

Il laboratorio polacco nella comparazione: tra “degenerazione” e “rigenerazione” costituzionale*

ANGELA DI GREGORIO**, JAN SAWICKI***

Abstract (EN): This paper examines the difficulties of restoring the rule of law in countries that have previously experienced "illiberal" degeneration. This subject has been a longstanding area of study in both national and international doctrine, with the Polish case serving as one of the paradigmatic ones. The challenges encountered during the process of democratic restoration in Poland are examined within the context of its unique domestic political environment and its interactions with the Venice Commission of the Council of Europe and the European Court of Justice.

Keywords: democratic restoration, Poland, CJEU, Venice Commission

Sommario

1. La “rigenerazione” costituzionale nelle democrazie vulnerate. – 2. Il deterioramento del costituzionalismo e dello stato di diritto durante il “regno” del PiS in Polonia (2015-2023) e le trappole politiche sul cammino della rigenerazione costituzionale. – 3. Il supporto della giurisprudenza europea tra principio di “non regressione” e dilemma di Copenaghen. – 3.1. Il pensionamento anticipato dei giudici e la risposta delle Corti europee. – 3.2. La reazione delle Corti europee alla riscrittura delle norme per le nomine giudiziarie. – 3.2.1. Un *excursus* nell’involuzione della giurisprudenza costituzionale nazionale come chiave di lettura dello scontro con l’ordinamento sovranazionale. – 3.3. Il nuovo regime disciplinare repressivo e la reazione delle Corti europee. – 3.4. La cattura ostile del Tribunale costituzionale e la risposta della (sola) Corte EDU. – 4. Il pacchetto giustizia tra tecnicità giuridiche e nodi politici e l’ambigua posizione della Commissione di Venezia. – 4.1. Il pacchetto “giustizia costituzionale”. – 4.2. Il *vetting* dei “neo-giudici”. – 5. Il contributo delle vicende polacche alla costruzione in termini comparativi di un modello di “rigenerazione” o “ripristino” della democrazia costituzionale. – 6. Qualche provvisoria considerazione conclusiva.

Data della pubblicazione sul sito: 12 febbraio 2024

Suggerimento di citazione

A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *Il laboratorio polacco nella comparazione: tra “degenerazione” e “rigenerazione” costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2025. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it

* Pur essendo il lavoro frutto di riflessioni congiunte, i paragrafi 1, 2, 4, 5 sono riferibili ad A. Di Gregorio e i paragrafi 3 e 6 a J. Sawicki.

** Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato nell’Università degli Studi di Milano. Email: angela.digregorio@unimi.it.

*** Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato nell’Università di Pisa. Email: jan.sawicki@sp.unipi.it.

1. La “rigenerazione” costituzionale nelle democrazie vulnerate

Nell'esaminare gli sviluppi di lungo periodo delle cosiddette “nuove” democrazie, rileviamo la presenza di un insieme di esperienze riconducibili, a seconda delle fasi e dei paesi, a categorie e processi diversificati: democrazie consolidate, fragili o instabili, illiberali, vere e proprie autocrazie, mutazioni di natura politica e costituzionale riferibili ai concetti di transizione, degenerazione e ripristino. In particolare, il caso polacco rappresenta un microcosmo di tutte queste categorie e un laboratorio costituzionale continuo, dimostrando un'unicità e un dinamismo senza precedenti, anche grazie alla vivacità intellettuale della sua dottrina costituzionalistica e al ruolo degli attori della società civile¹.

Il caso polacco ci conferma altresì quella diffusa carenza di stabilizzazione, che testimonia le fragilità del cammino verso la democrazia nell'Europa centro-orientale. Si tratta di una marcata differenza rispetto alla parte occidentale del continente, dove i meccanismi istituzionali dei *checks and balances* e la cultura costituzionale sono maggiormente radicati, pur assistendosi negli ultimi anni al paradosso di una certa “restituzione” di tendenze dall'Est all'Ovest (populismo, instabilità governativa, crisi di consenso, polarizzazione), in direzione contraria a quella dell'esportazione dei modelli delle liberal-democrazie di oltre 30 anni fa.

Allargando per un attimo lo sguardo ad altre democrazie fragili, come quelle latino-americane o del sub-continente indiano, risulta che insieme a queste i paesi dell'Est Europa continuano a fornire materia di studio sotto molteplici punti di vista, proprio in considerazione della loro maggiore “mobilità” politico-istituzionale. Se in diverse fasi, a partire dagli anni '80 del Novecento, si è assistito ad “ondate” di trasformazione (intese come alternarsi di progressi e regressi verso la democrazia) in Europa orientale, America latina, ed altre aree forse meno omogenee delle due menzionate, oggi ci troviamo di fronte a movimenti ondulatori di natura diversa, che diventano più globali e trascinano democrazie di ogni genere.

Pur non essendoci lo spazio in questa sede per osservazioni comparative così ampie, va ricordato che quanto avvenuto in Polonia e Ungheria con le degenerazioni illiberali prima, ed ora in Polonia con i tentativi di ripristino della

¹ Diverse iniziative sono venute da associazioni di giuristi e giudici che durante gli otto anni del governo del PiS avevano preparato progetti di riforma. Inoltre, il nuovo governo si è voluto distinguere per la massima concertazione ed apertura al dibattito civico ed alla consultazione delle parti interessate. Sui dibattiti precedenti il cambio di governo e sulle soluzioni allora proposte si rinvia a <https://verfassungsblog.de/category/debates/polands-rule-of-law-on-the-ballot-debates/>. Sullo stesso blog si è dato di recente avvio ad un dibattito proprio sul ripristino della democrazia un anno dopo le elezioni che hanno sconfitto il PiS: <https://verfassungsblog.de/category/debates/rule-of-law-in-poland-one-year-later-debates/>.

democrazia e dello stato di diritto, sono eventi che fanno parte di tendenze diffuse, se consideriamo il verificarsi di parentesi, più o meno lunghe, o addirittura di cicli che si ripetono, di costituzionalismo “abusivo”² in paesi molto diversi come l’Ungheria, il Brasile, l’Argentina, gli USA, l’India, Israele, da ultimi il Messico, e anche l’Italia³.

Soprattutto nella dottrina anglosassone vi è la tendenza a mettere a confronto paesi molto distanti dal punto di vista geografico, culturale e costituzionale, rilevando una ripresa delle tendenze politiche populiste in maniera quasi contemporanea a diverse latitudini. Del resto, i resoconti dei cosiddetti barometri della democrazia confermano il costante aumento dei regimi autoritari o semi-autoritari, registrando una riduzione significativa del numero delle democrazie pienamente consolidate⁴.

Analogamente ci si interroga a livello macro-comparativo su come restaurare il costituzionalismo e la democrazia in paesi che hanno subito un decadimento sia in contesti di democrazia stabilizzata che di fragilità pregressa, provando a suggerire categorie generali per situazioni difficilmente paragonabili. Tale è il caso ad

² D. LANDAU, *Abusive Constitutionalism*, in *UC Davis Law Review*, Vol. 47, 2013; R. DIXON & D. LANDAU, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2021; J. PETROV, *How to Detect Abusive Constitutional Practices*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 20(2), 2024. Evidenziando come i moderni autocrati non facciano più ricorso ai colpi di Stato per prendere il potere ma si insinuino nelle maglie del sistema democratico distortendo in modo strumentale le regole del costituzionalismo (anche attraverso tecniche di *abusive constitutional borrowing* dalle democrazie consolidate), Scheppele parla di *Autocratic Legalism*. K.L. SCHEPPELE, *Autocratic Legalism*, in *University of Chicago Law Review*, n. 85, 2018. Proprio per arginare queste tattiche, il diritto internazionale si sarebbe evoluto dalla tutela delle libertà civili fondamentali (che i nuovi autocrati non violerebbero apertamente) a quella delle parti strutturali dei testi costituzionali (separazione dei poteri, organi di garanzia, etc.): vedi K.L. SCHEPPELE, *Restoring Democracy through International Law*, in *American University International Law Review*, Vol. 39, Issue 4, 2024, pp. 629 ss., dove per distinguere le due stagioni di protezione internazionale della democrazia (basate rispettivamente sui diritti individuali e sull’organizzazione dei poteri e contropoteri) si parla di *Right to Democratic Governance* 1.0 e 2.0.

³ Vedi G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism – The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, CUP, 2022; G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI, *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Milano, Mondadori Università, 2022; A. DUFFY-MEUNIER, N. PERLO (EDS.), *L’influence du populisme sur les changements constitutionnels. Approche de droit comparé*, Aix-en-Provence, DICE Éditions, 2024.

⁴ Vedi ad esempio V-DEM INSTITUTE, *Democracy Report 2024, Democracy Winning and Losing at the Ballot*, March 2024. Ma l’ultimo *WJP Rule of Law Index 2024* (24.10.2024), colloca già il caso polacco in netto miglioramento: [WJP Rule of Law Index 2024 Global Press Release | World Justice Project](#).

esempio dei lavori di T.G. Daly, che ha seguito le diverse tipologie di *democratic decay*, e di recente quelle di *constitutional repair*, cercando di fornire una griglia di analisi ed una tassonomia delle principali manifestazioni della prassi, distinguendo tra differenti tipologie di “transizione costituzionale” a seconda che si tratti di transizione dall’autoritarismo alla democrazia, di importanti modifiche costituzionali in democrazie consolidate o del *constitutional repair* dopo un *democratic backsliding*⁵.

Ma pur restringendo la comparazione ai paesi europei della medesima area geografica e della medesima tradizione culturale, la difficoltà di omologazione permane, nonostante l’espansione delle formule del costituzionalismo nelle diverse parti del continente dalla fine della seconda guerra mondiale. L’appartenenza ad organismi sovranazionali come l’Unione europea e il Consiglio d’Europa produce una certa omogeneizzazione ma non elimina le divergenze, come si vede anche dal fatto che persino i casi ungherese e polacco nel percorso di degenerazione sono stati molto diversi⁶. Allo stesso tempo, l’efficacia della giurisprudenza delle due Corti europee di Strasburgo e Lussemburgo sulla restaurazione democratica polacca, come vedremo, risulta limitata.

La considerazione della diversità della storia e del contesto, inclusa l’appartenenza alle organizzazioni sovranazionali regionali, è essenziale per comprendere come si possa ripristinare la democrazia costituzionale violata. Ragionamenti su questa questione si sono cominciati a fare già tra il 2021 e il 2022, quando si sperava che le elezioni ungheresi della primavera del 2022 potessero portare ad una vittoria, seppure di stretta misura, delle opposizioni riunite. Ma l’invasione russa dell’Ucraina e le manipolazioni del consenso hanno avuto la

⁵ Dopo aver dato vita per alcuni anni ad un centro virtuale di riferimento sul “democratic decay” (si veda per es. T.G. DALY, *Democratic decay: conceptualising an emerging research field*, in *Hague J Rule Law*, Vol. 11 (1), 2019), Tom Gerald Daly è passato ad una concettualizzazione rinnovata, riferendosi al *democratic optimism* (demoptimism.org). Sulle categorie generali di “Constitutional damage”, “Constitutional Repair as Constitutional Transition”, “Constitutional Repair after Democratic Backsliding”, vedi T.G. DALY, *Constitutional Repair: A Comparative Theory*, Constitutional Repair Working Paper Series, n. 2/2023, in www.demoptimism.org/working-paper-series. Vedi anche D. LANDAU, R. DIXON, *Restorative Constitutionalism*, UNSWLRS 2, *Washington and Lee Law Review*, 2024, che si occupano soprattutto degli USA pur cercando di enucleare un modello comune a diversi contesti.

⁶ A. DI GREGORIO, *Lo stato di salute della rule of law in Europa: c’è un regresso generalizzato nei nuovi Stati membri dell’Unione?*, in *DPCE on-line*, n. 4/2016; J. SAWICKI, *L’erosione democratica del costituzionalismo liberale. Esperienze contrastanti dall’Europa centro-orientale*, Milano, Franco Angeli, 2020, specie pp. 225-228; Z. SZENTE, W. BRZOSOWSKI, *The Dismantling of Power-Sharing in Hungary and Poland- Two Boards to the Same Destination?*, Jean Monnet Working Paper 07/23.

meglio in un quadro costituzionale e politico molto diverso da quello polacco. Nonostante le importanti differenze istituzionali e politiche tra i due paesi, sicuramente si applica anche al caso polacco la riflessione fatta immaginando un cambio di maggioranze di governo in Ungheria, ossia che senza prima affrontare le cause della degenerazione, e le sue radici politiche più profonde, qualunque intervento dell'ingegneria costituzionale rischia di non produrre risultati durevoli⁷. In entrambi i casi poi ci troviamo di fronte al dilemma della rottura della legalità formale in contesti che non presentano le caratteristiche del “*regime change*”. A questo proposito, ed in particolare nell'affrontare il problema dell'epurazione giudiziaria oggi in Polonia, tornano alla mente alcune considerazioni fatte negli anni successivi al grande cambiamento sistemico post-comunista in merito al fenomeno della lustrazione: da un lato con la distinzione concettuale tra stato di diritto formale e sostanziale⁸ e dall'altro con il ripensamento dei procedimenti di epurazione/lustrazione dell'epoca che possono essere contestualizzati a distanza di anni per trarre qualche insegnamento⁹. A ciò potrebbero aggiungersi ulteriori riflessioni sulle diverse figure di *vetting*, distinguendo le specificità dei contesti a seconda che si tratti di epurazioni radicali dovute a squilibri sistemici (corruzione diffusa, conflitti di interesse), ad un vero e proprio cambio di regime o all'ordinario funzionamento degli apparati giudiziari sottoposti a percorsi di monitoraggio e verifica periodici.

Le difficoltà che si verificano nella “ricucitura” degli strappi costituzionali operati dal PiS in otto anni di governo, e i cui effetti continuano anche grazie alla perpetuazione politica dell'egemonia di quel partito, discendono da una cultura costituzionale diversa rispetto al momento del grande cambiamento post-comunista – pur potendosi rinvenire in quel momento storico l'origine di molti errori costituzionali e politici –, dove nonostante la tragicità di un passaggio epocale e sistemico, soprattutto sotto il profilo economico e sociale, pur si era avuta

⁷ A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *Come ripristinare il costituzionalismo in una democrazia illiberale. Qualche riflessione sul caso ungherese*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 1, 2022, p. 52.

⁸ Vedi A. DI GREGORIO, *Constitutional Courts and the Rule of Law in the New EU Member States*, in *Review of Central and East European Law*, Vol. 44, 2019.

⁹ K. ŠIPULOVÁ, D. KOSAŘ, *Purging the Judiciary After a Transition: Between a Rock and a Hard Place*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2024: «In the last decade, the notion of judicial vetting and lustration has changed. Both mechanisms have abandoned their exclusive relationship with regime transition and are now more broadly invoked as extraordinary tools that may be applicable in situations where the legitimacy of the judiciary, its commitment to the rule of law, independence or justice is in question. Lustration of judges has turned out to be a rather standard, even internationally approved, vetting mechanism for dealing with widespread judicial corruption scandals».

la disponibilità storica al compromesso e al dialogo tra parti politiche contrastanti che rappresentavano epoche diverse sullo sfondo di una società ancora frastornata e priva di riferimenti ideali chiari.

2. Il deterioramento del costituzionalismo e dello stato di diritto durante il “regno” del PiS in Polonia (2015-2023) e le trappole politiche sul cammino della rigenerazione costituzionale

Ad oltre un anno dalle elezioni parlamentari polacche dell'ottobre 2023, che hanno interrotto il regime “illiberale” e “sovranista” del partito Diritto e Giustizia (PiS) al governo nelle due precedenti legislature (2015-2019 e 2019-2023), la situazione sotto il profilo delle riforme istituzionali tese a rimuovere l'eredità nociva di quella maggioranza politica appare ancora bloccata, al punto da vanificare – sotto importanti profili – il cambiamento stesso.

Dal momento che l'erosione del principio della *rule of law* aveva rivestito nelle due legislature precedenti un carattere sistemico, l'approccio “restaurativo” si è subito rivelato particolarmente difficile, dovendo il nuovo governo di coalizione (peraltro tra partiti o soggetti politici piuttosto distanti sotto il profilo valoriale¹⁰) agire su diversi fronti, di cui due in particolare sono stati percepiti come strategici e sensibili. Si tratta dell'indipendenza dei *media*¹¹ e del sistema giudiziario, nonché della procura. Sull'indipendenza del potere giudiziario si erano in particolare espresse le Corti europee, sia quella di Giustizia che la Corte EDU¹², alla giurisprudenza delle quali si sono appellati i fautori di riforme più radicali (tra cui la principale associazione polacca dei giudici *Iustitia*), opponendo al timore dell'*horror vacui* giuridico l'applicazione diretta del diritto europeo o, per le materie non coperte da questo, della Costituzione.

¹⁰ Coalizione Civica (KO), Polonia 2050 (P2050), Partito Popolare Polacco (PSL) e La Sinistra (LEWICA) più alcuni indipendenti.

¹¹ Il sistema radiotelevisivo pubblico era stato trasformato, con estrema rapidità, in una “cassa di risonanza” per il governo e il partito di maggioranza di ampiezza senza paragone nella UE, se non in Ungheria, con facoltà di ignorare o denigrare senza replica le minoranze politiche. Ciò è stato realizzato con un depotenziamento del Consiglio nazionale per la radiofonia e la televisione, organo formalmente costituzionale, a vantaggio di un “Consiglio per i media nazionali” istituito per legge nel 2016, in cui da subito ha prevalso il PiS. In argomento W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, OUP, 2019, pp. 15-16.

¹² Su questo si rinvia ampiamente al paragrafo 3.

Come ricostruito da copiosa dottrina negli ultimi otto anni¹³, l'attacco alla giustizia si era dispiegato su diversi fronti. Per quanto riguarda la giustizia costituzionale, si è prodotta la cosiddetta "cattura" del Tribunale costituzionale, attraverso l'iniziale violazione del giudicato costituzionale (si vedano le sentenze K 34/15 e K 35/15) e il rifiuto di nominare tre giudici legittimamente eletti dal *Sejm*, la camera bassa del parlamento, e successivamente attraverso l'adozione di leggi tese a paralizzare l'attività del Tribunale, sostituite con una legislazione pienamente compatibile con i canoni dello stato costituzionale di diritto una volta ottenuta la sostituzione della maggioranza dei giudici con persone fedeli al corso politico del PiS¹⁴. In relazione al Consiglio nazionale del potere giudiziario (*Krajowa Rada Sądowictwa*, o KRS), vi è stata la politicizzazione delle modalità di elezione dei 15 giudici togati elettivi, col passaggio dall'elezione ad opera dei giudici a quella da parte della maggioranza dei deputati del *Sejm*, e la concomitante destituzione in blocco dei componenti in carica al momento dell'entrata in vigore della nuova procedura. La politicizzazione delle modalità di composizione del Consiglio nazionale del potere giudiziario si è riflessa negli anni seguenti sulla nomina di nuovi giudici o sulle promozioni, effettuate dal capo dello Stato su proposta del KRS (art. 179 cost.), producendosi così una nuova classe di cosiddetti "neo-

¹³ Per quanto riguarda la giustizia costituzionale, specie nei primi anni, A. ŚLEDZIŃSKA-SIMON, *Midnight Judges: Poland's Caught between Political Fronts*, in *VerfBlog*, 23 November 2015; A. BIEN-KACALA, *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; T.T. KONCEWICZ, *Farewell to the Separation of Powers – On the Judicial Purge and the Capture in the Heart of Europe*, in *VerfBlog*, 19 July 2017; T. KONCEWICZ, M. KONOPACKA, *Poland. The state of liberal democracy*, in R. ALBERT, D. LANDAU, P. FARAGUNA, S. DRUGDA (eds.), *2017 Global Review of Constitutional Law*, Boston, 2018; F. VECCHIO, *La crisi costituzionale polacca, la «bielorussizzazione» dell'Europa orientale e il processo di disintegrazione europea*, in E. RAFFIOTTA, A. PEREZ-MIRAS, G. TERUEL-LOZANO (a cura di), *Constitution e integracion europea. Forma política, gobernanza económica, organización territorial*, Madrid, 2017. In tema di giustizia ordinaria A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e giustizia": ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCE Online*, 3/2017; P. MIKULI, *The Declining State of the Judiciary in Poland*, in *iconnectblog.com*, 15 May 2018; S. GIANELLO, *La nuova legge polacca sul sistema giudiziario: cresce (ulteriormente) la distanza che separa Varsavia e Bruxelles*, in *Federalismi.it*, 8/2020; J. SAWICKI, *L'Unione europea come argine all'erosione dello stato costituzionale di diritto. Ai margini di una comparazione complessa, e forse un po' ingrata*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2020. In generale M.A. ORLANDI, *La «democrazia illiberale». Ungheria e Polonia a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2019.

