. Mounk, *Popolo vs democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Milano, 2018; C. Pinelli, *Illiberal Regimes in the perspective of constitutionalism*, in *Rivista di diritti comparati*,

elementi socioeconomici ha parlato di una combinazione di populismo autoritario nazionalista con trasferimenti finanziari a carattere sociale, che qualcuno potrebbe confondere con quelli di una sinistra politica, con l'obiettivo di proteggere la 'gente comune' che nei decenni della trasformazione sarebbe stata abbandonata al proprio destino dalle élites liberali[6], anche se va sottolineato il carattere selettivo più che universalistico di tali trasferimenti, come provato dal rifiuto integrale dell'immigrazione (ancorché si tratti di un rifiuto ipocrita, dato che l'immigrazione più gradita per provenienza abbonda) il cui corollario è il rigetto di ogni politica attiva di integrazione. In un percorso di ricerca più postmaterialista e orientato alla stabilizzazione delle idee costituzionali, vi è chi invece ha parlato di una *revenge of the repressed*[7], dove per repressi andrebbero intesi i rappresentanti di forze politiche e sociali tradizionaliste, tagliati fuori non solo dai decenni del socialismo realizzato ma anche dalla successiva transizione, e che ora si sarebbero presi una sorta di rivincita storica contro l'instaurazione di istituzioni liberaldemocratiche in qualche misura artificiali e non sentite. Quest'ultima impostazione è stata adottata più notoriamente da chi ha puntato l'indice contro l'«imperativo dell'imitazione»[8], per cui questi popoli avrebbero respinto modelli di riferimento istituzionali e sociali

---

n. 1/2017; A. Ruggeri, *Rischi d'involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia*, in *Consulta Online*, III/2019; A. D'Atena, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, 2/2019; R. Tarchi, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *Rivista AIC*, 3/2018; A. Di Gregorio, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini "democrazia" e "costituzionalismo"*, in *DPCE Online*, 3/2020; Id., *I fenomeni di degenerazione delle democrazie contemporanee: qualche spunto di riflessione sullo sfondo delle contrapposizioni dottrinali*, in *Nuovi totalitarismi e democrazie: diritto, istituzioni e società*, 2/2019; A. Spadaro, *Dalla "democrazia costituzionale" alla "democrazia illiberale" (populismo sovranista), fino alla…democratura*, in *DPCE Online*, 3/2020 (ove – p. 3878 – una critica serrata al concetto di «costituzionalismo illiberale», diffuso soprattutto presso dottrina estera); in senso analogo J.O. Frosini, R. Ramirez Calvo, *Illiberal Constitutionalism: a Contradiction in Terms?*, in *Percorsi costituzionali*, 2/2019, pp. 25; N. Baverez, *Les démocratures contre la démocratie*, in *Pouvoirs*, 2 (160)/2019.

[6] B. Bugarič, *Central Europe's descent into autocracy. A constitutional analysis of authoritarian populism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 17/2019, pp. 597 ss.

[7] M. Krygier, *The Challenge of Institutionalisation: Post-Communist 'Transitions', Populism and the Rule of Law*, in *European Constitutional Law Review*, 15/2019, p. 562.

[8] I. Krastev, S. Holmes, *La rivolta antiliberale*, cit., p. 92.

alieni in quanto 'occidentali', cercando così di esorcizzare complessi d'inferiorità per aver dovuto essere, dal 1990, copie di scarsa qualità o raffazzonate di quei presunti modelli. Ma poiché i fatti di cui si discute si sono svolti in due paesi in particolare di quest'area geopolitica – il che, per inciso, dovrebbe far respingere conclusioni troppo generalizzanti in merito all'immaturità democratica della stessa, con il rischio di fare valutazioni ingenerose nei confronti di qualche paese – occorre anche chiedersi se non vi siano alcune peculiarità che spieghino questa parziale anomalia, avvenuta peraltro a grande distanza dal 1989, quando una certa stabilizzazione avrebbe dovuto darsi per acquisita. Qualche indizio è stato trovato nei difetti del processo costituente[9], in particolare nel dilungarsi eccessivo della transizione sotto il profilo giuridico-formale, che ha portato la Polonia a dotarsi della nuova Costituzione soltanto nel 1997[10] e l'Ungheria[11] a trascinare questo stato addirittura fino al 2011, coincidente con l'involuzione illiberale, al punto che la nuova Carta rappresenta per alcuni aspetti più una rottura che la conclusione di un processo. Tutto ciò ha imposto una provvisorietà che ha privato i due paesi, e soprattutto l'Ungheria, di un 'mito fondativo' democratico, spingendo da un lato le rispettive corti costituzionali – per vero molto di più quella ungherese – a un ruolo attivista e creativo che si è ritorto contro di loro all'indomani della svolta

[9] In merito al quale la più ricca e approfondita analisi in tempi recenti è dovuta ad A. Arato, *Post Sovereign Constitution Making. Learning and Legitimacy*, Oxford, 2016. Nei suoi numerosi scritti Andrew Arato (*alias* Arató András) tiene a sottolineare che l'espressione *post sovereign* non contiene alcuna allusione al diritto o alle relazioni internazionali nonché alla possibilità per potenze straniere, od organizzazioni internazionali, di influire sul processo costituente di una nazione in quanto sovrana. Esso si riferisce alle relazioni politiche interne, e nega il potere assoluto – e in questo senso 'sovrano' – di un'assemblea costituente all'apparenza democratica ma in realtà tirannica perché dominata dal volere di singolo soggetto, che sia un leader o un partito, come avvenuto in processi costituenti del passato (talora definiti *ex nihilo*). In questa prospettiva transizioni come quella polacca e ungherese del 1989 sono state portate come esemplari per la loro divisione in fasi o stati di avanzamento, comprensive di documenti provvisori, in cui diversi soggetti svolgono un ruolo importante ma non predominante.

[10] L. Garlicki, Z.A. Garlicka, *Constitution Making, Peace Building, and National Reconciliation. The Experience of Poland*, in L.E. Miller (Ed.) with L. Aucoin, *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, Washington, 2010, pp. 391-416.

[11] A. Arato, Z. Miklósi, *Constitution Making and Transitional Politics in Hungary*, in L.E. Miller (Ed.) with L. Aucoin, *Framing the State*, cit., pp. 350-390.

autoritaria, lasciando dall'altro l'Ungheria alle prese con un testo costituzionale che, per quanto integralmente modificato, simbolicamente era ancora la vecchia Costituzione del 1949. Su quest'ultimo punto, in ragione del contenuto specifico del presente contributo, si dirà qualcosa nel paragrafo finale.

Qualche parola diversa deve essere spesa in merito non alle cause, ma ad alcuni fattori peculiari che, nella forma della fatalità o di un errore di scelta istituzionale, possono aver facilitato l'involuzione del decennio che è appena trascorso. In primo luogo si ritiene opportuno ricordare un aspetto trascurato che invece rileva, quando l'esplosione populista in questi due paesi, ma in realtà nazionalista e autoritaria, interessante per diversi profili disciplinari, venga inquadrata sotto un aspetto più precisamente giuridico. In seguito alle elezioni politiche del 2010, si ricorda che in Ungheria il partito vincitore, Fidesz[12] ha ottenuto una maggioranza così schiacciante da consentirgli di procedere in autonomia alla stesura e all'adozione di quella che poi è diventata la Legge fondamentale del 2011. In Polonia, invece, nel 2015 "Diritto e giustizia" (PiS, *Prawo i Sprawiedliwość*), in coalizione con due partiti minori, ha superato di poco la maggioranza assoluta di seggi, peraltro con il 37,5 percento di voti, ma è rimasta ben al di sotto delle soglie che gli avrebbero consentito modifiche costituzionali formali. Ne discende che i cambiamenti molto simili nell'ordinamento che sono stati realizzati nei due paesi, con diversi ritmi – oltre un decennio nel primo, appena superato il quinquennio nel secondo – poggiano su una base di legittimazione formale alquanto differenziata.

Questo dà l'occasione per fare riferimento a considerazioni che sono state svolte su questi ordinamenti, nei quali le lesioni alla *rule of law* sono state talora imputate a un loro, vero o presunto, carente livello di rigidità costituzionale formale. Non ci si vuole dilungare nuovamente su questo aspetto[13], se non solo per osservare, in estrema sintesi, la combinazione di fattori del tutto singolare che si è verificata in Ungheria, ove di fatto un singolo partito – formalmente una coalizione anche con la piccola formazione-satellite cristiano-democratica KDNP, che però in dieci anni non ha mai esercitato alcun ruolo de-

[12] *Fiatal Demokraták Szovetsége*, o Alleanza dei giovani democratici, già presente fin dal 1990 come movimento studentesco liberale, poi collocatosi sempre più a destra.

[13] Sia consentito, solo su questo, rinviare a J. Sawicki, *L'erosione 'democratica' del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall'Europa centro-orientale*, Milano, 2020, pp. 199 ss. (in particolare cap. 9).

gno di nota – ha potuto disporre di una maggioranza qualificata che gli ha consentito di portare a conclusione quella fase costituzionale provvisoria che si era inaugurata nel 1989. Al di là di ogni apprensione per le sorti del costituzionalismo magiaro, si deve mettere in evidenza l'interesse, anche su un piano teorico generale, per una situazione in cui, complice l'applicazione di un sistema elettorale parzialmente maggioritario a un risultato elettorale imprevisto che ha consentito a un partito (o ad una coalizione a partito dominante) di superare la metà dei voti validi, maggioranze qualificate per nulla esigue si sono viste consegnate di fatto (e ripetutamente) a quel partito, alterando il significato di larga condivisione e partecipazione che quasi ovunque ad esse era stato annesso. La Legge fondamentale ungherese del 2011 è, prima di tutto, la costituzione di un partito, un'autorappresentazione ideologica che esso si è 'cucito' addosso su misura con tutti gli emendamenti successivi, senza però rilevanti contestazioni che si possano addebitare sulla legittimità formale del procedimento.

In Polonia la degenerazione all'atto pratico è stata del tutto simile, ma con la differenza che, come detto, non è stato possibile al PiS modificare la Costituzione formale[14]. La somiglianza pratica dei risultati è però dovuta al depotenziamento di una garanzia, ottenuto con l'assoggettamento seguito dalla conquista di fatto del Tribunale costituzionale, che si sono articolati su una complessa serie di passaggi, ma in definitiva si sono fondati sull'esiguo e irrisorio *quorum* necessario per l'elezione dei suoi giudici dalla camera bassa del Parlamento – la maggioranza relativa dei voti – in assenza del quale l'operazione sarebbe stata molto più difficile da portare a compimento[15]. La fondazione

[14] Uno sguardo sintetico ma complessivo in M. Matczak, *10 Facts on Poland for the Consideration of the European Court of Justice*, alla pagina web *Monitorkonstytucyjny.eu*; M. Wyrzykowski, *Experiencing the Unimaginable: the Collapse of the Rule of Law in Poland*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 11/2019, pp. 417 ss.

[15] La controprova si ha in queste settimane, quando – dopo cinque anni di potere incontrastato, e di decisioni compiacenti da parte della giustizia costituzionale – la maggioranza di governo non riesce a eleggere un nuovo *Ombudsman*, in successione del mandato di Adam Bodnar, scaduto nel settembre 2020. È necessario per questo l'assenso del Senato, ove le opposizioni democratiche sono in leggero vantaggio. Se anche i requisiti per l'elezione dei giudici costituzionali fossero stati leggermente più elevati, dal 2015 in poi, forse, si sarebbe creata una situazione di 'stallo' (o alla lunga si sarebbero dovuti raggiungere dei compromessi, come avviene in molti paesi), ma certamente un solo partito non si sarebbe potuto impadronire dell'istituzione, come poi è avvenuto con tutte le conseguenze del caso.

di un regime di fatto nuovo, composto da quelle che si potrebbero definire modifiche tacite, ha potuto svolgersi grazie al fatto che ci si è sbarazzati del giudizio di costituzionalità, che anzi è stato trasformato in istituto di collaborazione attiva col sistema per conferirgli in maniera continuativa patenti di legittimità.

Ma ciò che interessa qui rilevare è appunto la differenza tra i due casi. Nel primo, una congiuntura fortuita di eventi ha prodotto un risultato che i *framers* originari non avevano potuto prevedere, e non pare si possa parlare di un fondamentale errore. Nel secondo, si sarebbe dovuto prevedere (e in ogni caso ve ne sarebbe stato il tempo, dato che si tratta di una scelta legislativa ordinaria) che la semplificazione e razionalizzazione del sistema partitico avrebbe prodotto prima o poi un simile risultato, consegnato per giunta a un partito che non si riconosceva nella Costituzione del 1997.

Questa introduzione un po' dilungata, come si anticipava, ha voluto costituire una sorta di antefatto ragionato al fine di comprendere il terreno retrostante all'argomento che sarà svolto, consentendo così di fare una delimitazione del campo d'indagine. I prossimi paragrafi cercheranno di fare il punto, più che su aspetti interni, sulle ragioni e sul modo in cui l'Unione europea è stata coinvolta nella crisi, allo scopo di contribuire a contenere almeno il fenomeno in atto. Se da un lato si è rinunciato a focalizzarsi sui diversi punti di vista nazionali relativi a queste controversie, dall'altro la prospettiva europea viene esaminata con l'ausilio di alcuni elementi di comparazione che le controversie ufficiali, nelle aule di giustizia, hanno appena sfiorato (per le ragioni che si diranno), e che invece possono dare l'idea, forse un po' sconfortante, di quanto l'integrazione politica del continente sia ancora più difficile di quanto spesso si ritenga. La prospettiva che sarà seguita è quella giudiziaria che vede coinvolta e impegnata la Corte di giustizia, lasciandosi da parte i procedimenti più politici previsti dall'art. 7 TUE, anche per quanto essi sembrano essersi arenati nelle pastoie di un sostanziale unanimismo. Resterà sullo sfondo anche il tema del regolamento sullo stato di diritto, che ha richiamato tanta attenzione in prossimità del Consiglio europeo di dicembre 2020. In argomento sono già usciti alcuni primi commenti ed è ovvio che vi si dovrà tornare in maniera approfondita. In una prima anticipazione, tuttavia, si può dire che, per quanto quest'ultimo tema presenti aspetti problematici, ad esso possono essere estese alcune considerazioni che saranno svolte nel presente contributo.

2. Perché comparare istituti e tradizioni così diverse? Perché non farlo sarebbe peggio

La lunga serie di puntuali controversie tra Polonia e Unione europea sulla questione dello stato di diritto (con l'Ungheria a restare sullo sfondo), che ormai si sta trasformando in una saga, dovrà un giorno pervenire a un suo esito, ad una sintesi che ad oggi appare imprevedibile tanto sul versante politico quanto su quello giudiziario[16]. Sebbene difficile, non si può escludere e forse bisogna auspicare che un confronto serrato in quest'ultima sede, con eventuali premesse e conseguenze anche sul piano dottrinale, smetta di girare attorno ad alcune questioni essenziali e le affronti in modo diretto, per quanto questo possa essere doloroso, traumatico e persino rivelatore di una inconciliabilità tra ordinamenti statuali che si era cercato di far convivere in uno spazio unico di civiltà democratica. Una possibile alternativa a quanto ora auspicato potrebbe prendere la forma di una svolta politica autonoma ed endogena nei paesi interessati, un evento di tale dimensione da assorbire il conflitto giudiziario eurounitario, almeno in gran parte, e 'alleggerire' la Corte di giustizia dall'onere di una supplenza rispetto all'impedimento che di fatto è stato frapposto, dapprima alla giustizia costituzionale interna e poi, in maniera crescente, a quella ordinaria: una supplenza in cui la Corte di Lussemburgo è stata indiscutibilmente trascinata in questi ultimi anni, e che si può immaginare non avrebbe desiderato. Ma questa alternativa, del tutto ipotetica ora per tempi e modi, non sarà qui oggetto di trattazione.

Una delle questioni essenziali cui si accennava è da riferirsi al metodo con cui affrontare la trattazione di questo tema, se non addirittura alla disciplina che ne viene interessata. Il conflitto della Polonia e dell'Ungheria con l'UE, infatti, specie sul suo lato giurisprudenziale

[16] Sul piano politico, come ben noto, dominante è il procedimento previsto dall'art. 7 TUE, mentre su quello giurisdizionale si è ormai stabilizzata la procedura di infrazione *ex* art. 258 TFUE, già strumento classico del diritto europeo ma che – con le crisi dello stato di diritto in alcuni ordinamenti – hanno assunto ora un nuovo significato (insieme al rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE). È però vero che da tempo, per diversi motivi, matura sfiducia nella capacità di entrambi questi strumenti di raggiungere lo scopo, con il rischio di indebolire lo stesso ruolo delle istituzioni europee, a cominciare dalla Commissione. Ecco perché sono maturate proposte di più stringente condizionamento finanziario, già avanzate da G. Halmai, *The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 11/ 2019, pp. 171-ss.

– che si fa sempre più ricco di nuovi capitoli – può essere analizzato sotto il profilo del diritto interno di questi due ordinamenti, che a sua volta è già comparato perché, al di là di alcune somiglianze importanti di fondo nel percorso seguito negli ultimi anni dai due paesi, e probabilmente nelle cause, presenta delle differenze, anche teoriche, che non andrebbero trascurate. Sempre lo studio del diritto interno, prima di sottoporlo a una comparazione implicita o esplicita, consente di comprendere come determinate scelte legislative, tipiche di un *backsliding*, di una *regression* o addirittura di un *breakdown* dal punto di vista costituzionale, possano prima di tutto essere ripugnanti rispetto alla decisione costituente dell'ordinamento di riferimento[17]. Diversamente, l'attenzione al diritto interno (comparato) è quella che consente di apprezzare maggiormente queste ultime svolte illiberali per il loro aspetto più subdolo, quello per cui diverse modifiche legislative, in sé, possono apparire innocue e addirittura mostrare contenuti corrispondenti a quelli di impeccabili democrazie liberali – ciò su cui gli estensori insistono in continuazione –, mentre la loro sommatoria, o il contesto in cui si inseriscono, rafforzano gli effetti antidemocratici complessivi[18].

In alternativa al diritto pubblico comparato, il conflitto può senz'altro essere ricostruito sul piano del diritto europeo, specialmente se si ritenga che questo possa sempre più avvicinarsi ad assumere caratteri di un vero diritto costituzionale, sia pure multilivello (e anzi, si potrebbe argomentare che proprio alcuni eventi infausti che pro-

[17] Lo fanno in modo esemplare 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. 400, i quali sottolineano l'enfasi accentuata che proprio la Costituzione polacca (artt. 173, 180, 181), prima di essere – per così dire – depotenziata (insieme alla giurisprudenza di quel paese, che pure viene citata), aveva dato alle immunità dei giudici. Considerazioni di questo tipo, da parte loro, potrebbero spingere a rivalutare criticamente ipotesi che parlavano di non adeguata interiorizzazione di alcuni valori da parte di qualche ordinamento, o potrebbero forse lasciar trasparire pericoli di degenerazione in altri paesi.

