



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. I

(ESTRATTO)

FRANCESCA MAURI

**IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE POLACCO, LE CORTI SOVRANAZIONALI E
LA SALVAGUARDIA DELLO STATO DI DIRITTO IN EUROPA**

1° FEBBRAIO 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Francesca Mauri
Il Tribunale costituzionale polacco, le Corti sovranazionali
e la salvaguardia dello Stato di diritto in Europa*

ABSTRACT: *The paper explores Poland's troubled relationship with the European Union and the Council of Europe on the justice's reform package. Starting from the two recent judgements of the Polish Constitutional Tribunal, with which it has declared the unconstitutionality of articles 1, 2 and 19 TEU and article 6 paragraph 1 ECHR, the paper analyses the possible evolution of Poland's membership in the two Organizations.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'affondo di Lussemburgo: La sentenza A.B. sulla nomina dei giudici del *Sąd Najwyższy*. – 3. L'affondo di Lussemburgo: La sentenza A.B. sulla nomina dei giudici del *Sąd Najwyższy*. – 4. Il contraccolpo di Varsavia: La sentenza K 3-21 del Tribunale Costituzionale polacco. – 5. L'origine delle tensioni tra Strasburgo e Varsavia: la sentenza *Xero Flor* sulla composizione del Tribunale costituzionale polacco. – 6. *Melius abundare quam deficere*: la doppia reazione del Tribunale Costituzionale alla sentenza *Xero Flor*. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Premessa.

Mai, come nell'ultimo periodo, la partecipazione della Polonia alle due principali organizzazioni sovranazionali europee, Unione europea e Consiglio d'Europa, ha evidenziato le sue criticità.

Con le sentenze del 7 ottobre¹ e del 24 novembre 2021², rispettivamente sull'incostituzionalità degli artt. 1, 2 e 19 del Trattato sull'Unione europea e art. 6 par. 1 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il Tribunale costituzionale polacco (*Trybunał konstytucyjny*), difendendo strenuamente la legittimità della riforma della giustizia, ha segnato infatti un'ulteriore presa di distanza dalle due organizzazioni.

Ripercorrendo, allora, i recenti sviluppi nei rapporti tra Polonia, Unione Europea e Consiglio d'Europa, s'intendono qui esaminare i possibili futuri scenari della *membership* polacca nell'ambito dei succitati organismi sovranazionali, nonché i risvolti giurisdizionali e politici per contenerne una deriva giudicata pressoché unanimemente illiberale.

Le vicende, com'è noto, possono riportarsi all'ormai annoso contenzioso che vede contrapporsi Varsavia e le organizzazioni europee sul tema della giustizia portata avanti dal partito di maggioranza conservatore "Diritto e giustizia" (PiS)³. Iniziato con la riforma della composizione del Tribunale



¹ Tribunale costituzionale polacco, sent. n. K 3/21, "Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union", Varsavia, 7 ottobre 2021 ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)).

² Tribunale costituzionale polacco, sent. n. K 6/21, "Article 6(1), first sentence, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, insofar as the term 'tribunal' used therein comprises the Constitutional Tribunal" ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)). Su questa pronuncia, v., in particolare, S. TROILO, [Controlimiti versus Stato di diritto? Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia sull'indipendenza della magistratura](#), retro, 115.

³ W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019; R. GRZESZCZAK AND S. TERRETT, *The EU's Role in Policing the Rule of Law: Reflections on Recent Polish Experience*, in [Northern Ireland Legal Quarterly](#), n. 69, Issue 3, 2018, 347-366; L. BESSELINK, K. TUORI, G. HALMAI, C. PINELLI, *The Rule of Law Crisis in Europe*, in *Diritto Pubblico*, Issue 1, 2019, 267-287; A. BODNAR, *Protection of Human Rights after the Constitutional Crisis in Poland*, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, edited by S. Baer, O. Lepsius, C. Scöberger, C. Waldhoff, C. Walter, 2018; R. PIOTROWSKI, *L'indipendenza della magistratura e la democrazia costituzionale. Rivisitazione dell'esperienza attuale della Polonia*, in G. Pitruzzella, O. Pollicino, M. Bassini (curr.), *Corti europee e democrazia. Rule of Law, indipendenza e accountability*, Milano, 2019, 95-122; A. ANGELI, A. DI GREGORIO, J. SAWICKI, *La controversa approvazione del "pacchetto giustizia" nella Polonia di "Diritto e giustizia"*. Ulteriori considerazioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo, in [DPCE Online](#), n. 3, 2017, 802 ss.

costituzionale a fine 2015⁴ e dell'Ufficio della Procura nel 2016, il processo di progressiva erosione dell'indipendenza del potere giudiziario nell'ordinamento polacco è proseguito con le modifiche alla Corte suprema e alle Corti ordinarie del 2017 e del 2019, giungendo all'apice nel dicembre 2019 con l'approvazione, da parte del *Sejm*, della legge sull'ordinamento giudiziario⁵.

Tale percorso, già evidenziatosi con riferimento alla magistratura ungherese e definito da Scheppele con il termine *court packing*⁶, è chiaramente volto a ridurre sempre più la distanza che separa il potere giudiziario dalla politica, in un quadro di allargamento delle competenze del governo negli ambiti cruciali di pertinenza della magistratura.