¹⁴ Vedi W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, cit., p. 79.

giudici” (circa il 30% del totale) ed una notevole produzione giurisprudenziale al punto da rendere difficile procedere ad una resa dei conti sommaria senza minare la certezza del diritto e senza violare la stessa Costituzione che prevede l’inaffidabilità dei giudici. Il governo del PiS aveva altresì proceduto alla punizione dei “vecchi” giudici che si erano ribellati alle nomine dei neo-giudici impugnando in giudizio gli atti di nomina¹⁵, attraverso l’introduzione della camera disciplinare della Corte suprema e l’adozione della cosiddetta legge “bavaglio” o *muzzle law*, su cui meglio *infra*). Per quanto riguarda la procura, in tempi rapidi e già fin dal 2016 si era ripristinata la fusione delle cariche di Ministro della Giustizia e di Procuratore generale (che era stata abolita nel 2007 dal primo governo Tusk), realizzando quell’unione personale che nega ogni parvenza di alterità e autonomia della pubblica accusa (attribuendo un potere abnorme, per otto anni, al Ministro Zbigniew Ziobro).

Una volta insediatisi, il nuovo esecutivo ha avuto a disposizione una serie di studi e proposte di legge elaborate da attori importanti della società civile (tra cui una serie di associazioni di giudici), che negli anni precedenti avevano portato avanti la propria opera di difesa dei principi dello stato di diritto continuamente violati dal governo del PiS. Alcuni di questi progetti¹⁶ sono stati utilizzati – non senza critiche – nella formulazione del cosiddetto *Action Plan* per il ripristino dello stato di diritto, presentato dal Ministro Bodnar il 20 febbraio 2024, nel quale si esordisce con l’affermare la supremazia del diritto UE, il rispetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia e l’importanza del principio dell’indipendenza del potere giudiziario¹⁷. Il programma è stato presentato al Consiglio Affari Generali della UE per manifestare l’intenzione di rispondere alle preoccupazioni emerse dalla proposta della Commissione europea nel dicembre 2017 con l’attivazione della procedura ex art. 7, comma 1 del TUE, nonché dalla

¹⁵ Un’altra forma di resistenza dei “vecchi” giudici è consistita nel rifiuto di avallare le nuove procedure di nomina e promozione dei giudici astenendosi dal presentare le proprie candidature per le cariche superiori. Tali giudici si sono inoltre rifiutati di esercitare le proprie funzioni in collegi dove sono presenti neo-giudici, oltre ad avere contestato in diverse istanze, incluse quelle europee, la legittimità delle nomine dei neo-giudici per questo venendo sottoposti a sanzioni disciplinari. Considerando la resistenza dei “vecchi” giudici, si ritiene che l’annullamento delle nomine dei neo-giudici sia indispensabile per ricostituire un senso di giustizia all’interno del *corpus* giudiziario.

¹⁶ Vanno segnalati soprattutto i progetti di legge sul Consiglio nazionale del potere giudiziario, sull’ordinamento dei tribunali comuni, sulla Corte suprema e sul Tribunale costituzionale, elaborati dall’Associazione dei giudici polacchi *Iustitia*, accanto al progetto di legge sul Tribunale costituzionale predisposto dalla Fondazione *Batory*.

¹⁷ www.gov.pl/web/justice/polish-minister-of-justice-presents-action-plan-for-restoring-the-rule-of-law.

giurisprudenza della Corte europea per i diritti umani e della Corte di Giustizia UE. Qualche giorno prima, il Ministro della Giustizia Bodnar aveva esortato i giudici polacchi a rispettare ed applicare pienamente il diritto della UE ed i principi giuridici derivanti dalla CEDU impegnandosi contestualmente a collaborare con il Consiglio d'Europa e la Commissione di Venezia (le prime consultazioni ufficiali con quest'ultima sulle riforme sono state avviate nell'aprile 2024). Tuttavia, le istituzioni dell'Unione europea hanno dovuto fare un vero e proprio atto di fede senza attendere un riscontro effettivo alle richieste di riforme per interrompere il 29 maggio 2024 la procedura ex art. 7 TUE (già politicamente bloccata) e per la concessione alla Polonia di ulteriori *tranches* del *Recovery and Resilience Facility* e di altri fondi, tra cui quelli di coesione¹⁸.

Gli elementi di progresso vengono sottolineati nel *Rule of Law Report* della Commissione europea sulla Polonia del 23 luglio 2024¹⁹, dove si dà conto del fatto che subito dopo l'investitura del governo il 13 dicembre 2023 il nuovo Primo Ministro Tusk ha nominato un Comitato inter-ministeriale per il ripristino dello stato di diritto e dell'ordine costituzionale. Tra gli aspetti ricordati nel *Rule of Law Report*, si segnalano i primi passi del percorso di riforme (che include sia misure legislative che atti non legislativi del *Sejm* o atti ministeriali), e le relative reazioni ostruzionistiche dei contropoteri catturati. Si vedano i riferimenti al progetto di legge sul Consiglio nazionale del potere giudiziario, alle misure intraprese per rafforzare l'indipendenza della Corte suprema, a quelle riguardanti il Tribunale costituzionale, all'inizio del percorso per contrastare le riforme del 2017 nell'ambito del funzionamento del potere giudiziario (giudici comuni), all'intenzione di ripristinare la separazione tra Ministero della Giustizia e Procuratore Generale. Tuttavia, anche se ad opinione della Commissione europea molti gravi problemi riguardanti il potere giudiziario sarebbero stati risolti o sarebbero sulla via di risoluzione, a causa dell'ostruzionismo dei contro-poteri politicamente allineati al governo precedente la situazione risulta bloccata.

A questo pacchetto di riforme si aggiunge un processo di chiamata in responsabilità di una serie di cariche pubbliche rivestite da esponenti del PiS accusati di corruzione e abuso d'ufficio²⁰. Importanti figure del precedente

¹⁸ Per l'esatto ammontare si rinvia a A. WÓJCIK, *Restoring the Rule of Law in Poland: An Assessment of the New Government's Progress*, German Marshall Fund Policy Brief, June 2024, p. 3.

¹⁹ https://commission.europa.eu/document/download/9c081f05-688d-4960-b3bc-ea4fc3b2bafb_en?filename=48_1_58078_coun_chap_poland_en.pdf.

²⁰ Ad esempio proprio nel Ministero della Giustizia si è scoperto un uso distorto del Fondo per la Giustizia per finanziare iniziative di politici vicini all'ex Ministro della giustizia Ziobro. Il 12 luglio 2024 il *Sejm* ha concesso l'autorizzazione a procedere nei confronti del deputato ed ex vice

governo sono state elette al parlamento europeo, potendosi così sottrarre alle indagini. Una parte importante dell'elettorato delle attuali forze di governo chiede responsabilità per questi abusi ma c'è anche una parte che chiede di confermare sicurezza e protezione sociale e questo potrebbe alla lunga favorire il ritorno del PiS.

Le difficoltà di attuazione delle misure del Piano per lo stato di diritto sono di ordine politico e costituzionale e stanno mantenendo in vita un “dualismo” giuridico dai contorni complessi e di difficile soluzione. Ad ogni movimento sembra che il governo si ritrovi incastrato in qualche “trappola” appositamente creata per impedire un cambiamento significativo, come si nota fin dagli esordi della sua formazione, ritardata il più possibile dal capo dello Stato Duda. L'*impasse* politico-istituzionale fa sì che la maggioranza attuale non sia in grado di varare nuove leggi senza incorrere nell'opposizione del Presidente della Repubblica e del Tribunale costituzionale. L'uso strumentale e “di parte” delle istituzioni di garanzia, che è stato reso sistema fin dal 2015, si eleva purtroppo ad elemento di ostruzionismo rispetto ad ogni tentativo di ristabilire la legalità costituzionale.

Dal punto di vista politico, bisogna rilevare che il PiS ha perso la maggioranza assoluta alle scorse elezioni ma non quella relativa, portando avanti un'opposizione dura e senza compromessi²¹. Rimane dunque un partito forte, ancora molto radicato nelle aree rurali e che continua ad esprimere il capo dello Stato, il rinnovo della carica del quale avverrà tra il 18 maggio e il primo giugno (in caso di ballottaggio) del 2025. Il radicamento del PiS, e l'esistenza di una situazione politica molto polarizzata, rendono non certa l'elezione di candidati presidenziali di diverso orientamento, col rischio del perpetuarsi di una coabitazione difficile come quella attuale. A ciò si aggiunge il fatto che il governo, come detto, si basa su di una coalizione di partiti eterogenei, che su di una serie di questioni hanno posizioni diverse. Ci si muove di conseguenza con molta circospezione essendo

Ministro della giustizia Marcin Romanowski, che aveva utilizzato quel fondo per acquistare il controverso *software* di sorveglianza *Pegasus*. Romanowski non è attualmente solo deputato nazionale, ma anche membro dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Questo il motivo per cui, arrestato dopo la revoca dell'immunità nazionale, è stato quasi subito rilasciato, anche se lo *status* e le immunità dei membri dell'Assemblea parlamentare sono attualmente oggetto di discussione, essendo limitati – secondo il combinato disposto degli artt. 14 e 15 dell'Accordo generale sui privilegi e le immunità del Consiglio d'Europa – alle sessioni dell'organo cui essi appartengono e ai viaggi di andata e ritorno. Il 20 dicembre 2024 l'Ungheria ha concesso a Romanowski asilo politico, così inasprendo le tensioni tra i due paesi iniziate dopo il cambio di governo polacco dell'anno precedente.

²¹ Vedi J. SAWICKI, *I primi mesi della nuova coalizione democratica tra coabitazione con il nuovo capo dello Stato e indipendenza ostile del giudiziario*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2024.

presenti una serie di pressioni di segno a volte opposto di cui bisogna tenere conto (come si è notato nei passaggi per l'approvazione della legge di riforma del KRS)²². E non è detto che le questioni istituzionali siano prioritarie per arginare il consenso futuro del PiS, il quale aveva adottato politiche di spesa sociale molto generose.

Dal punto di vista costituzionale, la possibilità di un ritorno alla situazione pre-PiS si dimostra impossibile per diversi motivi. Il principale è dato dal blocco dei contro-poteri "catturati" dalla precedente maggioranza o politicamente ostili alla nuova. Tra questi, in primo luogo, il Presidente della Repubblica. Una coabitazione come quella attuale non si era finora mai verificata, anche se si ricordano contrasti accesi tra governo e Presidente ai tempi di Wałęsa, in una fase tuttavia precedente all'adozione della Costituzione del 1997. I contrasti erano dovuti prevalentemente al fatto che sia nel testo costituzionale tardo-socialista emendato nel 1989 che nella "piccola" Costituzione del 1992 il capo dello Stato aveva un ruolo incisivo nella procedura di formazione dell'esecutivo, potendo anche nominare un governo "del Presidente" e co-decidere negli altri casi la nomina dei ministri di interni, esteri e difesa. Pur essendo tali prerogative venute meno, rimane il fatto che nel vigente testo costituzionale il capo dello Stato è dotato di poteri importanti, tra i quali il veto legislativo e l'impugnazione delle leggi dinanzi al Tribunale costituzionale (oltre che la nomina dei giudici, come visto sopra). L'attuale Presidente Duda ha poi, fin dall'inizio, fornito una lettura "presidenziale" di competenze che alla luce della prassi precedente avrebbero dovuto essere formali, come l'accoglimento del giuramento dei neo eletti giudici costituzionali²³.

Un altro potere di blocco è rappresentato dal Tribunale costituzionale, organo del tutto delegittimato sia dal punto di vista della composizione (risultando completamente "catturato" a partire dal dicembre 2016) che della giurisprudenza, che dopo aver svolto per anni il ruolo di *government's enabler*²⁴ assume ora una funzione diversa. La sua composizione, che – in modo legale o illegale – continua a riflettere integralmente la precedente maggioranza parlamentare del PiS, fa sì che

²² In argomento si rinvia a A. ANGELI, *Il travagliato processo di riforma dell'organo di autogoverno della magistratura in Polonia*, in *Rivista di Diritti Comparati*, Anteprima 2024.

²³ A questo proposito, l'art. 20, c. 2 della nuova legge sul Tribunale costituzionale approvata il 13 settembre 2023 (ma non promulgata dal capo dello Stato) prevede un obbligo in tempi certi: «Il Presidente della Repubblica di Polonia consente al giudice del Tribunale di pronunciare solennemente il giuramento di cui al comma 1 entro 14 giorni dalla data della sua elezione da parte del *Sejm*».

²⁴ W. SADURSKI, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralyzed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol 11 (2), 2018.

oggi l'organo ostacoli sistematicamente la legislazione introdotta dalla nuova maggioranza di governo, con pronunce rese su impulso del capo dello Stato o dell'opposizione parlamentare. Così, dall'inizio del 2024 sono state prodotte decisioni sulla responsabilità costituzionale del presidente della Banca centrale – per escluderla di fatto, benché prevista dalla Costituzione –, sulla legge sulla radiofonia e televisione del 1992, nella parte in cui non esclude l'applicazione derogatoria del codice delle società commerciali, e su quest'ultimo codice nella parte in cui non esclude di poter essere applicato al settore radiotelevisivo pubblico, sulle commissioni parlamentari d'inchiesta ultimamente istituite per accertare presunti illeciti del precedente governo (tra cui quella relativa alla preparazione delle elezioni presidenziali “per posta” del 2020).

Il dualismo politico coincide dunque con il dualismo giuridico testimoniando una polarizzazione accesa nei toni e nei comportamenti. Nell'attesa che le cose cambino, si procede tramite risoluzioni parlamentari di maggioranza (di tipo dichiarativo ed esortativo, ma prive di ogni valore normativo: e la Costituzione polacca è molto precisa sotto questo aspetto, non riconoscendo loro la natura di fonte del diritto; art. 87), anche queste dichiarate subito incostituzionali, o con qualche forzatura non esente da critiche (come la riforma dei *media* pubblici²⁵) e uno sforzo di elaborazione legislativa e di confronto con le istituzioni europee e con la Commissione di Venezia i cui pareri peraltro sono stati tenuti in conto solo parzialmente²⁶. La legge di riforma del Consiglio superiore del potere giudiziario (approvata in via definitiva dal parlamento il 12 luglio 2024), le tre componenti del “pacchetto” sulla giustizia costituzionale (due leggi ordinarie approvate il 13 settembre 2024 – una «Sul Tribunale costituzionale» e l'altra «Sulle norme introduttive alla legge sul Tribunale costituzionale», ed un disegno di legge costituzionale di modifica alla Costituzione in discussione al Senato), e le altre leggi del pacchetto giustizia sono destinate a non entrare in vigore fino a che non cambieranno la maggioranza nel Tribunale costituzionale e il capo dello Stato.

La situazione è a tal punto intricata, anche sotto il profilo prettamente giuridico-costituzionale, da apparire unica nel suo genere e di difficile soluzione. Confrontandosi col recente passaggio post-comunista sembra addirittura trattarsi di un momento peggiore, essendo venuto meno il riconoscimento reciproco delle parti.

²⁵ Per sciogliere i consigli di amministrazione dei *media* pubblici e sostituirli con una composizione rinnovata il governo ha proceduto richiamando una risalente giurisprudenza costituzionale, peraltro di non certa applicazione al caso di specie. Vedi J. SAWICKI, *Sulla difficoltà di superare in modo liberale un regime illiberale*, in *DPCE Online*, 1/2024.

²⁶ Sul punto si rinvia ad A. ANGELI, *Il travagliato processo di riforma dell'organo di autogoverno della magistratura in Polonia*, cit.

3. Il supporto della giurisprudenza europea tra principio di “non regressione” e dilemma di Copenaghen

Le istituzioni europee hanno svolto un ruolo inestimabile nella gestione della crisi politico-costituzionale polacca. Con ciò non si vuole affermare che il loro attivismo sia stato incessante né che la loro presa, o capacità di incidere sulla situazione interna, sia stata incontrastata. I fatti lo smentiscono sotto vari aspetti (sui quali ci si soffermerà). Tuttavia vi sono elementi fattuali che formano la base per affermare che, in assenza del ruolo soprattutto delle istituzioni giudiziarie europee, l'evoluzione interna non sarebbe stata la stessa e il suo svolgimento attuale, pur difficilissimo – anche dato il contesto internazionale e geopolitico – ma tuttavia positivo e paradigmatico per il tentativo di restaurazione di un ordine conforme ai canoni di uno stato costituzionale di diritto, sarebbe stato quanto meno più sfornito di sostegni attivi esterni, in definitiva sarebbe stato più improbabile²⁷.

In primo luogo si ritiene opportuno fare un breve cenno alle reazioni nazionali alle decisioni europee, con particolare riferimento al livello sistematico di non accettazione delle pronunce tanto della Corte di giustizia europea quanto della Corte europea dei diritti dell'uomo. Non è una novità nella storia dell'integrazione europea che il dialogo tra corti presenti tratti conflittuali, ma nel caso della crisi polacca l'*escalation* ha conosciuto un'esplosione senza precedenti, che a sua volta è il riflesso della gravità delle contestazioni che le istituzioni europee avevano da muovere alla stessa Polonia. Si è detto che durante la prima fase delle trasformazioni illiberali le autorità politiche non si sono molto preoccupate delle sentenze europee che cominciarono a occuparsi del problema²⁸. In realtà, quando di seguito saranno enunciate le tre tappe dell'assalto al giudiziario, si vedrà come la risposta che la CGUE ha dato alla prima di queste – la meno grave di tutte: quella del pensionamento anticipato dei giudici – abbia trovato in Polonia un'accoglienza costruttiva, con un'attuazione almeno parziale. Quando la risposta

²⁷ È stato posto anche il problema della opportunità – da non darsi per scontata – di intervenire negli affari interni di un paese che attraversa(va) un'involuzione illiberale, specie da parte delle istituzioni dell'UE, seppure la risposta alla questione sia stata infine affermativa: A. VON BOGDANDY, *Towards a Tyranny of Values? Principles of Defending Checks and Balances in EU Member States*, in A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, CH. GRABENWARTER, M. TABOROWSKI, M. SCHMIDT (eds.), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Berlin, Springer, 2021, pp. 73 ss.

²⁸ E. SAVOLDELLI, *La “Muzzle Law” polacca al vaglio della Corte di giustizia: una prima lettura della sentenza resa nella causa C-204/21, Commissione c. Polonia (vita privata dei giudici)*, in *Rivista EuroJus*, 10/7/2023.

delle giurisdizioni europee ha cominciato ad assumere una dimensione alluvionale, sistemica, di fatto al di là dei casi specifici portati a conoscenza delle Corti²⁹, allora lo stesso potere politico – in simbiosi con l’ordine giudiziario conquistato, che ne costituisce in sostanza un *alter ego* determinato ad affiancarlo nella buona e nella cattiva sorte – non ha esitato a colpire quelle pronunce con una controreazione “atomica”, fino a far dichiarare incostituzionali interi articoli che sono la chiave di volta dei Trattati europei. Questo non deve condurre però a conclusioni affrettate, come quella per cui quelle decisioni si sono dimostrate inutili o impotenti a incidere sul diritto. In primo luogo non si può escludere che esse abbiano avuto una parte anche nella reazione diffusa della popolazione³⁰, che ha determinato in seguito quel risultato elettorale che è alla base di quanto viene discusso in questo articolo. In secondo luogo quell’ormai copiosa giurisprudenza a lungo termine ha prodotto il risultato di aiutare i nuovi arrivati al potere nella loro opera di ripristino, fornendo ad essi degli strumenti anche giuridici che fungono ora da parziale succedaneo dell’impossibilità, almeno momentanea, di cambiare radicalmente il quadro legislativo in vigore. È vero però che la prima legislazione orientata al ripristino del costituzionalismo non è andata esente da critiche, come quelle della Commissione di Venezia (come si vedrà in particolare al par. 4.2).

La crisi dello stato di diritto, con riferimento all’ordinamento giudiziario generale, ha conosciuto tre tappe che così possono essere sintetizzate, nella consapevolezza che ogni schematizzazione tende a semplificare l’analisi di fenomeni complessi. La prima tappa, simbolicamente più vistosa ma a ben vedere la meno grave, è quella della riduzione dell’età pensionabile dei magistrati (che ha preso le mosse dai primi mesi del 2018); la seconda, già più proiettata nel futuro, ha coinciso con l’alterazione dei criteri di reclutamento e promozione dei giudici (i cui risultati hanno cominciato a prodursi a partire dalla fine dello stesso anno); la terza tappa, l’ultima almeno di questa ondata di attacco all’indipendenza della magistratura, è consistita nella repressione di coloro che, facenti parte della “vecchia guardia” di giudici, si sono opposti alle innovazioni determinate dalla

²⁹ Una ricostruzione della prima fase di questo tormentato “dialogo” è in S. BIERNAT, *How Far is it From Warsaw to Luxembourg and Karlsruhe: the Impact of the PSPP Judgment*, in *German Law Journal*, Vol. 21, 2020, pp. 1104 ss.