[18] W. Sadurski, *Constitutional democracy in the time of elected authoritarians*, in *International Journal of Constitutional Law*, 18 (2)/2020, p. 327, che prosegue: «*It is rather like a virus that will not produce a major disease in an overall healthy body (indeed, may have some positive immunological consequences), but to a sick organism may be fatal*». L'espressione di *Frankenstate* è stata coniata da K.L. Scheppele, *The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work*, in *Governance. An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, Vol. 26, No. 4, 2013, pp. 559 ss.

vengono da questi paesi giungeranno a sottoporre a una tale prova le istituzioni dell'Unione, che questi saranno i fatti da cui prenda le mosse un suo pieno sviluppo costituzionale, più e meglio di quanto hanno saputo fare alcuni recenti disegni astratti). Difficilmente, anzi, si può immaginare una diatriba che più di questa meriti di essere studiata sotto entrambi i profili. Quello interno è indispensabile se si ha la volontà di comprendere la causa dei problemi, che è in buona parte endogena. Quello europeo va esaminato per l'appartenenza dei paesi conflittuali anche a questo ordinamento, il quale non può disinteressarsene, sia per l'impatto inevitabile se non altro sul circuito integrato della giustizia eurounitaria, sia per i rischi di contagio più generalizzato che, seppure non immediati o evidenti, neanche possono essere trascurati. D'altra parte, a un primo sguardo poco attento si potrebbe pensare che il diritto europeo si incentri esclusivamente sulla compatibilità con esso delle norme legislative interne, senza prestare attenzione a un dato che invece è di immediato rilievo per il diritto 'interno', ovvero, in ipotesi, che una certa legge sia conforme o meno alla Costituzione dello stato, o che sia proprio quest'ultima ad essersi distaccata (e più o meno legittimamente) da certi principi che si vorrebbero comuni a tutta l'Europa[19]. Ma neanche questo è del tutto vero. Anche un'osservazione attenta della giurisprudenza europea che sta venendo a maturazione sul tema, infatti, consente di notare che la stessa Corte di giustizia presta attenzione, sia pure con riferimenti fugaci, alle disposizioni costituzionali dello stato interessato.

Questo dà spunto, incidentalmente, per un'altra considerazione. È vero da un lato che le decisioni qui oggetto di indagine non contemplano se non *en passant* parametri come quello legato alla clausola di omogeneità *ex* art. 2 TUE, o al rispetto delle tradizioni costituzionali nazionali, o meglio della «loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale», di cui all'art. 4, par. 2, TUE; e non lo fanno anche a causa della loro genericità e indeterminatezza che li rende difficilmente utilizzabili[20]. Ma esse costituiscono probabilmente, finora, la massima dimostrazione della problematica intersezione tra queste due norme supreme del diritto europeo, che –

[19] Art. 2 in connessione con art. 4, par. 3, TUE.

[20] A. von Bogdandy, C. Antpöhler, J. Dickschen, S. Hentrei, M. Kottmann, M. Smrkolj, *Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, vol. 49, 2012, pp. 489 ss.

forse con eccesso di ottimismo – si era sperato andassero esenti da ogni rischio di collisione. L'arretramento sulla strada del costituzionalismo di derivazione liberale, cui si assiste in Ungheria da un decennio e in Polonia da un quinquennio (con qualche manifestazione, sebbene forse meno sistematica, anche in paesi vicini), ha messo in evidenza quanto il rispetto delle identità nazionali possa invece presentare significativi punti di attrito con l'esigenza della omogeneità, se quelle identità non vengono intese almeno in modo preciso e rigoroso[21]. Da questo punto di vista, il minimo che si possa segnalare è come diverso sia il caso dell'Ungheria, ove – come già segnalato – l'identità sotto il profilo costituzionale ha conosciuto una mutazione anche dal punto di vista formale, peraltro riconosciuta e rivendicata anche dalla giurisprudenza di quel paese, e quello della Polonia, dove è stata alterata la «struttura fondamentale» sicuramente sotto il profilo politico, pur esso rilevante nella prospettiva dell'art. 4, par. 2, ma non anche sotto quello giuridico-costituzionale, se non su un piano meramente di fatto. Nel caso ungherese, soprattutto in virtù di un crescendo di emendamenti successivi al 2011, che si sono prodotti in una sorta di potere costituente permanente[22] edificando un monumento ideologico sempre più identitario ed esclusivo verso orientamenti incompatibili con la maggioranza politica, quella collisione può forse essere rilevata con maggiore immediatezza; mentre non pare che, per quanto attiene alla Polonia, si possa parlare della piena acquisizione di una *identità* che – in quanto tale – si renda conflittuale con l'omogeneità richiesta dall'art. 2 TUE, per quanto le lesioni ai principi in esso contenuti siano di non minore significato. Al contrario, vi sono ancora margini per argomentare che sia la realtà di fatto che si è venuta a creare dal 2015 a porsi in collisione, ad un tempo, con le scelte costituenti operate tra il 1989 e il 1997 e con i principi fondamentali del diritto europeo primario.

Ma la comparazione in questo caso è problematica, ed è proprio l'uso approfondito di essa che può rivelare gli aspetti traumatici cui si accennava e che, in assenza di altri rimedi, sono capaci persino di

[21] Per ampie considerazioni al riguardo, specie in prospettiva teorica, v. G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Napoli, 2017, specie pp. 278 ss.

[22] «*Permanent constitution-making*», secondo P. Sonnevend, A. Jakab, L. Csink, *The Constitution as an Instrument of Everyday Party Politics: the Basic Law of Hungary*, in A. von Bogdandy, P. Sonnevend (Eds.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area*, cit., p. 107.

portare a una inconciliabilità tra sistemi nazionali che si era preteso di integrare. È consolidato insegnamento che si può comparare, in modo proficuo, solo tra ordinamenti statali simili o che presentano simili presupposti storico-ambientali, e che ciò comporti come conseguenza che anche nel continente europeo in senso lato non tutti gli ordinamenti presenterebbero dati di omogeneità tali da renderli facilmente o utilmente assimilabili, anche solo quelli che fanno parte dell'UE. È indiscutibile che questo sia il caso, ma, come non bisogna lanciarsi in comparazioni avventate tra istituti in apparenza o nominalmente simili, appartenenti a sistemi antitetici per ispirazione, così forse bisogna essere rigorosi (o non dare troppo per scontato) nel motivare perché tali operazioni, in casi specifici, non possano essere fatte. Forse un'indagine su queste ultime cause, oltre a giustificare una non proficua comparabilità, può aiutare il giurista, che sia esso teorico o coinvolto nella risoluzione di una concreta controversia, a spiegare cose che altrimenti potrebbero essere difficili da spiegare. Una sensibilità al dato storico, anche remoto, e alle circostanze e motivazioni per cui furono compiute determinate scelte di sistema, può aiutare a replicare a osservazioni che potrebbero essere insidiose. Una di queste è quella che, spesso, i rappresentanti dei governi 'illiberali' di paesi come la Polonia o l'Ungheria usano anche in sedi giudiziarie, e si incentra sulla seguente questione, che si rappresenta sinteticamente: perché ciò che può essere consentito ad alcuni (magari il club dei fondatori) non viene tollerato per altri? Perché, in termini più espliciti, un paese non può manipolare i criteri di selezione dei propri giudici costituzionali (in modo da alterare la composizione dell'organo e pervenire a stabilmente condizionarlo secondo l'indirizzo della maggioranza politica), mentre altri paesi possono (seguitare a) non avere affatto una corte costituzionale, e – al limite – anche un controllo di costituzionalità in senso stretto? Perché qualche paese non può compiere la stessa manipolazione nella scelta dei propri membri dell'organo di autogoverno della magistratura[23], mentre altri stati non dispongono nemmeno di un tale organo, e

[23] Per una ricostruzione della genesi e dello sviluppo dell'istituto in Europa, M. Volpi, *I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparativo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2009, pp. 948 ss.; Id., *I Consigli della magistratura in Europa*, in *Cosmopolis. Rivista di filosofia e teoria politica* (*cosmpopolisonline.it*), IV, 1/2009; in generale V.C. Jackson, *Judicial Independence: Structure, Context, Attitude*, in A. Sejbert-Fohr (a cura di), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, 2012, pp. 20 ss; per gli aspetti disciplinari G. Di Federico, *Judicial Accountability and Conduct:*

qualcuno prevede persino un coinvolgimento diretto e determinante dell'esecutivo nella selezione dei giudici di carriera? L'interrogativo è aggravato dal fatto che simili discriminazioni, in senso tecnico, intercorrono non solo con i pochi paesi che davvero possono essere annoverati tra quelli di antica e consolidata tradizione democratico-liberale, ma persino con altri che scontano un passato totalitario altrettanto, se non più, drammatico di quelli che attualmente sono sottoposti alle procedure di infrazione europea o a quella politica.

Insomma, non deve scandalizzare l'idea di una comparazione tra l'ordinamento giudiziario polacco e quello, per esempio, di un ordinamento come quello tedesco federale, che metta a confronto quello che per qualche tempo è apparso come l'allievo 'modello' tra i più recenti membri dell'Unione europea[24], un tempo socialisti, e il più influente tra i paesi fondatori delle Comunità stesse. Più in dettaglio, si ritiene che elementi di comprensione utili per decidere, o anche solo per arricchire l'argomentazione di alcune decisioni, possano discendere non tanto da un'immagine istantanea delle condizioni attuali dei due sistemi, quanto dalle scelte che furono compiute all'origine dei due processi costituenti, anche perché si ha ragione di ritenere che in uno dei due casi la situazione attuale differisca molto da quelle scelte costituenti.

3. Le controversie giudiziarie tra Polonia e Corte di giustizia (con l'Ungheria sullo sfondo)

Lo spunto per le riflessioni cui sopra si è accennato viene dall'ormai imponente, anche se accumulata in un breve lasso di tempo, serie di controversie giudiziarie che vede la Polonia chiamata a rispondere dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ora per procedure di infrazione sollevate dalla Commissione europea, ora per rinvii pregiudiziali operati da giudici polacchi, questi ultimi al caro prezzo di una crescente repressione interna. Queste due tecniche di accesso alla Corte vanno tra loro tenute distinte, così come si ritiene necessario, preliminarmente, tenere separati due aspetti intorno a cui le controver-

An Overview, in A. Sejbert-Fohr (a cura di), *Judicial Independence in Transition*, cit., pp. 87 ss.

[24] M. Matczak, *Poland: From Paradigm to Pariah? Facts and Interpretations of Polish Constitutional Crisis*, in *SSRN Electronic Journal*, January 2018.

sie si sono dipanate, o tuttora pendono, o per meglio dire due stati di avanzamento di una stessa *escalation*.

Il primo è quello della rimozione dei giudici in carica tramite lo strumento, abbastanza classico, del pensionamento anticipato, cioè l'aspetto che, forse per la sua immediata vistosità, ha richiamato maggiormente l'attenzione dei commentatori, pur essendo – ad avviso di chi scrive – il meno grave, tanto che, come si dirà, è l'unico aspetto sul quale il governo polacco ha dimostrato una qualche flessibilità e disponibilità a cedere[25]. Il secondo piano, alquanto più minaccioso, è quello che investe la riscrittura dei criteri di reclutamento e immissione in servizio della nuova magistratura giudicante, ed è quindi il piano che, potendo incidere sul funzionamento della giustizia per un tempo futuro indefinito, ma possibilmente assai lungo, da un lato ha conosciuto la maggiore resistenza interna, ma dall'altro non ha visto da parte delle autorità di governo polacche la benché minima disponibilità ad arretramenti, anche al cospetto della giustizia europea, fino al rifiuto strisciante, ma sempre più concreto, di prestare obbedienza a decisioni della Corte stessa (o alla disponibilità a prestare un'osservanza discrezionale e selettiva, che non è cosa molto diversa). È d'altra parte evidente che un allontanamento di giudici non graditi, se non compensato da sostituzioni compiute secondo procedure di selezione ben mirate e sostanzialmente diverse da quelle adoperate finora, non avrebbe dato alcuna garanzia in merito alla possibilità di mandare persone 'fidate' alla copertura dei nuovi incarichi. A questi due livelli se ne sta ora aggiungendo un terzo, che è quello, strettamente consequenziale, della repressione dei giudici che si oppongono al secondo stadio, rifiutandosi di riconoscere come

[25] Questa disponibilità a parziali arretramenti, per esaudire le richieste di organi e istituzioni sovranazionali, sembra una costante dei regimi illiberali per lo meno europei, anche se occorre sempre tenere presente che essa può essere usata su questioni ritenute secondarie per meglio celare un'inflessibilità sui temi che sono ritenuti più dirimenti. Un'analogia con l'Ungheria può essere fatta con il quarto emendamento alla Legge fondamentale magiara del 2011, apportato nel 2013 e recante – tra l'altro – una serie di misure restrittive nei confronti di quella Corte costituzionale, che però furono parzialmente attenuate con il quinto emendamento, a seguito del parere 720/2013 della Commissione di Venezia (v. A. Jakab, E. Bodnár, *The Rule of Law, democracy and human rights in Hungary. Tendencies from 1989 until 2019*, in T. Drinóczi, A. Bień-Kacała (Eds.), *Rule of Law, Common Values and Illiberal Constitutionalism*, London and New York, 2020, p. 167), ma su aspetti di dettaglio che non mitigavano la sostanza illiberale del quarto.

propri pari i colleghi che sono stati immessi nei ruoli secondo le nuove procedure, sospettabili di lealismo politico, e lo fanno avvalendosi di uno strumento che era tradizionale nel diritto europeo, pur se ora è abbastanza rivoluzionato nello scopo e nelle potenzialità, cioè il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE. Non era difficile immaginare che, se i giudici 'ribelli' fossero stati molti, si sarebbe trattato di uno sviluppo inevitabile e scontato. È poi il caso di notare che questo terzo stadio di subordinazione del giudiziario prende, come il primo, le forme della rimozione di membri in carica, anche se questa volta non si finge di operare un taglio di personale per criteri fattuali oggettivi, come quelli legati all'età, ma si condiziona lo stesso a precise scelte politiche, pur se dissimulate in una fredda elencazione di motivi in forma legislativa.

Tutti questi cambiamenti, e molti altri non meno gravi, non sarebbero stati possibili senza la previa disattivazione del controllo di costituzionalità in Polonia. Su questo si è scritto moltissimo[26], ma la 'conquista' del Tribunale costituzionale è un fatto antecedente (consumatosi nello spazio di un anno, tra la fine del 2015 e la fine del 2016, dopo la vittoria elettorale di "Diritto e giustizia"), e soprattutto non ha dato luogo ad alcun seguito in sede euro-unitaria, anche se vi è stato un coinvolgimento in questo caso della Commissione di Venezia. La materia che ha acceso un conflitto permanente con le istituzioni europee – tra le tante oggetto dell'involuzione illiberale – è quella concernente la magistratura giudicante, dopo che già sul finire del 2015 le strutture del pubblico ministero, che erano state rese assai più indipendenti nel 2008, furono ricondotte alle dirette dipendenze dell'esecutivo come

[26] A. Bień-Kacała, *Polish Constitutional Tribunal: a Systemic Reform or a Hasty Political Change*, in *DPCE Online*, 1/2016; A. Kustra, *Poland's Constitutional Crisis. From Court Packing Agenda to Denial of Constitutional Court's Judgments*, in *Toruńskie Studia polsko-włoskie. Studi polacco-italiani di Toruń*, XII, 2016, p. 363 (reperibile alla pagina web *home.umk.pl*); A. Śledzińska-Simon, *Midnight Judges: Poland' Constitution Caught between Political Fronts*, in *VerfBlog*, 23 November 2015; M. Zubik, *A.D. 2015-2016. Anni horribili of the Constitutional Tribunal in Poland*, in *Przegląd Konstytucyjny*, 2/2018 (*Przeglad.konstytucyjny.law.uj.edu.pl*); A. Chmielarz-Grochal, J. Sułkowski, *Appointment of Judges to the Constitutional Tribunal in 2015 as a Trigger Point for a Deep Constitutional Crisis in Poland*, in *Przegląd Konstytucyjny*, 2/2018; T.T. Koncewicz, *From Constitutional to Political Justice: The Tragic Trajectories of the Polish Constitutional Court*, reperibile a *Reconnect-europe.eu/blog*.

mai lo erano state fin dal 1989[27]. Sul finire del 2017 due leggi in particolare, una sulla Corte suprema e una sul Consiglio nazionale della magistratura, hanno fatto registrare un salto di qualità nella involuzione dello stato di diritto, beneficiando del fatto che nel frattempo il Tribunale costituzionale era stato trasformato in quello che è stato definito un *government's enabler*[28], cioè un'istituzione con il compito di conferire una patente di legittimità, ogni volta gli venga richiesto, a tutte le scelte del governo e della sua maggioranza: insomma, una funzione che si potrebbe definire *hyper-majoritarian*, ben all'opposto di quella che sarebbe propria dell'organo, e che era stata definita *counter-majoritarian*[29].

Tra le tante innovazioni che hanno investito la Corte suprema, due meritano un riferimento specifico. Una è quella che ha anticipato da 70 a 65 anni, con effetti retroattivi, l'età per il collocamento a riposo dei giudici. Diversamente da una versione originaria, invero, tale decadenza non è stata fissata in modo indiscriminato, ma è stata limitata dalla possibilità per ciascun giudice di chiedere al presidente della Repubblica – sentito il parere del Consiglio nazionale della magistratura, che nel frattempo sarebbe stato oltremodo politicizzato – una proroga di alcuni anni, previa però la presentazione di un certificato medico attestante ottime condizioni di salute. La seconda modifica di grande qualità è quella che ha istituito, presso la stessa Corte, due sezioni aggiuntive, la cui pianta organica era destinata ad essere integrata da giudici di nuova nomina, una «disciplinare» e l'altra «di controllo straordinario e degli affari pubblici», con vasti poteri anche in materia elettorale. Da queste due direttrici fondamentali della riforma prende immediata evidenza la natura del disegno operato dal legislatore: da un lato la conquista politica del giudiziario avrebbe prodotto risultati in parte immediati, ma guardando per così dire al passato, neutralizzando nella forma del pensionamento la destituzione di fatto di un numero ridotto, ma

[27] Come ricordato da M. Mazza, *Le garanzie istituzionali della magistratura in Polonia: un presente difficile, un futuro incerto*, in *DPCE Online*, 4/2020, p. 4972.

[28] W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, cit., p. 79.

[29] Ampiamente in tema P. Castillo-Ortiz, *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 15/2019, pp. 48-ss. Per X. Philippe, *La légitimation constitutionnelle des démocratures*, in *Pouvoirs*, 2(169)/2019, p. 33, «*la légitimation constitutionnelle des démocratures se fonde sur les faiblesses de la protection constitutionnelle existante et la transforme en instrument de propagande pour renforcer son pouvoir*».

qualificato nella sostanza, di giudici che comunque – entro tempi brevi – sarebbero stati collocati a riposo; dall'altro l'istituzione di nuove sezioni tematiche composte di soggetti 'fidati' avrebbe richiesto un po' di tempo aggiuntivo per la propria realizzazione, ma – grazie appunto all'individuazione di nuovi canali di immissione nei ruoli – avrebbe prodotto risultati più duraturi, con buone possibilità di una loro stabilizzazione nell'interesse del potere costituito.

Qualche parola è a questo punto necessario spendere sull'esito di queste 'riforme'. Per quanto riguarda gli anticipati pensionamenti, che avrebbero riguardato 27 su 73 giudici in servizio presso l'alta corte, si è constatato che undici di essi si sono risolti con l'accettazione spontanea della decadenza, mentre alcuni altri casi si sono divisi tra coloro che hanno presentato domanda di restare in servizio, con sorti alterne, e altri che hanno invocato direttamente la Costituzione a sostegno della propria inamovibilità, tra cui la presidente in carica M. Gersdorf che non ha mai riconosciuto la propria decadenza portando come ulteriore argomento la durata esennale del proprio mandato (art. 183, terzo comma, Cost.), riuscendo poi a concluderlo fino alla scadenza del 30 aprile 2020, grazie ad alcune decisioni della Corte di giustizia europea – su cui si dirà di seguito – alle quali la Polonia si è dovuta adeguare in via legislativa. Anche la formazione delle nuove sezioni è proceduta speditamente, a parte le controversie europee di cui si dirà, ma con un allentamento dei criteri per la selezione – operata dal Consiglio della magistratura formato secondo i nuovi criteri previsti dalla apposita legge – dovuto al fatto che è stato difficile fino all'ultimo trovare dei candidati, rinvenuti soprattutto tra magistrati distaccati presso il ministero della giustizia. In ogni caso, anche il contestato completamento delle due nuove sezioni non ha fatto in modo che i giudici della 'vecchia guardia' fossero sovrastati numericamente da quelli nuovi, come dimostra il fatto che la successione alla Gersdorf, svoltasi lo scorso maggio, è stata contrastata e ha potuto essere risolta a vantaggio del governo solo per mezzo di ulteriori forzature di legge.