Nella stessa direzione sembrano, dunque, essersi mosse le due sentenze oggetto del presente lavoro, in quanto volte proprio ad avallare – attraverso la voce autorevole del Tribunale costituzionale polacco – il progressivo affievolimento del principio dell'indipendenza della magistratura messo in atto dal Governo polacco.

2. L'affondo di Lussemburgo: La sentenza A.B. sulla nomina dei giudici del Sąd Najwyższy

I rapporti già tesi tra la Corte di giustizia e il Governo polacco hanno subito un aggravamento con la sentenza pronunciata dalla Grande Camera il 2 marzo 2021 su richiesta del *Naczelny Sąd Administracyjny* (Corte suprema amministrativa) nella causa AB⁷, riguardante le nuove regole per la nomina dei giudici della Corte Suprema polacca (*Sąd Najwyższy*) introdotte con la riforma del 2019.

All'origine del dissidio si trovano le azioni intentate da alcuni candidati alla Corte Suprema che si erano visti rifiutare la proposta di nomina al Presidente della Repubblica da parte del Consiglio Nazionale di Magistratura, che aveva avanzato invece altri nominativi. Benché fosse prevista la possibilità per i candidati esclusi di presentare ricorso, la proposta di nomina sarebbe divenuta ugualmente effettiva se l'atto non fosse stato impugnato da tutte le parti della procedura di selezione, ivi comprese quelle che non avrebbero alcun interesse ad impugnare in quanto candidati designati.

Gli esclusi adivano, pertanto, la Corte Suprema Amministrativa polacca, che, con rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del 21 novembre 2018, chiedeva, anzitutto, se fosse compatibile con il principio dello Stato di diritto e con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva la normativa che aveva previsto che la proposta di nomina di un candidato alla carica di giudice della Corte suprema si sarebbe perfezionata in difetto di un'impugnazione da parte di tutti i partecipanti. Si domandava, in secondo luogo, se integrasse una violazione dello stato di diritto, del principio della parità di trattamento e dell'accesso equo e non discriminatorio all'ufficio del giudice presso la Corte suprema che, pur dandosi un diritto di ricorso al giudice competente nei singoli casi, la nomina ad un posto vacante di giudice della Corte suprema potesse avvenire senza che il tribunale competente potesse effettuare un riesame delle suddette procedure di selezione. Infine, la Corte Suprema Amministrativa dubitava che fosse compatibile con il principio dell'equilibrio istituzionale una composizione del Consiglio Nazionale di Magistratura, il cui compito è salvaguardare l'indipendenza della magistratura e gestire la nomina all'ufficio di giudice della Corte suprema, interamente determinata dal potere legislativo.

⁴ Sul punto, v. W. SADURSKI, *Polish Constitutional Tribunal under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 11, 2019, 82 ss.; J. SAWICKI, *Polonia: un tentativo di eviscerazione dello stato costituzionale di diritto*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 marzo 2016, 1 ss.; M. DICOSOLA, *La crisi costituzionale del 2015-16 in Polonia: il fallimento della transizione al costituzionalismo liberale?*, in *Osservatorio costituzionale*, 1/2016; A. MLYNARSKA-SOBACZEWSKA, *Polish Constitutional Tribunal Crisis: Political Dispute for Falling Kelsenian Dogma of Constitutional Review*, in *European Public Law*, vol. 23, 2017, No. 3, 489 ss.

⁵ *Amendments to the Act on the System of Common Courts, the Act on the Supreme Court, the Act on the National Council of the Judiciary and Certain other Acts*, 20 dicembre 2019 ([testo in inglese](#)).

⁶ K. L. SCHEPPELE, *Populist Constitutionalism?* in [European University Institute Blog](#), 16 November 2017. Il termine 'court-packing' deriva dalla tradizione americana costituitasi attorno al 'Judicial Procedures Reform Bill' of 1937, proposto dal Presidente Roosevelt allo scopo di manipolare la composizione della Corte suprema ed assicurarsene il favore.

⁷ CGUE, sent. 2 marzo 2021, Causa C-824/18, *A.B. and others*.

Successivamente, il 26 giugno 2019, la medesima Corte proponeva una questione aggiuntiva, presentata a seguito dell'approvazione della legge del 26 aprile 2019⁸. La nuova normativa, infatti, stabiliva *ipso iure* un non luogo a provvedere in controversie come quelle di cui al procedimento principale ed escludeva per il futuro qualsiasi possibilità di ricorso nelle cause individuali relative alla nomina a un posto di giudice al *Sąd Najwyższy*. Una simile previsione normativa appariva, infatti, pregiudicare il diritto di accesso alla giustizia nella parte in cui, nelle controversie individuali pendenti dinanzi all'organo giurisdizionale originariamente competente per tali procedimenti (ovvero la Corte Suprema Amministrativa), privava questo stesso giudice della possibilità di sottoporre efficacemente tali domande alla Corte di giustizia e del diritto di attendere la risposta sul rinvio, inficiando, così, il principio di leale collaborazione vigente nell'Unione⁹.