³⁰ A. VON BOGDANDY, *Towards a Tyranny of Values?*, cit., p. 79. Su questo potrebbe anche avere influito il blocco dei fondi europei, anche se quando minacce di questo tipo hanno cominciato a incombere l’elettorato ungherese non ha deviato dal suo orientamento. Il riferimento è alle sentenze “gemelle” sul regolamento sulla condizionalità di bilancio, emesse poche settimane delle ultime elezioni politiche ungheresi (S. GIANELLO, *Le sentenze C-156/21 e C-157/21: l’identità europea e la condizionalità secondo la Corte di giustizia*, in *Democrazia e sicurezza*, n. 2/2022, pp. 95-133).

seconda fase citata, incoraggiati anche dalla risposta positiva che incontravano nelle sedi giudiziarie sovranazionali (e questo è uno sviluppo iniziato nel 2020). Su questo discorso si inserisce immediatamente la giurisprudenza europea, in particolare quella della Corte di giustizia, giacché la propria capacità di imporre disapplicazione in virtù del primato ma in assenza di effetto diretto – una capacità peraltro problematica in questo settore³¹, e logorata in più dalle insidie del sistema illiberale – è tornata a conoscere una virtù espansiva a seguito dell'entrata in carica del nuovo governo, riuscendo a supplire almeno in parte alla ridotta forza legislativa di quest'ultimo (per i motivi già detti).

Un'impostazione metodologica per analizzare in modo ordinato le principali sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ormai hanno raggiunto una notevole mole quantitativa, è quella di classificarle per argomento. Si possono considerare separatamente le sentenze di ciascuna delle due Corti, anche quando affrontino casi su argomenti analoghi, ma questo metodo di analisi può presentare delle ripetizioni e non aiuta tra l'altro a cogliere le sfumature che separano le due istituzioni, le quali svolgono un ruolo pratico anche nel processo di ricostruzione di cui si è discusso in precedenza. Un altro criterio di analisi può essere quello che mantiene distinte le sentenze che si sono riferite al Tribunale costituzionale da quelle che hanno investito la degenerazione dell'ordinamento giudiziario generale, tenendo però a mente che le seconde rappresentano oramai un cospicuo multiplo delle prime. Ma si può anche usare un criterio trasversale e più direttamente comparativo, come quello che raggruppa le pronunce secondo la periodizzazione proposta in precedenza, senza fare troppe distinzioni per quanto riguarda il tipo di giurisdizione. Ciò in ragione del fatto che alcuni principi di fondo si possono considerare comuni al di là dell'individuazione dell'organo che ha subito una regressione della rispettiva indipendenza, ma anche al di là delle divergenti tecniche interpretative adoperate dalle due Corti, che pure pervengono a conclusioni simili. Si cercherà di seguito di privilegiare questo metodo, con l'avvertenza che sarà necessariamente selezionato un numero limitato di sentenze più significative tra le numerose decine che sono state pronunciate negli ultimi anni.

3.1 *Il pensionamento anticipato dei giudici e la risposta delle Corti europee*

Come si diceva, il primo capitolo di un'ideale ricostruzione dell'attacco al terzo potere riguarda la rimozione dei giudici in carica tramite la riduzione della loro età

³¹ W. SCHROEDER, *Transition 2.0 and Rule of Law Mainstreaming in the European Union*, in M. BOBEK, A. BODNAR, A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND (Eds.), *Transition 2.0*, cit., p. 560.

pensionabile. Per quanto in particolare attiene ai livelli apicali, che più a cuore stavano al governo del PiS, tale misura era stata introdotta con la legge dell'8 dicembre 2017 sulla Corte suprema – recante modifiche alla precedente disciplina del 2001 – che riduceva, con effetti retroattivi, da 70 a 65 anni l'età per il collocamento a riposo dei giudici di tale Corte³², determinando la prospettiva di allontanare quasi immediatamente oltre un terzo dei componenti dell'organo. Un aspetto ancora peggiore di questa legge era l'attribuzione all'arbitraria discrezione del potere politico, in assenza di criteri oggettivi di valutazione, in merito a richieste di proroga da parte dei giudici in carica che pure avessero superato il nuovo limite di età fissato retroattivamente. Una contesa politica di scarso pregio e di puro potere, ammantata di pretestuosi sofismi giuridici, era quella per cui una facoltà così condizionante dell'indipendenza dei giudici dovesse essere posta in capo al Ministro della giustizia (*pro tempore* Zbigniew Ziobro) piuttosto che al Presidente della Repubblica Duda. La sfida fu vinta infine da quest'ultimo, riuscendo a occultare sotto l'usbergo della sacralità della figura del capo dello Stato – storicamente investito di poteri di vera prerogativa in materia giudiziaria – il fatto che in definitiva la permanenza in servizio dei giudici più importanti fosse affidata alla volontà di una carica istituzionale che nei fatti era e resta esposta politicamente forse più di ogni altra.

La soluzione giudiziaria in sede europea a questo problema è giunta in tempi relativamente rapidi e con esito nel complesso soddisfacente. La Corte di giustizia si è pronunciata il 24 giugno 2019 nella causa Commissione europea c. Polonia (C-619/18) dichiarando il contrasto con l'art. 19 (1) TUE della legge citata sulla Corte suprema. Nel frattempo, tuttavia, un susseguirsi di iniziative tra Commissione europea e governo polacco avevano già indotto quest'ultimo, con legge del 21 novembre 2018, a dichiarare ancora in carica, fino al previgente termine previsto per legge, la prima presidente della Corte suprema – di cui la legge precedente pure statuiva la decadenza, nonostante la Costituzione ne fissi la durata in carica per sei anni, periodo che avrebbe dovuto oltrepassare quello previsto dalla legge ordinaria – nonché tutti i giudici che diversamente sarebbero decaduti³³, a meno di sopportare una sostanziale questua, umiliante e incerta negli esiti, presso il Presidente della Repubblica. L'opinione pubblica rimase sorpresa da questo inatteso cedimento da parte del governo polacco, che nel frattempo, su altri

³² A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia"*, cit., p. 794.

³³ Una completa ricostruzione di tutta la vicenda, compreso l'ultimo sviluppo, in P. BOGDANOWICZ, M. TABOROWSKI, *How to Save a Supreme Court in a Rule of Law Crisis: the Polish Experience. ECJ (Grand Chamber) 24 June 2019, Case C-619/18, European Commission v Republic of Poland*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 16, 2020, pp. 306 ss.

argomenti, si ostinava a difendere altri provvedimenti discussi al cospetto delle istituzioni sovranazionali o dello stesso mondo democratico. Si propone qui una chiave di lettura. Per quanto di evidente effetto simbolico, la misura di collocare a pensionamento anticipato un certo numero di alti giudici aveva, di per sé presa, un impatto abbastanza limitato rispetto al progetto più ampio di ridisegnare l'intero ordinamento giudiziario quanto meno allo scopo di renderlo più coincidente con l'ideologia del partito dominante. Con numerose altre misure da prendere per raggiungere il proprio obiettivo, e a fronte di casi giudiziari e altre iniziative di *soft law* che cominciavano a moltiplicarsi nell'Unione europea e nelle istituzioni del Consiglio d'Europa, la cosa migliore da fare era mostrare disponibilità a un cedimento parziale su un argomento di importanza circoscritta, usandolo come leva per procedere con maggior determinazione lungo la strada della riorganizzazione per il futuro. In fondo, i giudici che rischiavano la rimozione anticipata sarebbero comunque rimasti in carica in media per pochissimi anni, e peraltro avrebbero potuto essere sostituiti da colleghi ispirati da un *idem sentire* qualora non si fosse proceduto a una modifica decisa dei criteri di selezione, la quale in più presentava il vantaggio di produrre effetti molto più duraturi.

3.2 *La reazione delle Corti europee alla riscrittura delle norme per le nomine giudiziarie*

Si arriva così alla seconda fase. Questa si distingue dalla prima in gran parte sul piano concettuale, dato che in una prospettiva puramente cronologica in parte coincide con essa e in parte la segue, seppure di poco. La distinzione sul piano cronologico si giustifica non tanto per le misure legislative interne, in parte coeve, quanto per la risposta giurisprudenziale esterna che nel secondo caso è stata successiva e più prolungata nel tempo. La modifica ai criteri di composizione del Consiglio nazionale del potere giudiziario, infatti, è stata introdotta con la legge dell'8 dicembre 2017 recante modifiche alla legge sul Consiglio nazionale del potere giudiziario, coeva delle prime modifiche alla composizione della Corte suprema. Le finalità di questa legge sono già state descritte sì che ora si possano esaminare i casi portati a conoscenza delle Corti europee. Questi formano una vicenda alquanto più intricata e contorta della quale si cercherà di fornire una relazione essenziale.

Con riferimento alla CGUE, diverse decine di cause sono state portate alla sua conoscenza negli ultimi anni, in gran parte nella forma di domande pregiudiziali presentate da giudici nazionali e in parte minore come procedure di infrazione promosse dalla Commissione europea. La prima decisione di grande rilievo è stata quella del 19 novembre 2019, nelle cause riunite C-585/18, 624/18 e 625/18 (anche

note come A.K.)³⁴. Dando seguito solo parzialmente a un veemente parere dell'Avvocato generale Tanchev, la Corte di Lussemburgo ha lasciato ai giudici del rinvio la decisione da prendere nel caso concreto, ma ha offerto numerose ragioni per mettere in dubbio l'indipendenza della nuova Sezione disciplinare istituita presso la Corte suprema. Tuttavia, a prescindere dai diversi rilievi fondati su caratteristiche intrinseche di quest'ultima, sulle quali bisognerà tornare, in questo come in altri casi va rilevato come il motivo fondamentale di illiceità, dal quale tutti gli altri discendono a cascata, è la politicizzazione della composizione dell'organo di autogoverno della magistratura, introdotta nel 2017³⁵, dal momento che quest'ultimo è competente a svolgere tutte le procedure di selezione e progressi di carriera dei giudici, e che in particolare le due nuove Sezioni presso la Corte suprema – quella disciplinare, appunto, e quella di controllo straordinario e degli affari pubblici – sarebbero state composte integralmente di neo-giudici e dunque viziate con particolare gravità. Sebbene la causa occasionale del contendere, in A.K., fossero proprio i ricorsi di alcuni giudici contrari al loro pensionamento anticipato coatto e retroattivo – “fase uno” –, ricorsi che avrebbero dovuto essere valutati da giudici di cui si lamentava la mancata indipendenza, contro il governo polacco di allora che cercò inutilmente di far valere l'argomento che le norme sul pensionamento anticipato fossero già state abrogate *medio tempore* (*supra*, 3.1), da questo momento l'elemento decisivo di tutta la controversia è diventato il potere, che la Corte di giustizia ha attribuito ai giudici polacchi, non solo di presentare domande pregiudiziali a se medesima, ma anche di decidere direttamente, in seguito a sue pronunce, sulla legittimità della formazione di giudici o di uffici giudiziari in Polonia. Un dono avvelenato, come si sarebbe visto di lì a pochissimo, perché ha acceso la miccia che ha fatto espandere il regime disciplinare fino alla possibilità di irrogare sanzioni anche per attività volte a mettere in discussione lo *status* professionale dei neo-giudici, in concreto obbligando colleghi già immessi in ruolo nella magistratura secondo le procedure antecedenti il *democratic backsliding* a conformarsi al nuovo stato delle cose.

L'immediato seguito interno della pronuncia pregiudiziale A.K. è consistito nella risoluzione di tre Sezioni della Corte suprema, del 20 gennaio 2020³⁶, in cui si stabilisce che il Consiglio nazionale del potere giudiziario composto secondo le norme innovative del 2017 non è un organo indipendente bensì subordinato al volere di un'autorità politica, e – pertanto – anche la Sezione disciplinare istituita

³⁴ M. LELOUP, *An Uncertain First Step in the Field of Judicial Self-Government*. ECJ 19 November 2019, *Joined Cases C-585/18, C-624/18 and C-625/18, A.K., CP and DO*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 16, 2020, pp. 145 ss.

³⁵ Già discussa nel par. 2.

³⁶ https://forumfws.eu/bsa-i-4110-1_20_english.pdf

presso la stessa Corte suprema non è un organo giurisdizionale ai sensi del diritto dell'Unione europea, e dunque neanche di quello nazionale, contrastando con gli artt. 45 della Costituzione, 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 6.1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Questo è stato il vero motivo che ha portato il legislatore illiberale polacco a introdurre, a fianco di un apparato di istituzioni disciplinari già irrobustito fin dal 2018, anche un esteso regime disciplinare che ne costituisce completamente ideale. La legge del 20 dicembre 2019, modificante la legge sul sistema dei tribunali ordinari, la legge sulla Corte suprema e alcune altre leggi, si è guadagnata notorietà mondiale con l'espressione di *muzzle law*³⁷ per aver aggiunto alle previgenti ipotesi di illecito disciplinare circostanze quali atti od omissioni che possano impedire o significativamente ostacolare il funzionamento di un'autorità giudiziaria, azioni volte a mettere in dubbio l'esistenza del rapporto di lavoro di un giudice, la validità di una nomina a incarico giudiziario o il mandato di un organo costituzionale della Repubblica, e infine – secondo una formula alquanto generica – attività pubbliche incompatibili con il principio di indipendenza dei tribunali e dei giudici.

Questa legge, approvata in tempi rapidissimi in anticipazione della sentenza A.K. della Corte di giustizia, e di quello che ne sarebbe stato il prevedibile seguito interno, ha innescato la terza tappa della cattura del giudiziario, formando la base normativa per reprimere i giudici incoraggiati dalla stessa CGUE a contrapporsi alla seconda fase, quella del rinnovo politicizzato degli incarichi nella magistratura. Le maglie larghe della nuova legislazione sono quelle che hanno consentito all'apparato disciplinare già costituito di inibire, con un *chilling effect*, anche alcuni rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, o al limite di sanzionarli ove magistrati coraggiosi si siano comunque determinati a presentarli. Non sono questi gli sviluppi su cui ci si vuole qui soffermare, preferendosi approfondire ancora il modo in cui le Corti europee hanno affrontato la seconda tappa.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, è pervenuta alle stesse conclusioni materiali finali (o quasi) svolgendo però un percorso argomentativo in parte diverso da quello che ha impostato il giudice dell'Unione europea. Nel caso della Corte EDU, il cammino lungo la strada che ha condotto alla presa d'atto di una devastazione dello stato di diritto è stato più complesso, perché ha dovuto farsi carico di una giurisprudenza pregressa più ricca e anche, complessivamente, più deferente – per motivi storici – nei confronti di ciò che si intende quando si discute dei criteri per la definizione dell'indipendenza dei giudici, e delle soglie di tolleranza per il coinvolgimento della politica in questo processo. In estrema sintesi l'impostazione dei giudici di Strasburgo era sempre stata quella per cui, anche in

³⁷ L. PECH, J. JARACZEWSKI, *Systemic Threat to the Rule of Law in Poland: Updated and New Article 7(1) TEU Recommendations*, Democracy Institute Working Papers 2023/02, p. 26.

omaggio al margine di apprezzamento nazionale, si dovesse ammettere una compartecipazione del legislativo, e al limite persino dell'esecutivo, nella selezione dei giudici di carriera nazionali³⁸, a condizione che in seguito alla nomina fosse loro assicurata una serie di garanzie di non interferenza, anche retributiva, e inamovibilità. Ed è appunto il tranello in cui si rischiava ora di cadere, perché il legislatore polacco non ha mai approvato nessuna norma repressiva al di fuori di quelle punitive di chi mettesse in discussione i nuovi metodi di selezione, di modo che si sarebbe potuta affermare una conformità della legislazione polacca con la storica giurisprudenza convenzionale, considerando che essa prevede, tuttora, solo un indiretto coinvolgimento del legislativo nella composizione del KRS: sul piano formale un'ingerenza politica pur sempre minore di quanto accada altrove. Una coerenza troppo rigida di tale giurisprudenza con le sue limitate premesse originarie avrebbe comportato il rischio che le contestazioni effettuate dai "vecchi" giudici nazionali alle nuove procedure di nomina potessero essere qualificate, in effetti, come un'ingiustificabile insubordinazione e diventassero passibili di provvedimenti disciplinari (trascurando l'evidenza di un degrado politico che altrove è stato qualificato, in senso tecnico, come "regressione").

Per evitare di restare paralizzati in questo cortocircuito logico, i giudici di Strasburgo hanno dovuto aggiornare la loro risalente tecnica interpretativa e accedere a criteri esegetici più esigenti. È quanto hanno fatto con la storica sentenza *Ástráðsson c. Islanda*, pronunciata dalla Grande Camera nel dicembre 2020 (26374/18)³⁹. In questo caso-guida la Corte EDU, senza rinnegare la propria giurisprudenza, l'ha però arricchita con un test a tre stadi capace di preparare il terreno per affrontare violazioni all'art. 6 CEDU anche più gravi e sistemiche di quella esaminata nella specifica vicenda islandese. Secondo il primo stadio del test, dunque, occorre verificare che nella procedura di nomina di un giudice vi sia stata una manifesta violazione del diritto nazionale (e su questo, salvo casi di macroscopica evidenza, si fa grande affidamento al giudizio delle corti nazionali, ciò che conterà nel caso polacco). Nel secondo passaggio, bisogna accertare che la violazione superi una soglia minima di dimensione tecnica e sia effettivamente in grado di minare il diritto ad accedere a un tribunale indipendente precostituito per

³⁸ Ad esempio Corte EDU, 7819/77 (*Campbell e Fell c. Regno Unito*), §§78-79; 31001/03 (*Flux c. Moldavia*), §27; 2312/08 (*Maktouf e Damianovič c. Bosnia ed Erzegovina*), §51; 23695/02 (*Clarke c. Regno Unito*), §1. Più in dettaglio v. il Rapporto del Parlamento europeo *Judicial Independence in the Case Law of the European Court of Human Rights*, May 2024.

³⁹ H.L. KARLSSON, *The Emergence of the Established "By Law" Criterion for Reviewing the European Judicial Appointments*, in *German Law Journal* (2022) 23, 1051 ss.; M. LELOUP, *Guðmundur Andri Ástráðsson: the Right to a Tribunal Established by Law Expanded to the Appointment of Judges*, in *Strasbourgobservers.com*, 18 December 2020.

legge. Infine, si deve rivolgere lo sguardo ai procedimenti giudiziari interni ai quali spetta stabilire gli opportuni rimedi ai difetti delle procedure di nomina. Da questo punto di vista, però, la giurisprudenza della Corte si riserva di valutare anche l'adeguatezza dei rimedi interni, per mezzo di uno scrutinio capace di verificare che gli stessi rimedi siano in grado di soddisfare gli standard convenzionali, e in particolare l'art. 6.1 CEDU.

Precisamente su tutta questa base, in particolare, il 22 luglio 2021 è stato risolto il caso *Reczkowicz c. Polonia*, deciso dalla Corte europea (Prima sezione) il 22 luglio 2021⁴⁰. È in *Reczkowicz* che si dichiara che la Sezione disciplinare della Corte suprema è composta in modo da violare il principio del tribunale indipendente precostituito per legge stabilito dall'art. 6.1 CEDU (analogamente alla quasi coeva CGUE 791/19 del 15 luglio 2021). Dunque, *Reczkowicz* costituisce per la Corte EDU la stessa svolta che A.K. ha rappresentato per la CGUE. È interessante l'influenza che una Corte esercita sull'altra. Se era ovvio che per un certo periodo la prima influenzasse la seconda, date le rispettive competenze originarie, ora ciò diventa meno scontato, considerato che i giudici della Convenzione in questa decisione da un lato hanno richiamato la loro stessa giurisprudenza, aggiornata tramite le tecniche introdotte in *Ástráðsson*, dall'altro hanno attinto da A.K. facendo al tempo stesso ampio riferimento, in parte adesivo in parte critico, alla giustizia interna polacca, comune e costituzionale.