Com'è facile immaginare, le modificazioni concernenti la Corte suprema sono strettamente collegate con quelle relative all'organo di autogoverno della magistratura giudicante. In Polonia il Consiglio nazionale della magistratura (*Krajowa Rada Sądownictwa*, KRS) fu previsto fin dai primi accordi della Tavola rotonda, nella primavera 1989, per segnalare, nell'imminente transizione della forma di stato, l'enfasi che le parti contraenti della transizione guidata e contrattuale –

gli esponenti del passato sistema come le nuove élite dell'opposizione democratica – intendevano porre sull'autonomia e l'indipendenza di ciascun membro del giudiziario, e del corpo come tale, da ogni possibile influenza politica. L'organo, che in parte (anche se in modo non del tutto coerente) si voleva ispirato al modello italiano, e repubblicano, di autogoverno della giustizia, è stato poi previsto nei successivi documenti costituzionali provvisori fino a figurare con dettaglio nella Costituzione del 1997[30]. Nella sua composizione mista, che prevede già un'ampia partecipazione dei poteri legislativi ed esecutivi, con membri di diritto o da essi delegati, il costituente ha tuttavia 'dimenticato' e quindi omesso di precisare che almeno la quota di componenti togati dovesse essere scelta entro gli stessi, tra i loro pari. Per quasi un trentennio si è considerato pacifico che si trattasse di una norma costituzionale tacita, se si vuole un *gentlemen's agreement*, sancito però e confermato da disposizioni legislative espresse. Ciò è stato vero finché la conquista del potere da parte di forze ostili alla Costituzione, nel 2015, ha fatto ritenere che le cose stessero diversamente e che, al contrario, fosse nella facoltà della maggioranza parlamentare la possibilità di scegliersi anche i propri togati, in aggiunta ai rappresentanti del capo dello Stato, del governo, delle due Camere, già espressione della maggioranza. Da questo punto di vista, in un'ottica comparativa, si può senz'altro ritenere che una selezione dei membri togati di un consiglio della magistratura che avvenga tra pari costituisca una forte garanzia di autonomia di questi ultimi[31]. Ma, in alternativa, anche un'elezione dei magistrati da parte di un'assemblea parlamentare può costituire un'ingerenza potenzialmente attenuata entro quell'autonomia, alla minima condizione che l'elezione avvenga con maggioranze qualificate tali da presumere un consenso così ampio da richiedere il coinvolgimento di almeno una parte delle opposizioni, che – se non altro per l'obiettivo di proteggere se stesse – dovrebbero avere interesse a salvaguardare quanto più possibile l'indipendenza dei giudici[32]. Naturalmente anche

[30] A. Śledzińska-Simon, *The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition*, in *German Law Journal*, 7(19)/2018, pp. 1839 ss.

[31] Così secondo il parere Osce-Odihr del 13 novembre 2017, anche in riferimento alla sent. Cedu *Volkov c. Ucraina*, 21722/11.

[32] Per questo non si è del tutto d'accordo con le osservazioni di K. Gajda-Roszczynialska, K. Markiewicz, *Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2020,

il partito al potere nel 2017 era consapevole di questo, tanto che la scelta finale è stata quella di prevedere un'elezione dei membri togati con la maggioranza di tre quinti dei voti in una prima deliberazione, seguita da un voto a maggioranza semplice subito dopo qualora il *quorum* non fosse stato raggiunto al primo turno: un obiettivo facile da raggiungere, solo a voler contrabbandare per causa di forza maggiore il mancato ottenimento dei tre quinti alla prima votazione, sulla base di una lista di candidati che non lasciava certo presumere la volontà di raggiungere una larga intesa.

È stato così che nel marzo 2018, con l'interruzione anticipata, *ex lege*, della precedente consiliatura, un nuovo KRS si è trovato di fatto ad essere composto da 23 membri su 25 favorevoli o identificati con l'attuale maggioranza politica se non direttamente con l'esecutivo. Questo stadio di riforme in materia di giustizia coincide con la sostanziale dissoluzione del versante nazionale (almeno sotto l'aspetto giuridico-costituzionale) del confronto giudiziario sulla trasformazione illiberale dell'ordinamento, e con il suo graduale trasferimento sul lato europeo, specie euro-unitario[33]. Si è precisato che l'interruzione – a

p. 8, reperibile a *link.springer.com* (*not assigned as an issue*), secondo cui «*taking into consideration the fundamental defectiveness of the proposed mechanism for appointing judges to the KRS, it does not matter whether Parliament elects by simple or qualified (three-fifths) majority*». Altre esperienze, al contrario, dimostrano precisamente quanto invece le maggioranze deliberative o elettive contino eccome, e basti considerare al riguardo il caso dell'ordinamento spagnolo, ove la selezione parlamentare dei membri togati del *Consejo General del Poder Judicial* avviene da decenni a maggioranza qualificata – nonostante non manchino polemiche in merito all'opportunità che almeno questi siano scelti tra i propri pari –, e proprio l'ipotesi in discussione di ridurre i quorum elettivi fa avanzare sospetti di politicizzazione. Questa indifferenza per il tema delle maggioranze, che nella dottrina polacca pare abbastanza diffusa, riflette una certa carenza di maturazione delle riflessioni rispetto a quanto accaduto nel 2015-2016 con il Tribunale costituzionale, in cui la vicenda dei rinnovi nelle cariche di giudice avrebbe potuto svilupparsi ben diversamente qualora fossero state imposte delle maggioranze elettive superiori a quella semplice.

[33] In realtà c'è stata un'appendice di giudizio di costituzionalità, ma erano le mentite spoglie di un organo che, nella sua rinnovata composizione personale, aveva già cominciato a svolgere quella funzione di 'facilitatore' di cui si è detto. Ciò è dimostrato dal dato empirico che le opposizioni politiche o i contropoteri di ogni tipo hanno cessato di rivolgersi alla giustizia costituzionale, al cui ausilio hanno fatto ricorso esclusivamente il governo e la sua maggioranza. Con il giudizio nel caso K 5/17, del 20 giugno 2017, il 'neo' Tribunale costituzionale ha posto le fondamenta per le successive riforme, e lo ha fatto con un pieno *revirement* della propria precedente giurisprudenza di un decennio prima (K 25/07) secondo cui la scelta dei membri giudiziari del Con-

livello nazionale – del conflitto giuridico, si limita al controllo di costituzionalità, perché molto a lungo, in sostanza fino al momento in cui si scrive, gran parte della magistratura giudicante ordinaria ha opposto resistenza alla degenerazione qui trattata, ma ha cominciato a trovare solo in Europa gli strumenti per resistere (ed è un dato singolare che finora la giustizia amministrativa non sia stata interessata da quasi nessun intervento legislativo, perché la sensibilità del suo rilievo per il potere politico non necessita di spiegazioni, avendo essa già emesso qualche pronuncia che ha costituito una piccola sfida per il governo). È anche a partire da questo momento che una differenza comincia ad emergere con l'Ungheria, consistente nel fatto che in quest'ultimo paese le controversie in sede europea in materia giudiziaria si sono interrotte a uno stadio molto precoce delle decisioni politiche prese al riguardo, dopo che la Corte suprema fu sostituita dalla *Kúria* (ripristinando la denominazione dell'istituzione nel periodo pre-socialista), con la classica riduzione retroattiva dell'età pensionabile, sulla quale sono stati pronunciati due arresti giudiziari a livello sovranazionale di grande notorietà, il primo della Corte europea dei diritti dell'uomo[34],

siglio doveva spettare ai giudici stessi. La scelta parlamentare appare ora pienamente legittima. Il cambiamento giurisprudenziale, al di fuori di una lettura formale della Costituzione che è vaga sui criteri di elezione dei membri giudiziari, non presenta alcuna riflessione giuridica a suo fondamento.

[34] Nel caso *Baka v. Hungary,* 20261/12 (v. D. Kosař, K. Šipulová, *The Strasbourg Court Meets Abusive Constitutionalism: Baka v. Hungary and the Rule of Law*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 10/2018, pp. 83-ss.; M.A. Simonelli, *Towards a Theory of "Unconventional Constitutional Amendments": Some Lessons from the Baka Case*, in *DPCE Online*, 2/2019, pp. 1561-ss.), con cui la Corte di Strasburgo ha dichiarato la violazione degli artt. 6 e 10 della Convenzione per aver l'Ungheria negato tutela giurisdizionale al presidente della Corte suprema, András Baka, a seguito della sua rimozione, in forza dell'art. 11, comma 2, delle Disposizioni transitorie alla nuova Legge fondamentale del 2011, e per averlo fatto in violazione della sua libertà di espressione, muovendo dal presupposto che la rimozione fosse avvenuta a seguito di critiche formulate dallo stesso giudice Baka alle riforme del giudiziario che all'epoca erano in discussione (per inciso, va notato che secondo la Corte EDU non ha pregio il rilievo che le riforme che portarono alla rimozione anzitempo di Baka avessero natura costituzionale, anzi, fossero addirittura formalizzate in una decisione e in un processo costituente: al contrario, nella loro *Joint concurring opinion*, i giudici Pinto de Albuquerque e Dedov si spingono fino a parlare di «*unconstitutional constitutional provision*», o «*verfassungswidrige Verfassungsnorm*», con riferimento al citato art. 11 delle Disposizioni transitorie alla Legge fondamentale, che hanno disposto la rimozione del primo presidente della Corte suprema, per il fatto di porsi esso in contrasto con la continuità costituzionale e la fedeltà alla «Costituzione storica» ungherese più volte

il secondo della Corte di giustizia dell'Unione europea[35].

In una prospettiva comparativa, ci si può domandare per quale motivo le controversie giudiziarie europee intorno alle garanzie di inamovibilità per i giudici, nel caso ungherese, si siano arrestate per così dire al primo stadio[36], quello della rimozione del personale già in carica[37]. Eppure, anche nelle fasi successive l'Ungheria ha anticipato la Polonia, disponendo in aggiunta della forza di legge costituzionale. A tale scopo, il Consiglio nazionale del giudiziario, che era stato istituito nel 1997 come organo indipendente di autodisciplina della magistratura, fu degradato con la sua mancata riproduzione nella Legge fondamentale del 2011[38], e trasformato in organo consultivo, mentre le sue funzioni più importanti sono state trasferite a un Ufficio giudiziario nazionale, monocratico ed elettivo, per un mandato di nove anni, al quale sono stati conferiti poteri determinanti in materia di nomina, trasferimento e promozione dei giudici (mentre i concorsi sono affidati a una commissione giudicatrice composta da esperti scelti dal ministro della giustizia d'accordo con il presidente dell'Ufficio)[39].

Questo dà modo di fare due considerazioni, la prima peculiare –

---

richiamata nel testo stesso della Legge fondamentale, cui sarebbe riconnessa, *inter alia*, l'inamovibilità dei giudici. In questo senso, si può dire che la Corte EDU – o almeno qualcuno dei suoi giudici – si è sospinta fino a spiegare all'Ungheria, e alla sua Corte costituzionale, cosa sia la Costituzione ungherese).

[35] Nel caso C-286/12, *European Commission v Hungary*, con il quale la normativa nazionale di prepensionamento dei giudici (e di procuratori e notai) è stata censurata, ma sotto l'assai limitato profilo della disparità di trattamento nell'anticipazione dell'età pensionabile, in violazione della direttiva 2000/78/CE.

[36] Benché i procedimenti contro l'Ungheria siano proseguiti sotto altri aspetti settoriali, come l'istruzione superiore nel caso della *Central European University* (*Commission v Hungary*, C-66/18) o la legislazione contro le Ong (*Commission v Hungary*, C-78/18).

[37] Mentre non hanno trovato alcuna concretizzazione, almeno finora, le minacce provenienti da questi paesi per le istituzioni giudiziarie sovranazionali, temute invece da J. Petrov, *The populist challenge to the European Court of Human Rights*, in *International Journal of Constitutional Law*, Volume 18, Issue 2, 2020, pp. 476-ss.

[38] Benché, su richiesta – accolta – della Commissione di Venezia, sia stato riprodotto nel testo con il quinto emendamento del 2013: v. ora S. Penasa, *L'amministrazione della giustizia in Ungheria: un sistema istituzionale "bicefalo" di derivazione "democratico-illiberale"*, in *DPCE Online*, 4/2020, p. 4941. Questa sorta di 'concessione' fatta a un'istanza sovranazionale, per la sua portata limitata, rinvia ad alcune considerazioni già svolte (nota 25).

[39] V. *European Commission*, *2020 Rule of Law Report. Country Chapter on the rule of law situation in Hungary*.

per i motivi già detti in esordio – alla sola Ungheria, la seconda comune a entrambi gli ordinamenti illiberali presi in considerazione. L'elezione a maggioranza di due terzi dei voti da parte del Parlamento monocamerale, in questo come in altri innumerevoli casi di votazioni elettive o deliberative previsti dall'ordinamento magiaro, essendosi trovata di fatto nella disponibilità di un partito, ha da dieci anni stabilmente alterato il significato di un requisito[40] – la maggioranza qualificata, appunto – che, in Ungheria come altrove, era sempre stato interpretato come garanzia di rispetto e coinvolgimento delle minoranze, e che fin dal 1989-90 aveva trovato espressione nelle c.d. leggi cardinali, una sorta di contraltare alla scelta di un sistema elettorale a forte compressione delle minoranze[41]. Essendosi tramutata in uno strumento per esaltare al massimo il principio maggioritario (inteso in senso partitico), e dunque in qualcosa di antitetico rispetto all'intento originario[42], la supermaggioranza ha caricato di questo significato anche il momento del reclutamento dei giudici, una delle procedure decisionali che da quel principio più si dovrebbero distaccare. Non si è a conoscenza di studi

[40] Z. Pozsár-Szentmiklósy, *Supermajority in Parliamentary Systems – A Concept of Substantive Legislative Supermajority: Lessons From Hungary*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 58, No. 3/2017, p. 287.

[41] Proprio a proposito delle leggi cardinali, V.Z. Kazai, *The Instrumentalization of Parliamentary Legislation and its Possible Remedies. Lessons from Hungary*, in *Jus Politicum (Revue de droit politique)*, 23/2019 (*juspoliticum.com/la-revue*), pp. 252 ss., dopo aver considerato che «*if the governing parties win two-thirds of the seats in the Hungarian National Assembly, qualified majority requirements lose their function*», è giunto a concludere che «*it could be stipulated that the requirement of a two-thirds majority for adoption of cardinal laws change automatically to three-fourth if the governing parties have enough representatives to adopt the law alone*». L'aspetto propositivo di questa idea, che prende le mosse da una situazione peculiare come quella che si è creata in Ungheria dal 2010, potrebbe essere estesa anche ad altri ordinamenti democratici ove non si possono escludere fenomeni simili a quello osservato. Tuttavia, in linea generale, resta la difficoltà di applicare a fenomeni mutevoli come quello partitico criteri piuttosto fissi e rigidi come quelli riferiti alle maggioranze deliberative (nel caso specifico quelle speciali qualificate).

[42] Spiega G. U. Rescigno, *Principio maggioritario*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 2, che «il senso e la portata di ogni regola che prevede una maggioranza superiore a quella semplice sono proprio quelli di attribuire un potere di veto alle minoranze, sempre che esse riescano a raggiungere il minimo di voti previsto per impedire all'altra parte di raggiungere la maggioranza prescritta», per concludere che «in questo caso non si ha affatto applicazione del principio maggioritario, ma, se proprio vogliamo dare un nome al fenomeno, applicazione del principio della minoranza (o, più estesamente e con più chiarezza: principio della garanzia delle minoranze)».

empirici che indichino come questo processo si sia svolto in Ungheria nell'ultimo decennio[43]. Quello che però è noto, e colpisce al cospetto della Polonia, è l'assenza sostanziale di conflitti e contestazioni. In merito al fatto che questa differenza possa dimostrare che tutte le procedure di *turnover* ungheresi siano state esenti da una colorazione politica, mentre le contestazioni polacche dimostrano il contrario, si possono fare congetture o supposizioni[44]. Ma vi è qualche evidenza per sostenere che la magistratura polacca, nel suo complesso, abbia opposto una resistenza molto più energica contro la sua stessa politicizzazione, con il duplice risultato di sottoporsi, sul piano interno, al rischio di azioni repressive, ma anche di attirare l'attenzione dell'Unione europea, e accendere tutti i riflettori dell'opinione pubblica internazionale, sul processo in corso.

La seconda considerazione, che presenta aspetti comuni a entrambi gli ordinamenti, riguarda un difetto più subdolo. Vi è un dato sostanziale nei sistemi illiberali, che appunto li accomuna a dispetto delle diverse tecniche utilizzate per giungere allo stesso risultato, che in parte riflettono le divergenti sfumature di tradizione giuridica, in parte sono determinate dal livello differenziato di legittimazione formale della capacità di innovazione dell'ordinamento (che in Ungheria consente di modificare la costituzione formale, mentre in Polonia ne ammette di fatto solo l'aggiramento). In Ungheria la forza di legge costituzionale consente di decostituzionalizzare organi di garanzia per poi ripristinarli, sostanzialmente a piacimento e in forma depotenziata, affiancandoli ad organi politici fiduciari ai quali sono state cedute le competenze iniziali che spettavano ai primi. In Polonia, mancando tale forza di innovare l'ordinamento, si colgono lacune testuali per riempire la Costituzione formalmente invariata di nuovi contenuti – immessi

[43] Vi sono però contestazioni in merito alla nomina del nuovo primo presidente della *Kúria*: V. Kazai, Á. Kovács, *The Last Days of the Independent Supreme Court of Hungary?*, in *VerfBlog*, 13 October 2020.

[44] Ma ora v. V. Vadász, A. G. Kovács, *A game hacked by the dealer*, in *VerfBlog*, 10 November 2020, per quanto attiene alla selezione delle cause da attribuire ai giudici nella Kúria. Che i problemi relativi all'assegnazione dei casi in Ungheria non siano frutto di illazioni, ma un tema reale, è confermato dalla sent. *Miracle Europe KFT v. Hungary* (57774/13) della Corte europea dei diritti dell'uomo, menzionata nell'articolo citato, ove pure si osserva *en passant* l'aspetto critico per cui il presidente dell'Ufficio giudiziario nazionale, che ha vasti poteri nel sistema dell'assegnazione, sia eletto dal Parlamento – sia pure con la citata supermaggioranza – e non dall'autogoverno della magistratura.

ora in forma legislativa ordinaria ora pel tramite di quella che seguita ad esser considerata giurisprudenza costituzionale – che erano palesemente assenti nelle intenzioni originarie. Ma il risultato finale comune a entrambi i paesi, nel caso che qui interessa (ma si potrebbero trovare analogie, per esempio nel settore dei media), è stato quello di sottrarre ai giudici il momento essenziale della propria autodisciplina e del reclutamento, per consegnarlo nelle mani delle rispettive maggioranze politiche.