La Corte di giustizia, con la sentenza del 2 marzo 2021, rispondendo preliminarmente al Procuratore Generale che ne aveva eccepito l'incompetenza, ha ricordato che, “sebbene l'organizzazione della giustizia negli Stati membri rientri nella competenza di questi ultimi, ciò non toglie che, nell'esercizio di tale competenza, gli Stati membri siano tenuti a rispettare gli obblighi per essi derivanti dal diritto dell'Unione”¹⁰. Più sostanzialmente, poi, smentendo un precedente giudizio del Tribunale Costituzionale polacco¹¹, ha riaffermato l'assoluta centralità del rinvio pregiudiziale previsto all'art. 267 TFUE, dal momento che siffatto strumento garantisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte “qualora ritengano che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, siano sorte questioni che richiedono un'interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione necessarie per definire la controversia di cui sono investiti”¹². Nello specifico caso polacco, poi, essendo il giudice del rinvio un organo avverso le cui decisioni non potrebbe più proporsi alcun ricorso di diritto interno, la facoltà prevista nell'art. 267 TFUE si trasforma in un obbligo di adire la Corte in via pregiudiziale. Ne deriva che uno Stato membro non possa, “senza violare l'articolo 267 TFUE, in combinato disposto con l'articolo 4, par. 3, comma 3, TUE, apportare alla propria normativa nazionale modifiche che abbiano l'effetto specifico di impedire il mantenimento, successivamente alla loro proposizione, di domande di pronuncia pregiudiziale rivolte alla Corte e di impedire così a quest'ultima di pronunciarsi su tali domande, nonché di escludere qualsiasi possibilità che un giudice nazionale ripresenti in futuro domande analoghe”¹³.

Quanto alla questione relativa alla violazione degli artt. 2 e 19 TUE, la Corte di giustizia ha ribadito che “il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, cui fa riferimento l'articolo 19, par. 1, comma 2, TUE, costituisce un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”¹⁴, sicché “ogni Stato membro deve garantire che gli organi che fanno parte, in quanto «organi giurisdizionali» nel senso definito dal diritto dell'Unione del suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione e che, pertanto, possono trovarsi a dover statuire in tale qualità

⁸ La legge del 26 aprile 2019 (Dz. U. del 2019, posizione 914), Legge recante modifica della legge sul Consiglio nazionale della magistratura e della legge recante organizzazione del contenzioso amministrativo, ha modificato l'art. 44 della legge sul Consiglio Nazionale della Magistratura stabilendo che «Non è possibile proporre ricorso nelle controversie individuali concernenti la nomina all'ufficio di giudice del [Sąd Najwyższy (Corte suprema)]». Peraltro, l'articolo 3 della legge del 26 aprile 2019 prevede che «[i] ricorsi avverso le delibere [della KRS] nelle controversie individuali concernenti la nomina all'ufficio di giudice [del Sąd Najwyższy (Corte suprema)], promossi ma non definiti prima dell'entrata in vigore della presente legge, si estinguono ipso iure».

⁹ *Ibid.* § 58.

¹⁰ CGUE, sent. 2 marzo 2021, Causa C-824/18, *A.B. and others*, § 68.

¹¹ Tribunale costituzionale polacco, sent. n. K 12/18, Varsavia, 25 marzo 2019, “The election of members to the National Council of the Judiciary from among judges; an appeal against the said Council's resolution on an appointment to the office of judge” ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)). Sul punto, v. J. SAWICKI, *La Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 3/19, pp. 11 ss.

¹² CGUE, sent. 2 marzo 2021, Causa C-824/18, *A.B. and others*, §§ 90 ss.

¹³ *Ibid.* § 95.

¹⁴ *Ibid.* § 110.

sull'applicazione o sull'interpretazione del diritto dell'Unione, soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva"¹⁵.

Al contrario, secondo la Corte di giustizia, le modifiche legislative introdotte con la legge 26 aprile 2019, "sono tali da suggerire che il potere legislativo polacco, nel caso di specie, ha agito con il preciso scopo di impedire qualsiasi possibilità di esercitare un controllo giurisdizionale sulle nomine intervenute sulla base di dette delibere della KRS, come, del resto, su tutte le altre nomine intervenute in seno al Sąd Najwyższy (Corte suprema) a partire dall'istituzione della KRS nella sua nuova composizione"¹⁶. Per quanto riguarda, poi, il principio del primato del diritto dell'Unione, la Corte ha riaffermato, sulla scorta di una giurisprudenza costante, che una disposizione di diritto nazionale che impedisce l'attuazione della procedura di cui all'articolo 267 TFUE deve essere disapplicata senza che il giudice interessato debba chiederne o attenderne la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale, con la conseguenza che se il giudice del rinvio dovesse ritenere che le disposizioni della legge 26 aprile 2019 violino l'art. 19, par. 1, comma 2, TUE, egli dovrebbe disapplicarle¹⁷. Come efficacemente rilevato, dunque, la Corte di giustizia, interpretando l'art. 267 TFUE come uno strumento necessario nelle mani dei giudici nazionali, avrebbe dimostrato ancora una volta l'efficacia del "metodo giudiziario"¹⁸ rispetto a quello politico nel fronteggiare la deriva illiberale della Polonia.

4. Il contraccolpo di Varsavia: La sentenza K 3-21 del Tribunale Costituzionale polacco

Prevedibilmente, la risposta di Varsavia alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *A.B.* non ha tardato ad arrivare.

Il 29 marzo 2021, il Primo ministro polacco ha chiesto, infatti, al Tribunale costituzionale di stabilire eventuali profili di incompatibilità con la Costituzione di alcune disposizioni del TUE (artt. 4, par. 3, e 19 par. 1), la cui interpretazione operata della Corte di giustizia nella sentenza del 2 marzo 2021 imporrebbe alle autorità nazionali di prendere provvedimenti dalle stesse ritenuti incostituzionali¹⁹.