Essendo molto nota la sentenza⁴¹, ciò che preme in questa sede sottolineare è un suo aspetto spesso trascurato, che invece ha giocato un ruolo importante nell'argomentazione del collegio giudicante. Il vizio di formazione della (nuova) Sezione disciplinare è legato soprattutto, anche se non esclusivamente, alla circostanza che tutti i suoi componenti sono stati scelti nell'ambito di procedure selettive espletate dal Consiglio nazionale del potere giudiziario che, a seguito delle riforme introdotte dal 2017, non dà a sua volta garanzie di indipendenza, di modo che i difetti di quest'ultimo si ripercuotono a cascata sulla prima. La Corte EDU menziona, sottolineandola anche nel considerato in diritto, il mutamento di giurisprudenza avvenuto in seno al Tribunale costituzionale polacco – e dallo stesso riconosciuto – in merito alla composizione del Consiglio nazionale del

⁴⁰ M. SZWED, *Hundreds of judges appointed in violation of the ECHR? The ECtHR's Reczkowicz ruling and its consequences*, in *VerfBlog*, 29 July 2021.

⁴¹ Che in sintesi ha motivato la violazione dell'art. 6 CEDU accogliendo la risoluzione già citata della Corte suprema polacca, ove fu rilevato come la Sezione disciplinare fosse stata creata dal nulla, che fosse composta da molte persone che già avevano beneficiato di favori dal partito di governo, che godesse di una speciale autonomia e separazione dall'intera Corte suprema oltre al fatto di essere viziata dalle già menzionate ragioni di composizione del Consiglio nazionale del potere giudiziario (par. 255).

potere giudiziario. La Corte rimarca l'improvviso e brusco *revirement* del giugno 2017 (sent. K 5/17), quando una decisione del Tribunale costituzionale polacco, resa su ricorso dell'allora Ministro della giustizia Zbigniew Ziobro – e pronunciata quasi “in ossequio” allo stesso – dichiara esplicitamente di non condividere l'orientamento in precedenza espresso dallo stesso organo (nella sentenza K 25/07, risalente al luglio 2007), secondo cui la quota di membri togati del Consiglio nazionale del potere giudiziario dovesse essere riservata a un'elezione tra i loro pari. Nel 2017 il Tribunale costituzionale ritiene invece che l'art 187 Cost. polacca rimette alla discrezionalità del legislatore ordinario stabilire chi debba eleggere la quota giudiziaria del Consiglio, approfittando di una indubbia e grave lacuna nel testo della Costituzione del 1997 ma trascurando nel contempo una sua interpretazione più sistematica che, data l'ampia componente già assicurata ai poteri politici, implicitamente avrebbe preferito l'elezione dei togati tra i loro pari (come del resto era stato per prassi e per scelta legislativa fin dal 1989).

3.2.1 Un *excursus* nell'involuzione della giurisprudenza costituzionale nazionale come chiave di lettura dello scontro con l'ordinamento sovranazionale

Il mutamento di questa giurisprudenza da un lato è determinato dalla “cattura” del Tribunale costituzionale, con misure anche illecite come quelle già censurate nella sentenza *Xero Flor* di poco precedente della stessa Corte EDU (che analizzeremo nel paragrafo 3.4); dall'altro è finalizzato a conferire una patente di legittimità alla cattura, da parte del potere politico, anche dell'organo di autodisciplina giudiziaria. La Corte di Strasburgo fa cenno *en passant*, forse non senza malizia, ai contestati avvicendamenti, ma sottolinea la mancanza di argomentazioni nell'*overruling* che ha portato il Tribunale costituzionale a gettare le basi per quello che il governo da esso si aspettava e che è avvenuto in forza di legge l'anno successivo, ovvero la sostituzione dell'elezione tra i propri pari della componente giudiziaria con l'elezione da parte della camera bassa del Parlamento, il *Sejm*, per giunta con un voto che sarebbe stato a mera maggioranza dei voti – consentendo al partito di governo di monopolizzare la lista dei togati – dopo un primo scrutinio a maggioranza dei tre quinti, programmato in realtà dalla legge per essere infruttuoso.

L'argomentazione di questa sentenza affronta il nucleo centrale dell'intero processo di involuzione illiberale del sistema giudiziario in Polonia, quello da cui tutte le altre pur importanti violazioni derivano e senza il quale difficilmente sarebbero state possibili. Per questo è opportuno un riferimento ancora alla giurisprudenza costituzionale interna, per quanto viziata sia anche quest'ultima. Il nesso non è immediato né intuitivo e merita dunque una breve illustrazione. La

sentenza del Tribunale costituzionale polacco⁴² K 3/21 del 7 ottobre 2021, ha raggiunto notorietà almeno continentale per aver dichiarato incostituzionali, sia pure con una contorta formula interpretativa, nientemeno che alcuni articoli dei Trattati europei⁴³. Dapprima la decisione è stata conosciuta – e commentata – solo con la pubblicazione del dispositivo e di un breve comunicato in polacco e in inglese. Le sue mastodontiche motivazioni sono state rese pubbliche soltanto dopo un anno e mezzo e finora senza traduzione. Esse contengono comunque richiami continuativi – nel numero di 36 – ad un'altra risalente sentenza dello stesso Tribunale, del 24 novembre 2010 (K 32/09)⁴⁴ riguardante la conformità alla Costituzione del Trattato di Lisbona. In quella decisione fu sancita la completa compatibilità tra l'ordinamento nazionale e quello eurounitario⁴⁵. Un elemento subdolo della più recente decisione cui qui ci si riferisce sta nella pretesa di una continuità tra le due decisioni – confermata dalla numerosità delle citazioni che la seconda fa della prima –, una pretesa intrisa di strumentalità nella misura in cui la sentenza del 2010 era nota per l'approccio amichevole e particolarmente favorevole all'integrazione europea, di modo che la combinazione tra tale approccio e le conclusioni conflittuali, al limite della rottura, della più recente pronuncia, non possa spiegarsi che con una mutazione genetica dell'Unione europea che sarebbe avvenuta in seguito al 2010. La sentenza K 3/21, con il dispositivo ricco di formule come «nella misura in cui», pretende di essere interpretativa o meglio di prendere di mira l'interpretazione – assunta come indebita e impropria – che la Corte di giustizia dell'UE dà di alcuni articoli del Trattato sull'Unione europea, in particolare gli artt. 1, 4 e 19. Secondo il Tribunale costituzionale nella sua composizione del 2021, l'atteggiamento dell'ordinamento nazionale nei confronti di quello europeo è rimasto invariato, mentre sarebbe l'Unione europea, tramite la sua più alta istituzione giudiziaria, ad avere dilatato le sue competenze in frode alle norme sulle modifiche dei trattati e facendo uso di un'interpretazione largamente creativa delle competenze attribuite all'UE dagli Stati membri sovrani e degli orientamenti di valore all'interno di ciascuna di tali competenze.

⁴² Un suo commento, anche in relazione alle pronunce della CGUE dello stesso periodo, in J. SAWICKI, *La collisione insanabile tra diritto primario europeo e diritto costituzionale interno come prodotto della manomissione ermeneutica di quest'ultimo*, in *DPCE Online*, 4/2021, pp. 3601 ss.

⁴³ Ben al di là del BVG, che ha sempre riconosciuto il primato del diritto europeo dichiarando semmai come *ultra vires* alcuni atti di quell'ordinamento. Su questo si rinvia a S. Biernat, *How Far is it From Warsaw to Luxembourg and Karlsruhe*, cit.

⁴⁴ Disponibile con traduzione in inglese a https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_32_09_EN.pdf.

⁴⁵ Si è arrivati anzi a parlare (III. 2.2) di “identical axiological inspiration”.

Non bisogna equivocare il senso e le dimensioni della pronuncia K 32/09, che legittimò il coinvolgimento della Polonia in un'ulteriore tappa dell'integrazione europea con un'adesione ancora fresca alle proprie spalle. Senza neanche esagerare la differenza concreta tra arresti giurisprudenziali o disposizioni scritte in cui si parla di cessioni o limitazioni di sovranità – cose assenti nel caso polacco – o formule più guardinghe, va comunque rimarcato che in quella decisione *Europe-friendly* si sottolineava che in ogni caso, nell'eventualità teorica e astratta, estrema e improbabile di una insanabile incompatibilità tra i due ordinamenti, quello nazionale avrebbe dovuto inesorabilmente prevalere e imporsi, e ciò sulla base dell'art. 8 Cost. che in maniera inequivocabile esprime il valore della Costituzione come fonte suprema del diritto. Non solo, ma si aggiungeva che l'organizzazione del giudiziario⁴⁶ era una delle materie in cui il nucleo centrale della competenza statale non avrebbe potuto essere ceduto. Undici anni dopo, su entrambi questi aspetti insiste in modo martellante la sentenza K 3/21 che più di ogni altra mai in Europa ha determinato una lacerazione con l'ordinamento dell'Unione europea. Ma c'è un aspetto che quest'ultima tace. Si tratta esattamente del *revirement* interno sulla giustizia, quello sulla composizione dell'organo di autogoverno del giudiziario. Il Tribunale costituzionale nel 2010, che operava in condizioni del tutto simili a quelle che lo portarono nel 2007 a prendere la posizione citata sull'elezione dei membri togati del KRS, non poteva immaginare cosa si sarebbe compiuto nel nome della Repubblica, undici anni più tardi, da parte di un organo che ne porta la stessa denominazione. La conclusione da raggiungere al termine di questo necessario *excursus* non è quindi, come vorrebbe il Tribunale costituzionale nella sua attuale composizione, quella per cui le sue affermazioni di principio restano invariate, ma nel frattempo è l'Unione ad aver dilatato impropriamente le proprie competenze, di modo che ora sia giunto il momento di trarre delle conclusioni estreme che in precedenza si erano solo prospettate sul piano teorico⁴⁷. La conclusione, semmai, è che è stato l'ordinamento interno ad aver mutato il

⁴⁶ Insieme al controllo del territorio inteso come ordine pubblico e alla difesa da minacce esterne; ma le motivazioni sono oscillanti, dato che altrove si insiste anche sulla dignità o sui diritti fondamentali.

⁴⁷ Si tratterebbe del caso estremo di una incompatibilità tra la Costituzione e una disposizione del diritto europeo che non sia risolvibile tramite interpretazione. In questo caso si tratterebbe di decidere tra a) modificare la Costituzione nazionale per renderla compatibile con il diritto dell'UE, b) adoperarsi in sede europea per modificare la normativa dell'UE incompatibile; c) il recesso dall'Unione europea (così il Tribunale costituzionale in sede di giudizio sul Trattato di adesione, sent. K. 18/04 dell'11 maggio 2005, v. https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_18_04_GB.pdf). V. anche K. WÓJTOWICZ, *Constitutional Courts and European Union Law*, Wrocław, 2014.

proprio codice genetico, con il cambiamento di una sola incognita che fa mutare il risultato dell'intera equazione, e l'Unione – assumendo per vero delle sfide per sé stessa innovative – si trova costretta a reagire.

Non molto diversi sono i temi e le argomentazioni usate dalla Corte di Strasburgo in *Dolińska-Ficek e Ozimek c. Polonia* dell'8 febbraio 2022⁴⁸, in cui è stata valutata negativamente l'indipendenza dell'altra Sezione integralmente nuova della Corte suprema, quella di controllo straordinario e degli affari pubblici. In questo caso, ove pure i primi due gradi del test *Ástráðsson* non si ritengono superati da parte del governo polacco, si aggiunge il mancato rispetto da parte del Presidente della Repubblica Duda, all'atto della nomina finale di alcuni candidati giudici, della circostanza che pendessero dei ricorsi da parte di avversari sconfitti presso il Tribunale supremo amministrativo (un altro aspetto ove si intrecciano le attività delle due Corti europee). Analoghe le considerazioni fatte in *Advance Pharma* (del 3 febbraio 2022) dove però la censura colpisce il rinnovo della tradizionale Sezione civile presso la Corte suprema⁴⁹. Per concludere sotto questo aspetto, va segnalata la più recente e nota *Wałęsa c. Polonia* (23 novembre 2023)⁵⁰, ove si dichiarano violati i diritti dell'ex capo dello Stato Lech Wałęsa, che subì negli anni scorsi un ricorso straordinario contro una sua assoluzione definitiva, esperito dall'allora procuratore generale (e Ministro della giustizia) Ziobro. In aggiunta a tutti i rilievi formulati nelle precedenti pronunce, e qui confermati, quella nel caso *Wałęsa* ha assunto i caratteri della sentenza-pilota, date le disfunzioni sistemiche gravi nel quale la vicenda specifica si inserisce. Un punto aggiuntivo di questa decisione sta nell'accertamento di una lesione alla certezza del diritto in relazione alla violazione della cosa giudicata che è stata inferta dall'istituzione della Sezione per il controllo straordinario⁵¹.

⁴⁸S. GIANELLO, *L'indipendenza dei giudici polacchi ancora sotto la lente di Strasburgo: la decisione Dolinska-Ficek and Ozimek*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2022, 183 ss.

⁴⁹N. CANZIAN, *Le procedure di nomina dei giudici polacchi all'esame della Corte di Strasburgo: la violazione sistematica del diritto a un tribunale "costituito per legge" (Advance Pharma sp. z o.o. v. Poland, n. 1469/20, 3 febbraio 2022)*, in *Osservatorio AIC*, 4/2022, 119 ss.

⁵⁰ S. PITTO, *The Independence and Impartiality of the judiciary is a prerequisite and a fundamental guarantee of the rule of law. Brief Remarks stemming from the Wałęsa v Poland Pilot-Judgment of the ECHR*, in *DPCE Online*, 2/2024, pp. 1599 ss.; A. ANGELI, *La sentenza della Prima Sezione della Corte europea dei diritti umani del 23 novembre 2023 nel caso Wałęsa c. Polonia*, in *Diritticomparati.it*, 12 febbraio 2024.

⁵¹ La Corte EDU non nega del tutto la possibilità di appelli straordinari, ma rileva il pericolo di giustificarli con motivazioni troppo generiche e discrezionali come quelle della "giustizia sociale", come si è fatto in Polonia.

3.3 *Il nuovo regime disciplinare repressivo e la reazione delle Corti europee*

Si arriva così finalmente al fronte giudiziario della terza fase della scalata ostile alla magistratura in Polonia. Un caso importante che si pone a cavallo tra la seconda e la terza fase è stato il C-824/18 deciso dalla CGUE il 2 marzo 2021 (A.B.)⁵². Esso costituisce un ibrido tra le due fasi in quanto non si riferisce ad alcuna norma repressiva, e però riguarda misure nazionali, ad un tempo legislative e giurisdizionali, volte a ostacolare impugnative presso il Tribunale supremo amministrativo da parte di candidati alla Corte suprema i cui nomi non fossero stati proposti per la nomina da parte del Presidente della Repubblica⁵³. Prima ancora di procedere alla prevenzione, con modalità intimidatorie, di contestazioni contro nomine già avvenute in base a procedure ritenute non compatibili con il diritto europeo, il regime illiberale polacco aveva insomma cercato di rendere di fatto inutilizzabili, vanificandoli, canali interni per presentare ricorsi capaci di sospendere l'efficacia di quelle stesse nomine. In sostanza, l'obiettivo era quello di rimuovere dall'ordinamento la competenza della giustizia amministrativa a giudicare su impugnazioni contro decisioni del Consiglio nazionale del potere giudiziario – tale rimozione era appena stata operata dal Tribunale costituzionale su richiesta del Ministro della giustizia –, estinguendo *ipso iure* persino procedimenti già in essere e al tempo stesso impedendo alla Corte di giustizia di giudicare su un'eventuale domanda pregiudiziale come quella che in effetti è stata invece dichiarata ammissibile nella causa A.B. La Corte di Lussemburgo, anzi, ha stabilito in sostanza un'interpretazione degli artt. 19, par. 1, secondo comma, 4, par. 3, e 267 TFUE, tale da consentire sempre la proposizione di una domanda pregiudiziale a sé stessa, anche in caso di abrogazione della norma dalla cui applicazione discende la stessa proposizione, e la disapplicazione di tutte le norme che nel complesso rendano di fatto inespugnabili ricorsi contro proposte di nomina a giudice della Corte suprema. Tutto ciò, una volta di più, con una formulazione – pur non sempre utilizzata – che addossa la responsabilità della valutazione al giudice del rinvio, sottoponendo una volta di più quest'ultimo a forti pressioni politiche interne.

⁵² J. SAWICKI, *La collisione insanabile*, cit., p. 3621; A. FAVI, *Sull'obbligo di disapplicare, ex art. 19, par. 1, TUE, le modifiche legislative idonee a suscitare nei singoli dubbi di natura sistemica sull'indipendenza e l'imparzialità dei giudici*, in *Osservatorio sulle fonti*.it, 2/2021.

⁵³ Peraltro lasciando invariate le procedure per impugnare proposte di nomina presso altri uffici giudiziari che non fossero la stessa Corte suprema. Una ricostruzione più precisa in S. GIANELLO, *Il rinvio pregiudiziale e l'indipendenza dei giudici: alcune riflessioni a margine di due recenti vicende*, in *NAD. Nuovi autoritarismi e democrazie: diritto, istituzioni, società*, 1/2021, p. 164 ss.

E una volta di più l'applicazione della sentenza pregiudiziale ai procedimenti giurisdizionali interni ha determinato un contraccolpo di natura politica. Questo non si è prodotto in forma legislativa, come fu nel caso della *muzzle law*, dato che la causa A.B. si è instaurata molto prima che fosse approvata quella legge e si è conclusa oltre due anni dopo, quando invece la *muzzle law* era già in vigore. Ma la pronuncia C-824/18 è stata la causa diretta immediata, e dichiarata, del ricorso in via di azione presentato dal Primo Ministro Morawiecki, sull'interpretazione degli artt. 1, 4 e 19 TUE, che ha indotto il Tribunale costituzionale a pronunciare la già citata sentenza K 3/21.

Ma la tappa finale e repressiva dell'involuzione illiberale dell'ordinamento giudiziario interno incontra la Corte di giustizia solo il 15 luglio 2021, con la pronuncia C-791/19 (Commissione c. Polonia/Régime disciplinaire des juges)⁵⁴. Il lungo dispositivo di questa sentenza accoglie però tutti i profili di illegittimità proposti dalla Commissione nel suo ricorso per infrazione. Una volta di più viene confermata la violazione del diritto europeo primario per mezzo della sola esistenza di un'istituzione, quale la Sezione disciplinare presso la Corte suprema. Ma finalmente, la censura all'apparato viene affiancata dalla critica all'innovazione ancora più grave, vale a dire l'affidamento alla detta Sezione – peraltro in via non esclusiva – della competenza a giudicare sui casi – vietati – in cui ogni singolo magistrato affermi, anche in una sua sentenza, di ritenere viziata la procedura a seguito della quale un suo collega ha assunto la carica, rifiuti di collaborare con lui, sollevi dubbi presso la giurisdizione europea in merito alla valida formazione di una tale carica. Data però la stretta connessione tra i due temi, non si può fare a meno di rilevare una volta di più il difetto originario, quello relativo alla composizione del Consiglio nazionale del giudiziario, in assenza del quale non si sarebbe potuta pronunciare l'illegittimità della Sezione disciplinare e non avrebbe avuto di conseguenza alcun significato l'impianto normativo della *muzzle law*, entrato in vigore a gennaio del 2020.