3.1. La causa C-619/18. Con lo stop al pensionamento anticipato dei giudici, una ritirata strategica del governo polacco

Come si accennava, l'anticipazione dell'età pensionabile dei giudici della Corte suprema – e, con altra legge, dei restanti giudici comuni – ha costituito solo la prima tappa in vista della politicizzazione della magistratura, nonché – finora – quella su cui l'Unione europea, nel suo complesso, ha mostrato maggiore fermezza ed anche efficacia nel provocare una reazione di adempimento da parte del paese sanzionato. Diversamente da quanto accaduto qualche anno addietro nel caso dell'Ungheria, allorché, in circostanze del tutto simili, la Corte di giustizia si limitò a sanzionare una discriminazione in tema di parità di trattamento dei lavoratori (con il già citato caso C-286/12)[45], i profili presi in considerazione in questo caso sono stati ben più qualificati, fino ad assumere i contorni di una vera controversia sui valori costituzionali europei. Ancora, diversamente dalle prime iniziative giudiziarie sulla *pars construens* della riforma giudiziaria polacca, in questo caso – ma di nuovo come in Ungheria – è stata la Commissione europea ad attivare procedimenti di infrazione *ex* art. 258 TFUE. Questa volta, però, i parametri invocati in giudizio, diversamente da una diret-

[45] Secondo D. Kochenov, P. Bárd, *The Last Soldier Standing? Courts Versus Politicians and the Rule of Law Crisis in the New Member States of the EU*, in E. Hirsch Ballin, G. van der Schyff, M. Stremler (Eds.), *European Yearbook of Constitutional Law 2019. Judicial Power: Safeguards and Limits in a Democratic Society*, Berlin, 2020, p. 262, è proprio questo limitato profilo della discriminazione in tema di età ad aver fatto in modo che la Corte abbia «*misconstrued*» e «*misinterpreted*» il caso, finendo per non cogliere le violazioni all'indipendenza giudiziaria e in definitiva alla *rule of law*, e così consentendo al governo ungherese di 'cavarsela' con qualche risarcimento finanziario.

tiva in tema di non discriminazione[46], sono stati individuati nell'art. 19, paragrafo 1, TUE, che tra l'altro obbliga gli Stati membri a predisporre i rimedi giurisdizionali necessari ad assicurare una tutela effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, in 'combinato disposto' con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che attribuisce a ciascun individuo, i cui diritti o libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati, il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, con la previsione aggiuntiva di un esame equo, pubblico ed entro un termine ragionevole della causa da parte di un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. L'invocazione di tali parametri da parte della ricorrente Commissione europea segna, se non proprio un precedente in senso tecnico, un punto di svolta importante nel diritto europeo, perché il loro accoglimento da parte della Corte di giustizia supera la pretesa identificazione, invocata tra l'altro dal governo polacco, tra «settori disciplinati dal diritto dell'Unione» e competenza dell'Unione stessa in senso lato[47], che invece – secondo questa giurisprudenza, anche confortata da parte della dottrina – può essere intesa in un senso estensivo rispetto ai tradizionali, o persino ai più recenti, campi di intervento diretto delle politiche eurocomunitarie.

Ne consegue che, secondo la sentenza resa dalla Grande camera il 24 giugno 2019, in causa C-619/18[48], il collocamento a riposo con

[46] P. Bogdanowicz, M. Taborowski, *How to Save a Supreme Court in a Rule of Law Crisis: the Polish Experience*, in *European Constitutional Law Review*, 16/2020, p. 307, proprio nella scelta del parametro ravvisano un errore da parte della Commissione nel precedente caso ungherese che, sebbene da essa formalmente vinto, «*did nothing to rectify the systemic situation concerning the independence of Hungarian courts*». Invero un'affermazione del genere, condivisibile quando riferita al caso magiaro, appare premessa ottimistica se estesa alle conseguenze per la Polonia, ove l'indipendenza dei tribunali pare una lotta tutt'altro che vinta.

[47] Si riferiscono a questa distinzione M. Bonelli, M. Claes, *Judicial Serendipity: how Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary. ECJ 27 Februray 2018, Case C-64/16, Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, in *European Constitutional Law Review*, 14(3)/2018, p. 630, quando affermano che «*there are apparently cases that fall under the jurisdiction of the Court of Justice since they belong to 'the fields covered by EU law', which are not at the same time covered by the notion 'the Member States implementing EU law'*».

[48] Per un primo commento P. Bogdanowicz, *The Court of Justice in Defense of the Independence of the Polish Supreme Court*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, p. 920; E. Ceccherini, *L'indipendenza del potere giudiziario come elemento essenziale dello stato di diritto. La Corte di giustizia dell'Unione europea esprime un severo monito alla Polonia*, in *DPCE Online*, 3/2019, pp. 2197 ss.

decorrenza retroattiva dei giudici della Corte suprema è illegittimo per violazione del principio di inamovibilità dei giudici, che è intrinsecamente connesso alla loro indipendenza. La Corte, anche avvalendosi del parere n. 904/2017 della Commissione di Venezia, effettua uno scrutinio delle vere motivazioni che avevano animato la legge, esaminandone tra l'altro la relazione di accompagnamento, per smentire che esigenze di politica occupazionale ne fossero alla base, ciò che peraltro è smentito dalla facoltà discrezionale attribuita al presidente della Repubblica di prolungare gli incarichi, su richiesta, per un periodo complessivo che potrebbe giungere fino a sei anni (e quindi superare addirittura quella che sarebbe stata l'età pensionabile originaria). Essa respinge anche, in quanto non pertinente, il riferimento fatto dal governo polacco alla nota, e relativamente recente sentenza della stessa Corte, nel caso *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v. Tribunal de Contas* (C-64/16), perché la riduzione del trattamento economico dei giudici portoghesi in discussione in quel caso, necessitata da una situazione oggettiva e comunque provvisoria e limitata nell'entità, non comportava per ciò stesso alcuna limitazione reale all'indipendenza dei giudici. Del pari, la Corte coglie l'occasione per censurare con enfasi proprio la facoltà accordata al presidente della Repubblica di prorogare gli incarichi, giacché l'assoluta libertà di valutazione consentita a quest'ultimo porrebbe un giudice che avesse fatto richiesta in tal senso nella condizione di percepire delle pressioni e influenze indebite, anche indirette, cui rischierebbe di «piegarsi». La Corte si spinge fino ad affermare che proprio questa misura rafforza l'impressione che il vero scopo della legge sia quello di escludere dal servizio «una parte predeterminata» di giudici (par. 85)[49]. D'altra parte, il parere del Consiglio nazionale della magistratura, che il capo dello Stato sarebbe obbligato a chiedere, senza peraltro esserne vincolato, non risolve nulla secondo la Commissione ricorrente. Infatti secondo la Commissione, che coglie l'occasione per entrare nel merito anche di questo aspetto – e la Corte

[49] Secondo P. Bogdanowicz, M. Taborowski, *How to Save a Supreme Court*, cit., p. 321, la Corte *non poteva* aggiungere («*could not add*») che, in via di fatto, il gruppo di giudici coincideva principalmente con quelli che avevano preso una posizione critica nei confronti delle 'riforme' giudiziarie del governo, in generale. Se questo è in linea di principio verosimile, si coglie l'occasione per rilevare come anche in futuro, e su questioni teoriche persino più gravi, la Corte di giustizia potrebbe aver difficoltà a rendere esplicito – o forse non potrebbe dire affatto – perché certi istituti, adatti ad alcuni paesi, non lo siano per altri.

sembra accogliere il rilievo, preparando forse il terreno per future decisioni a riguardo –, proprio la circostanza che anche i membri togati del Consiglio siano eletti dalla Dieta (*Sejm*) o camera bassa del Parlamento[50] ne mina l'indipendenza, togliendo valore al parere dell'organo nel suo complesso (per il resto già inciso da forte politicità).

Una lettura sistematica della sentenza, che in definitiva impiega come parametro il solo art. 19 TUE (pur tenendo sullo sfondo l'art. 2 TUE e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali), fa in effetti propendere per contenuti innovativi e coraggiosi, riproducendo la suggestione, contenuta nella precedente sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (C-64/16), per cui il principio di indipendenza dei giudici può essere fatto valere, anche in sede europea, a prescindere dal fatto che la disposizione nazionale pertinente, che viene in questione, debba dare applicazione o meno al diritto europeo in senso stretto, o anche rientri tra i diritti e le libertà garantiti «nell'attuazione del diritto dell'Unione»[51], poiché esso già ricade nello specifico ambito delle competenze di cui all'art. 19, secondo paragrafo, primo comma, TUE, per il solo fatto che un tribunale o corte nazionale potenzialmente potrebbe trovarsi a decidere sull'interpretazione o sull'applicazione del diritto europeo[52]. In altri termini, l'elemento decisivo per fare in modo che l'argomento sia attratto entro la giurisdizione della Corte non è quello, *ratione materiae*, che la controversia sia coperta dal diritto dell'Unione, ma quello, pienamente 'funzionale', per cui ogni

[50] Senza che si faccia alcun riferimento alle maggioranze parlamentari eventualmente richieste, il che – da un punto di vista comparativo – potrebbe porre problemi, se si considera il caso, che torna ad essere di grande attualità, del *Consejo General del Poder Judicial* spagnolo.

[51] Il riferimento è all'art. 47 della Carta, che – ove fosse invocato troppo direttamente – darebbe luogo a dispute sulle competenze della Corte stessa, dal momento che l'art. 51 della stessa Carta delimita il suo ambito di applicazione all'attuazione del diritto dell'Unione in senso stretto, ed esclude di poter attribuirle nuove competenze.

[52] Perplessità su quest'uso estensivo dell'art. 19 sono espresse da P.M. Rodríguez, *Poland Before the Court of Justice: Limitless or Limited Case Law on Art. 19 TEU?*, in *European Papers*, Vol. 5, n. 1/2020, pp. 334-ss, che osserva un ruolo sempre più creativo da parte della Corte su questa materia, rilevando come già il precedente caso portoghese andasse letto *à la polonaise*. Più positivo il giudizio di T.T. Koncewicz, *"The Existential Jurisprudence" of the Court of Justice: Moving Beyond the Boats, Embracing the Journey*, reperibile al sito *Reconnect-europe.eu*, che – nell'ambito di una valutazione alquanto articolata – considera questa fase della giurisprudenza europea sulla *rule of law* alla stregua di un «*moment de non-droit*», in cui «*there is no definitive indication in the relevant law as to how the case should be decided*».

tribunale nazionale, in quanto tale, è anche, potenzialmente, parte del giudiziario europeo in quanto potrebbe essere investito del compito di interpretare o applicare quel diritto. In tal modo, creando un caso di autentica – come la si è definita – 'serendipità' giudiziaria[53], mentre la Corte di giustizia negava soddisfazione alle aspettative retributive di alcuni giudici di un altro stato, essa giunse a gettare le basi per decisioni ben più impegnative sul piano di un diritto costituzionale europeo.

Solo in base a queste premesse diventa possibile conciliare con il diritto primario europeo la competenza di ogni stato membro a stabilire i criteri di assunzione dei propri magistrati, la loro retribuzione, l'età del loro pensionamento, le procedure per attivarne la responsabilità disciplinare e così via. Conciliare la competenza nazionale con i principi supremi del diritto europeo – a tacere di cosa vorrebbe in questo caso la Costituzione nazionale, ammesso che questa abbia ancora forza normativa – significa assicurare l'effettiva tutela giurisdizionale a ogni cittadino europeo, come richiesto appunto dall'art. 19 TUE. Ma quella funzionalista è una lettura innovativa dello stesso articolo, ed essa risulta indispensabile, sul piano dell'argomentazione, per consentire alla Corte di respingere la facile obiezione del governo polacco – come in futuro, possibilmente, di altri – per cui l'organizzazione della giustizia ricade in definitiva nella competenza esclusiva di ciascuno stato membro, e nulla potrebbe intaccare questa elementare constatazione. Sullo sfondo di questo si staglia una questione forse non del tutto nuova del diritto europeo, ma che la controversia sul giudiziario polacco ha contribuito a rinnovare in maniera potente in termini di una questione di diritto costituzionale sovranazionale. Essa verte intorno alla difficoltà concettuale di far coincidere, o al contrario distinguere nitidamente, i settori sui quali il diritto europeo derivato esercita direttamente una competenza normativa propria, esclusiva o concorrente, dalla sfera complessiva in cui il diritto europeo viene comunque ad essere investito nei suoi principi, e della quale non può dunque disinteressarsi. È evidente che l'interpretazione funzionalista offerta dalla Corte rompe degli argini e apre spazi per espansioni potenziali del diritto europeo che non sono certamente da respingersi *a priori* – al contrario – ma che inducono a porsi qualche interrogativo.

In questa fondamentale e interessante sentenza, così come in altre successive decisioni, si insinua peraltro un fondo di ambiguità, che è

[53] M. Bonelli, M. Claes, *Judicial Serendipity*, cit., pp. 622 ss.

quello per cui la Corte di giustizia – insieme alla Commissione, ciascuno secondo la propria competenza – afferma di interessarsi a questioni così delicate e nevralgiche per la sovranità nazionale come l'organizzazione della giustizia, ma lo fa solo in quanto ciascun giudice nazionale, almeno potenzialmente, può *anche* essere giudice europeo. Al tempo stesso, però, tali giudici, con tutta la disciplina che li riguarda, restano pur sempre giudici nazionali, e in quanto tali operano per gran parte del tempo e dei casi loro assegnati; ne consegue che una decisione (europea) che investa lo status dei giudici interni in quanto 'europei' li coinvolge *anche* in quanto giudici nazionali. Ammesso che questo indirizzo giurisprudenziale riesca alla fine a prevalere – ciò che, allo stato attuale, non può darsi per scontato[54] –, non può nascondersi l'impressione per il modo in cui la dimensione europea di un giudice nazionale possa finire per fare premio su tutto il resto. Probabilmente questo è il massimo livello in cui si possa inoltrare un'interpretazione *quasi* federale dell'Unione europea nel limitare i poteri di uno stato membro, almeno in questa materia, ma appare felice questa casualità per cui la protezione dell'indipendenza dei giudici, entro una dimensione percentuale probabilmente molto ridotta e limitata delle loro attività, valga anche a proteggerne l'indipendenza in tutto il resto, ciò che adesso, e per un lungo periodo verosimile, seguiterà pur sempre ad essere nettamente dominante, cioè le controversie sul proprio diritto nazionale.

A margine di tutto questo, è nella decisione qui discussa che la Corte, sia pure malvolentieri, accetta di misurarsi con l'argomento comparativo, accennato in esordio e che verrà sviluppato in seguito. Seppure non sia dato conoscere dal verbale le parole esatte usate dai rappresentanti del governo polacco, risulta dalle motivazioni del giudizio che la Corte non nega, pur considerandola indimostrata, la possibilità che altri stati membri presentino vizi analoghi a quelli discussi nella causa C-619/18, ma afferma (par. 120) che «resterebbe il fatto che uno Stato membro non può basarsi su un'eventuale violazione del diritto dell'Unione da parte di un altro Stato membro per giustificare il proprio inadempimento». Questo è indiscutibile, ma è anche poco. Non grava certo sulla Corte l'onere di dimostrare che (non) vi siano in Europa altri ordinamenti statali che presentano vizi simili, nell'ordinamento giudiziario, a quelli che sono stati dichiarati illegittimi nel caso di specie. Ma attenendosi su un piano strettamente e piuttosto

[54] M. Steinbeis, *The EU has no National Guard*, in *VerfBlog*, 31 January 2020.

asetticamente normativo, come fa la Corte quando astrae da considerazioni storico-politiche, può accadere che raffronti con altri ordinamenti lascino qualche dubbio al riguardo. E allora, se anche questi non fossero mai portati alla sua conoscenza, occorre prenderne atto, magari anche cercando argomenti di più profonda solidità, anche in chiave storica (non esprimibili nella motivazione di una sentenza?), per cui alcuni ordinamenti statali possono 'permettersi' modelli di organizzazione della giustizia diversi, tali per esempio da prevedere un coinvolgimento più avanzato della politica in alcuni processi di selezione o di valutazione delle carriere, mentre ad altri stati membri ciò è precluso, dovendosi richiedere delle condizioni di separatezza più rigorose. Chi scrive muove dal presupposto del carattere pretestuoso di molte obiezioni formulate dal governo polacco (e da quello ungherese, non direttamente coinvolto nel caso, ma in posizione di sostegno processuale, e comunque alquanto simile per 'indirizzo politico-costituzionale'). Cionondimeno una risposta attrezzata sul piano teorico può rendersi necessaria quanto meno per sconfessare la pretestuosità di quelle argomentazioni.

Come si è accennato in precedenza, questa sentenza della Corte di giustizia è stata rispettata ed eseguita dal governo polacco, nel senso che i giudici della Corte suprema sono stati mantenuti in carica fino al raggiungimento dell'età pensionabile che era stata fissata al momento in cui assunsero l'incarico, e la prima presidente Gersdorf ha potuto portare a termine il mandato, previsto dalla Costituzione in sei anni, il 30 aprile 2020. In questo va già rilevata una differenza di efficacia pratica con la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Baka, dal momento che quest'ultimo giudice non fu mai reintegrato nelle proprie funzioni, ma dovette accontentarsi di un risarcimento finanziario. Da parte sua, il governo polacco ha avuto buon gioco a rivendicare che la normativa censurata non era già più in vigore, e non lo era in effetti dal dicembre 2018, allorché fu abrogata con legge statale in adempimento di un provvedimento cautelare adottato dalla Corte di giustizia nella stessa causa[55]. Chi scrive resta dell'opinione che si sia trattato di una ritirata strategica con cui il regime polacco effetti-

[55] Non è stato irrilevante, anche ai fini degli sviluppi successivi, che l'adempimento alla decisione della Corte di giustizia abbia assunto le forme di una nuova legge statale e non quelle, che sarebbero state più appropriate, della disapplicazione della normativa precedente (anche per far valere il primato del diritto europeo).

vamente accettò di rinunciare al proposito di liberarsi di alcuni giudici non ritenuti compiacenti con il proprio indirizzo e di continuare a tollerarli, forse nella consapevolezza che la loro permanenza in carica sarebbe stata comunque limitata nel tempo e che la perdita era dunque contenuta. Si può ritenere che il governo abbia compiuto una sorta di *trade off* tra il pensionamento anticipato, aspetto appariscente ma di portata relativamente più limitata, e la modifica per l'avvenire – con netta politicizzazione – dei criteri di accesso alla magistratura e soprattutto alle sue più alte cariche, più subdola in quanto meno evidente, ma soprattutto foriera di effetti sistematici molto più duraturi nel tempo.

Analoghe sono le considerazioni che si possono fare con riferimento alla sentenza C-192/18, resa il 5 novembre 2019, e questa volta concernente la legge che anticipava il collocamento a riposo di giudici e procuratori 'comuni', condizionandone un'eventuale proroga a un discrezionale parere favorevole del ministro della giustizia[56]. Al di là dei diversi soggetti specificamente interessati, il percorso argomentativo della Corte si mantiene sulla stessa scia della decisione del precedente 24 giugno. Manca l'elemento della comparazione con altri paesi, evidentemente non sollevato questa volta dall'esecutivo convenuto, ma la Corte deve tuttavia rispondere in poche battute all'impropria analogia operata in merito all'eventuale rinnovo degli incarichi dei suoi stessi giudici (par. 133).