L'intento è stato qui evidentemente quello di reagire alle ripetute censure sulle riforme del potere giudiziario pronunciate negli anni dalla Corte di giustizia e, più specificamente, di contrapporre un baluardo interno – approntato negli anni mediante la cosiddetta "cattura" del Tribunale Costituzionale²⁰ – alle ingerenze dell'Unione europea.

¹⁵ *Ibid.* § 112.

¹⁶ *Ibid.* § 138.

¹⁷ *Ibid.* §§ 140-143. Pertanto, la Corte conclude che, in presenza di modifiche dell'ordinamento giuridico nazionale come quelle introdotte dalla legge 26 aprile 2019, l'articolo 267 TFUE e l'articolo 4, par. 3, TUE debbano essere interpretati "nel senso che essi ostano a modifiche siffatte qualora risulti – circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare sulla base dell'insieme degli elementi pertinenti – che tali modifiche hanno avuto lo specifico effetto di impedire alla Corte di pronunciarsi su questioni pregiudiziali come quelle che le sono state sottoposte da tale giudice e di escludere qualsiasi possibilità che un giudice nazionale ripresenti in futuro questioni analoghe". Inoltre, l'art. 19, par. 1, comma 2, deve essere interpretato "nel senso che esso osta a modifiche siffatte qualora risulti – circostanza che spetta al giudice del rinvio valutare sulla base dell'insieme degli elementi pertinenti – che tali modifiche sono idonee a suscitare dubbi legittimi nei singoli quanto all'impermeabilità dei giudici nominati dal presidente della Repubblica, sulla base delle suddette delibere della KRS, rispetto a elementi esterni, in particolare rispetto a influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo, e quanto alla loro neutralità rispetto agli interessi contrapposti, e possono quindi condurre a una mancanza di apparenza d'indipendenza o di imparzialità di detti giudici tale da ledere la fiducia che la giustizia deve ispirare ai singoli in una società democratica e in uno Stato di diritto" (*ibid.* § 150).

¹⁸ J. SAWICKI, *La Polonia dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. La via giudiziaria come possibile soluzione alle minacce per lo stato di diritto*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 3/19, 11 ss.

¹⁹ PRIMO MINISTRO DELLA REPUBBLICA DI POLONIA, K 3/21 - wniosek Prezesa Rady Ministrów, 29 marzo 2021. Al giudizio dinanzi al TC, oltre al ricorrente Primo Ministro, hanno preso parte il Presidente della Repubblica, il **Sejm**, il Ministro degli Affari Esteri, il Procuratore generale e l'Ombudsman polacco

²⁰ Sul punto *ex multis*, v. T. KONCEWICZ, *Constitutional Capture in Poland 2016 and Beyond: What is Next?*, in *Verfassungsblog*, 19 dicembre 2016; T. KONCEWICZ, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: Of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, in *Review of Central and East European Law*, 31 maggio 2018; W.

Il 7 ottobre 2021, sul sito del Tribunale costituzionale polacco è stato pubblicato il dispositivo della decisione K 3/21²¹. Pur mancando ancora le motivazioni, tale dispositivo, corredato da una dichiarazione stampa che ne descrive i principali elementi²², pare sufficiente a sostenere alcune considerazioni di carattere generale sull'atteggiamento di Varsavia nei confronti delle fonti primarie dell'Unione europea e, in particolar modo, sulla lettura data dal TC al ruolo della Corte di giustizia quale custode ed interprete dei Trattati.

La decisione, di tipo interpretativo²³, è suddivisa in tre punti speculari alle richieste avanzate dal Primo Ministro ed affronta la ridetta questione della compatibilità degli artt. 1, parr. 1 e 2, 2, 4, par. 3, 19 par. 1, TUE con la Costituzione polacca. Nel primo punto²⁴, il TC dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, parr. 1 e 2, in combinato disposto con l'art. 4, par. 3, del TUE, muovendo dalla constatazione che il processo d'integrazione europeo sarebbe giunto ad un "nuovo stadio" di maturazione, indotto sia dall'attività legislativa dell'Unione europea, sia dal ruolo interpretativo svolto dalla Corte di giustizia, vale a dire ad "unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa" che contrasterebbe con i valori della Costituzione polacca.

Più, nello specifico, tale incostituzionalità è ravvisata sia nel fatto che le autorità dell'Unione europea agirebbero al di fuori del fascio di competenze loro attribuite dalla Repubblica di Polonia mediante i Trattati; sia nella circostanza che la Costituzione polacca non rappresenterebbe più la legge suprema della Repubblica, così che la Polonia non potrebbe più funzionare come Stato sovrano e democratico.

Muovendo dalla convinzione che le istituzioni dell'Unione europea stiano agendo *ultra vires*, non v'è, dunque, dubbio che, al fine di rivendicare la sovranità nazionale della Polonia, il TC sia pervenuto a contraddire alcuni valori fondanti dell'Unione. Si noti, esemplarmente, come l'obiettivo dell'"unione sempre più stretta", ripresa nei Trattati istitutivi dal *Preambolo dello Statuto del Consiglio d'Europa* del 1949, sia presente nel *Preambolo del Trattato CEE* del 1957 e, comunque, contrariamente a quanto potrebbe apparire dalla sentenza, facesse già parte dell'*acquis communautaire* accettato dalla Polonia al momento dell'ingresso nell'Unione europea il 1° maggio 2004. Come sottolineato recentemente da alcuni commentatori²⁵, la presa di posizione di Varsavia potrebbe apparire come un preoccupante richiamo all'*opt-out* espresso da David Cameron all'inizio dei negoziati *Brexit* rispetto all'impegno a condividere il processo di integrazione europeo verso l'"unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa"²⁶. Anche se, ricordando che il diniego di

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*, volume 11, 63–84 (2019).