Al di là di questo, però, vi è un altro aspetto innovativo della pronuncia *Régime disciplinaire des juges*, e questo sta nel criterio della “non regressione” che rientra in diversi passi della motivazione. Esso, con radici in altri settori del diritto – ambiente, commercio estero e immigrazione in particolare – e derivazioni nord-americane, era stato introdotto nell'ambito del giudiziario da un'altra recentissima

⁵⁴ Per un primo esame della causa C-791/19, prima della sentenza definitiva, v. L. PECH, *Protecting Polish Judges From Poland's Disciplinary “Star Chamber”: Commission v Poland (Interim Proceedings)*, in *Common Market Law Review*, Volume 58, Issue 1, 2021, pp. 137 ss. Un'analisi completa in L.D. SPIEKER, *The Conflict over the Polish disciplinary regime for judges – an acid test for judicial independence, Union values and the primacy of EU law: Commission v Poland*, in *Common Market Law Review*, Vol. 59, 2022, pp. 777-812.

e nota (per questo) sentenza, *Repubblika* contro il Primo Ministro di Malta, del 20 aprile 2021⁵⁵. In essa per la prima volta la CGUE accolse, come da tempo le era stato proposto, un criterio di valutazione della legittimità di innovazioni giudiziarie che non fosse fondato solo su un astratto ma immobile parametro (peraltro a sua volta ricavato da una combinazione di diverse disposizioni primarie), bensì anche sull'apprezzamento dell'evoluzione di una normativa nel tempo. Nel caso maltese, pur seguitandosi a constatare un'influenza quasi debordante dell'esecutivo nelle nomine giudiziarie, la Corte di giustizia diede un apprezzamento positivo per alcune riforme che mitigavano parzialmente quell'influenza. Tornata ad essere applicata nell'involuzione polacca, la non regressione è stata usata a più riprese⁵⁶ nella sentenza di cui si discute per enfatizzare i profili critici della normativa portata a conoscenza della Corte. Insieme alla contestualizzazione delle riforme recenti che hanno portato all'impianto normativo censurato, la non regressione si configura come un criterio agile, che consente alla Corte di sfuggire allo scomodo onere di fornire modelli di organizzazione del giudiziario – in questo caso per quanto attiene alle procedure di nomina – che debbano valere *erga omnes*. Questo è lo strumento che toglie ossigeno alla propaganda di un regime nazionale il quale insista, come ha fatto quello polacco, su una presunta disparità di trattamento tra vari ordinamenti⁵⁷. Bisognerebbe però riconoscere che la non regressione, con la sua opzione unidirezionale, reca con sé una preferenza implicita, ancorché non possa essere imposta per autorità a tutti gli Stati membri, ossia quella che, volendo rifuggire da eccessive influenze governativo-ministeriali, si richiama al modello dei Consigli giudiziari indipendenti e composti in maggioranza da magistrati scelti tra i propri pari. Secondo alcuni autori, inoltre, la non regressione si qualifica come lo strumento ideale per risolvere il c.d. dilemma di Copenaghen⁵⁸, con cui si denuncia l'assenza di un sistema per impedire che gli Stati membri di più recente adesione, i quali hanno dovuto assumere gli impegni previsti dall'art. 49 TUE, a seguito

⁵⁵ M. LELOUP, D.V. KOCHENOV, A. DIMITROVS, *Non Regression: Opening the Door to Solving the 'Copenhagen Dilemma'? All the Eyes on Case C-896/19*, in *Reconnect. Working Paper No. 15*, June 2021; J. SCHOLTES, *Constitutionalizing the End of History? Pitfalls of a non-regression principle for Article 2 TEU*, in *European Constitutional Law Review*, Vol. 1, Issue 19, 2023.

⁵⁶ Almeno p.ti 51, 112, 113 e 157.

⁵⁷ Si v. il *White Paper on the Reform of the Polish Judiciary*, pubblicato dalla Cancelleria del Primo Ministro della Polonia nel marzo del 2018, e attualmente disponibile alla pagina web www.statewatch.org/media/documents/news/2018/mar/pl-judiciary-reform-chancellor-white-paper-3-18.pdf.

⁵⁸ M. LELOUP, D.V. KOCHENOV, A. DIMITROVS, *Non Regression*, cit.; D. KOCHENOV, A. DIMITROVS, *Solving the Copenhagen Dilemma. The Repubblica Decision of the European Court of Justice*, in *VerfBlog*, 28 April 2021.

dell'adesione stessa introducano nella propria legislazione arretramenti o peggioramenti in settori che non sono coperti direttamente dal diritto derivato dell'Unione. Il collegamento tra gli artt. 49 e 2 TUE, in ragione del fatto che solo quest'ultimo comporta degli impegni senza scadenza mentre il primo implica dei vincoli che sembrano valere finché si abbia lo *status* di candidato, è molto opportuno. Ma esso non risolve il problema dell'uguaglianza di trattamento tra Stati, considerando che non si possono escludere del tutto fenomeni simili anche, per esempio, nei paesi fondatori delle Comunità.

Occorre a questo punto, sia pure in sintesi, esaminare il modo in cui la Corte EDU ha affrontato lo stesso problema sistemico, quello della repressione contro le contestazioni dei giudici, nel contesto però di una vicenda individuale peculiare. Il riferimento va alla sentenza nel caso *Juszczyszyn c. Polonia*, del 6 ottobre 2022 (35599/20)⁵⁹. Nella vicenda un giudice civile d'appello polacco fu sospeso dalle sue funzioni per motivi disciplinari, e in seguito trasferito ad altra sede e privato del 40 per cento della retribuzione che gli spettava, per aver richiesto documentazione in merito alla procedura di nomina del suo collega che giudicò in prima istanza nella stessa causa. Sia in questo caso che nell'analoga causa *Tuleya* la Corte, dopo un'ampia ricostruzione di tutto il processo di degenerazione dello stato di diritto in Polonia fin dal 2015, ha comunque ricondotto tutte le ragioni di illiceità – in questo caso collegate al regime disciplinare – al modo viziato in cui si è deciso di costituire, fin dal 2017, il Consiglio nazionale del potere giudiziario.

3.4 *La cattura ostile del Tribunale costituzionale e la risposta della (sola) Corte EDU*

Il deterioramento dello stato di diritto in Polonia, come già detto nel paragrafo 2, ha avuto inizio attraverso lo stravolgimento della composizione del Tribunale costituzionale, la mancata osservanza delle sue stesse sentenze su questo aspetto, e si è compiuta con la sua trasformazione in un *government's enabler*, con un impatto che ha resistito per ora persino al cambiamento di maggioranza seguito alle ultime elezioni legislative. Degli orientamenti interni che si sono formati per tentare di ripristinare la legalità costituzionale e convenzionale si dirà nel successivo paragrafo, così come di un importante responso della Commissione di Venezia al riguardo (4.1). Qui si ricorda solo in sintesi la reazione a livello giudiziario sovranazionale alle lesioni che hanno cominciato a colpire l'organo della giustizia costituzionale a partire dalla fine del 2015. Essa per ora si è concretizzata solo da

⁵⁹ M. Szwed, *Protecting the rights of judges: the judgments of the European Court of Human Rights in Juszczyszyn v Poland and Tuleya v Poland*, in *ERA Forum (Journal of the Academy of European Law)*, 2024, pp. 141 ss.

parte della Corte EDU (Prima sezione), nella nota sentenza *Xero Flor c. Polonia* (4907/18) del 7 maggio 2021. La Corte ha dichiarato la violazione, anche in questo caso, dell'art. 6 par. 1 della Convenzione⁶⁰. La causa portata davanti alla Corte riguardava un'azienda privata che lamentava la composizione illegittima del *panel* incaricato di esaminare un suo ricorso diretto di costituzionalità *ex art. 79 Cost.*, dopo aver esaurito infruttuosamente i gradi di giudizio interni⁶¹. Nell'esame della causa i giudici di Strasburgo hanno largamente tenuto conto, accanto ad altri elementi di giudizio e riferimenti normativi nazionali e sovranazionali, delle già citate sentenze K 34/15 e K 35/15 del Tribunale costituzionale, mai attuate dal governo *pro tempore*, menzionando anche i criteri del test *Ástráðsson*, tutti e tre soddisfatti in modo da qualificare la sua attuale composizione come illegittima.

La decisione della Corte ha dato luogo a una reazione durissima da parte della politica nazionale, e per ovvia conseguenza anche del Tribunale costituzionale non indipendente (secondo la stessa pronuncia *Xero Flor*). In sintesi la reazione è sfociata nella sentenza P 7/20 del 15 giugno 2021, con cui si è giunti a definire «non esistente» il verdetto europeo del 7 maggio precedente⁶². Il Tribunale denuncia con toni appassionati e a tratti sdegnati una presunta «ignoranza» da parte del giudice europeo del diritto interno nazionale, da un lato ignorando esso per primo quelle sue sentenze che a Lussemburgo erano state prese seriamente in considerazione; dall'altro svolgendo considerazioni che potrebbero risultare insidiose se ci si ispirasse a un rigido e chiuso formalismo giuridico-normativo⁶³. Secondo il giudice delle leggi polacco, esso stesso non potrebbe soggiacere alla qualifica di «Tribunale» tale da renderlo oggetto di giudizio ai sensi dell'art. 6 par. 1 della Convenzione. Tuttavia è proprio la competenza prevista dall'art. 79 a svincolare quest'organo dal ruolo di mero giudice delle leggi o di conflitti interorganici, consentendogli la possibilità di determinare il possibile riesame anche della cosa giudicata nel corso di un processo presso i giudici comuni, con

⁶⁰ B. GRABOWSKA-MOROZ, *Strasbourg Court entered the rule of law battlefield – Xero Flor v. Poland*, in *Strasbourg Observers*, September 15, 2021 (<https://strasbourgobservers.com/2021/09/15/strasbourg-court-entered-the-rule-of-law-battlefield-xero-flor-v-poland/>).

⁶¹ Nel *panel* era presente Mariusz Muszyński, uno dei giudici “doppioni” a seguito delle vicende di fine 2015.

⁶² S. GIANELLO, *Se il Trybunał Konstytucyjny dichiara l'inesistenza della decisione Xero Flor v. Poland della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: alcune riflessioni a margine*, in *DPCE Online*, 3/2021, p. 3241 ss.

⁶³ Sul problema dell'estremo formalismo nella Polonia illiberale, con riferimenti teorici e comparativi, vedi M. MATCZAK, *Defenceless Formalists: on Abuse of Law and the Weakness of the Polish Judiciary*, in *VerfBlog*, 24 August 2017.

possibili effetti sul processo principale, e proprio in questo caso si trattava di fare uso della detta competenza. Ma come obietta il Tribunale – e qui viene in rilievo il formalismo di cui si è detto – nel modello polacco di accesso diretto una tale possibilità esiste solo a condizione che ricorra un vizio di costituzionalità accertato nell'atto normativo o nel provvedimento impugnato, di modo che il Tribunale stesso non si pronuncia certo come giudice di ultim(issima) istanza, ma – nell'eventualità che abbia pronunciato l'illegittimità di tali atti – può determinare la revisione di un processo che comunque si celebra altrove. A questo si potrebbe replicare che, se su un piano puramente formale una corte costituzionale non può essere valutata alla stregua del giudice comune, sarebbe paradossale che un organo di tale importanza da determinare comunque, anche tramite il giudizio sulle leggi, conseguenze immediate a carico dei cittadini, potesse sfuggire al principio supremo stabilito nella Convenzione.

Un altro esempio di formalismo esasperato – e colorato di illiberale – da parte del Tribunale costituzionale si rinviene nell'affermazione contenuta nella stessa pronuncia P 7/20 per cui esso, con le sue remote sentenze K 34 e K 35/15, non avrebbe dichiarato l'invalidità delle deliberazioni del *Sejm* con cui in concreto furono eletti a fine 2015 i tre c.d. doppioni, bensì l'illegittimità in astratto della legge nella parte in cui non impediva che fosse compiuta una tale scelta da parte della legislatura esordiente⁶⁴ (quando essa era stata effettuata, in modo legittimo, da parte della precedente legislatura in prossimità del proprio spirare). Questo è vero in quanto il giudice delle leggi in Polonia non ha competenza, in linea generale, a giudicare su atti e provvedimenti giuridici che siano privi di valore normativo. Ma, a parte il fatto che proprio negli anni della svolta illiberale il Tribunale non è più stato così conseguente in alcuni casi, resta da chiedersi a cosa mai servirebbe una dichiarazione di (in)costituzionalità di una legge se non a impedirne l'efficacia nella soluzione di casi concreti.

Più breve è il discorso da riferirsi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Il 21 dicembre del 2021, infatti, la Commissione europea ha presentato un ricorso per inadempimento contro la Polonia *ex art. 258 TFUE*⁶⁵, denunciando due note sentenze del Tribunale costituzionale, rispettivamente del 14 luglio e del 7 ottobre 2021, con cui esso ha addirittura rifiutato di riconoscere il primato del diritto dell'UE, non applicando sentenze della Corte di giustizia e addirittura dichiarando incompatibili con la Costituzione, seppure in via interpretativa, alcuni articoli dei Trattati⁶⁶. Viene anche fatto riferimento agli alquanto dubbi avvicendamenti

⁶⁴ Sul punto W. Sadurski, *Poland's Constitutional Breakdown*, cit. p. 63.

⁶⁵ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_7070.

⁶⁶ Va peraltro riconosciuto come, in generale, vi siano delle difficoltà di applicazione del primato laddove manchi la diretta efficacia del diritto dell'Unione, come sicuramente avviene nel

interni all'organo nonché alle procedure di elezione del presidente e del vicepresidente. La Commissione denuncia dunque la violazione dell'art. 19 par. 1 del TUE, pur usando curiosamente, nel suo comunicato, una terminologia prossima al testo dell'articolo 6 della CEDU. Al momento in cui si consegna questo scritto, tuttavia, la Corte di giustizia non si è ancora pronunciata⁶⁷.

In conclusione di queste riflessioni, si vuole aggiungere quanto segue. Tralasciando la CGUE, che – come detto – non ha ancora giudicato le violazioni che si assumono compiute ai danni del diritto europeo, sembra diffuso in una parte della dottrina un atteggiamento di censura nei confronti del precedente governo polacco, e di tutte le istituzioni giudiziarie che si pongono da loro complici, ma al tempo stesso anche di “complicità”, se così si può dire, con le argomentazioni più irricevibili che sono pervenute e tuttora affiorano dalle istituzioni illiberali di quel paese, quelle politiche in pieno fino all'autunno 2022, a partire da quel momento la presidenza della Repubblica – almeno fino a metà 2025 –, e a tempo indeterminato gran parte del giudiziario in senso esteso. Le accuse o recriminazioni, e spesso le invettive lanciate all'indirizzo delle varie istituzioni europee, e saltuariamente anche a qualche Stato membro che ne sarebbe il burattinaio (la contestazione dell'indipendenza dei giudici delle due Corti europee è molto vivace, a partire dai criteri della loro elezione)⁶⁸, non sono percepite da parte della dottrina internazionale come degenerazione e patologia di un corpo in precedenza sano, ma ne viene accolta la giustificazione e la buona fede, quasi che l'ordinamento costituzionale polacco si fondasse davvero su “valori” di mancata separazione dei poteri e ardore ideologico dei “neo”-giudici, con punte di giustizialismo e populismo giudiziario, come se fosse connaturata al modo d'essere del diritto polacco la piena simbiosi tra ministero della giustizia e pubblica accusa di ogni livello e grado (e infatti nella più recente giurisprudenza interna aspetti di piena e incondizionata sovranità prevalgono su tutto il resto, mentre in passato avevano svolto un ruolo al più complementare). Non si è in grado di dire nulla sulle ragioni di una simile impostazione – non certo unanime, si ripete –, ma resta che essa, se presa alla lettera, coincide con le ipotesi di *Polexit* che sono state ventilate per un periodo di tempo consistente, in una fase storica di estrema

caso dell'organizzazione del giudiziario. Per una lettura del primato come capace di non farsi condizionare dall'efficacia diretta, e dal principio di attribuzione, v. ora, *ex multis*, L.S. ROSSI, *Il principio del primato come “regola di coesione” dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Quaderni AISDUE*, Fascicolo speciale, 1/2024.

⁶⁷ Per altre considerazioni a riguardo, L.D. SPIEKER, *The Lighthouse of EU Law Shines on the Polish Constitutional Tribunal. Neutralising its obstruction, Substituting its Function, Supporting the Transition*, in *VerfBlog*, 26 June 2024.

⁶⁸ A. FUSCO, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, Editoriale scientifica, spec. pp. 70-96.

tensione geopolitica per tutta l'Europa. Questo indirizzo retorico si è assopito dopo la svolta delle elezioni legislative di ottobre 2023, ma, accanto al crollo dell'attenzione per i fatti più recenti, restano i rischi e le fragilità di un processo di (ri)democratizzazione come quello di cui si è dato conto.

4. Il pacchetto giustizia tra tecnicità giuridiche e nodi politici e l'ambigua posizione della Commissione di Venezia

Il pacchetto giustizia proposto dal Ministro Bodnar nel febbraio 2024 e citato al paragrafo 2 contiene diverse misure, legislative e non legislative, con una diversa gradazione di priorità e con l'obiettivo dichiarato di rispettare la Costituzione, il diritto europeo e i principi derivanti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁹.

Dalle misure proposte emerge chiaramente la necessità di agire sia nei confronti dei giudici del Tribunale costituzionale che dei giudici comuni (inclusi quelli della Corte suprema), considerando che la giurisprudenza delle due Corti europee ha stabilito in diverse occasioni – come visto nel precedente paragrafo – che la politicizzazione delle modalità di nomina – inclusa la formazione di un “nuovo” Consiglio nazionale del potere giudiziario (KSR) di composizione prettamente politica – inficia la legittimità della composizione dei tribunali, violando il diritto ad un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge (art. 6 CEDU e 47 Carta dei diritti UE). Ciò comporta una serie di questioni correlate da affrontare, che sono di una complessità notevole sia sotto il profilo giuridico che politico: bisogna riformare *pro futuro* le modalità di composizione del Tribunale costituzionale e del Consiglio nazionale del potere giudiziario, sostituire i “neo-giudici” e i componenti del “neo-KSR” attualmente in carica e deciderne lo *status* (dove ricollocarli? possono ricandidarsi per le stesse posizioni? devono soggiacere a procedimenti disciplinari? hanno diritto di ricorrere in giudizio contro i provvedimenti di esclusione?), decidere delle sorti delle sentenze pronunciate dai neo-giudici contemporaneamente tutelando la certezza del diritto e del giudicato e senza pregiudicare il funzionamento dell'ordinamento giudiziario. La soluzione è complessa proprio dal punto di vista di una delle componenti essenziali dello stato di diritto, ossia la certezza del diritto (insieme al principio di *res judicata*), col rischio di destabilizzare il sistema e compromettere i diritti acquisiti dei cittadini oltre che paralizzare per anni il funzionamento del giudiziario, qualora si procedesse ad una sostituzione generalizzata dei giudici.

⁶⁹ www.gov.pl/web/justice/polish-minister-of-justice-presents-action-plan-for-restoring-the-rule-of-law.

4.1 *Il pacchetto “giustizia costituzionale”*

Per quanto riguarda la giustizia costituzionale, appena insediatosi il 13 dicembre 2023 il nuovo governo ha deciso che avrebbe pubblicato le decisioni del Tribunale costituzionale con una nota di chiarimento per indicare quali fossero state pronunciate in composizione irregolare. Successivamente, il 31 gennaio 2024, la Polonia ha presentato le proprie osservazioni alla Corte di Giustizia europea, riconoscendo i rilievi di questa relativi all’illegittima composizione del Tribunale costituzionale ed alle irregolarità nell’elezione dell’allora presidente del Tribunale. Ancora, la risoluzione del *Sejm* del 6 marzo 2024 «Sulla rimozione degli effetti della crisi costituzionale negli anni 2015-2023 nel contesto dell’attività del Tribunale costituzionale», disconoscendo l’elezione di tre giudici costituzionali, ha gettato le basi per il mancato riconoscimento di gran parte delle pronunce del Tribunale ed ha esortato i giudici costituzionali in carica a rassegnare le dimissioni. A seguito di tale risoluzione, dichiarata incostituzionale dal Tribunale “catturato” il 28 maggio 2024, il governo ha interrotto la pubblicazione di tutte le decisioni del Tribunale.

Relativamente alla composizione futura del Tribunale costituzionale, si rende necessario evitare che un solo partito politico possa selezionare tutti i giudici ma per elevare le maggioranze parlamentari richieste bisogna procedere ad una revisione costituzionale. Il governo ha predisposto il relativo disegno di legge costituzionale, sottoponendolo, insieme a due nuove leggi ordinarie di disciplina del Tribunale (approvate dal *Sejm* il 13 settembre 2024 ma non promulgate dal capo dello Stato che le rinviata al Tribunale costituzionale)⁷⁰ alla Commissione di Venezia. Si tratta del cosiddetto “pacchetto” sulla giustizia costituzionale, composto dalle leggi ordinarie «Sul Tribunale costituzionale» e «Sulle disposizioni introduttive alla legge sul Tribunale costituzionale» e dal disegno di legge costituzionale che modifica le disposizioni costituzionali relative alle procedure di elezione da parte del *Sejm* dei giudici costituzionali e ai requisiti per le candidature a tale carica.

Della questione del “risanamento” del Tribunale costituzionale, la dottrina polacca aveva discusso prima della vittoria delle opposizioni nell’ottobre 2023⁷¹. In particolare, due proposte di riforma erano state rese note ancor prima della presentazione ufficiale dei progetti governativi, che ne hanno ripreso ampiamente il contenuto. La prima era una proposta di riforma della legge sul Tribunale

⁷⁰ I testi in bozza sono reperibili in inglese sul sito della Commissione di Venezia: www.venice.coe.int/webforms/documents/?opinion=1203&year=all.