3.2. Le cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18. Quando le riforme guardano al futuro, neanche un passo indietro

Molto diversa è la questione che la Corte di giustizia si è trovata ad affrontare solo poche settimane dopo, il 19 novembre 2019, con la sentenza nelle cause riunite C-585/18, C-624/18, C-625/18. Innanzitutto va segnalata la differenza processuale per cui questi ultimi casi hanno preso le mosse da rinvii pregiudiziali operati da giudici nazionali in forza dell'art. 267 del TFUE. Questo vale a mettere in chiaro come la stessa magistratura dello stato interessato, in autonomia e a prescindere dalle procedure per infrazione attivate dall'Europa, abbia avanzato dubbi sulla compatibilità con la propria indipendenza della riforma

[56] Su questo, più puntualmente, M. Ferrara, *Commissione europea contro Polonia, atto secondo. La Corte di giustizia ancora a difesa dell'indipendenza dei magistrati polacchi e della* Rule of Law, in *DPCE Online*, 1/2020, p. 899 ss.

complessiva dell'ordine giudiziario, non tanto sotto il profilo del diritto costituzionale interno, ai canali del quale non si è affatto rivolta, dimostrando tutta la propria sfiducia nei confronti di questo tipo di rimedio, quanto sul piano del diritto europeo primario, che qui, in maniera evidente – ma già legittimata dalla sentenza del precedente giugno – ha cominciato ad essere utilizzata come una sorta di succedaneo dei rimedi interni, muovendo dall'assunto che le scelte di valore dei due ordinamenti, al rispettivo vertice, siano largamente sovrapponibili. È probabile tuttavia che le due diverse modalità di accesso alla Corte, rispondendo a logiche e obiettivi in parte diversi, portino anche a esiti altrettanto differenziati con riferimento alla capacità di una pronuncia della Corte con sede a Lussemburgo di incidere sull'ordinamento nazionale, benché la già citata sentenza C-64/16, che anch'essa promanava da un'iniziativa giudiziaria portoghese, abbia costituito punto di avvio di un grande, e forse inizialmente inatteso, sviluppo anche ricco di conseguenze politiche[57].

Al di là delle differenze processuali, va poi rilevato che le cause riunite sopra evocate, pur muovendo anch'esse dalla situazione giuridica individuale di alcuni giudici in merito alla questione del loro collocamento a riposo, hanno tuttavia preso le mosse da questo per lanciare l'attenzione della Corte su un altro ordine di problemi, quelli che sopra sono stati definiti come secondo stadio, cioè le tecniche per assicurare che, una volta rimossi i vecchi, i nuovi titolari delle cariche giurisdizionali, soprattutto apicali, corrispondessero ai *desiderata* della politica dominante[58]. Il diretto collegamento tra le due questioni dipende dal fatto che proprio alla nuova sezione disciplinare sono sta-

[57] Sul rinvio pregiudiziale, per tutti, F. Fabbrini, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bologna, 2018, p. 74: «Formalmente, la CGE non può decidere sul contrasto tra le norme di diritto nazionale con il diritto europeo. Tuttavia, basandosi sulla ricostruzione del quadro fattuale e del contesto normativo nazionale offerta dal giudice rimettente, la CGE può chiarire se l'interpretazione del trattato osti all'applicazione di una norma nazionale nel caso pendente dinnanzi al giudice interno». Inoltre, «[m]entre potenzialmente uno stato membro potrebbe cercare di ignorare le decisioni della CGE emesse nel contesto di un ricorso per inadempimento, uno stato – nelle democrazie occidentali basate sullo stato di diritto – non può disobbedire ai propri giudici». Sembra tuttavia che i casi in discussione abbiano fatto fare un passo in avanti, ma in una direzione non positiva.

[58] In argomento, ampiamente, A. Fusco, *I "terzi poteri" dell'Unione vigilano sull'indipendenza del giudice, principio cardine del costituzionalismo europeo. Alcune considerazioni sulle vicende del giudice polacco (a margine di CGUE, Grande sezione,*

te attribuite competenze anche in ordine a eventuali ricorsi contro il pensionamento obbligatorio degli stessi giudici della Corte suprema. Le funzioni di giudice del rinvio sono assunte dalla vecchia sezione per il lavoro e la previdenza sociale della Corte suprema, che agisce in quanto al momento non risulta ancora costituita la nuova sezione disciplinare, la quale a sua volta sarebbe competente a decidere sul caso di alcuni giudici che, avendo compiuto 65 anni di età prima dell'entrata in vigore della legge sulla Corte suprema, non accettano di vedersi collocati a riposo anticipatamente rispetto a quanto previsto al momento in cui presero servizio, e d'altra parte, però, neanche accettano di presentare una domanda per restare in servizio al presidente della Repubblica come prevista dalla nuova legge. Ma, a ben vedere, la vera posta in gioco della domanda pregiudiziale non è tanto quella che concerne il legittimo interesse di alcuni giudici a non essere mandati in pensione anzitempo, ovvero a non dover sopportare prove umilianti e impreviste per mantenere la propria posizione, sebbene questa sia da considerarsi la causa occasionale che ha dato luogo alla controversia. La vera materia del contendere verte intorno alla composizione dell'allora istituenda (e oramai istituita) sezione disciplinare, che sarebbe stata competente a conoscere i ricorsi dei giudici in questione, in merito alla quale, però, la sezione per il lavoro e la previdenza sociale avanza dubbi di legittimità a causa delle procedure di selezione affidate a un Consiglio nazionale della magistratura su cui gravano sospetti di politicizzazione, inclinata per giunta a vantaggio di una sola parte. Il profilo di maggiore criticità, secondo la Corte, è quello dell'indipendenza, scomponibile a sua volta nell'indipendenza in senso proprio, ovvero 'esterna' (intesa come autonomia dell'organo giudicante, non soggezione ad alcun vincolo gerarchico, pressioni, ordini o istruzioni) e nell'imparzialità, a sua volta ricostruibile per diversi aspetti ma comunque riconducibile all'equidistanza tra le parti (ma l'aspetto, si dice, richiede uno scrutinio delle convinzioni personali e del comportamento del giudice)[59].

Questa sottolineatura in merito ai due aspetti, quello interno e quello esterno dell'indipendenza, merita una considerazione specifica. A meno di correzioni degli orientamenti politici nel paese, è im-

sentt. 24 giugno 2019, 19 novembre 2019 e 26 marzo 2020), in *Osservatorio costituzionale*, 3/2020, p. 657.

[59] Su tutti questi aspetti si soffermano i punti 119-129 della sentenza.

portante che la capacità della giustizia europea di prevenire mutazioni irreversibili dell'ordine giudiziario interno sia la più rapida possibile, perché apporti anche significativi della Corte di giustizia, se tardivi, rischiano di misurarsi con un quadro interno ormai irreparabile. In un paese diviso da una profonda spaccatura storica e ideologica, e in cui si consuma a tappe lo smantellamento di garanzie che in precedenza erano apparse solide, si ritiene che l'indipendenza del secondo tipo, intesa cioè come imparzialità e terzietà del giudice rispetto alle parti, venga assumendo un'importanza così debordante da finire per assorbire anche il rilievo dell'indipendenza 'esterna', che pure è quella di più immediata evidenza e che è giusto non trascurare. Lo dimostra la storia recente della Polonia, e in particolare la 'cattura' del Tribunale costituzionale, che non è oggetto di questo contributo. È cosa abbastanza nota che questa si sia compiuta, nell'arco di un anno, con una combinazione tra atti di vero e proprio sabotaggio delle sue decisioni, di sostituzione – in parte legale – dei suoi componenti (approfittando comunque di errori nella 'programmazione' originaria dell'istituzione), e infine con un insieme studiato di misure legislative vessatorie, in ogni caso palesemente incostituzionali e irragionevoli, allo scopo di paralizzare l'istituzione fintantoché fosse stata composta da una maggioranza non favorevole al nuovo indirizzo politico.

Tuttavia, al termine di un anno in cui i titolari del potere sono riusciti a procurarsi una maggioranza entro l'organo – che solo negli anni successivi è diventata la quasi totalità – si è riscontrato che, come per incanto, le norme di legge oppressive sono state ritirate e sostituite con altre[60], in buona parte simili a quelle previgenti al 2015. E queste norme sembrano perfettamente compatibili con la forma della Costituzione e con i canoni internazionali di modo che un osservatore ignaro, che studiasse oggi la legislazione di attuazione del Tribunale costituzionale polacco, difficilmente potrebbe notare aspetti critici, e tanto meno sarebbe possibile contestare questo impianto normativo, sul piano formale, presso istanze sovranazionali, tanto che i rappresentanti del governo hanno persino potuto presentare il nuovo impianto normativo – ironia del destino – come dimostrazione di buona volontà e leale collaborazione con l'Europa. Se questo è lo stato dei fatti, non vi sono prove per dimostrare indiscutibilmente perché ciò sia avvenuto,

[60] W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, cit., p. 79 (e *passim*, ma specie pp. 58-88, per la ricostruzione dei fatti).

ed è ancora più improbabile che sia stato programmato 'a tavolino' fin dall'inizio. Tuttavia si può avanzare l'ipotesi che l'elezione di un gran numero di persone ideologicamente 'motivate' abbia reso chiaro ai titolari del potere che non vi fosse più neanche bisogno di mantenere in vigore le norme restrittive, soprattutto in materia organizzativa e disciplinare. Ciò perché l'ardore ideologico professato dai nuovi componenti, il loro desiderio di collaborare alla causa, era ed è tale per cui non c'è bisogno di attivare misure intimidatorie, contrarie quindi all'indipendenza esterna. Restano però dubbi gravi, a dir poco, sull'indipendenza interna o imparzialità; ma resta anche il fatto che simili aspetti, pur ormai generalizzati, se isolati dal contesto sono più difficili da dimostrare. È vero che la sostituzione integrale, o anche solo maggioritaria, di un corpo di magistrati composto di molte migliaia, non è facile come nel caso di un singolo organo collegiale, anche perché i giudici comuni si stanno dimostrando, in media, molto più resistenti al nuovo indirizzo. Tuttavia, se la ristrutturazione del giudiziario proseguirà con ulteriori misure anche nel 2021, come c'è ragione di temere, si può altresì prevedere, per analogia, che anche le misure di intimidazione finora introdotte possano essere attenuate o rimosse una volta raggiunto lo scopo. Per l'inevitabile lentezza dei procedimenti giudiziari europei, sarà difficile evitare che siano ancora una volta cancellate le prove, eliminate le tracce di un altro misfatto, e che una volta di più tale misfatto sia perfezionato con la beffa di una legislazione che sembri compatibile con i migliori standard.

Si diceva però della 'vera' materia del contendere nelle cause riunite. È evidente al riguardo come le sorti di due istituzioni, quali il Consiglio nazionale della magistratura e la sezione disciplinare presso la Corte suprema, da quello in gran parte selezionata, che in apparenza cadono sotto l'attenzione del giudice del rinvio per una controversia tutto sommato limitata, come quella concernente il destino professionale di pochi giudici comunque già prossimi alla completa anzianità di servizio, siano sorti di enorme e maggiore importanza sistemica. Qualora infatti la Corte di Lussemburgo dovesse pronunciare un'interpretazione del diritto europeo in senso sfavorevole a tali istituzioni, l'effetto di una tale pronuncia non si limiterebbe a determinare la permanenza in carica di quei pochi giudici, ma si proietterebbe nel futuro per un tempo e un numero di cause indefinito, facendo crollare l'impalcatura della riforma giudiziaria avviata dal PiS nel 2017, e soprattutto mettendo a repentaglio l'intera sua ragion d'essere. Quanto al

potere politico polacco stesse a cuore troncare la questione più scottante risulta dalla richiesta, formulata da tutte le autorità convenute – il procuratore generale-ministro della giustizia e il KRS – di archiviare le cause perché nel frattempo anche i ricorsi dei giudici erano stati archiviati dalla legge del 21 novembre 2018 che reintegrava i giudici stessi in ottemperanza alla decisione processuale presa nella causa C-619/18. Ma la Corte accoglie le obiezioni del giudice del rinvio per cui diverse garanzie per i giudici ricorrenti possono essere loro accordate solo a condizione che una pronuncia della Corte stessa consenta di disapplicare le norme originarie impugnate, anziché fingere che esse non siano mai esistite. Riconosce poi la Corte che vi sono diversi elementi che legittimano il dubbio in merito alla qualificazione della sezione disciplinare della Corte suprema come un giudice indipendente: si tratta in particolare della competenza esclusiva a quest'ultima attribuita in tema di diritto del lavoro e della previdenza sociale dei giudici di quella Corte, del fatto che la sezione disciplinare sia composta da soli 'nuovi' giudici, con esclusione di quelli già attivi presso l'istituzione, e del regime di particolare autonomia (oltre al trattamento economico privilegiato) accordato solo ai membri di questa sezione. Secondo la Corte (par. 152) è la combinazione tra tutti questi elementi, specie se ad essi si dovesse sommare il riscontro della mancata indipendenza del KRS dai poteri legislativo ed esecutivo, a legittimare dubbi in merito all'indipendenza della sezione disciplinare.

3.2.1. La timida pronuncia di Lussemburgo e il seguito giudiziario nazionale

Come ha risposto allora la Corte di giustizia alle questioni che stavolta le sono state sottoposte? La qualità del responso, le sue conseguenze sull'ordinamento interno sono in questo caso decisive ancora di più che in quelli precedenti, ma è nei dettagli che si nasconde un grande discrimine. E questa volta, al termine di un lungo percorso di motivazioni, la Corte decide sostanzialmente di non decidere. Essa, dopo aver richiamato tutte le motivazioni della sezione polacca che opera il rinvio[61], e dopo aver compiuto una ricostruzione dell'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali – per giunta arricchita da

[61] Con una ricognizione dei criteri che consentono alla sezione stessa di valutare se il diritto europeo sia stato leso in riferimento alla composizione rispettivamente

rinvii alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito al corrispondente art. 6 CEDU –, non perviene tuttavia alla conclusione per cui il diritto europeo va interpretato nel senso di una incompatibilità con esso della legislazione nazionale che le è stata sottoposta, e non afferma dunque che quest'ultima debba essere senz'altro disapplicata (come anche l'Avvocato generale Tanchev le chiedeva di fare). Al contrario, rinvia – per così dire – al giudice del rinvio le conclusioni, offrendogli ampia facoltà di decidere se disapplicare, per quanto, in termini non espliciti, sembri offrire suggerimenti cautamente favorevoli in questa direzione.

Non si trattava affatto di un esito scontato, come provato dal fatto che tutte le parti contrapposte in Polonia – governo da un lato, opposizioni politiche e maggioranza della magistratura dall'altro – si sono proclamate vincitrici del verdetto europeo. Ma qualcuno ha vinto più di qualcun altro, almeno in via provvisoria. Ci si potrebbe interrogare sul perché i giudici di Lussemburgo, dopo aver compiuto una raffinata esegesi di alcuni principi radicati in più di un sistema giuridico sovranazionale (come difficilmente altri meglio di loro avrebbe saputo fare), ed essendo stati nel contempo ben edotti delle norme nazionali che con quei principi andavano raffrontate, si siano arrestati all'ultimo momento e abbiano lasciato la parola definitiva al giudice nazionale che aspettava da loro la definizione compiuta del caso. Ma forse è un interrogativo ozioso.

Ciò che conta è che il giudice nazionale, già stretto nella morsa di un'involuzione autoritaria sempre più accentuata, si è visto donare il discutibile privilegio di non essere obbligato a prendere atto di una pronuncia altrui, ma di poter scegliere in autonomia se pronunciare in prima persona (o meno) l'incompatibilità dei due sistemi giuridici e stabilire quindi la disapplicazione di quello statale contrastante. È stato così che, il 5 dicembre 2019, la sezione per il lavoro e la previdenza sociale della Corte suprema, senza essere indotta a farlo, sceglie discrezionalmente di constatare il difetto di indipendenza e imparzialità del Consiglio nazionale della magistratura e per conseguenza della sezione disciplinare presso la stessa Corte, disapplicando così le norme attributive della sua giurisdizione[62]. Questa pronuncia è stata poi seguita da

del Consiglio nazionale della magistratura (parr. 142-145) e della sezione disciplinare presso la Corte suprema (147-152).

[62] La decisione è reperibile presso il sito istituzionale della Corte suprema, alla

un'altra, delle sezioni unite civile, penale, per il lavoro e la previdenza sociale, emessa il 23 gennaio 2020[63], con argomentazioni che sostanzialmente ripercorrono quelle fornite da Lussemburgo, che però erano a sua volta sguarnite da quell'impostazione imperiosa o quanto meno decisa che le era stata richiesta.

I commentatori e la dottrina che hanno analizzato questi eventi hanno sottolineato la mancanza di seguito che il potere politico in Polonia ha dato a queste decisioni, e su cui si dovrà tornare, ma qui preme sottolineare soprattutto un aspetto critico, forse non abbastanza considerato. Nel clima che attualmente si è creato nel regime illiberale polacco, e forse anche in quello ungherese, la sorpresa derivante dalla mancata ottemperanza a decisioni dei poteri dell'Unione europea, persino a quello giudiziario, può essere una sorpresa solo parziale. Ma la sostanziale decisione di non decidere, operata in questo caso dalla Corte di giustizia, ha fornito al governo polacco uno strumento propagandistico non indifferente. Pur ripetendosi qui la consapevolezza che i risultati che ci si può attendere da una pronuncia pregiudiziale non sono gli stessi che discendono dalla sentenza determinata da un ricorso diretto per infrazione[64], va notato che è a partire da questo che il governo ha preso le mosse per affermare che nessuna norma del diritto interno è stata dichiarata illegittima, o per meglio dire incompatibile, dall'alta Corte europea, così lasciando bene intendere che ogni organo giudiziario nazionale che avesse preso una decisione in tal senso si sarebbe assunto le proprie responsabilità. Al potere politico è stato dato un appiglio per sostenere che la presunta violazione del diritto europeo non era stata accertata dall'unico soggetto competente a farlo, e che pertanto essa è stata dichiarata tale solo come frutto di un'arbitraria interpretazione da parte di alcuni giudici nazionali[65]. Che così non fosse,

pagina web *Sn.pl/aktualnosci*. S. Gianello, *La Corte di giustizia ordina di sospendere l'attività giurisdizionale della Sezione disciplinare del Sąd Najwyższy: alcune osservazioni a margine dell'ordinanza della Grande sezione (causa c-791/19r) dell'8 aprile 2020*, in *Nomos*, *1/2020*, p. 3: Id., *La nuova legge polacca sul sistema giudiziario: cresce (ulteriormente) la distanza che separa Varsavia e Bruxelles*, in *Federalismi.it*, 8/2020, p. 129.

[63] K. Gajda-Roszczynialska, K. Markiewicz, *Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland*, cit., p. 14.

[64] B. Grabowska-Moroz, J. Jaraczewski, *High Expectations*, in *VerfassungsBlog*, 19 November 2019.

[65] È possibile che in questo si sia manifestata un'espressione di quell'estremo formalismo giuridico che contraddistingue la Polonia e in generale l'insieme dei paesi già

solo a considerare che la Corte di Lussemburgo ha lasciato decidere alla suprema giurisdizione nazionale, vincolandosi così implicitamente ad accettare il suo giudizio, poco importa per le autorità politiche nazionali.