²¹ Tribunale costituzionale polacco, sent. K 3/21 del 7 ottobre 2021 ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)).

²² Tribunale costituzionale polacco, *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*, press release after the hearing ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)).

²³ M. KROGEL, *Symposium — Part IV — After the Decision of the Captured Polish Constitutional Tribunal: Jurists Trying to Have and Eat Their Cake*, in [Blog of the International Journal on Constitutional Law](#), 17 ottobre 2021.

²⁴ Al punto primo del dispositivo si legge "Article 1, first and second paragraphs, in conjunction with Article 4(3) of the Treaty on European Union (*Journal of Laws – Dz. U. of 2004 No. 90, item 864/30, as amended*) – insofar as the European Union, established by equal and sovereign states, creates "an ever closer union among the peoples of Europe", the integration of whom – happening on the basis of EU law and through the interpretation of EU law by the Court of Justice of the European Union – enters "a new stage" in which:

a) the European Union authorities act outside the scope of the competences conferred upon them by the Republic of Poland in the Treaties;

b) the Constitution is not the supreme law of the Republic of Poland, which takes precedence as regards its binding force and application;

c) the Republic of Poland may not function as a sovereign and democratic state – is inconsistent with Article 2, Article 8 and Article 90(1) of the Constitution of the Republic of Poland."

²⁵ C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Poexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in [Federalismi.it](#), vol. 24/2021.

²⁶ V. C. CURTI GIALDINO, *La richiesta britannica di rinegoziare taluni impegni europei: prime considerazioni sulla lettera del premier Cameron al presidente del Consiglio europeo Tusk*, in [Federalismi.it](#), vol. 23/2015, 1-27.

Bruxelles all'iniziativa britannica venne allora sostenuto anche da Varsavia, il passo indietro polacco, più che volto a ridimensionare la propria partecipazione al progetto di integrazione europeo, parrebbe diretto "più semplicemente" a circoscrivere la capacità della Corte di giustizia di intervenire sul progetto di riforma della giustizia polacca.

Anche circa l'asserita supremazia della Costituzione rispetto al diritto eurounitario, nei cui termini già nel 2005, con la sentenza K 18/04, il Tribunale costituzionale polacco si era espresso²⁷, non sembra essersi tenuto conto del fatto che, al momento dell'adesione della Polonia all'Unione Europea, era completamente consolidato l'orientamento giurisprudenziale sulla prevalenza del diritto europeo anche rispetto alle Costituzioni nazionali. Se è pur vero, infatti, che non sono mancati interventi mitigatori di tale principio mediante il ricorso di Corti nazionali alla teoria dei *controlimiti*²⁸, in nessun caso si era assistito ad una così forte e generalizzata affermazione della superiorità di una Costituzione nazionale rispetto al diritto comunitario. A meno di non ritenere che il TC, più che mirare a risolvere una contraddizione esistente tra Costituzione polacca e diritto eurounitario, abbia piuttosto voluto fornire copertura costituzionale alla legislazione nazionale ordinaria, al fine di abbassare il livello di indipendenza della magistratura al di sotto del minimo richiesto sia dalla Costituzione polacca sia dal diritto dell'UE.²⁹ Per dirla con il costituzionalista polacco Wojciech Brzozowski, "la veste formale della sentenza è stata utilizzata per ottenere un effetto che ha poco a che fare con il controllo di costituzionalità e che è più simile alla riserva ai sensi del diritto internazionale"³⁰

Nel prosieguo, ai punti 2 e 3 del dispositivo, il TC afferma l'incostituzionalità degli obblighi derivanti dall'art. 19, par 1 TUE, da solo o in combinato disposto con l'art. 2 TUE, nella misura in cui – al fine di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione – consente ai giudici nazionali, in via generale³¹, di

a) controllare la legittimità della procedura di nomina di un giudice, compreso il controllo della legittimità dell'atto con cui il Presidente della Repubblica nomina un giudice, aggirando le disposizioni della Costituzione³²;

b) riesaminare la legittimità della delibera del Consiglio Nazionale della Magistratura di deferire al Presidente della Repubblica una richiesta di nomina di un giudice facendo perno su disposizioni revocate dal *Sejm* e/o dichiarate dalla Corte costituzionale in contrasto con la Costituzione; e, infine,

c) accertare la sussistenza di vizi nel processo di nomina del giudice e, di conseguenza, rifiutare di considerare giudice una persona nominata a un ufficio giudiziario ai sensi dell'articolo 179 Cost.

Ora è indubbio che l'organizzazione del potere giudiziario non rientri tra le competenze trasferite all'Unione europea dagli Stati membri; del resto, l'art. 19 (1), 2, oggetto della declaratoria di incostituzionalità da parte del TC, afferma che sono gli Stati membri a stabilire i rimedi giurisdizionali

²⁷ Stabilendo che, nell'ipotesi di un conflitto tra la Costituzione e una disposizione di diritto dell'Unione, anche di rango primario, non risolvibile in via interpretativa, non sarebbe stato possibile ammettere né che una disposizione costituzionale fosse sostituita da una regola del diritto dell'Unione, né che la sua applicazione fosse limitata ai settori non rientranti nel campo di applicazione del diritto dell'Unione.