⁷¹ A. JAKAB, *How to Return from a Hybrid Regime into a Constitutional Democracy. Hypothetical Constitutional Scenarios for Hungary and a Few Potential Lessons for Poland*, in M. BOBEK, A. BODNAR, A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND (Eds.), *Transition 2.0. Re-establishing Constitutional Democracy in EU Member States*, Baden-Baden, Nomos, 2023.

costituzionale elaborata dalla Fondazione Batory⁷², che prevedeva modifiche atte a rendere la procedura di selezione dei giudici più partecipata (aumentando la maggioranza parlamentare ai 3/5 dei voti come ha poi previsto l'art. 16 della legge «Sul Tribunale Costituzionale» del 13 settembre 2024⁷³), inserendo nuovi proponenti delle candidature (vedi art. 18, c. 1 legge 13.09.2024) e potenziando la trasparenza del procedimento (con apposite audizioni parlamentari dei candidati), rendendo più facilmente attivabile la procedura per la responsabilità disciplinare dei giudici. A proposito delle sentenze adottate dal Tribunale costituzionale in composizione “illegittima”, si prevedeva che queste venissero dichiarate nulle, ad eccezione di quelle riguardanti i ricorsi individuali dei cittadini che avessero prodotto l'attivazione di ulteriori istanze. Riguardo alle “persone non autorizzate a giudicare”, si stabiliva che queste non potessero più partecipare alle attività giurisdizionali del Tribunale e che il *Sejm* dovesse procedere all'esecuzione delle sentenze K 34/15 e K 35/15 e dunque a dichiarare invalida l'elezione dei “doppi giudici”. A tale proposito si può tuttavia notare che, ammesso che si possano sostituire i tre giudici “doppi” e i loro successori senza suscitare l'opposizione dello stesso Tribunale e del Presidente della Repubblica, la composizione del Tribunale sarebbe ancora squilibrata considerando le precedenti nomine effettuate dal PiS (anche i giudici eletti legittimamente negli ultimi otto anni hanno dato prova di “servilismo” politico⁷⁴). Bisognerebbe dunque attendere la scadenza di un certo numero di giudici per nominarne altri scelti da una maggioranza diversa o in maniera condivisa tra maggioranza e opposizione. Il Tribunale costituzionale continua dunque a rappresentare un ostacolo alle politiche di ripristino della legalità costituzionale.

⁷² Una sintesi in inglese in T. ZALASIŃSKI, *The draft law on the Polish Constitutional Tribunal: Genesis and key proposals*, www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2023/02/The.draft.law.on.the.Polish.Constitutional.Court.pdf.

⁷³ Ai sensi del quale i giudici costituzionali sono eletti individualmente dal *Sejm* per un mandato di 9 anni non rinnovabile con la maggioranza dei 3/5 dei voti alla presenza di almeno la metà dei componenti della camera (al posto del sistema vigente che prevede la maggioranza assoluta dei voti alla presenza di almeno la metà dei componenti). Inoltre l'art. 17 comma 2 stabilisce che chi ha rivestito la carica di Presidente della Repubblica, deputato, senatore, membro del parlamento europeo o del Consiglio dei Ministri, segretario di Stato, sotto segretario o plenipotenziario governativo, può essere candidato alla carica qualora siano trascorsi almeno 4 anni dalla cessazione di tali cariche politiche. [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF\(2024\)037rev-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF(2024)037rev-e).

⁷⁴ Per questi giudici, inclusi quelli il cui mandato è già scaduto, il progetto della Fondazione Batory proponeva l'attivazione di specifici procedimenti disciplinari. Vedi anche K. IZDEBSKI, *Reviving a Corpse: The Case of the Polish Constitutional Tribunal*, in *VerfBlog*, 13 October 2023.

Il progetto della *Helsinki Foundation for Human Rights*⁷⁵ si era concentrato soprattutto sulle sorti delle sentenze pronunciate dal Tribunale costituzionale in composizione illegittima, facendone una stima (circa 85 sentenze pronunciate da camere che includevano i giudici “doppi” tra il 2017 e il 2022) e proponendo varianti con diverse conseguenze giuridiche sull’ordinamento⁷⁶. La soluzione prescelta dalla legge del 13 settembre 2024 «Sulle disposizioni introduttive alla legge sul Tribunale costituzionale» prevede che le sentenze del Tribunale costituzionale emesse con l’intervento di soggetti non abilitati a giudicare sono nulle e non producono gli effetti giuridici previsti dall’art. 190 c. 1 e c. 3 della Costituzione. Per “soggetti non autorizzati a giudicare” si intendono le persone nominate alla carica di giudice costituzionale in violazione della legge del 25 giugno 2015 sul Tribunale costituzionale e delle sentenze del Tribunale costituzionale K 34/15 e K 35/15, nonché le persone nominate in loro sostituzione⁷⁷. La legge del 13 settembre 2024 prevede inoltre l’obbligo di ripetere tutti gli atti procedurali ai quali hanno preso parte soggetti non abilitati a giudicare.

Nel parere del 7 dicembre 2024 sul “pacchetto giustizia costituzionale”⁷⁸, la Commissione di Venezia ha dato alcune indicazioni che dovrebbero rendere i

⁷⁵ M. SZWED, *Judgments delivered by irregular judicial formations of the Polish Constitutional Court. A review of the cases decided by the Constitutional Court in 2017–2022 and the available options for the legal regulation of the effects of judgments delivered by formations of the Constitutional Court that include unlawfully elected persons*, Warsaw, Helsinki Foundation for Human Rights, 2023, disponibile all’indirizzo <https://hfhr.pl/upload/2023/07/constitutional-court-report-hfhr.pdf>. Una sintesi in ID., *To Void or Not To Void: On the Legal Effect of the Constitutional Tribunal’s Rulings*, in *VerfBlog*, 13 October 2023.

⁷⁶ Tra le varie proposte: riapertura *ex officio* dei procedimenti nei casi più controversi, annullamento selettivo tramite decisioni parlamentari, riproposizione dei ricorsi individuali nei casi di precedente rigetto. La soluzione più estrema, ossia quella di dichiarare nulle tutte le decisioni in questione, viene ritenuta impraticabile per la certezza del diritto considerando le conseguenze che quelle sentenze potrebbero aver generato a livello legislativo, amministrativo e giurisprudenziale. Inoltre alcune di esse avevano prodotto per i ricorrenti benefici in termini di protezione dei diritti sociali.

⁷⁷ Art. 10, comma 1: «Judgments of the Constitutional Tribunal, rendered by a panel of judges that included a person appointed to the position of a judge of the Tribunal in violation of the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal (Journal of Laws of 2015, item 1064, as amended) and the judgments of the Constitutional Tribunal of 3 December 2015, ref. no. K 34/15 (Journal of Laws of 2015, item 2129), and of 9 December 2015, ref. no. K 35/15 (Journal of Laws of 2015, item 2147), as well as the person appointed in his/her place, hereinafter collectively referred to as a “person not authorised to adjudicate”, are invalid and do not have the effects specified in Article 190(1) and (3) of the Constitution». [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF\(2024\)038rev-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF(2024)038rev-e).

⁷⁸ [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2024\)035-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2024)035-f).

documenti maggiormente aderenti ai requisiti europei della *rule of law*, seguendo in particolare le indicazioni della Corte di Strasburgo nelle sentenze nei casi *Xero Flor* del 7 maggio 2021 e *M.L.* del 14 dicembre 2023 e i rilievi del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in relazione alle misure di esecuzione delle suddette sentenze⁷⁹.

La Commissione riconosce che la situazione polacca è intricata e necessita di un inquadramento “olistico”, purtuttavia ritiene che sia indispensabile ripristinare la *rule of law* senza violare la *rule of law* stessa. In buona sostanza, la Commissione non accetta l'impostazione del Ministro Bodnar, espressa in una lettera inviata alla Commissione il 2 dicembre 2024, secondo la quale le misure proposte si baserebbero sui principi della “giustizia di transizione”, ossia una fase che la Polonia attraverserebbe «per ripristinare lo stato di diritto dopo un periodo senza precedenti di regressione democratica e giuridica», ritenendo invece che la riforma del Tribunale costituzionale debba essere considerata innanzitutto come «una misura di esecuzione delle sentenze della Corte EDU», in particolare, come detto, nei casi *Xero Flor* e *M.L.* Si tratterebbe dunque del rispetto di un preciso obbligo internazionale.

Il contenuto del “pacchetto giustizia costituzionale” viene considerato un giusto passo nel percorso di adeguamento alle indicazioni della giurisprudenza europea, tuttavia alcuni aspetti vengono apertamente criticati, sottolineandosi la necessità di procedere in maniera diversa, nonostante il fatto che gli Stati abbiano un margine di discrezionalità nell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU. La Commissione in particolare si focalizza sui tre punti evidenziati nella risoluzione del 7 giugno 2023 del Comitato dei Ministri per l'esecuzione della sentenza sul caso *Xero Flor*, ossia: assicurare la composizione legittima del Tribunale costituzionale, affrontare la questione dello *status* delle decisioni adottate con la partecipazione di giudici nominati in maniera irregolare e impedire indebite ingerenze nella nomina dei giudici costituzionali.

Per quanto riguarda il primo punto, la Commissione esorta il legislatore polacco a prevedere in maniera esplicita che i tre giudici nominati illegittimamente a fine 2015⁸⁰ siano obbligati *ex lege* a ritirarsi dall'esame delle cause ancora pendenti e

⁷⁹ Résolution intérimaire CM/ResDH(2023)142, Exécution de l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Xero Flor w Polsce* sp. z o.o. c. Pologne, adoptée par le Comité des Ministres le 7 juin 2023.

⁸⁰ Di cui due nel frattempo deceduti e sostituiti da altri due giudici (considerati a loro volta irregolari), che dovrebbero scadere nel settembre 2026 e nel gennaio 2027, mentre il mandato del terzo è scaduto proprio a fine 2024.

da tutte le riunioni in cui potrebbero essere coinvolti⁸¹. Sempre riguardo al primo punto, nell'esaminare il progetto di revisione costituzionale, e in particolare le disposizioni transitorie secondo le quali entro 14 giorni dall'entrata in vigore della revisione si prevede la cessazione del mandato di tutti i 15 giudici in carica e l'elezione di 15 nuovi giudici alla maggioranza dei tre quinti del *Sejm* (e si prevedono mandati scaglionati – 5 giudici eletti per 3 anni, 5 per 6 e 5 per 9 – per evitare che prossime scadenze provochino un rinnovo in blocco nel corso della stessa legislatura), la Commissione di Venezia ritiene ingiustificato il rinnovo completo del Tribunale costituzionale con l'azzeramento di quello precedente in quanto si violerebbe il principio di inamovibilità dei giudici, dal momento che 12 dei 15 giudici in carica – il cui mandato non è ancora giunto a termine – sarebbero stati eletti conformemente alla procedura costituzionale. Tale principio potrebbe essere trasgredito solo per un bisogno pressante «di carattere sostanziale ed imperativo» che giustifichi una deroga al principio di certezza giuridica ed a quello di inamovibilità dei giudici (come indicato nella sentenza della Corte EDU sul caso *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*). Tra l'altro, secondo la Commissione, essendo improbabile che nell'attuale legislatura si riesca ad approvare una legge di emendamento costituzionale, mentre verranno a scadenza diversi giudici costituzionali, sarebbe molto più facile pervenire ad un rinnovo seppur parziale del Tribunale tramite le procedure ordinarie, che consentirebbero anche di evitare nomine per mandati scaglionati, che la Commissione non approva. Come indica la Commissione, bisogna evitare di creare precedenti pericolosi⁸².

In relazione al secondo punto (*status* delle decisioni adottate con la partecipazione dei giudici eletti in maniera irregolare), il pacchetto giustizia costituzionale sottoposto dal governo polacco contiene le soluzioni più ambiziose, ossia l'annullamento di tutte le decisioni adottate con la partecipazione dei giudici eletti irregolarmente (si tratterebbe di poco più di 100 decisioni, a partire dal

⁸¹ Nella decisione CM/Del/Dec(2024)1507/H46-22, del settembre 2024, <https://hudoc.exec.coe.int/ENG#%7B%22execidentifier%22:%5B%22004-58569%22%5D%7D>, in cui il Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa esamina nuovamente le condizioni di esecuzione della sentenza *Xero Flor*, si aggiunge anche che «il est également indiqué que des mesures doivent être prises pour permettre aux trois juges élus en octobre 2015 d'être admis à siéger et de servir jusqu'à la fin de leur mandat de neuf ans».

⁸² Al punto 34: «Si des mesures radicales, même si elles sont adoptées par une majorité constitutionnelle, peuvent sembler nécessaires, elles risquent de conférer aux projets d'amendements un caractère ad personam critiquable et fournir des arguments à une future majorité constitutionnelle pour faire la même chose. Chaque fois qu'il y aura une majorité au Parlement suffisamment importante pour modifier la Constitution, les juges du Tribunal constitutionnel devront craindre qu'il soit mis fin à leur mandat, tous les nouveaux juges constitutionnels étant nommés par la majorité politique du moment».

2017). Dopo aver ricordato che normalmente non si possono cancellare con legge le decisioni di un tribunale costituzionale, nel caso polacco ciò avverrebbe in via eccezionale per eseguire decisioni di tribunali internazionali. Tuttavia non sarebbe necessario annullare tutte le decisioni in questione, essendo preferibile un approccio meno radicale e più pragmatico, anche considerando il fatto che molte di queste decisioni sono in vigore da circa sette anni avendo generato ulteriori conseguenze pratiche e giuridiche. Bisogna trovare un equilibrio tra il contrasto alle violazioni del principio del giusto processo e il principio di certezza giuridica. Si consiglia di consentire una riapertura controllata dei procedimenti sulla base di criteri predeterminati, che definiscano chiaramente gli effetti giuridici che le nuove decisioni possono avere⁸³.

Sul terzo punto (prevenzione di un'influenza indebita sulla nomina dei giudici costituzionali), si ricorda che la Costituzione vigente prevede solo che i giudici costituzionali debbano essere eletti dal *Sejm* ma la procedura è prevista dal regolamento della camera bassa cui rinvia la legge vigente del 2016 sullo *status* dei giudici costituzionali. La nuova legge sul Tribunale costituzionale del 13 settembre 2024, analogamente al progetto di revisione costituzionale in discussione, prevede all'art. 16 che i giudici saranno eletti a maggioranza dei tre quinti del *Sejm* alla presenza di almeno la metà del numero statutario di componenti della camera. L'art. 19 della legge prevede che qualora il *Sejm* non riesca ad eleggere il giudice, lo *speaker* della camera inizi la procedura da capo (mentre l'art. 16 prevede che allo scadere del proprio mandato i giudici costituzionali esercitino le proprie funzioni fino all'elezione del successore). La Commissione di Venezia ritiene che questo meccanismo "anti-blocco" non sia efficace, soprattutto considerando l'attuale situazione politica polarizzata⁸⁴. Si suggeriscono pertanto degli altri sistemi anti-blocco: si potrebbe prevedere che i giudici siano eletti alla maggioranza

⁸³ Si potrebbe ad esempio prevedere che entro tre mesi dalla pubblicazione dell'elenco delle decisioni contestabili (ossia tutte quelle emesse con la partecipazione di giudici "eletti irregolarmente"), le autorità che possono far ricorso al Tribunale costituzionale ed i ricorrenti individuali il cui ricorso fosse stato rigettato, possano richiedere una riapertura della procedura: «Ce recours judiciaire extraordinaire aurait l'avantage de préserver la validité des jugements non contestés, garantissant ainsi la sécurité juridique et limitant les troubles juridiques et les violations potentielles des droits humains qui pourraient suivre l'invalidation ex lege de plus de 100 jugements. La Commission de Venise note à cet égard que de telles possibilités de réouverture des procédures existent déjà dans l'ordre juridique polonais».

⁸⁴ In effetti il progetto di revisione costituzionale prevede un meccanismo più incisivo, ossia se dopo due mesi il giudice non è eletto alla maggioranza dei 3/5 si può passare alla maggioranza assoluta. Si tratta però di un meccanismo che potrebbe essere rischioso, inducendo la maggioranza politica al *Sejm* a ritardare l'elezione dei giudici per poterla effettuare a maggioranza assoluta.

dei due terzi dei voti al *Sejm* come regola generale, mentre la maggioranza dei tre quinti, in subordine, costituirebbe una regola anti-blocco.

La Commissione apprezza invece altri aspetti della legge: l'esclusione dalle candidature di chi ha rivestito una carica politica nei quattro anni precedenti, l'ampliamento dei soggetti che possono presentare le candidature, la precisazione che il capo dello Stato ha l'obbligo di accettare il giuramento dei giudici costituzionali entro 14 giorni dall'elezione e qualora ciò non avvenga il giudice possa presentare il proprio giuramento per iscritto al presidente del *Sejm*. Essa però mette ancora in guardia su alcune conseguenze degli illeciti disciplinari (la revoca del giudice dovrebbe poter avvenire per motivi gravi, da determinare con esattezza) e consiglia di precisare in maniera chiara che la pubblicazione delle decisioni del Tribunale costituzionale non necessita alcun intervento del primo ministro, del governo o di altro organo politico. Per questi motivi la Commissione lamenta il fatto che anche l'attuale governo abbia agito come quello precedente rifiutandosi di pubblicare le decisioni del Tribunale costituzionale (ciò a seguito della risoluzione parlamentare del 6 marzo 2024), dal momento che, anche se le decisioni assunte con la partecipazione di persone irregolarmente elette possono essere contestate, esse andrebbero comunque pubblicate. Infine, si esortano i parlamentari a sostituire i giudici che scadono senza attendere che ci sia una maggioranza di giudici da sostituire tale da favorire un cambiamento di orientamento del Tribunale: paralizzare il Tribunale costituzionale «non contribuirà a risolvere la crisi costituzionale e non farà che dare ad una diversa maggioranza politica al potere argomenti per comportarsi allo stesso modo in futuro».

Il parere della Commissione si presta ad alcuni rilievi critici, in particolare riguardo al fatto di considerare 12 su 15 giudici “legittimamente eletti”. Particolarmente radicali le critiche di K.L. Scheppele, con riferimento sia al parere del 14 ottobre 2024 sui neo-giudici (sul quale vedi *infra*) che a quello del 7 dicembre 2024 sul pacchetto giustizia costituzionale, pareri che sono considerati un vero e proprio tradimento delle posizioni espresse negli anni precedenti⁸⁵.

⁸⁵ «The Venice Commission's recent opinions on Poland's judicial reforms have prioritized formal legality over substantive judicial independence. The Commission thereby effectively legitimizes the judiciary captured under the previous autocratic government. The Commission's shift contrasts sharply with its own prior critiques and European court rulings, raising concerns that the Commission's stance now shields autocracy under the guise of legality». Cfr. K.L. SCHEPPELE, *Blinded by Legality: The Venice Commission's Change of Heart on Restoring the Rule of Law in Poland*, in *VerfBlog*, 23 December 2024. Per una critica a tale posizione vedi G. HALMAI, *Can the Rule of Law Be Restored by Violating Its Principles?: The Current Polish Debate*, in *VerfBlog*, 3 January 2025.

Riguardo ai 12 giudici costituzionali definiti «legittimamente eletti» negli ultimi otto anni, la Scheppele è molto netta nel considerare che tutti gli attuali giudici costituzionali sono stati selezionati in base a una chiara preferenza politica ricordando alcuni altri passaggi importanti, oltre alla violazione da parte del Tribunale costituzionale “catturato” del diritto europeo e di quello CEDU, dichiarato incostituzionale in più occasioni⁸⁶. Il nuovo governo polacco proporrebbe gli stessi rimedi suggeriti dalla Commissione di Venezia nel 2016, 2017 e 2020, ossia sovvertire le precedenti riforme del PiS. Ma inaspettatamente, «Faced with the new government’s proposals, however, the Venice Commission has suddenly decided that changing the status quo would be impermissible because Poland’s judges were appointed in procedures that were legal at the time».

Il giudizio dell’Autrice statunitense è particolarmente *tranchant*, poiché non tiene conto degli equilibri politici interni e della necessità di evitare un clima da “revenge constitutionalism”. Più moderate le posizioni della dottrina polacca e dell’OSCE, che pure criticano le proposte del governo polacco per mancanza di chiarezza su alcuni degli stessi punti criticati dalla Commissione di Venezia, pur non condannando esplicitamente la necessità di un “reset” della composizione del Tribunale, ma considerando tuttavia pericoloso l’annullamento in blocco di tutte le decisioni pronunciate con la partecipazione delle persone “illegittimamente nominate” giudici costituzionali nonché il rifiuto del governo di pubblicare le decisioni del Tribunale⁸⁷.