In un piccolo sforzo di immaginazione controfattuale, ci si potrebbe chiedere quale conseguenza giuridica immediata si sarebbe prodotta se la Corte di giustizia avesse accolto le dure conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev, e pronunciato direttamente l'incompatibilità delle norme nazionali con il diritto europeo. Il confronto avrebbe sempre avuto natura trilaterale: la Corte di giustizia dell'Unione europea, il governo polacco e la giurisdizione nazionale. Se la prima si fosse imposta in termini chiari, sarebbe stato il secondo a trovarsi nell'impaccio di un'alternativa sgradita: rinunciare all'asservimento dei giudici come punto qualificante del proprio indirizzo politico, o sfidare frontalmente l'Unione europea per mezzo della sua prestigiosa istituzione giudiziaria in uno scontro che avrebbe travalicato la dimensione nazionale e quella giudiziaria, per assumere piena natura politica ed europea. Cosa avrebbe scelto a questo punto il governo polacco? Si può almeno ritenere che la parte più debole del conflitto, in questo caso, sarebbe stata posta al riparo da un impatto da cui rischia di uscire sopraffatta. Se la pronuncia di incompatibilità fosse stata data direttamente da Lussemburgo, infatti, quella di Varsavia sarebbe stata una mera declaratoria di una decisione presa altrove; i giudici polacchi non avrebbero potuto essere puniti dal proprio governo se non al prezzo, per quest'ultimo, di esporre l'intera nazione ad uno scontro forse ultimativo con l'Europa, mentre i giudici europei non avrebbero corso alcun rischio di essere 'puniti' dal governo polacco. Nella situazione che si è creata, invece, il prezzo da pagare per intimidire i giudici che rispettano l'ordinamento europeo e la Costituzione nazionale è a dir poco contenuto.

L'elemento comparativo invece viene richiamato solo fugacemente, e per il tramite di un rinvio alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (par. 130), per dire che «sebbene il principio di separazione del potere esecutivo e del potere giudiziario tenda ad acquisire importanza crescente nella sua giurisprudenza, né l'articolo 6 né altre disposizioni della CEDU impongono agli Stati un determi-

socialisti, come sostenuto da M. Matczak, *The Clash of Powers in Poland's Rule of Law Crisis: Tools of Attack and Self-Defense*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 12 (2)/2020.

nato modello costituzionale, che disciplini in un modo o in un altro le relazioni e l'interazione tra i diversi poteri statali, né obbligano tali Stati a conformarsi all'una o all'altra nozione costituzionale teorica riguardante i limiti ammissibili a un'interazione del genere». Si è voluto riportare questo passo per intero per osservare la flessibilità della Corte su questo oggetto: sembra che un'apertura a diversi modelli di organizzazione della giustizia, compresi quindi quelli che – persino sulla base di premesse teoriche – ammettono o postulano un maggior coinvolgimento dell'esecutivo nel reclutamento dei magistrati, si possa conciliare con una certa rigidità allorquando il criterio prescelto sia invece quello che prevede appositi Consigli a tutela dell'indipendenza del corpo giudiziario. Se infatti l'apertura cui si accennava si desume dalla riproduzione, in forma adesiva, di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, la rigidità riferita ai modelli basati sui consigli della magistratura la si riscontra a partire da tutti i puntuali requisiti richiesti alla Polonia nel caso specifico, e non c'è motivo di ritenere che un rigore simile non sarebbe applicato anche ad altri stati, qualora fossero coinvolti in controversie dello stesso tipo[66].

Su questo punto, ove si riscontra una certa coincidenza di vedute con il pensiero dell'Avvocato generale Tanchev, si potrebbero appuntare le obiezioni di un governo che persegua gli obiettivi qui messi in evidenza. Anche Tanchev, corroborato dalla dottrina e da strumenti di *soft law* elaborati da organizzazioni come l'ONU, il Consiglio d'Europa o il Consiglio consultivo dei giudici europei, afferma ripetutamente che non esiste un modello generale di reclutamento dei giudici cui gli stati membri siano tenuti a conformarsi, anche se poi esprime una preferenza per i sistemi basati su consigli della magistratura. Asserisce altresì che, anche nell'ambito dei paesi che usano questo tipo di consigli, non si può imporre un criterio per la loro elezione, anche se poi (par. 126) afferma che essi, in linea di principio, dovrebbero essere composti, per lo meno, da una maggioranza di giudici eletti tra i propri colleghi, al fine di prevenire strumentalizzazioni o pressioni indebite,

[66] Ma si noti ora il parere dell'Avvocato generale Hogan nella causa C-896/19, *Repubblika v Il-Prim Ministru* (di Malta), secondo il quale il diritto dell'Unione europea non osta a che disposizioni costituzionali nazionali attribuiscano all'esecutivo, e anche al primo ministro direttamente, un ruolo diretto nella nomina dei membri del giudiziario (purché a questi ultimi sia assicurata in seguito indipendenza, aggiunge l'Avvocato. Ma è proprio su questo aspetto che si appuntano alcune considerazioni critiche nel presente contributo).

e che il potere giudiziario dovrebbe essere ampiamente rappresentato a tutti i livelli, mentre il coinvolgimento di legislativo ed esecutivo andrebbe scoraggiato.

A queste considerazioni se ne potrebbe però affiancare qualche altra. Nell'ambito di una comunità che si vuole di diritto, e che si vuole applichi tale diritto in modo uniforme, se si ritiene che i consigli della magistratura siano istituzioni necessarie a proteggere l'indipendenza di quel corpo, allora si dovrebbe tendere alla loro massima diffusione possibile[67]. È difficile scrivere in una sentenza, o suggerire che sia scritto in essa, che alcuni paesi devono tutelare l'indipendenza della propria magistratura con istituzioni come i consigli mentre altri possono farne a meno (e infatti la Corte si guarda bene dallo scriverlo, almeno in termini così espliciti). O, infatti, i consigli della magistratura sono indispensabili per proteggerne l'indipendenza, e allora sarebbe doveroso promuovere, entro la stessa comunità, la massima riproduzione possibile, ovunque, del modello; oppure non lo sono o lo sono in maniera trascurabile, e allora diventa anche quasi superfluo imporre a uno stato membro criteri per la loro composizione ispirati tra l'altro alla marginalizzazione dei loro componenti laici o di diritto e alla cooptazione di quelli togati. Poiché lo scopo principale del meccanismo del rinvio pregiudiziale è quello di assicurare l'uniforme applicazione del diritto europeo in tutti gli stati, diventa difficile affermare che, proprio in questi casi, diversi stati possono, o magari devono, approntare diversi strumenti normativi interni per pervenire allo scopo di applicare tutti, in modo equo e soddisfacente, i medesimi principi che sono contenuti nell'art. 19 TUE o nell'art. 47 della Carta.

Non era questo, verosimilmente, l'intendimento originario dei 'costituenti' europei quando quel meccanismo fu ideato. Per evitare malintesi, la tesi che qui si vuole sostenere è che in un ordinamento come quello polacco le garanzie per l'indipendenza dei giudici (ma anche dei pubblici ministeri), mai come in questo momento minacciate, devono

[67] Ma per una ricerca empirica che smentisce questa impostazione, e al contrario postula una correlazione negativa tra indipendenza giudiziaria e legislazione formale a protezione della stessa, v. J. Gutmann, S. Voigt, *Judicial Independence in the EU: a puzzle*, in *European Journal of Law and Economics*, 49/2020, pp. 83 ss. Sul fatto che talvolta sono proprio i giudici che esprimono scetticismo in merito alla protezione della propria indipendenza da parte dei consigli, P.J. Castillo Ortiz, *Councils of the Judiciary and Judges' Perception of Respect to Their Independence in Europe*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 9/2017, pp. 315 ss.

essere tutelate nel massimo grado possibile, e all'interno di questo possibile rientra anche un intervento europeo, o almeno questo tentativo deve essere esperito fino ai limiti del sostenibile, limiti oltre i quali le soluzioni, che siano di riconciliazione o di separazione, diverranno ineluttabilmente altre. Ma – e qui si affaccia il tema della difficoltà di comparare, talora quasi drammatica – la necessità di assicurare questo risultato comporta un dilemma che qui si vuole esporre. La linea giurisprudenziale attuale, che ha il merito di porre un'altra pietra miliare nella costruzione del costituzionalismo europeo, è ispirata a obiettivi elevati e segue un percorso di argomentazione raffinato ma che evidenzia, forse inevitabilmente, una scorciatoia dal punto di vista teorico, lascia qualcosa di non detto, come se avesse il presentimento che, rompendo questo silenzio, rischierebbe di aprire la strada ad altre possibili rotture (il che è possibile). Chi abbia seguito queste vicende sa che i riferimenti scarni fatti alla comparazione con altri modelli di autogoverno settoriale, inseriti – forse malvolentieri – nelle motivazioni delle varie sentenze che si sono succedute, sono comunque forzati dalle, e sono quindi risposte, alle obiezioni formulate dai rappresentanti dell'esecutivo nazionale in merito al fatto che le garanzie di autogoverno per la magistratura polacca sarebbero già più che sufficienti e sarebbero persino ridondanti sul piano comparativo. Il termine di paragone adoperato allo scopo di trarre in inganno, neanche a farlo apposta, è proprio la Germania[68], come paese-guida ormai indiscusso, dal punto di vista economico e politico, dell'Unione europea, ma anche quale bersaglio polemico additato dai paesi attualmente sospetti di violazione della *rule of law* e al tempo stesso riconosciuto *benchmark*, come si direbbe in gergo economico, su questo come su altri aspetti. Non è questione oziosa perché questo è uno degli espedienti propagandistici somministrati dall'esecutivo interessato, non solo quando si deve misurare con l'Europa, ma anche al cospetto della sua stessa opinione pubblica, dalla quale non si può pretendere una preparazione tecnica così sofisticata da restare immune da simili mistificazioni. La scelta fatta a Lussemburgo di non affrontare questo argomento in maniera diretta, alla lunga, potrebbe aumentare i rischi di contesta-

[68] Come si ricorda in un ampio e articolato studio che mette a confronto proprio gli ordinamenti giudiziari di Germania e Polonia: A. SANDERS, L. VON DANWITZ, *Selecting Judges in Poland and Germany: Challenges to the rule of law in Europe and propositions for a new approach to judicial legitimacy*, in *German Law Journal*, 19 (4)/2018, p. 794.

zione o mancato riconoscimento delle sentenze da parte del governo resistente. Ma l'altro corno del dilemma consiste appunto nel fatto che il riconoscimento dell'obbligo per alcuni stati membri di conformarsi a un certo modello, dal quale altri sono esentati, anche se esplicitato in una pronuncia giurisdizionale, comporta il rischio di una spaccatura teorica ancor più difficilmente sanabile.

Risponde infatti al vero che, di 27 membri dell'Unione europea, alcuni non conoscono il modello, mentre qualcun altro, pur applicandolo, ugualmente prevede una composizione del rispettivo consiglio entro la quale anche i magistrati sono eletti dal Parlamento, come la Corte di giustizia ha valutato criticamente (e con piena ragione) nella propria recente giurisprudenza. Al primo gruppo appartiene la Repubblica federale di Germania[69], mentre la Spagna ricade nel secondo. Ma di questo si dirà nel par. 4.

3.2.2. Il seguito legislativo nazionale. Invece di attuazione, repressione

Solo con la sentenza del 19 novembre 2019, e con l'esecuzione giurisprudenziale che se ne è data in Polonia, si può spiegare il seguito legislativo che ha ottenuto la giusta risonanza internazionale, essendoci in questo caso un nesso causale indubbio. La cosiddetta *Muzzle law* (formalmente recante «modifica alle leggi sui tribunali ordinari alla legge sulla Corte suprema e ad alcune altre leggi»)[70], entrata in vigore a febbraio 2020, aggrava la normativa disciplinare a carico dei giudici per intimidirli a chiaro scopo politico, e lo fa sotto due aspetti complementari. In primo luogo, sul piano del diritto sostanziale, la legge aggiunge, come causa di provvedimenti nei confronti dei giudici, quegli atti od omissioni che vengono fumosamente e genericamente definiti come volti a impedire od ostacolare il funzionamento della giustizia o un'attività pubblica incompatibile con l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici. Ma poi queste circostanze vaghe vengono meglio concre-

[69] D'altra parte si fa opportunamente osservare che l'elevata politicità del criterio di reclutamento dei giudici in Germania, ove non esiste un Consiglio del giudiziario come tale, è affiancata da un sistema di autogoverno articolato in numerosi organi, che tutelano anche l'autonomia dei magistrati: F. Wittreck, *German Judicial Self-Government: Institutions and Constraints*, in *German Law Journal*, 19 (7)/2018, pp. 1931 ss.

[70] Testo consultabile in inglese alla pagina web *Venice.coe.int*.

tizzate con un comportamento tale da mettere in questione lo *status* di un altro giudice e la validità delle procedure che gli hanno fatto assumere la funzione. Il secondo nuovo profilo introdotto è quello di tipo procedurale: la nuova fattispecie disciplinare, infatti, avoca alla sezione disciplinare – già censurata dalla Corte suprema nazionale a seguito della sentenza di Lussemburgo – la competenza in merito alle immunità dei giudici protette dalla Costituzione, sia pure secondo modalità diverse a seconda che i giudici in questione appartengano alla Corte suprema stessa o prestino servizio presso altre istanze, e questo si combina con il rafforzamento della posizione dei procuratori disciplinari strettamente legati al ministro della giustizia.

Il primo profilo citato è il più rilevante nel complesso della legge. In sostanza, il legislatore ha voluto prevenire ogni situazione in cui un giudice già in carica prima delle riforme introdotte a partire dal 2017 potesse dubitare dei titoli di un collega entrato in carica successivamente alle stesse, e ciò sotto il duplice profilo di atti giudiziari nell'esercizio delle proprie funzioni o di altre attività come esternazioni, prese di posizione o dichiarazioni pubbliche. Già questa circostanza segnala un'anomalia nel funzionamento della giustizia. È infatti evidente che in un circuito giudiziario che funzioni in maniera e con un consenso appena sufficiente, non vi sia particolare bisogno di norme che impediscano a un giudice di ostacolare o mettere in dubbio la legittimazione di un proprio collega. Invece le nuove norme approvate mirano in ogni caso a impedire a chiunque di manifestare dubbi al riguardo, con la mera constatazione della nomina finale dei giudici da parte del presidente della Repubblica, un evento questo che, nella storia della giurisdizione in Polonia, era sempre stato necessario al fine di perfezionare un procedimento articolato, nel quale – al di fuori della pregressa esperienza storica, e per lo meno nel trentennio precedente la nuova legge – il ruolo del potere politico era stato ridotto e circoscritto. Invece, secondo la legge del gennaio 2020, la nomina presidenziale si è trasformata in un «lavacro»[71] capace di assorbire ogni possibile contestazione in merito ad illiceità e anomalie nel procedimento di reclutamento dei giudici, e ciò anche in ragione dell'impedimento, sopravvenuto con questa legge,

[71] S. Gianello, *La nuova legge polacca*, cit., p. 136. Una volta di più, come durante lo scontro sul Tribunale costituzionale tra 2015 e 2016, la nomina presidenziale, da atto formale e quasi dovuto, viene trasformata in una fase decisiva del processo decisionale anche sul piano sostanziale, elevata a prerogativa in senso integrale.

e con effetti retroattivi, contro ogni possibilità di contestare le nomine in corso. D'altra parte, non si può non vedere come l'atto giuridico per eccellenza, al fine di dubitare dei titoli di un proprio collega, è quello di una questione pregiudiziale indirizzata a Lussemburgo. Come era prevedibile fin dall'inizio, dunque, i giudici polacchi sono posti ora di fronte all'alternativa irreconciliabile tra applicare il diritto europeo o il diritto (meramente legale) nazionale. Nell'obbligo, sotto minaccia di sanzioni, di applicare quest'ultimo, è evidente che l'art. 267 TFUE non è più nella loro disponibilità, almeno sotto questo profilo decisivo allo stato attuale.

La forza persuasiva di questo insieme di impedimenti si colloca appunto nelle sanzioni. E queste, in un crescendo di gravità, vanno da una riduzione del trattamento economico a un trasferimento del magistrato ad altra sede fino alla sua radiazione dall'ordine giudiziario, specialmente nei casi in cui l'attività contestata sia quella già citata – e non molto ben circostanziata – di mettere in dubbio l'esistenza di un rapporto di servizio di un altro giudice, l'efficacia del suo processo di nomina o la legittimazione di un organo costituzionale della Repubblica. Per tali condotte illecite il giudice competente sono le apposite sezioni disciplinari costituite presso i tribunali, con la sezione disciplinare presso la Corte suprema, composta come detto, quale giudice di ultima istanza[72]. A questo si aggiungono altri oneri a carico dei giudici in carica, come quello di rendere nota la propria appartenenza ad associazioni – specie se professionali – o anche a partiti prima dell'ingresso in magistratura[73]. In ogni caso, nello stato in cui si è venuto a trovare il diritto in Polonia, è da apprezzarsi che non abbiano carattere retroattivo almeno le sanzioni: diversamente, le pronunce della Corte suprema del 5 dicembre 2019 e del 23 gennaio 2020 avrebbero formato senz'altro base per la deposizione dei giudici che le hanno pronunciate.

Al tempo stesso, la legge ha formato occasione per una più completa *capture* dell'organo giudiziario apicale per quanto concerne la

[72] Vanno poi considerate l'influenza e le pressioni che vengono esercitate in questi procedimenti dai titolari dell'azione disciplinare, tutti strettamente legati al ministro della giustizia Zbigniew Ziobro (K. Gajda-Roszczynialska, K. Markiewicz, *Disciplinary Proceedings*, cit., p. 16, che poi conclude: «[*S*]*o, the basic sanction for for verifying the correctness of the way judges were appointed and their jurisdictional authority involves dismissal from office. It means that when applying European law judges will be penalized with at least the loss of their job*»).

[73] Inclusa l'appartenenza al disciolto Partito operaio unificato polacco (PZPR).

nomina del suo primo presidente, con ciò dimostrando come le recenti riforme in questo settore siano contraddistinte da una sovrapposizione continua tra violazioni sostanziali della Costituzione – come quella che calpesta l'inamovibilità dei giudici con motivazioni politiche, anche se dal punto di vista testuale possono apparire asettiche – e il rispetto apparente e formalistico alla stessa, nella sostanziale negazione del suo 'spirito', con una dimostrazione di *abusive constitutionalism*[74]. Ci si riferisce qui ai criteri per la selezione del primo presidente della Corte suprema. Statuisce la Costituzione polacca (art. 183, terzo comma) che quest'ultimo sia nominato dal presidente della Repubblica, per un mandato di sei anni «tra candidati presentati dall'Assemblea generale dei giudici della Corte suprema». Questa modalità di scelta, che si colloca nel mezzo di un panorama assai eterogeneo sul piano comparativo, esprimeva la volontà di contemperare un'ovvia esigenza di autogoverno con quella di prevedere un limitato ruolo del capo dello Stato in quanto espressione della sovranità popolare, che però richiamava anche uno storicamente datato – anche nel paese in questione – legame tra corona e giustizia (pur con l'aspetto problematico e contraddittorio per cui in Polonia il capo dello stato repubblicano è ora formalmente inserito nell'esecutivo). Ma anche qui, come nel caso dell'elezione dei 'togati' da parte dei loro pari entro il Consiglio nazionale della magistratura, si è approfittato delle maglie larghe di una formulazione costituzionale troppo indefinita per inserirvi un condizionamento politico. Anche qui la legge, insieme a una prassi invalsa nell'ultimo trentennio, volle che i candidati da presentare al capo dello stato fossero solo due, in modo da lasciare a quest'ultimo una certa discrezionalità, alimentata dal fatto che si trattasse di potere senza controfirma ministeriale, ma che i due presentati potessero vantare un livello accettabile di rappresentatività entro il collegio[75]. La legge del gennaio 2020 ha ridotto invece i quorum funzionali e strutturali entro l'Assemblea generale, in modo tale da permettere la presentazione al

[74] D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in *University of California Davis Law Review*, 189/2013, pp. 189-ss., anche se è opportuno precisare che l'Autore si riferisce alla trasformazione di democrazie liberali in regimi quasi autoritari (Colombia, Venezuela, Ungheria) per mezzo di modifiche costituzionali legittime dal punto di vista formale.