²⁸ Sulla teoria dei controlimiti, v., tra gli altri, M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007; A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in questa *Rivista*, 17.11.2014; S. ROMBOLI, *La nuova stagione dei controlimiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale*, *ivi*, 2016/III, 456; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005; D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione Europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze, 2021; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Torino, 2012.

²⁹ V., sul punto, S. BIERNAT – E. ŁĘTOWSKA, *This Was Not Just Another Ultra Vires Judgment! Commentary to the statement of retired judges of the Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 27 ottobre 2021.

³⁰ W. BRZOZOWSKI, *C'è del marcio in Polonia? Il significato autentico della sentenza costituzionale 7 ottobre 2021*, in *Quaderni Costituzionali*, fascicolo 4, 2021, p. 974.

³¹ Tribunale costituzionale polacco, sent. K 3/21 del 7 ottobre 2021, pt. 2.

³² Tribunale costituzionale polacco, sent. K 3/21 del 7 ottobre 2021, pt. 3.

necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.

Quest'ultima disposizione, in una prima consolidata accezione fornita dalla giurisprudenza, indica che la tutela giurisdizionale di posizioni soggettive nei settori disciplinati dal diritto dell'UE deve essere assicurata nel quadro degli strumenti di garanzia predisposti da ciascun ordinamento nazionale³³ in base al principio di leale cooperazione previsto all'art. 4, par. 3, TUE, che, nell'imporre agli Stati generali obblighi di condotta privi di un contenuto predeterminato, presuppone tuttavia che gli stessi utilizzino le proprie competenze giurisdizionali al fine di garantire l'efficacia anche del diritto UE. Ciò si traduce nel fatto che "spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in applicazione del principio di leale cooperazione, designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli in forza delle norme di diritto dell'Unione"³⁴. Ancora, più di recente, la Corte di giustizia ha precisato che, partendo dalle premesse che "l'articolo 19 TUE [...] concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE", l'obbligo per gli Stati di garantire una tutela giurisdizionale effettiva non è più solamente una conseguenza del principio di leale cooperazione, ma ne costituisce il presupposto³⁵.

In questo quadro, l'art. 19 TUE, assume, dunque, proprio quel carattere di elemento sistemico e fondante dell'ordinamento UE che la sentenza del TC polacco intende disconoscere. Avendo, tuttavia, la Polonia, al pari di tutti gli altri Stati membri dell'Unione, trasferito alla Corte di giustizia la competenza ad interpretare il principio di effettiva tutela giurisdizionale a cui pertiene strettamente l'indipendenza dei giudici, la relativa verifica non sembra rappresentare un'ingerenza della Corte di giustizia nell'organizzazione del potere giudiziario, bensì un legittimo esercizio del proprio ruolo di garante del rispetto dei Trattati³⁶.

Sebbene possa apparire sproporzionato parlare di *Polexit*, è evidente che la sentenza del Tribunale costituzionale polacco segna un nuovo punto di rottura, almeno tra Varsavia e Lussemburgo. Anche se la questione, come notato da diversi commentatori, merita di essere ridimensionata, dato che la sentenza in commento non potrà produrre effetti ed assumere valore vincolante nei confronti dei giudici polacchi, che solo di fatto potrebbero esserne condizionati implementando il diritto dell'UE come interpretato dal Tribunale costituzionale e rifiutando di dare applicazione a determinate sentenze della CGUE, *in primis* la sentenza A.B.

Per altro verso, nemmeno sembra reggere l'omologazione della sentenza di Varsavia con famose prese di posizione di altre Corti costituzionali nazionali³⁷. In tal senso, non è, infatti, passato inosservato il tentativo posto in essere dal Governo polacco di porsi nel solco della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul *Public Sector Purchase Programme* della BCE³⁸. È evidente, tuttavia,

³³ CGUE, 16 dicembre 1976, 33/76, *Rewe*, e 9 novembre 1983, 199/82, *San Giorgio*.

³⁴ CGUE, 26 giugno 2019, C-723/17, *Craeynest*, § 31.

³⁵ CGUE, 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, §§ 32-36.

³⁶ Nello specifico caso polacco, tale controllo, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, ha avuto ad oggetto – fra gli altri – anche la composizione della Corte suprema polacca la quale, non rispettando il principio di indipendenza del potere giudiziario non garantiva – secondo l'interpretazione della CGUE – il rispetto dell'art. 19 (1) TUE: CGUE, sent. 2 marzo 2021, Causa C-824/18, *A.B. and others*.

³⁷ Ne è un esempio l'italiana "Saga Taricco", causa C-105/14 e causa C-42/17. Sul punto, v. G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra revirements e questioni irrisolte*, in questa *Rivista*, 2018/II, 347; S. ROMBOLI, *La nuova stagione dei controlimiti: il caso Taricco all'esame della Corte costituzionale*, *ivi*, 2016/III, 456; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, *ivi*, 2017/I, 81; L. COSTANZO, *La prescrizione giusta: nodi e questioni del caso Taricco*, *ivi*, 2017/III, 504.