4.2 *Il vetting dei “neo-giudici”*

Relativamente alla riforma delle modalità di composizione del Consiglio nazionale del potere giudiziario (KRS), che erano state modificate con la legge dell’8

⁸⁶ «Three judges were unlawfully installed on the Tribunal when the PiS government first came to power, but that’s not its only problem. The Tribunal’s president and vice-president, who have presided over the body for nine years, were also irregularly installed. Judges who were elected to the Tribunal prior to 2015 were excluded from preparing cases after 2016, prevented by the PiS-appointed judges from exercising their lawful responsibilities on the bench. The irregularly appointed president of the Tribunal has just been irregularly replaced this month by the PiS-aligned-holdover national President, Andrzej Duda. The new Tribunal president is a former prosecutor, a protégé of the former Justice Minister Zbigniew Ziobro who engineered the judicial reforms that have been decried by the ECJ, the ECtHR and (at least previously) the Venice Commission. The Constitutional Tribunal’s legitimacy problems run deep – and they continue to this day».

⁸⁷ Vedi OSCE-ODHIR, *Opinion on two bills of the Republic of Poland on the Constitutional Tribunal (Sejm prints no. 253 and 254, as of 24 July 2024)*, Warsaw, 24 August 2024, www.osce.org/files/f/documents/b/b/575707.pdf; M. SZWED, *One Year After Wałęsa v. Poland: Challenges in Implementing ECtHR Rule of Law Judgments*, in *VerfBlog*, 12 December 2024.

dicembre 2017, si tratta del nodo più importante da superare del precedente pacchetto giustizia del PiS⁸⁸, in quanto tale riforma aveva agito come detonatore di ulteriori deformazioni a cascata della giustizia. Come detto sopra, la legge di riforma del KSR aveva previsto che alla sua entrata in vigore cessasse il mandato dei componenti in carica e si procedesse al rinnovo totale dell'organo secondo le nuove regole, cosa che è avvenuta nel 2018, per poi ripetersi nel 2022. Tale "neo-KSR", composto da membri scelti dalla sola maggioranza governativa, ha a sua volta proceduto, insieme al capo dello Stato Duda, ad una serie di nomine e promozioni giudiziarie che hanno portato alla sostituzione di un numero di giudici variabile tra 2.500 e 3.500 (su 10.000 circa totali), insediando così una classe di neo-giudici che a loro volta hanno prodotto una serie di decisioni sulle quali si sono a cascata prodotte ulteriori decisioni anche amministrative. Nella legge di modifica della legge sul KRS, presentata al *Sejm* il 20 febbraio 2024, modificata al Senato seguendo le indicazioni della Commissione di Venezia il 9 maggio⁸⁹ (in particolare, concedendo anche l'elettorato passivo oltre che quello attivo ai neo-giudici nella procedura di composizione di un rinnovato KRS), e rimodificata dal *Sejm* per eliminare quelle modifiche il 12 luglio, si prevede *pro futuro* che i 15 giudici togati sui 25 componenti dell'organo saranno scelti dagli altri giudici a scrutinio segreto⁹⁰.

Per quanto riguarda la Corte suprema, oltre alla rimozione dei neo-giudici presenti nella sua composizione ed alla revisione delle decisioni pronunciate con la loro partecipazione, va risolta la questione delle due nuove sezioni introdotte dal PiS, di cui quella disciplinare sostituita su pressione delle autorità europee con legge del 9 giugno 2022 con una sezione per la responsabilità professionale, espressione tuttavia di una modifica per lo più cosmetica. La stessa legge, sempre in accoglimento di pressioni della Commissione europea in vista dello scongelamento dei fondi di coesione, ha introdotto la possibilità di effettuare un test sull'indipendenza dei giudici, possibilità che poi è stata ampliata con la legge

⁸⁸ Quella riforma era stata giustificata dalla precedente maggioranza con la necessità non solo di epurare dagli ex comunisti il potere giudiziario – ad avviso della stessa mai epurato dopo la transizione post-comunista – ma anche per rendere più efficienti e veloci i procedimenti giurisdizionali. La durata dei processi è tuttavia aumentata tra il 2015 e il 2023.

⁸⁹ Qui il relativo parere: [https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2024\)018-f](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2024)018-f).

⁹⁰ Vedi A. ANGELI, *La réforme du Conseil national de la magistrature en Pologne après le « revirement démocratique » de 2023 : ombres et lumières du chemin*, in *Lettre de l'Est*, n. 37/2024; F. BIAGI, 'Constitutional Repair in Poland: The Venice Commission's Opinion on the Draft Law Amending the Law on the National Council of the Judiciary', in *IACL-AIDC Blog* (31 October 2024), disponibile all'indirizzo <https://blog-iacl-aidc.org/2024-posts/2024/10/31/constitutional-repair-in-poland-the-venice-commissions-opinion-on-the-draft-law-amending-the-law-on-the-national-council-of-the-judiciary>.

del 13 gennaio 2023⁹¹. Anche la Camera di controllo straordinario ed affari pubblici, introdotta insieme alla Camera disciplinare con la riforma della legge sulla Corte suprema dell'8 dicembre 2017 (dotandola di competenze estremamente rilevanti, tra cui quelle relative alle controversie in materia elettorale e referendaria), è stata dichiarata non indipendente dalla Corte di Giustizia (causa C-718/21, sentenza del 21 dicembre 2023).

Tra gli aspetti più complessi da risolvere e che pone grosse sfide allo stato di diritto, vi è soprattutto quello dei giudici comuni, dato il numero notevole di giudici da sostituire o verificare. Secondo la Corte di Giustizia (cause riunite C-615/20 e C-671/20, sentenza del 13 luglio 2023), la legge polacca sull'organizzazione delle corti comuni contiene numerose disposizioni che minano l'indipendenza delle corti e l'efficacia della protezione giurisdizionale. Sulla base della supremazia del diritto europeo queste disposizioni, inclusa la cosiddetta legge "bavaglio" del 20 dicembre 2019, non devono più essere applicate dai giudici i quali, a loro volta, non sono più soggetti a responsabilità disciplinare se applicano il diritto europeo. In particolare, come rilevato già sopra, la legge bavaglio o *muzzle law* ampliava il regime disciplinare dei giudici, qualificando come illecito sotto

⁹¹ Il PiS si era risolto a tale "reformette" del regime disciplinare dei giudici per sbloccare almeno in parte la concessione dei fondi europei (leggi del 9 giugno 2022 e del 13 gennaio 2023 di modifica alla legge sulla Corte suprema e certe altre leggi). Con la prima legge, la Camera disciplinare della Corte suprema è stata abolita e sostituita da una Camera della responsabilità professionale, definita nel *Rule of Law Report* del 2024 «indipendente ed imparziale». Tutti i giudici coinvolti da decisioni della vecchia sezione disciplinare hanno avuto diritto a che il proprio caso fosse rivisto dalla nuova camera entro un termine definito e sulla base delle nuove disposizioni. Si è concesso alle corti comuni di iniziare procedimenti di verifica della sussistenza dei requisiti di indipendenza di un giudice derivanti dall'art. 19 TUE. Il regime disciplinare è stato riformato prevedendo che i giudici non dovranno più incorrere nella responsabilità disciplinare per il contenuto delle loro decisioni o per aver applicato il diritto UE. Tutti i giudici sospesi illegittimamente devono essere reintegrati. La legge del 13 gennaio 2023 ha cercato di porre rimedio ad alcuni evidenti difetti di quella del 9 giugno 2022 relativamente alla verifica dell'indipendenza ed imparzialità di un tribunale, ad esempio in merito alla necessità di provare che le circostanze di nomina di un giudice abbiano influenzato l'esito di un processo. Questo requisito è stato eliminato dalla legge di gennaio 2023 che tuttavia è stata dichiarata incostituzionale dal Tribunale costituzionale polacco nella sentenza del 13 dicembre 2023 (caso Kp 1/23). Vedi: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1222; M. SZWED, M. WOLNY, *A judge or a non-judge? The manner of regulating the status of persons appointed to judicial positions with the participation of the "new" national Council of the Judiciary*, Warsaw, Helsinki Foundation for Human Rights, 2024 (esp. pp. 10-11 dove si rileva come anche la modifica del gennaio 2023 continua a consentire che la verifica delle circostanze di nomina di un giudice possa avvenire più volte).

questo profilo ogni attività legalmente rilevante – incluse domande pregiudiziali alla Corte di Giustizia europea – volta a mettere in discussione la nomina di un altro giudice (allo scopo di impedire ai giudici entrati in carica sotto il regime precedente di ostacolare l'attività di quelli immessi in ruolo dal “neo” Consiglio nazionale del potere giudiziario politicizzato)⁹².

L'esigenza della sostituzione o verifica (o ri-valutazione) dei neo-giudici, riporta alla mente precedenti forme di epurazione. All'indomani del crollo dei regimi comunisti vi è stata l'esperienza della “lustrazione”, che ha riguardato pochi paesi⁹³. Più avanti vi è stata l'epurazione di una serie di cariche, incluse quelle giudiziarie, che si è verificata in Bosnia dopo la guerra, nonché l'epurazione dovuta a fenomeni di corruzione in Albania nel periodo 2016-2019 e quella dovuta a ripetuti cambi politici in Ucraina (dopo il 2014, dopo il 2022). Analoghe situazioni anche in Moldova, Croazia, Serbia, Kosovo, Montenegro. Si tratta tuttavia di fenomeni molto diversi. La lustrazione si riferisce ad eventi eccezionali e a veri e propri cambi di regime, mentre il *vetting* fa seguito ad episodi diffusi di corruzione sistemica ed è sollecitato soprattutto dalla comunità internazionale.

Delle diverse modalità di *vetting* dei giudici, la Commissione di Venezia si è occupata in più occasioni. Nella *Compilation of Venice Commission Opinions and Reports concerning Vetting of Judges and Prosecutors*⁹⁴ del 19 dicembre 2022, si ricorda che l'*integrity checking* e le procedure di *vetting* non sono esplicitamente contemplate e regolamentate da strumenti internazionali bensì da strumenti di *soft law* e da una serie di decisioni della Corte di Strasburgo (in particolare sul caso albanese, il più radicale finora). Proprio considerando il caso albanese, si sottolinea che il *vetting* straordinario può essere giustificato «in circostanze eccezionali». Nel caso dell'Albania, la Commissione aveva basato le sue raccomandazioni sull'assunzione che un *vetting* generale del potere giudiziario avesse un ampio supporto politico e pubblico nel paese, che si trattava di una misura straordinaria e strettamente temporanea, e che questa misura non sarebbe stata suggerita ad altri paesi dove il problema della corruzione nel giudiziario non avesse raggiunto una

⁹² Ed è questa la sola, vera normativa autenticamente repressiva introdotta negli ultimi anni, a dimostrazione che il PiS si fidava dei “suoi” giudici. Si può ipotizzare che trascorso un certo numero di anni – dopo aver completato la sostituzione di tutti i giudici comuni in carica, o della loro maggioranza – il regime disciplinare repressivo sarebbe stato soppresso o ammorbidito come già avvenuto con riferimento alle norme disciplinari repressive nei confronti dei giudici costituzionali, cancellando le tracce di una sostanziale purga.

⁹³ In maniera ampia la Cecoslovacchia, la Repubblica ceca e la DDR, limitata in altri paesi; ambigua la situazione in Polonia: le radici del risentimento del PiS risalgono anche al fatto che non si è riuscito ad attuare una vera epurazione giudiziaria al crollo del regime comunista.

⁹⁴ [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2022\)051-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2022)051-e).

tale ampiezza. L'esperienza dimostra che ogni caso è diverso e deve essere giudicato in base alle sue caratteristiche⁹⁵.

Nelle *Guidelines on Judicial Vetting* del CEELI Institute del marzo 2024⁹⁶, si distinguono diverse fattispecie ed in particolare la *lustration* («A screening process of individuals – often public officials, civil servants, or members of specific professions in post-authoritarian and non-democratic regimes – designed to remove from public office those involved in abuses, including human rights abuses, or who collaborated with past regimes»); il *pre-vetting* («a filtering process aimed at the evaluation of candidates for positions in self-governing bodies of judges or prosecutors»), il *full-fledged vetting* («an exceptional, comprehensive, and extraordinary assessment of all members of the judiciary and its self-governing bodies») e il *regular mechanism of judicial accountability* («non-extraordinary, common, and non-controversial measures used by self-governing judicial bodies to conduct integrity checks, performance evaluations, asset evaluations, background and security checks, and disciplinary proceedings»)⁹⁷. In particolare si sottolinea la necessità di differenziare quest'ultimo caso, ossia la normale attivazione di procedimenti di autovalutazione e valutazione dei giudici (procedimenti disciplinari, valutazione di efficienza, etc.) dai processi di *vetting*, che sono sempre eccezionali e che si applicano in specifiche circostanze. Tuttavia, nessuna di queste procedure è mai stata utilizzata per difetti nella procedura di nomina dei giudici e dunque si deve trovare una soluzione *ad hoc*.

Con specifico riguardo al caso polacco, neppure la Commissione di Venezia al momento si è sentita di consigliare una modalità specifica, limitandosi a rispondere a delle questioni puntuali poste dal Ministro della Giustizia. Nel parere congiunto della Commissione di Venezia e del Directorato generale diritti umani e stato di diritto (DGI) del Consiglio d'Europa «Sugli standards europei relativi allo status dei giudici» del 14 ottobre 2024⁹⁸, i due organi del Consiglio d'Europa sembrano riluttanti a prendere una posizione chiara su di una questione così intricata e gravida di conseguenze per la tenuta stessa della *rule of law*, risultando di conseguenza il documento alquanto contraddittorio. L'incertezza della soluzione da applicare emerge in tutte le risposte del parere, dove si concorda sul fatto che il principio di inamovibilità dei giudici si possa applicare solo quando la relativa nomina o elezione sia stata effettuata in conformità alla Costituzione ed agli standard europei. La Commissione e il DGI riconoscono che la situazione creatasi in Polonia relativamente alla valutazione delle nomine giudiziarie non ha

⁹⁵ Ivi, p. 5.

⁹⁶ <https://ceeliinstitute.org/assets/resources/ceeli-guidelines-judicial-vetting.pdf>.

⁹⁷ Ivi, p. 17.

⁹⁸ [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2024\)029-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2024)029-e).

riferimenti analoghi in casi precedenti⁹⁹. Tuttavia non intendono commentare le proposte di riforma inserite nella lettera del Ministro della Giustizia Bodnar del 10 luglio 2024, dove ufficialmente si chiedeva un parere su quattro questioni¹⁰⁰. Ma i quattro quesiti appaiono francamente poco comprensibili senza un riferimento esplicito ai progetti presentati dal Ministro (che prevedono due soluzioni alquanto diverse al problema dei “neo-giudici”)¹⁰¹. Nel parere comunque si individuano alcuni punti fermi che dovrebbero guidare il legislatore polacco: anche se la verifica di ogni singolo giudice la cui procedura di nomina o di promozione è stata viziata è impossibile dato l’elevato numero di giudici coinvolti, tuttavia non si dovrebbe procedere *ope legis* ad una destituzione generale e priva di rimedi giurisdizionali¹⁰².

⁹⁹ Parlando di “restaurer le constitutionnalisme” anche nel parere sulla legge di modifica del KRS, la Commissione riconosce che la Polonia deve affrontare il cambiamento in un contesto politico ed istituzionale difficile che rende impossibile seguire le regole al 100% (vedi CDL-AD(2024)018 24/06/2024, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2024\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2024)018-e)).

¹⁰⁰ «1. Can resolutions of the National Council of the Judiciary regarding the appointment of judges be invalidated ex tunc, thereby implying that the appointee was never legally appointed? Would it align with the principle of the rule of law to require judges and other legal professionals to return to their previous positions following the invalidation of such resolutions? 2. Do such appointees have the right to seek judicial recourse? Is allowing these appointees to participate in new judicial selection processes, subject to judicial review, sufficient to ensure their right to a fair trial? 3. Is the system of delegating judges to the courts where they served prior to the enactment of the law, until they complete their pending cases, and for a period of two years, consistent with the principles of rule of law and legal certainty to maintain judicial efficiency during the re-evaluation period? 4. Lastly, is it consistent with the principles of legal certainty and rule of law to allow parties who questioned a judge’s impartiality or independence, based on their appointment by the current Council, to challenge the judgments issued by these judges?».

¹⁰¹ Per un’analisi della lettera di Bodnar vedi A. WÓJCIK, *Minister of Justice Adam Bodnar has requested the Venice Commission's opinion on two proposed models for addressing the neo-judges problem*, 22 luglio 2024, <https://ruleoflaw.pl/neo-judges-poland-venice-commission/>. Nel dibattito pre-riforme si opponevano (e continuano ad opporsi) due principali visioni: una azione netta (destituzione in blocco e sostituzione dei giudici dando ai neo-giudici la possibilità di ripresentarsi ad un nuovo procedimento di selezione) e una selettiva (esaminare caso per caso). Ma il primo scenario causerebbe una paralisi del sistema, mentre il secondo forse sarebbe più accettabile ma non è accettato dagli elettori dell’attuale coalizione di governo né dall’associazione *Iustitia*.

¹⁰² «Based on the principle of separation of powers, the Venice Commission and DGI consider that it cannot be declared through a law that all the appointments made by the NCJ in a particular timeframe are null and void. The Venice Commission and DGI note that neither the existing judgments of the ECtHR and of the CJEU, nor the decisions of the Polish Supreme Court and of the Supreme Administrative Court have produced ex tunc invalidation of the appointment

Inoltre, l'organo che deve occuparsi di queste verifiche non può essere collegato all'esecutivo e la valutazione deve essere effettuata sulla base di criteri e procedure prestabiliti, nel rispetto del principio di proporzionalità (una certa forma di individualizzazione è necessaria) e in tempi rapidi per non paralizzare la giustizia ordinaria. Pur costituendo riferimento fondamentale nell'approcciare la questione, né le sentenze delle due Corti europee, né quelle delle Corti supreme polacche potrebbero servire di base per una destituzione massiccia dei giudici. Dichiarare una nomina giurisdizionale non valida equivarrebbe alla destituzione di un giudice e deve essere dunque decisa da un organo giurisdizionale. La questione della ricorribilità contro le sentenze pronunciate da collegi giudiziari composti in maniera illegittima (con la presenza di neo-giudici) viene considerata contraria ad uno degli elementi della *rule of law*, vale a dire il principio di *res judicata*. Principio che deve essere bilanciato con il diritto al giusto processo delle parti per cui si suggerisce di consentire il ricorso solo in casi particolari e in relazione a processi terminati dopo la data della prima sentenza della Corte EDU su questo aspetto ossia *Reczkowicz v. Poland* (22 luglio 2021).

La lista delle contraddizioni ravvisabili nel parere è lunga: serve una valutazione individuale ma ci si rende conto che è impossibile (in effetti il governo polacco valuta una distinzione dei giudici in gruppi¹⁰³), ci vogliono garanzie procedurali e bisogna garantire ad ogni giudice il diritto di far ricorso in giudizio ma bisogna fare in fretta, le sentenze europee e quelle delle corti interne non catturate sono il punto

decisions taken by the NCJ. The Venice Commission and DGI furthermore consider that a wholesale invalidation ex tunc of all the resolutions of the Polish NCJ does not fit into the rule of law concept, as it would among others fail the proportionality test», p. 13.

¹⁰³ Come ricorda M. SZWED, *Restoring the Integrity of Judicial Appointments: the Venice Commission and Council of Europe's Opinion on Poland*, ConstitutionNet, International Idea, 7 November 2024, il Ministro Bodnar ha preparato una bozza che si avvicina alla posizione di *Iustitia* ma distingue tra tre categorie di giudici: rimarrebbero al proprio posto quelli di prima nomina (divenuti giudici dopo la formazione post universitaria presso la Scuola Nazionale della Magistratura e un periodo di svolgimento della funzione di assessori) che costituisce il gruppo più ampio, di circa 1600 persone; il secondo gruppo, di circa 500 persone, è rappresentato dai giudici promossi dal neo KRS a posizioni dirigenziali e attivamente coinvolti nello smantellamento dell'indipendenza del giudiziario, che sarebbero non solo degradati ma anche sottoposti a procedimento disciplinare con la possibilità di essere espulsi dalla professione. Infine, i restanti giudici (circa 900 persone) sono quelli che non hanno partecipato attivamente alla costruzione dell'ordine illiberale del PiS, ma ne hanno tratto indirettamente vantaggio e pure dovrebbero tornare alle precedenti posizioni ma se lo facessero volontariamente, e dichiarassero di essere pentiti di aver accettato la precedente promozione, eviterebbero i procedimenti disciplinari. Vedi anche M. STAMBULSKI, *Schrödinger's Judges: Challenges to the Rule of Law Restoration in Poland*, in *VerfBlog*, 19 December 2024.

di riferimento per ricostruire lo standard europeo ma non sono direttamente vincolanti anche perché non propongono un modello specifico.