[75] Tenendo conto che il voto limitato a un solo candidato può portare a risultati più 'pluralistici' mentre la possibilità di votare due candidati lascia a colui che sceglie un margine di apprezzamento più ampio.

presidente della Repubblica di una rosa così ampia di candidati (fino a un totale di cinque, come effettivamente avvenuto) da consentirgli di scegliere a sua discrezione un esponente del tutto minoritario del corpo della magistratura, sbilanciando a tutto vantaggio dell'esecutivo gli equilibri interni al giudiziario e trasformando la scelta del primo presidente della Corte in una prerogativa presidenziale assoluta.

Mentre la Commissione europea ha proseguito la sua opera di guardiano dei trattati, sempre più intesi nel loro valore costituzionale, la legge di cui si è discusso finora ha cominciato e continuato a produrre i suoi effetti in maniera sempre più tangibile, e – c'è da ritenere – conforme alle aspettative dei suoi estensori, nel senso che sono stati ormai rotti gli argini di una diga colma di contenuti pure importanti, come quello dello stato di diritto e della divisione dei poteri, per straripare nell'ambito (della lesione) dei diritti individuali e, attraverso i rapporti tra individui e autorità pubblica, della forma di stato. Nel corso del 2020, anno funestato dalla pandemia Covid-19, gli sviluppi della controversia intorno alla *rule of law* in Polonia si sono articolati lungo un duplice percorso, quello della risposta giudiziaria europea alle vecchie e alle rinnovate sfide provenienti dal governo polacco, e quello interno dell'attuazione della nuova legge, un'attuazione finora indisturbata ma che potrebbe essere sottoposta a nuove prove.

Sotto quest'ultimo profilo, la fisionomia della Corte suprema ha conosciuto un'incisiva alterazione con la formazione delle due sezioni interamente composte di giudici di nuova nomina, rispettivamente quella disciplinare e quella di controllo straordinario e degli affari pubblici, e con la nomina della nuova prima presidente da parte del capo dello stato, il quale ha proceduto imperturbabile malgrado i rilievi provenienti da Lussemburgo e a dispetto della (nonostante tutto) persistente, scarsissima rappresentatività della persona scelta entro il collegio che è stata chiamata a dirigere[76].

[76] M. Krajewski, M. Ziółkowski, *Can an Unlawful Judge be the First President of the Supreme Court?*, in *VerfBlog*, 26 May 2020, richiamano al riguardo una sentenza del Tribunale costituzionale antecedente alla sua conquista politica (la K44/16), in cui si affermò che – a prescindere dal numero di candidati da presentare, consentiti dalla legge – una tale deliberazione dell'Assemblea generale dei giudici della Corte suprema avrebbe dovuto essere seguita da ulteriore delibera con cui fossero confermate, *en bloc* oppure una ad una, le candidature prescelte, in modo da assicurare che tutte queste fossero comunque espressione di un largo consenso entro la Corte. Alla fine, la nomina presidenziale si è appuntata sulla 'nuova' giudice M. Manowska, che ha

Sul piano delle azioni disciplinari, diverse di queste sono state attivate presentando un alto livello di efficacia nell'impedimento a svolgere le proprie funzioni a carico dei giudici interessati, e con probabili effetti di intimidazione su numerosi colleghi[77]. Nella crescente indisponibilità delle autorità di governo a implementare le decisioni giudiziarie europee, diventa sempre più evidente il carattere intimidatorio e politico dei procedimenti disciplinari visti nella loro avanzata. Al tempo stesso, l'entrata in vigore della *muzzle law*, che apre quello che si era definito il terzo stadio della conquista del giudiziario da parte della politica, spiega a sua volta gli ulteriori sviluppi delle iniziative giudiziarie europee al riguardo. Se da un lato non si può non apprezzare la determinazione con cui le istituzioni politiche e giudiziarie dell'Unione continuano a interessarsi delle vicende polacche, dall'altro si percepisce un senso di affanno per il modo in cui esse sono indotte a rincorrere gli eventi, che sono creati a ritmo serrato ad opera di un potere interno autoritario e quindi facilitato anche per essersi sbarazzato di alcuni impacci procedurali (sebbene questo avvenga un po' meno facilmente nell'ultima legislatura, inauguratasi a novembre 2019), mentre l'Unione stessa è rallentata sia, in generale, per l'intrinseca complessità del suo ordinamento composito, sia, in particolare, perché non è proprio nella natura di un organo di giustizia come la Corte di poter procedere con la stessa rapidità di un potere politico decisionista nazionale. L'impressione è dunque di un contesto europeo che viene messo conti-

ottenuto appena 25 voti, mentre è stato scartato l'unico candidato – W. Wróbel – che avesse ottenuto, con cinquanta voti, la maggioranza dei suffragi espressi dal collegio. Sottolineano inoltre gli autori l'aspetto per cui sia la Corte di giustizia dell'Unione europea sia la Corte suprema si fossero astenute dall'entrare nel merito della questione se i giudici di nuova elezione, e la cui indipendenza sia da porre in dubbio, possano far parte dell'Assemblea chiamata a presentare le dette candidature.

[77] K. Gajda-Roszczynialska, K. Markiewicz, *Disciplinary Proceedings*, cit., pp. 17 ss., riferiscono con ricchezza di particolari i casi in particolare di tre magistrati perseguiti (sospesi dal servizio, trasferiti ad altra sede, privati del 40% del proprio trattamento economico, minacciati e diffamati senza possibilità di replica sui mezzi di informazione pubblica) per ordini di motivazioni diversi, tra cui quello di aver applicato le sentenze delle due Corti sulla composizione della sezione disciplinare, di aver svolto indagini sulla validità della raccolta delle sottoscrizioni per le elezioni al Consiglio nazionale della magistratura o su un'importante votazione parlamentare di fine 2016 su cui pesano sospetti di irregolarità, infine per aver semplicemente manifestato pubblica ostilità alle riforme del giudiziario. In ogni caso, a fine estate 2020 i procedimenti avviati contro giudici per simili motivi risultano essere 34.

nuamente di fronte a fatti compiuti, che la Corte stessa rischia di essere sempre meno in grado di prevenire anche con misure provvisorie.

3.3. La Commissione europea sull'indipendenza della sezione disciplinare (C-791/19) e il rinnovato non arretramento del governo

Eppure sul versante della risposta europea, va riscontrata la rapida reazione della Commissione, che già il 25 ottobre 2019 ha promosso un ricorso per inadempimento (causa C-791/19) in riferimento all'istituzione della sezione disciplinare presso la Corte suprema. Risulta poi dalle testimonianze di una udienza[78] che la richiesta di misure cautelari formulata dalla Commissione, formulata ben tre mesi dopo la proposizione del caso, e sulle cui ragioni la Corte aveva interrogato la Commissione stessa, si spiega in sostanza con gli esiti in qualche misura deludenti della sentenza emessa il 19 novembre in riferimento ai rinvii pregiudiziali dei giudici polacchi, anche se formalmente è dovuta alla mancata attuazione governativa delle pronunce della Corte suprema che discendono da quella. Con la propria ordinanza dell'8 aprile 2020, infatti, la Corte di Lussemburgo ha disposto la sospensione cautelare – in attesa del giudizio di merito – delle attività disciplinari già in corso della sezione disciplinare, icasticamente definita una moderna *star chamber*[79]. Nel proprio provvedimento, la Corte ripete la propria argomentazione che la porta ad affermare che il diritto dell'Unione europea preclude l'istituzione di organi disciplinari che a loro volta non soddisfino i requisiti di indipendenza previsti in generale per i giudici, e torna a sottolineare come la violazione di tali requisiti costituisca una minaccia per il sistema di giustizia interconnesso e decentrato stabilito dai Trattati europei. La sola possibilità (punto 90 dell'ordinanza) per i giudici di dover affrontare un procedimento disciplinare, secondo l'attuale normativa, è tale da violare la loro indipendenza a prescindere da come i procedimenti si svolgano o da quale ne possa essere l'esito.

La dinamica dei fatti mette in evidenza un gioco di reazioni continue da parte delle istituzioni europee unite da un comune sentire nei confronti di quelle nazionali contrapposte. L'avvio della procedura di

[78] J. Morijn, *Commission v Poland: What Happened, What it Means, What it Will Take*, in *VerfBlog*, 10 March 2020 (post dedicato al coraggio del giudice polacco Paweł Juszczyszyn e dell'Associazione Iustitia).

[79] L. Pech, *Protecting Polish Judges from the Ruling Party's "Star Chamber" (Case C-791/19 R)*, in *VerfBlog*, 9 April 2020.

infrazione in causa C-791/19, privo della richiesta di provvedimenti provvisori, è conseguenza dell'introduzione di procedimenti e del rafforzamento delle istituzioni disciplinari, come parte del secondo stadio di mutazione dell'ordinamento giudiziario nella sua *pars construens*, e sembra una presa d'atto da parte delle istituzioni eurounitarie che la vittoria sul primo stadio delle riforme era solo la prima battaglia di una lunga guerra. La tardiva richiesta di misure cautelari segue la sentenza del 19 novembre sui rinvii pregiudiziali, e l'indisponibilità del governo ad applicare i relativi seguiti giudiziari interni, in maniera troppo evidente per essere ritenuta casuale. A sua volta, la concessione delle misure da parte della Corte, pur non facendone menzione, segue l'entrata in vigore nella nuova legge repressiva.

Sul fronte opposto, però, il comportamento delle autorità governative interrompe la collaborazione che si era espressa nel caso del pensionamento anticipato dei giudici e, in maniera crescente, esibisce indifferenza rispetto ai procedimenti che si svolgono presso la Corte di giustizia. Immediatamente dopo la cessazione definitiva del mandato della prima presidente della Corte suprema Gersdorf, la presidenza *ad interim* dell'organo ha provveduto immediatamente ad annullare una precedente ordinanza del 20 aprile 2020 con cui, in attuazione al provvedimento provvisorio della Corte con sede a Lussemburgo dello scorso 8 aprile, erano state completamente sospese le attività della sezione disciplinare. Secondo l'interpretazione riduttiva data dal 'nuovo corso' dell'organo, ad essere inibite o interrotte, in attesa del giudizio definitivo della Corte europea, sarebbero le sole azioni puramente disciplinari nei confronti dei giudici, non anche qualsiasi attività compiuta dall'apposita e omonima sezione. È stato così che la sezione ha ritenuto di poter riprendere almeno in parte le proprie attività, autorizzando l'avvio di veri e propri procedimenti penali nei confronti di alcuni giudici[80], sui quali gravano sospetti di carattere gravemente persecutorio. Nel ritmo con cui procedono le nuove azioni attivate contro i giudici sarebbe difficile trovare una soluzione di continuità tra prima e dopo la decisione cautelare dell'8 aprile 2020. Questa non collaborazione, specie alla luce degli ultimi procedimenti cui si è appena accennato, è già in sé un dato foriero delle più gravi preoccupazioni.

[80] Con maggiore dettaglio si v. ora A. ANGELI, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, in *Federalismi.it*, 4/2021, p. 17.

4. La selezione dei giudici in due ordinamenti europei di consolidata democrazia. Una comparazione

Come noto sono diversi i modelli con cui le democrazie costituzionali contemporanee si sono misurati per selezionare i giudici, salvaguardarne l'indipendenza e controllarne le carriere. Quello fondato sui consigli della magistratura non è l'unico e non è neanche indenne da critiche negli studi del settore[81].

Per quanto riguarda la Germania, che da questo punto di vista può essere inquadrata come l'opposto del modello di selezione dei giudici che fu accolto anche dalla Polonia – oltre che dall'Ungheria – occorre in primo luogo rilevare come tale modello non è frutto di una scelta partigiana o politicamente controversa, ma esprime una decisione costituente largamente condivisa in seno ai membri del *Parlamentarischer Rat* nel 1949. Il riferimento normativo principale è contenuto nell'art. 95 *Grundgesetz* che però stabilisce i criteri essenziali per la selezione dei giudici di corti o tribunali federali, lasciando da parte quelli riferiti ai tribunali dei *Länder*, che pure in un sistema federale svolgono un ruolo importante.

Stabilisce dunque l'art. 95 (al secondo comma) che i membri delle varie giurisdizioni federali sarebbero stati scelti unitariamente dal ministro federale competente (in linea di principio il ministro della giustizia) e da un comitato per la selezione dei giudici (*Richterwahlausschuss*) composto dai ministri competenti di ogni *Land* e da un numero uguale di membri designati dal *Bundestag*[82]. Il coinvolgimento della politica è ancora più forte nei tribunali dei *Länder*, il cui personale è nettamente preponderante sul piano numerico. In essi, stabilisce il GG (art. 98, comma 4), possono essere formate delle commissioni elettorali simili a quella federale, un'opzione che è stata adottata da nove *Länder*, mentre altri sette hanno fatto scelte diverse, volte a privilegiare molto più nettamente il potere ministeriale[83]. Risulta in ogni caso una forte varietà nella composizione e nei poteri di

[81] D. Kosař, *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies*, Cambridge, 2016; Id., *Beyond Judicial Councils – Forms, rationales and impact of judicial self-governance in Europe*, in *German Law Journal*, 19(7)/2018, pp. 1567 ss.

[82] L'elezione dei singoli giudici avviene poi a scrutinio segreto e a maggioranza dei voti, secondo l'art. 12 del *Richterwahlgesetz* 1950.

[83] Con una netta colorazione partitica, secondo quanto riportato da J. Bell, *Judiciaries Within Europe. A Comparative Review*, New York, 2006, p. 121.

queste commissioni miste, con prevalenza ora di giudici professionali ora di laici. Si tratta in ogni caso di un modello in cui, complessivamente, si guarda con ostilità al fatto che i giudici possano influenzare la selezione dei giudici[84], e questa diffidenza fa pensare che la logica della cooptazione autoreferenziale, come espressione dell'autonomia e dell'indipendenza dei giudici – che pure, per altro verso, è ampiamente rispettata – sia rimpiazzata dalla logica opposta, che coinvolge altri poteri e organi pubblici nel nome di una prevenzione di conflitti di interesse, *lato sensu* intesi, o che in ogni caso la cooptazione tra simili non sia considerata garanzia dei beni di indipendenza che si intendono proteggere.

Ai critici esterni di un tale modello si potrebbe comunque opporre che la sua intrinseca politicità[85] viene almeno in parte stemperata dal fatto che il principio democratico, inteso come espressione dei partiti rappresentati nel *Bundestag*, si deve combinare col principio federale, che – con la partecipazione dei ministri di ogni *Land*, i quali appartengono a variegate composizioni partitiche – dovrebbe prevenire almeno il predominio della maggioranza politica nazionale, se non, in ipotesi, addirittura di un singolo partito. In questo senso, l'alto livello di politicizzazione tedesca nella scelta dei giudici federali – anche lasciando da parte considerazioni 'ambientali' relative al particolare senso civico del paese – rende alquanto difficile che, anche in ipotesi estreme, si possa raggiungere una sorta di monopolio partitico 'monocolore' nella scelta del personale giudiziario, rischio che invece è oltremodo presente in ordinamenti unitari a debole decentramento come quello polacco (o quello ungherese).

Con ogni evidenza, però, si tratta pur sempre di un modello in cui il coinvolgimento della politica nella scelta dei giudici è massimo, e questo, da un lato costituisce espressione particolare di una scelta di politica costituzionale più generale, dall'altro esprime una decisa rot-

[84] A. Sanders, L. von Danwitz, *Selecting Judges in Poland and Germany*, cit., p. 799. Leggermente diversa l'ottica di D. Schefold, *Potere giurisdizionale e posizione del giudice in Germania*, in S. Gambino (a cura di), *La magistratura nello Stato costituzionale. Teorie ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, p. 259, pur sottolineando la distanza dal sistema italiano di selezione concorsuale.

[85] Che non deve assolutamente essere confusa con la specializzazione tecnico-professionale, di taglio burocratico, degli studi che occorre fare prima di passare alla fase della selezione, risalente come modello al diciannovesimo secolo (J. Bell, *Judiciaries Within Europe*, cit., p. 108).

tura con la storia più remota del paese[86]. La sua validità è stata anche asseverata in una recente sentenza costituzionale[87] in cui si sottolinea la necessità di una leale collaborazione tra ministro e comitato elettorale, affermandosi poi che è soprattutto il ministro a dover operare controlli rigorosi del rispetto di requisiti formali e procedurali nelle singole procedure di selezione, mentre il comitato gode sempre di un'ampia discrezionalità. Nella stessa decisione, il Tribunale costituzionale federale ha rivisitato le discussioni che si erano svolte al *Parlamentarischer Rat*, ove si concluse che il metodo che fu poi prescelto serviva proprio a ripristinare, per la magistratura, «un certo livello di fiducia» (*wieder eine gewisse Vertrauensbasis zu schaffen*, dove la «fiducia», verosimilmente, dovrebbe essere intesa a livello sociale), in contrapposizione a un'eventuale «nomina burocratica» (*bürokratische Ernennung*) da parte del governo federale o alla sostanziale cooptazione tra giudici che avvenisse «in qualche misura tra se stessi» (*gewissermaßen aus sich selbst*)[88]. Questo passo rende chiaro come, nel momento costituente della Germania, le alternative della scelta governativo-burocratica – anch'essa ricca di politicità – e quella concorsuale dell'autogoverno rigido fossero state contemplate e consapevolmente scartate, nel nome di una democraticità che non si sospingeva certo fino a un'elezione diretta popolare dei giudici, come avviene in parte nell'ordinamento nord-americano a livello dei singoli stati[89], ma che esprimeva una profonda fiducia nella mediazione da parte di istituzioni parlamentari inserite in

[86] In questo come in altro è la presa di distanze assoluta dal recentissimo passato nazionalsocialista, entro il quale però qualche autore ha voluto rinvenire tracce di un'indipendenza del giudiziario che nulla possono o vogliono togliere alla valutazione complessiva di quel regime (e semmai – si ritiene – dovrebbero aggravare la valutazione del giudiziario stesso in quel contesto): H.P. Graver, *Judicial Independence Under Authoritarian Rule: An Institutional Approach to the Legal Tradition of the West*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 10/2018, pp. 317 ss. Una panoramica più articolata è offerta da J. Bell, *Judiciaries Within Europe*, cit., pp. 127-128, ove si considerano al tempo stesso l'impostazione positivistica tradizionale di molti giuristi tedeschi (richiamando le note considerazioni critiche di Gustav Radbruch), e in particolare del corpo dei giudici, e un fattore aggiuntivo relativo all'estrazione sociale conservatrice e antiliberale di gran parte di essi, mai superata dopo le purghe di Bismarck del 1878 e che li poneva in naturale contrapposizione alla Costituzione di Weimar.

[87] BVerfGe 143, 22 del 20 settembre 2016 (2BvR 2453/15).

[88] Punto 23.

[89] Ma con molta varietà di metodi che implica quasi sempre una forte politicizzazione, come osserva ora M. Volpi, *Il governo autonomo della magistratura: una situazione complessa e dinamica*, in *DPCE Online*, 4/2020, p. 4864.

un forte radicamento sociale dei partiti che quel processo costituente incarnavano. Addirittura questo modello viene considerato «scolpito nella pietra», al punto che la carica di legittimazione democratica (condivisa) che viene fatta derivare dall'intermediazione politico-partitica viene anche ritenuta parte dei principi fondamentali di cui all'art. 20 del *Grundgesetz*, soggetti alla clausola di eternità prevista dall'art. 79, terzo comma, dello stesso, mentre l'eventualità di introdurre un sistema di autogoverno basato su quello che è noto come modello italiano viene definita come «*at least a hazard*»[90].