³⁸ V., sul tema, M. BURSI, *La sentenza del BVerfG sul Public Sector Purchase Programme: un'Europa sempre più difficile*, in questa *Rivista*, *Studi 2020/II*, 385-405, 9 luglio 2020; M. BONINI, *Il Bundesverfassungsgericht tedesco e il programma PSPP: dalla sentenza «Weiss» alla procedura di infrazione della Commissione, attraverso il percorso accidentato del sindacato nazionale sugli atti ultra vires dell'Unione europea*, in *DPCE Online*, 9 luglio 2021; L. FERRARO, *La corte di Karlsruhe e il programma di acquisto dei titoli pubblici da parte della BCE (PSPP): principio democratico versus solidarietà?*, in *Rivista AIC*, vol. 3/2021; L. VIOLINI, *Le riserve tedesche nei riguardi della UE: un po' di storia e qualche considerazione sulla sentenza del BVERFG sul PSPP (Ezb-Urteil)*, in *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, III, 479, Genova, 2020; B.

la differenza. Mai, prima d'ora, alcuno Stato membro aveva messo in discussione il primato del diritto dell'Unione in maniera così generalizzata, laddove le sentenze dei tribunali di altri paesi hanno riguardato questioni sorte nell'interpretazione della Costituzione nazionale e del diritto dell'UE principalmente in settori ben definiti del diritto sostanziale, toccando prevalentemente il diritto derivato dell'UE, senza contestare direttamente i Trattati – come fa la sentenza K 3/21 – né la giurisprudenza della CGUE sui valori fondanti dell'Unione. Si noti, d'altra parte, come in tali precedenti, le Corti nazionali hanno generalmente mirato ad innalzare il livello di tutela garantito ai propri cittadini e non, come nel caso polacco, a degradarlo³⁹.

Non sorprende, dunque, che la sentenza del Tribunale costituzionale polacco abbia esacerbato tensioni già esistenti, provocando un'immediata reazione delle stesse istituzioni europee. Il 19 ottobre, il Parlamento Europeo, riunito in sessione plenaria a Strasburgo, ha discusso della decisione del TC polacco e, a seguito di un'interlocuzione con il Primo Ministro Morawiecki, ha adottato una risoluzione “sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia e il primato del diritto dell'UE”⁴⁰. Definendo la sentenza come un “attacco alla comunità europea di valori e leggi nel suo complesso che compromette il primato del diritto dell'UE come uno dei suoi principi fondamentali, conformemente alla giurisprudenza consolidata della CGUE”⁴¹, il Parlamento europeo ha invitato la Commissione e il Consiglio a intraprendere azioni urgenti nei confronti dello Stato membro⁴². Nella medesima occasione, la Presidente della Commissione europea, riferendo dinnanzi all'Europarlamento sulla questione, ha affermato che “la sentenza della Corte costituzionale polacca mette in discussione il fondamento dell'Ue ed è una sfida diretta all'unità dell'ordine giuridico europeo”, dichiarandosi pronta ad attivare la procedura ex art. 7 TUE.

A circa venti giorni dall'affondo di Varsavia, poi, il Vicepresidente della Corte di giustizia ha pronunciato un'altra ordinanza nella causa C-204/21⁴³. Su richiesta della Commissione europea, infatti, il giudice di Lussemburgo ha imposto alla Polonia il pagamento di una sanzione di 1 milione di euro al giorno per non avere sospeso – come ordinato il 14 luglio 2021⁴⁴ – la legislazione nazionale che ha previsto la creazione di una camera disciplinare della Corte suprema. Nel motivare tale provvedimento, il Vicepresidente ha ritenuto necessaria “l'imposizione di una penalità alla Repubblica di Polonia al fine di dissuadere tale Stato membro dal ritardare l'adeguamento del suo comportamento a detta ordinanza”⁴⁵.

Da ultimo, il 22 dicembre successivo, la Commissione europea, accogliendo l'invito del Parlamento europeo, ha attivato una procedura di infrazione contro la Polonia⁴⁶ ritenendo che le pronunce del Tribunale costituzionale “violino i principi generali di autonomia, primato, effettività e

CARAVITA, M. CONDINANZI, A. MORRONE, A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 2020, n. 14, 13 maggio 2020, pp. I-XIV.

³⁹ Inoltre, diversamente da quanto avvenuto nel caso polacco, la CGUE ha avuto in passato la possibilità di intervenire mediante rinvio pregiudiziale. In questo caso, invece, il Tribunale Costituzionale polacco, violando l'obbligo di rinvio derivante dall'art. 267 co. 3 TFUE, ha deciso direttamente sulla questione senza interpellare la Corte di giustizia. Altrettanto nuova, poi, risulta la circostanza per cui ad attivare il controllo di legittimità costituzionale sia stato il Governo e non, come negli altri casi, un giudice interno o ricorrenti privati

⁴⁰ PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia e il primato del diritto dell'UE, 21 ottobre 2021, (2021/2935(RSP)).

⁴¹ *Ibid.*, § 1.