5. Il contributo delle vicende polacche alla costruzione in termini comparativi di un modello di “rigenerazione” o “ripristino” della democrazia costituzionale

Negli ultimi decenni, nella letteratura riguardante i mutamenti costituzionali, soprattutto di autori anglosassoni, ha avuto particolare diffusione la tendenza ad aggettivare il costituzionalismo, distinguendone diverse varianti in relazione a cambi di maggioranze politiche, o di interpretazione giurisdizionale, o di vero e proprio “regime change”¹⁰⁴.

David Landau e Rosalin Dixon hanno di recente usato il termine “restorative constitutionalism”¹⁰⁵ per indicare una terza via rispetto alle categorizzazioni della dottrina americana (formulate prevalentemente, ma non solo, sulla base della Costituzione USA) ancorate alla distinzione tra “preservative constitutionalism” e “transformative constitutionalism”¹⁰⁶. Si tratta di categorie che consentono di inquadrare casi che non rientrano pienamente in una forma di Stato o in un'altra. La configurazione del *transformative constitutionalism* (un tentativo di cambiare lo *status quo* perseguendo una visione costituzionale legata a cambiamenti sociali e politici) sembra corrispondere a quella del mutamento della forma di Stato o delle transizioni costituzionali, mentre il *preservative constitutionalism* non trova una perfetta coincidenza nelle dinamiche europee essendo tipico del contesto statunitense¹⁰⁷.

¹⁰⁴ D. LAW, *Alternatives to Liberal Constitutional Democracy*, in *Maryland Law Review*, Vol. 77, 2017; S.R. LARSEN, *Varieties of Constitutionalism in the European Union*, in *Modern Law Review*, Vol. 8, Issue 3, 2021; M.V. TUSHNET, *Varieties of Constitutionalism*. Harvard Public Law Working Paper No. 23-31, 2023.

¹⁰⁵ D. LANDAU, R. DIXON, *Restorative Constitutionalism*, in *Washington and Lee Law Review*, 2024. Landau e Dixon avevano negli anni individuato la categoria dell'*abusive constitutionalism* per descrivere i fenomeni, anche in latitudini e contesti molto distanti, delle degenerazioni democratiche con la manipolazione delle categorie del costituzionalismo classico.

¹⁰⁶ Nella teorizzazione, in particolare, di C.R. SUNSTEIN, *The second Bill of Rights: FDR's Unfinished revolution and why we need it more than ever*, New York, Basic Books, 2004.

¹⁰⁷ Essi così strutturano le “Logiche del mutamento costituzionale”: 1. Trasformativo (persegue il cambiamento per sfidare ed alterare prassi di lungo periodo e guarda al futuro); 2. Preservativo (cerca di proteggere e prevenire l'erosione dello *status quo*); 3. Restaurativo (cerca di restaurare o ristabilire un passato reale o immaginario e guarda al passato per ripristinare l'”autentica” tradizione costituzionale del paese che si pensa fosse esistita fino ad un certo punto). Gli esempi che vengono portati, e che possono riguardare anche fasi differenti dell'evoluzione

Per quanto riguarda il *restorative constitutionalism*, questo costituirebbe una tendenza a doppio taglio che può essere utilizzata anche per fini populistici. Si ritiene infatti che sia Trump che Biden abbiano fatto ricorso a questo concetto di “restaurazione”, il primo pensando ad un mitico passato idealizzato (così come ha fatto anche Orbán) e il secondo per riportare le lancette indietro al prima di Trump, per tentare (purtroppo inutilmente) di guarire il sistema da un episodio di *democratic erosion* o *abusive constitutional change* e per evitare il rischio di recidive¹⁰⁸. Il riferimento al concetto di “restaurazione” o “ripristino” al cambio di maggioranze politiche avrebbe un vantaggio rispetto ad altri concetti perché aiuterebbe a generare consenso¹⁰⁹. I due Autori parlano anche di “constitutional restoration”, inteso come progetto che «seeks to return to a constitutional past»¹¹⁰, avvertendo però che ci si può riferire a diversi tipi di passato¹¹¹.

Considerando i diversi fattori in gioco, non sempre è possibile o consigliabile che la via del ripristino debba ripercorrere a ritroso quella della degenerazione. Modifiche formali della Costituzione possono essere sostituite da interpretazioni giurisdizionali o “disinnescate” col riferimento a norme o sentenze sovranazionali. Particolarmente sensibile è la questione della *rule of law*: non bisognerebbe cedere alla tentazione di forzare di nuovo per il suo ripristino perché si potrebbe così produrre un circolo vizioso. Come proprio l’attuale caso polacco dimostra, possono mancare i mezzi formali per un ripristino costituzionale laddove il nuovo governo non detiene maggioranze costituzionali o perché quello precedente ha creato poteri di blocco tali da impedire il cambiamento. In questo caso secondo Dixon e Landau si dovrebbe far ricorso a modifiche informali o sub-costituzionali agendo come una sorta di “constitutional workaround”¹¹². Ma anche questo approccio è pericoloso perché conferma che si può agire in maniera abusiva.

costituzionale di un singolo paese riguardano soprattutto gli USA (sperimenta entrambe le forme di *constitutionalism*) e il Sudafrica (la cui Costituzione del 1996 è considerata esempio di *transformative constitutionalism*). Vedi anche R. DIXON, D.E. LANDAU, *Toward Restorative Constitutionalism?*, in *VerfBlog*, 10 December 2021; ID. *Healing Liberal Democracies: Abusive versus Restorative Constitutionalism*, in *Ethics and International Affairs*, Vol. 36, issue 3, 2022.

¹⁰⁸ D. LANDAU, *Abusive Constitutionalism*, in *U.C. Davis L. Review*, 47, 2013; R. DIXON, D. LANDAU, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the subversion of Liberal Democracy*, 2021; P.A. COLLOT (sous la direction de), *Le constitutionnalisme abusif en Europe*, Paris, Mare & Martin, 2023.

¹⁰⁹ D. LANDAU, R. DIXON, *Restorative Constitutionalism*, cit., p. 5.

¹¹⁰ *Ivi*, p. 10.

¹¹¹ Un intermezzo autoritario; una fase di mutamento costituzionale con l’intenzione di danneggiare la democrazia costituzionale attraverso interpretazioni giurisdizionali, modifiche costituzionali, sostituzioni, etc. Si citano i casi di India, Colombia, Ecuador.

¹¹² *Ibidem*, p. 19.

Un altro recente corposo contributo, quello di K.L. Scheppele, si avvicina invece di più agli scenari europei, pur considerando anche paesi in altri continenti, e riflette più approfonditamente su quanto successo nei paesi post-comunisti negli ultimi 35 anni, dall'ottica in particolare dell'Ungheria. La visione dell'Autrice, che è stata particolarmente critica in passato della timidezza delle istituzioni europee, in particolare della Commissione¹¹³, si avvicina a quella parte della dottrina polacca che già ipotizzando la vittoria di stretta misura dell'opposizione al PiS individuava nel diritto europeo, ed in particolare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea e dell Corte per la protezione dei diritti umani, la fonte cui riferirsi per un ritorno alla democrazia ed alla *rule of law* senza lacerazioni politiche disastrose¹¹⁴.

La posizione di T.G. Daly è più articolata. Pur ritenendo tale Autore preferibile procedere al ripristino in maniera minimalista¹¹⁵, tuttavia egli considera la categoria del *restorative constitutionalism* utile ma incompleta¹¹⁶ poiché nella teorizzazione di Dixon e Landau ci si focalizzerebbe su di un esatto percorso inverso che in molti casi non è possibile né auspicabile preferendo dunque al concetto di “restore” quello di “repair”, che tende non alla ricostituzione di quello che c'era in passato ma al “rifacimento” del sistema democratico. Inoltre, e su questo non possiamo non assentire, «different patterns of damage require different forms of repair» e «constitutional frameworks, history and traditions shape the parameters of repair» (p. 21). In generale per questo Autore bisogna applicare una sorta di test considerando alcuni fattori (*specificity*, ossia quale preciso danno si cerca di

¹¹³ L. PECH, K.L. SCHEPPELE, *The EU and Poland: Giving up on the Rule of Law?*, in *VerfBlog*, 15 November 2016; K.L. SCHEPPELE, L. PECH, *Does the Commission have the Competence to Monitor Compliance?*, in *VerfBlog*, 5 March 2018; K.L. SCHEPPELE, D. V. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, Volume 39, 2020; K.L. SCHEPPELE, *Will the Commission Throw the Rule of Law Away in Hungary?*, in *VerfBlog*, 11 July 2022.

¹¹⁴ K.L. SCHEPPELE, *Restoring Democracy through International Law*, cit. L'Autrice rileva anche il recente riferimento della Corte di Giustizia europea all'art. 10 TUE, secondo cui l'UE si fonda sulla democrazia rappresentativa (ai sensi del c. 3 «Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini»), come giurisprudenza parallela a quella sullo stato di diritto per rafforzare il “diritto alla democrazia” dei cittadini dell'Unione.

¹¹⁵ Cit. p. 4 «dealing with priority areas of damage rather than re-thinking the entire system» e p. 5 «when contemplating repair, constitutional scholars should avoid fixating on onerous and risky processes of formal constitutional design, replacement, and amendment when the most immediate fixes can be found at the sub-constitutional level».

¹¹⁶ «Analytically limited», p. 18.

riparare?; *feasibility*, cosa possiamo effettivamente fare?; *temporality*, cosa può essere fatto nel breve e nel lungo termine?; e *priority*, cosa bisogna fare per prima cosa?).

I punti interessanti toccati da Daly riguardano il fatto che egli analizza i casi di *repair* dopo un *backsliding* («Constitutional Repair after Democratic Backsliding») considerando paesi caratterizzati da un diverso grado di maturità democratica¹¹⁷, le modalità con cui il cambiamento era avvenuto (si parla di deterioramento e non di rottura totale della democrazia), la durata del periodo di *backsliding*, e la presenza o meno di una visione ideologica alla base (in effetti solo in Ungheria c'è un chiaro disegno di transizione da una democrazia liberale ad una illiberale e al momento il regime viene classificato come “ibrido”¹¹⁸).

Seguendo gli spunti forniti dal paper di Daly si può ritenere il concetto di *restaurative constitutionalism* difficilmente o solo parzialmente applicabile al caso polacco. Infatti, non si può tornare al sistema pre-PiS non solo perché al momento ci sono ostacoli politici ed istituzionali, ma anche perché quel sistema si era fatto corrompere facilmente e dunque bisogna correggerne i limiti per prevenire ulteriori degenerazioni. Nei progetti di legge presentati dalla nuova maggioranza e sottoposti al vaglio delle istituzioni europee ed al giudizio della Commissione di Venezia, i difetti del passato sono stati almeno parzialmente corretti, grazie anche alla consulenza della Commissione europea (*rule of law reports*) e della Commissione di Venezia (fin dai pareri del 2016-2017). Tuttavia queste correzioni devono fare i conti con la polarizzazione politica del paese, che non si può risolvere nel breve periodo e che rende evidente il fatto che non ci si trova nella situazione analoga a quella di una transizione di sistema dal momento che il PiS, che manifesta una chiara indisposizione al dialogo, è ancora il maggiore partito del paese.

L'opzione migliore sarebbe quella non tanto di un *reset* costituzionale o di un ripristino formale della situazione pre-2015 quanto piuttosto di una rifondazione costituzionale che, mantenendo la Costituzione del 1997, che aveva servito bene le sorti della democrazia polacca fino ad allora, consenta di effettuare quelle modifiche necessarie ad eliminare i difetti che hanno facilitato la degenerazione. Tra questi, le regole per eleggere i giudici costituzionali e quelle per formare il KRS

¹¹⁷ Democrazie consolidate e giovani democrazie: così sgombrando il campo dagli equivoci relativi all'assenza di consolidamento democratico in Ungheria e Polonia prima del *backsliding*.

¹¹⁸ Ma il Parlamento Europeo ha dichiarato che non è più una democrazia con atto del 15 settembre 2022: *European Parliament resolution of 15 September 2022 on the proposal for a Council decision determining, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded* (www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0324_EN.html).

ma anche una ulteriore riduzione dei poteri presidenziali. In subordine, rivedere anche la legge elettorale e le regole di protezione dai partiti antisistema.

Le soluzioni proposte finora, alcune bloccate per i veti degli organi catturati, non sono del tutto soddisfacenti. Il tempo passa senza che questi nodi vengano sciolti e ciò rende più difficile prospettare soluzioni future anche se si ritiene che la scadenza dei contropoteri catturati dovrebbe risolvere diversi problemi. Tuttavia, nonostante le accuse di immobilismo, la cautela con cui il governo procede per evitare scenari da *revenge constitutionalism* potrebbe essere lungimirante, distinguendosi per l'approccio partecipativo e consensuale.

Lo scenario attuale sembra essere quello dell' "attendismo costituzionale" forzando il meno possibile e preparando il terreno per le trasformazioni vere e proprie col supporto delle istituzioni europee. Ciò è quanto sta accadendo in relazione al pacchetto giustizia proposto dal Ministro Bodnar¹¹⁹. Nel breve periodo si sta operando con atti sub-legislativi e con risoluzioni parlamentari. Tra l'altro, bisogna notare che alcuni passaggi importanti vengono fatti proprio grazie ai meccanismi introdotti dalle riforme del PiS (si vedano i poteri del Ministro della giustizia/Procuratore generale per chiedere indagini o rimuovere i presidenti dei tribunali con motivazioni generiche e vaghe che occultano una discrezionalità politica quasi illimitata, come consentito dalla legge sull'ordinamento dei tribunali comuni del 27 luglio 2001, come modificata il 12 luglio 2017¹²⁰). L'attuale maggioranza potrebbe ancora beneficiare delle regole esistenti per la nomina dei giudici costituzionali da sostituire. Insomma, si sta operando nelle maglie del sistema senza violare apertamente la legalità.

Quanto ricostruito e prospettato per il futuro prossimo polacco potrebbe rivelarsi inutile nel medio periodo. Si tratta tuttavia di riflessioni che possono arricchire il dibattito generale sulle sorti della democrazia e costituzionalismo sullo sfondo dell'incertezza globale e dei rischi del loro deperimento.

¹¹⁹ Sul fatto che Bodnar starebbe agendo correttamente e nei limiti delle sue possibilità vedi M. JAŁOSZEWSKI, *A Year After the Elections: Bodnar Initiates Accountability and Judicial Reforms, Unlocks EU Funds, But Neo-KRS Remains*, in <https://ruleoflaw.pl/a-year-after-the-elections-bodnar-initiates-accountability-and-judicial-reforms-unlocks-eu-funds-but-neo-krs-remains/>, 17 October 2024, mentre ritiene che l'attuale governo non si distingua se non cosmeticamente da quello precedente per le sue politiche migratorie e socio-economiche K. MULARCZYK, *Poland's Tusk government is not so different from its PiS predecessor*, in <https://notesfrompoland.com/2024/10/11/polands-tusk-government-is-not-so-different-from-its-pis-predecessor-opinion/>, 11 Ottobre 2024.

¹²⁰ Il neo KRS ha fatto ricorso al Tribunale costituzionale contro le disposizioni che consentono al Ministro della Giustizia di destituire i presidenti dei tribunali senza un previo parere vincolante del KRS.

6. Qualche provvisoria considerazione conclusiva

L'erosione dello stato (costituzionale) di diritto che si è compiuta in alcuni ordinamenti europei nell'ultimo quindicennio ha catturato – com'era ovvio e doveroso – l'attenzione di una parte importante del diritto costituzionale comparato ed europeo, che insieme alla giurisprudenza delle Corti apicali sovranazionali ha contribuito a gettare le basi per una strategia volta a fronteggiare il fenomeno. Il fatto che in un paese tra i protagonisti di quel processo di erosione le elezioni siano state vinte da una coalizione che intende ripristinare la piena compatibilità dell'ordinamento nazionale con i valori europei non deve distogliere l'attenzione da quanto nello stesso paese accade ora, come se – conclusosi uno dei capitoli più incresciosi tra quelli che finora hanno ostacolato la storia dell'integrazione europea – anche ciò che è avvenuto nel recente passato potesse essere chiuso nel cassetto dell'oblio. I motivi di interesse scientifico, se non di allarme, non diminuiscono. In primo luogo l'esito positivo di un percorso di reinserimento nell'alveo della democrazia costituzionale non è affatto scontato, per numerose difficoltà di ordine tecnico e politico che sono state qui affrontate, e l'eventuale fallimento può produrre a cascata ripercussioni sugli ordinamenti che sono a stretto contatto con quello infetto. In secondo luogo va considerato che, diversamente da una regressione democratica, il percorso a ritroso nel senso del risanamento, accanto a un valore descrittivo, ne possiede almeno in potenza uno prescrittivo, che non si limiti a spiegare fatti ma fornisca almeno un indirizzo generale di principio a casi che potrebbero presentarsi in futuro. Le ragioni di interesse per un simile processo, infine, sono direttamente proporzionali al peso politico che il singolo ordinamento riveste nel contesto geografico di più diretto riferimento – in questo caso l'Unione europea – e crescono al crescere di quello stesso peso.

Costituisce un fatto singolare che, nell'ambito dei paesi europei che hanno conosciuto negli ultimi anni una deriva illiberale, i fondamenti teorici per il superamento di una tale deriva siano stati predisposti con anticipo, grazie a un ricco e articolato confronto tra costituzionalisti e studiosi di discipline affini, proprio nell'Ungheria che è risultata poi sopraffatta da quella deriva con il perfezionamento ormai compiuto della trasformazione che si voleva scongiurare. Mentre nell'altro paese colpito da simile patologia, la Polonia, ove il confronto sulla c.d. Transizione 2.0 è stato meno organico, più occasionale, il responso elettorale ha mostrato con evidenza abbagliante quanto meno la possibilità di un'alternativa alla continua involuzione illiberale. Si può allora dire che la Polonia ha affrontato la sua nuova transizione democratico-liberale in modo improvvisato, priva di un *background* teorico, mentre gli studiosi che si sono dedicati alla possibile rinascita democratica in Ungheria si sono affannati inutilmente?

Sarebbe una conclusione affrettata. La stessa Ungheria, per quanto ormai molto più consolidata in un regime che potrebbe definirsi ibrido, non ha quanto meno perduto i caratteri di una democrazia elettorale e non si può ancora escludere che l'esercizio del diritto di voto sia capace di determinare cambiamenti importanti di indirizzo politico e anche costituzionale. Una parte qualificata della scienza politica americana riconosce l'accettazione della sconfitta elettorale come condizione non solo per definire come democratico un sistema politico nel complesso, ma anche per qualificare come tali le forze in competizione, a cominciare dai protagonisti che risultano sconfitti alle consultazioni¹²¹. Se così stanno le cose, occorre in conclusione fare un riconoscimento alla forza politica che pure ha determinato il degrado dei valori costituzionali in Polonia negli ultimi anni, e che anche qui si è voluto criticare in termini aspri.

Le riflessioni approfondite che sono state dedicate all'Ungheria potrebbero tornare preziose in una prossima occasione – pur se la situazione dovesse dimostrarsi ulteriormente compromessa – ma d'altra parte vi sono elementi di quel patrimonio di idee che possono fin d'ora essere applicati in altri contesti, sebbene le peculiarità locali siano tali da imporre una selezione accurata degli strumenti che possono essere usati. Ciò detto, è vero solo in parte che nulla sia stato preventivato con riferimento alla Polonia. La panoplia di riflessioni sulla *Transition 2.0* mantiene giustamente un carattere universale sul piano teorico, ma ha uno sguardo concentrato sulla Polonia a partire dalla scommessa – vinta solo poche settimane dopo l'apparizione del libro – su un cambiamento politico radicale. È sintomatico come, con riferimento ai paesi europei, la prospettiva di un recupero della democrazia a base liberale venga prefigurata in una doppia dimensione, quella nazionale e quella dell'influenza che su un ordinamento colpito dal degrado possa essere esercitata dall'Unione europea.

¹²¹ Così, in adesione alle più risalenti tesi di Juan José Linz in merito alla figura del «loyal democrat», S. LEVITSKY, D. ZIBLATT, *Tyranny of the Minority. How to Reverse an Authoritarian Turn and Forge a Democracy for All*, London, VIKIN, 2023, 40-41, con l'aggiunta del secondo requisito, consistente nel rigetto radicale della violenza, e del terzo, che comporta la rottura radicale con forze esplicitamente antidemocratiche come potenziali complici.