Molto diverso da quello tedesco è il sistema di autogoverno spagnolo, viceversa ispirato al modello italiano e a quello francese; e qui lo si richiama brevemente solo per gli aspetti di comparazione che interessano con riferimento alla vicenda principale. Il *Consejo General del Poder Judicial* è un'istituzione caratteristica della Costituzione del 1978 per l'obiettivo di isolare la giurisdizione dal potere politico a seguito dell'esperienza franchista con poteri essenziali in materia di nomina, promozione ed eventuali misure disciplinari nei confronti dei membri della magistratura. Tuttavia le somiglianze con l'esperienza italiana incontrano qualche preciso limite, e quelli che più rilevano nell'economia di questo studio riguardano proprio la sua composizione. Una caratteristica essenziale dell'organo è quella per cui, dopo esitazioni iniziali, la sua disciplina direttamente costituzionale finì per essere scarna, lasciando spazi essenziali alla legge organica[91]. Presieduto dal presidente della Corte suprema, il Consiglio è composto (art. 122 Cost. spagnola) da altri venti membri, dei quali quattro eletti dal Congresso dei deputati e altri quattro dal Senato alla maggioranza qualificata di tre quinti dei loro componenti tra avvocati e altri giuristi. I restanti dodici sono eletti tra giudici e altri magistrati nei termini stabiliti dalla legge organica, ma ciò che qui rileva è che anche in Spagna – come in Polonia – la Costituzione ha trascurato di precisare *chi* avrebbe designato questi togati. E in effetti una prima legge organica del 1980 ne

[90] F. Wittreck, *German Judicial Self-Government*, cit., p. 1950, pur con qualche margine lasciato alla possibilità di modifiche di dettaglio.

[91] A. Torres-Pérez, *Judicial Self-Government and Judicial Independence: the Political Capture of the General Council of the Judiciary in Spain*, in *German Law Journal*, 19(7)/2018, p. 1771, che rileva come dal *2017 Justice Scoreboard* della Commissione europea risultasse che la percezione popolare dell'indipendenza del corpo fosse al più basso livello nell'Unione europea dopo Slovacchia e Bulgaria (ma le 'riforme' polacche del giudiziario stavano appena per esordire).

stabiliva l'elezione da parte dei magistrati stessi, finché una legge successiva, del 1985, decise di riservare al Parlamento anche questa scelta. È impressionante come in due paesi diversi, con diverse maggioranze e a distanza di qualche decennio, la legislazione di attuazione dell'istituto si sia involuta in maniera così (sia pur parzialmente) simile, per motivi in parte assimilabili ma dando luogo alla fine a conseguenze quasi opposte. Il Tribunale costituzionale spagnolo, investito della questione, pur esprimendo preoccupazione per l'attrazione entro la sfera politico-parlamentare della composizione dell'organo, concluse tuttavia che la legge organica n. 6 del 1985 non potesse essere dichiarata illegittima sulla base dell'argomento – un po' formalistico – che appunto la Costituzione taceva su chi e come avesse avuto il potere di scegliere anche i dodici membri togati[92]. Negli anni successivi furono approvate molte modifiche di dettaglio, volte tra l'altro ad assicurare un maggior coinvolgimento dei magistrati, soprattutto per il tramite delle rispettive associazioni di appartenenza, il che pure può dar luogo a critiche. Ma il dato che è rimasto costante fin da allora, e che preme sottolineare per differenza con la Polonia, è quello delle maggioranze richieste, che nel caso spagnolo ammontano (e restano fisse) ai tre quinti dei membri di ciascuna Camera per eleggere tutti i membri del *Consejo*.

Si tratta di un aspetto sistemico la cui importanza non andrebbe sottovalutata. Non vi è dubbio che riservando alle assemblee elettive la scelta anche dei membri togati di un tale consiglio si vada incontro a un ulteriore sovraccarico, nel senso della politicizzazione, di una simile scelta, la quale potrebbe non essere estranea da quel difetto anche in caso di scelta diversa. Nel caso spagnolo, poi, si è riscontrato che l'elezione a tre quinti non ha tanto portato al risultato, virtuoso, di promuovere un più ampio consenso sulle candidature entro il Parlamento, quanto a quello, più prosaico, di favorire una sorta di spartizione tra i due principali partiti[93].

A una prima apparenza le motivazioni del PSOE spagnolo nel 1985 presentavano qualche aspetto di somiglianza con quelle addotte

[92] *Ibidem*, p. 1773, ove si ricorda che il Tribunale costituzionale – nella sent. STC 108/1986 del 29 luglio 1986 – osservò che la previsione espressa dell'elezione parlamentare dei membri laici dovesse far propendere per una tacita contrarietà del costituente alla stessa modalità di scelta per i togati.

[93] J. Bell, *Judiciaries Within Europe*, cit., p. 180. Per ulteriori e più recenti considerazioni critiche, J. Urías, *Spain has a Problem wiht its Judiciary*, in *VerfBlog*, 15 January 2020.

dal PiS polacco nel 2017. Nel caso spagnolo, si trattava di svecchiare una rappresentanza professionale che era ritenuta troppo conservatrice, soprattutto rispetto alle scelte democratico-progressive cui si voleva ispirata la Costituzione del 1978. Nel caso polacco, l'imputazione formulata al corpo della magistratura potrebbe essere – in qualche misura all'opposto – quella di un'eccessiva fedeltà alla Costituzione del 1997, che a sua volta è il frutto di molti anni di compromesso tra gli eredi politici del precedente sistema socialista e una parte delle forze democratiche già all'opposizione rispetto a quel sistema: un compromesso deplorato dal PiS in quanto, secondo i rappresentanti di questa formazione di destra nazionalconservatrice, nessuna concessione avrebbe dovuto essere fatta nel 1989 al socialismo agonizzante e i rappresentanti del passato sistema, tanto in politica quanto nella magistratura, avrebbero dovuto essere quanto meno radiati, senza mediazioni o possibilità di ricorso, da ogni carica pubblica nonché dal pubblico dibattito[94].

Per concludere la comparazione tra Polonia e Spagna si afferma che qui, come nel paragrafo conclusivo che segue, ci si astiene da valutazioni di merito sui partiti che hanno posto in opera le riforme nei due paesi, o sulla giustezza dei loro obiettivi rispetto alle stesse. Si vuole soltanto mettere in evidenza la differenza nelle conseguenze delle scelte operate, probabilmente in entrambi i casi in frode almeno parziale alla Costituzione. La maggioranza qualificata in Spagna ha portato, come detto, a un meccanismo che trivialmente si potrebbe definire di spartizione, soprattutto tra i due principali partiti storici, il quale, pur con tutte le sue manchevolezze, ha consentito di mantenere se non altro un buon grado di pluralismo negli orientamenti ideali e culturali delle magistrature di quel paese. La finta maggioranza qualificata in Polonia – resa tale dal fatto che dal secondo scrutinio diventa sufficiente quella relativa, che poi si è dimostrato essere il vero obiettivo del legislatore – potrebbe fare in modo, a lungo andare e al verificarsi di altre condizioni politiche, che un singolo partito, o comunque un orientamento ideologico, ottenga un sostanziale monopolio nel reclutamento dei giudici, sbarazzandosi così di ogni controllo al proprio

[94] In questo si inserisce a sua volta l'insinuazione, del tutto indimostrata, di una piena continuità 'comunista' nella magistratura: indimostrata se non altro per il fatto che, a far data dal 1990, fu avviato un nuovo processo di reclutamento, mentre ben un quarto di secolo trascorso fino al 2015 ha comunque determinato un ricambio pressoché integrale del personale.

operato e potendo al limite contare sull'uso di quel personale a fini politici nei confronti delle opposizioni (dopo aver compiuto in esordio un *court packing* della giustizia costituzionale).

È superfluo aggiungere, infine, che il sistema italiano[95] di 'autogoverno'[96] della magistratura, creatore di un vero e proprio modello, è quello che – in virtù della precisazione contenuta nell'art. 104, quarto comma, Cost. – non solo ha assicurato alla componente togata una netta prevalenza numerica in seno al CSM, ma ha garantito alla stessa una selezione autonoma dei propri rappresentanti. Questo particolare deve essere stato considerato così pacifico, da una parte della dottrina italiana, da non meritare neanche di essere sottolineato[97], benché, come già detto – ma altri esempi possono essere portati –, in altri paesi che conoscono analoghi organi di protezione dell'autonomia della magistratura questa ulteriore garanzia faccia, in misura più o meno grave, difetto. Come è ben noto, nel corso dei decenni ciò non ha affatto impedito una qualche forma di politicizzazione della stessa componente togata, oggetto di aspre critiche tanto in dottrina quanto anche presso l'opinione pubblica latamente intesa, ora forse più che mai. Ma nella prospettiva di questo contributo vi è un aspetto che si desidera qui sot-

[95] Definito «l'espressione più pura dell'autogoverno giudiziario e, anche per questo motivo, il punto di riferimento di buona parte delle magistrature europee e delle associazioni professionali che le rappresentano»: C. Guarnieri, *Il "governo autonomo" della magistratura in Italia: un bilancio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2020, p. 468.

[96] Espressione che qui non si vuole usare in senso letterale e tecnico, essendo giustamente criticata da gran parte della dottrina italiana: tra tutti L. Paladin, *Diritto costituzionale. Seconda edizione*, Padova, 1995, p. 501 (ma v. anche G. Silvestri, *Principi costituzionali e sistema elettorale del Consiglio superiore della magistratura*, in *Sistemapenale.it*, 20 giugno 2020; lo stesso A. riduce ora a «controversie nominalistiche» questa e simili discussioni: G. Silvestri, *Sessant'anni ed oltre di governo autonomo della magistratura: un bilancio e una riflessione sul futuro del CSM. Conclusioni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2020, p. 514); per S. Bartole, *Il potere giudiziario*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. II, L'organizzazione costituzionale*, quinta edizione, Bologna, 1997, p. 454, quella di autogoverno è un'«espressione impropria, ma efficace».

[97] Si v. per esempio, tra i commenti più recenti, S. Panizza, *Art. 104*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Vol. II*, Torino, 2006, p. 2016, nonostante ampi riferimenti comparativi; F. Biondi, *Art. 104*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, pp. 930-931; e G. Ferri, *Articolo 104*, in F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo. Vol. II*, Bologna, 2018, p. 275.

tolineare. Che questo sia dipeso o meno dal fenomeno dell'associazionismo, favorito a sua volta dal sistema elettorale, resta che la divisione per componenti o fazioni nel caso italiano non può essere attribuita, come altrove, a un'intrusione diretta e immediata dei partiti politici nella composizione dell'organo, né tanto meno vi è stato il predominio di uno di questi al punto di prefigurare la capacità, per sé o addirittura per l'esecutivo, di acquisire il controllo diretto nelle procedure di reclutamento, promozione, sanzione o trasferimento dei magistrati. In altri termini, se la politica in senso lato condiziona l'ordine giudiziario, è quest'ultimo ad esserne responsabile ed è lui a dover predisporre gli strumenti per evitare ingerenze esterne (evitando a sua volta di condizionare le scelte politiche: ma questo è tutto un altro discorso). Per quanto si può richiedere alla Costituzione, essa ha già creato una volta per tutte, con la norma in discussione, un ulteriore requisito a garanzia dell'indipendenza di tutti i magistrati. Ed è probabilmente anche grazie a questo che, pur a fronte di un'ipotetica svolta illiberale, sarebbe difficile immaginare una denuncia dell'Italia in sede europea, almeno quanto a profili simili.

5. Qualche considerazione conclusiva: diversi modelli per simili risultati

Può capitare che la giurisprudenza, per quanto innovativa e ricca di argomentazioni, non possa giungere a rendere esplicite questioni che non sono solo complesse, ma rischiano di aprire più problemi di quanti siano in grado di risolvere. È in queste situazioni che la riflessione giuridica, senza altra responsabilità che quella della reputazione personale di chi la svolge, può dare un contributo di innovazione sui problemi considerati. La crisi dello stato di diritto in Polonia e in Ungheria è lontana dal conoscere una conclusione, così come il conflitto che contrappone entrambi i paesi con l'Unione europea, sul piano politico generale, e soprattutto la Polonia sul piano giurisdizionale. Si ribadisce la convinzione che questo conflitto, nonostante gli sforzi e l'ausilio fondamentale del diritto, non potrà che conoscere una sintesi e una soluzione in sede politica, quale che essa sia. Politiche e storiche, in fondo, sono le cause che hanno consentito ad alcuni paesi di proteggere la divisione dei poteri senza un eccesso di cautele in antitesi al principio democratico inteso nel senso più illimitato, mentre altri

hanno dovuto fare ricorso a filtri severi[98]. E questo probabilmente ha anche a che fare con i rispettivi processi costituenti.

Non è forse casuale che la stesura, la discussione, l'approvazione e la ratifica finale della Legge fondamentale tedesca sia avvenuta – a parte il contesto di occupazione straniera – in un clima interno di sostanziale armonia, reciproco riconoscimento e collaborazione tra tutte le principali forze politiche dell'epoca, mentre furono totalmente esclusi da tale fase i rappresentanti del precedente sistema, né in seguito vi è stato un successo elettorale determinante di alcuna altra formazione che potesse mettere in discussione la struttura edificata nel 1949 (e ciò non solo grazie al noto divieto di cui all'art. 21 GG). Viceversa, sia nel caso ungherese che in quello polacco le transizioni democratiche si sono sviluppate secondo un diverso gioco di ruoli: le forze del precedente sistema vi hanno partecipato con una posizione importante, fino in parte a guidarle nelle fasi iniziali, in collaborazione con alcune formazioni già di opposizione, ed è significativo che soprattutto i casi polacco e ungherese siano paradigmatici di transizioni 'contrattuali' (le Tavole rotonde) che hanno dato luogo a un periodo provvisorio più o meno dilungato, potendosi solo esprimere un interrogativo in merito alla casualità, o causalità, tra il modello contrattuale o negoziato di transizione, interpretato in Polonia e in Ungheria molto più che altrove, e il fatto che, a distanza di molti anni, proprio in questi due paesi siano esplose le più drammatiche degenerazioni illiberali. Spesso, infatti, si è trascurato il fatto che altri esponenti e partiti di opposizione, non proprio secondari, si mantennero al margine o addirittura in disparte dalle trattative, passando poi ad esprimere contestazione e negazione di quelle soluzioni di compromesso che essi consideravano al ribasso se non disonorevoli, conservando in aggiunta una capacità di memoria storica di lunga durata, sebbene si trattasse di una memoria vendicativa. E non appena è stato possibile (precisamente nel 2010 in Ungheria, nel 2015 in Polonia), queste ultime forze hanno radicalmente denunciato

[98] Secondo M. Volpi, *Il governo autonomo della magistratura*, cit., p. 4853, «si può osservare che l'affermarsi di organi di governo della magistratura è stato più precoce nei Paesi nei quali la politica è stata più invasiva e ha tentato per lungo tempo di condizionare l'esercizio della funzione giurisdizionale (come in molti Stati dell'Europa continentale), mentre se ne è avvertita in tempi più recenti la necessità negli ordinamenti nei quali la politica ha manifestato una notevole dose di *self-restraint* anche nei confronti di giudici nominati da autorità politiche (quelli anglosassoni, in Germania e negli Stati nordici)».

l'impalcatura della transizione consensuale e contrattuale che era stata edificata nel 1989-1990, postulandone la demolizione, come se quella inaugurata nel 1990, e premiata nel 2004 dall'adesione all'Unione europea, non fosse stata una compiuta democrazia rappresentativa ma soltanto un opaco e ambiguo 'post-comunismo', e peraltro lo hanno fatto richiamandosi proprio a quella 'democrazia' che sono accusate di voler disattivare.

Queste semplici constatazioni sul piano storico potrebbero contribuire a spiegare perché alcune scelte istituzionali siano compatibili con la tenuta democratica complessiva di un paese, e siano addirittura nettamente preferibili, mentre scelte simili in altri paesi, persino se compiute in una forma anche più attenuata, possono far deragliare il principio di maggioranza fino a fargli assumere i connotati di sopraffazione e potere illimitato. Il problema, si ripete, è che risalire a questi aspetti per renderli espliciti in una o più decisioni giurisprudenziali è una quadratura del cerchio che sembra rasentare l'impossibile, con il risultato di lasciare lacune nell'argomentazione e prestare il fianco a controffensive propagandistiche[99]. E ciò senza considerare le debolezze intrinseche del costituzionalismo multilivello europeo[100], quando esso debba essere adoperato per fronteggiare aggressioni di questa violenza, escogitando canoni interpretativi o meccanismi istituzionali che finiscano, magari anche con le migliori intenzioni, per degradare questi paesi a nient'altro che meri spettatori passivi di un *Reverse Solange*. Un senso di smarrimento può insinuarsi quando pare di essersi inoltrati fino ai confini (delle ragioni) di una profonda incomunicabilità

[99] Un'interessante proposta alternativa è quella fatta dall'Autorità di vigilanza AELS (EFTA) che – punto 69 delle Conclusioni dell'Avvocato generale Evgeni Tanchev nelle cause riunite C-585/18, C-624/18, C-625/18 – ha suggerito alla Corte di applicare il principio di non regressione al tema dell'indipendenza dei giudici, richiamandosi anche alla Carta europea sullo statuto dei giudici. Quella della non regressione è una dottrina conosciuta e applicata in Europa soprattutto in riferimento ad alcuni diritti sociali (mentre negli USA è più applicata in materia ambientale), che presenta interessanti potenzialità di sviluppo, anche per il fatto di poter essere applicata equamente *erga omnes*, sfuggendo agli scomodi tranelli comparativi di cui si è detto. Tuttavia la Corte di giustizia non pare, per il momento, pronta a farla propria.

[100] Che vengono individuate e analizzate da A.L. Pap, A. Śledzińska-Simon, *The Rise of Illiberal Democracy and the Remedies of Multi-Level Constitutionalism*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 1/2019, pp. 71 ss; analogamente, R. Daniel Kelemen, *The European Union's Authoritarian Equilibrium*, in *Journal of European Public Policy*, 27/2020, pp. 481 ss.

tra ordinamenti che dovrebbero appartenere a una stessa comunità di destino, con il rischio che si debba riconoscere almeno una parte di ragione a coloro che, forse su altri presupposti, sostenevano che non fossero maturi i tempi per gli allargamenti dei primi anni duemila. Ma saranno in definitiva gli orientamenti democratici e sovrani dei paesi interessati (ammesso che sotto il primo aspetto ve ne potranno ancora essere, ammesso che parlarne sotto il secondo abbia ancora un residuo senso) a poter decidere se le ragioni di questa aporia possano cominciare a svanire in una domenica elettorale, o al contrario debbano prendere il definitivo sopravvento.

* * *

Abstract

Ita

L'articolo si propone di indagare sui tentativi di arginare la crisi della *rule of law* nell'Unione europea, in particolare in Polonia e in Ungheria, attraverso il canale giudiziario interpretato dalla Corte di giustizia. Alla difficoltà oggettiva di contenere tale crisi in sede europea e per via giudiziaria, si aggiungono alcuni limiti nella motivazione di qualche decisione giurisprudenziale, limiti forse inevitabili e che si spiegano con l'impossibilità di risalire ad argomenti storici e comparativi per giustificare la necessità di compiere scelte istituzionali diverse, in differenti paesi, in vista dell'omogeneità.

En

The article aims to highlight some attempts to stem the rule of law crisis in the European Union, in particular in Poland and Hungary, through the judicial channel interpreted by the Court of Justice. In addition to the objective difficulty of containing this crisis at European level and via the courts, some possible shortcomings appear in the motivation of individual judgments. These shortcomings, perhaps inevitable, are explained by the impossibility of going back to historical and comparative arguments in order to justify the need to make institutional choices differing from one another, in different countries, with a view to achieving homogeneity.

Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it
Registrazione presso il Tribunale di Roma
ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)