⁴² Quali 1) l'avvio di una procedura d'infrazione in relazione alla legislazione sul Tribunale costituzionale illegittimo; 2) l'avvio, da parte della Commissione, della procedura di cui all'art. 6 par. 1 del Regolamento sulla condizionalità dello Stato di diritto; 3) l'astensione dall'approvazione del progetto di piano di ripresa e la resilienza della Polonia fino a quando il governo polacco non avrà attuato pienamente e correttamente le sentenze della CGUE; 4) l'adozione di raccomandazioni propedeutiche all'avvio della procedura di cui all'art. 7 TUE; 5) l'interruzione o la sospensione dei pagamenti, dato il rischio di gravi carenze nell'efficace funzionamento dei sistemi di controllo in Polonia a causa della mancanza di indipendenza del potere giudiziario, che mette in pericolo la legittimità e la regolarità della spesa (*ibid.* § 12).

⁴³ CGUE, Ordinanza del Vicepresidente della Corte, 27 ottobre 2021, Causa C-204-21, *Commissione v Polonia*.

⁴⁴ CGUE, Ordinanza del Vicepresidente della Corte, 14 luglio 2021, Causa C-204-21, *Commissione v Polonia*.

⁴⁵ CGUE, Ordinanza del Vicepresidente della Corte, 27 ottobre 2021, § 57.

⁴⁶ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicato stampa del 22 dicembre 2021, [Rule of Law: Commission launches infringement procedure against Poland for violations of EU law by its Constitutional Tribunal](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/22_1222).

applicazione uniforme del diritto dell'Unione e l'efficacia vincolante delle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea"⁴⁷.

5. *L'origine delle tensioni tra Strasburgo e Varsavia: la sentenza Xero Flor sulla composizione del Tribunale costituzionale polacco*

Le misure adottate dall'UE non sembrano, però, aver dissuaso la Polonia dai suoi intenti, come pare dimostrare l'ulteriore e altrettanto duro scontro con le istituzioni del Consiglio d'Europa sfociato, il 24 novembre 2021, in un'altra discussa decisione del Tribunale costituzionale polacco.

La vicenda aveva preso avvio dal travagliato processo di nomina dei giudici costituzionali polacchi quando, in vista del termine della sua settima legislatura, nel giugno del 2015, il *Sejm* aveva modificato le modalità di selezione dei giudici costituzionali al fine di assicurarsi l'elezione di cinque nuovi membri in sostituzione di quelli il cui mandato sarebbe scaduto entro l'anno. Cosa che puntualmente avvenne, l'8 ottobre 2015, ma l'insediamento dei nuovi giudici rimase bloccato dal rifiuto del Presidente neoeletto ed esponente del PiS, all'epoca partito di opposizione, di accettarne il giuramento.

A seguito delle elezioni del 26 ottobre 2015, che avevano visto la vittoria della formazione PiS, il neoeletto Parlamento provvedeva nuovamente a modificare la legge sul Tribunale costituzionale. Tra le varie novità introdotte, la legge stabiliva che il mandato dei giudici costituzionali avesse decorrenza dal momento del giuramento dinnanzi al Presidente della Repubblica, da eseguirsi entro trenta giorni dall'elezione. L'effetto retroattivo di tale disposizione determinava l'annullamento delle elezioni dei cinque giudici operate dal Parlamento uscente e la vacanza di cinque seggi nel Tribunale costituzionale. Il 2 dicembre 2015, il *Sejm*, una volta rimossi i giudici individuati dalla precedente legislatura, eleggeva cinque nuovi membri del Tribunale costituzionale, i quali perfezionavano tempestivamente il proprio incarico prestando giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica.

A seguito della contestata illegittimità di tali riforme, interveniva nella questione il Tribunale costituzionale che, con due pronunce del dicembre 2015⁴⁸, dichiarava legittima la prima procedura selettiva (dell'ottobre 2015), limitatamente all'elezione dei tre giudici che avrebbero dovuto iniziare il proprio mandato prima del termine della settima legislatura, mentre riteneva illegittima l'elezione dei due giudici il cui mandato sarebbe iniziato dopo il rinnovo del Parlamento.

In risposta alla decisione del Tribunale costituzionale, il neoeletto Parlamento riformava ulteriormente la legge sul funzionamento dell'alto consesso, disponendo che tutti e cinque i giudici eletti il 2 dicembre 2015 all'inizio dell'ottava legislatura entrassero in carica. Ciò determinava l'esclusione dal Tribunale costituzionale dei tre giudici nominati alla fine della settima legislatura e la loro sostituzione coi tre membri nominati all'inizio dell'ottava legislatura.

Stante il quadro delineato, il contenzioso con Strasburgo avrebbe avuto più precisa origine da due decisioni pronunciate dal Tribunale costituzionale polacco il 3 e 9 dicembre 2015, su ricorso presentato dalla società *Xero Flor* ai sensi dell'art. 79 della Costituzione polacca. Tra i 5 giudici chiamati a pronunciarsi sul ricorso figurava, infatti, anche Marius Muszynski, uno dei membri eletti dall'ottavo *Sejm* il 2 dicembre 2015, motivando così il ricorso della *Xero Flor* dinnanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, col protestarsi la violazione del diritto ad un tribunale precostituito per legge ai sensi dell'art. 6 par. 1 CEDU.

⁴⁷ Pertanto, la Polonia ha due mesi per rispondere alla lettera di costituzione in mora inviata dalla Commissione. Se la Commissione dovesse ritenere tale risposta inadeguata e il paese continuasse a non volersi conformare alla legislazione comunitaria, la questione potrebbe essere deferita alla Corte di giustizia

⁴⁸ Tribunale costituzionale polacco, Sentt. K 34/15, 3 dicembre 2015, The Constitutional Tribunal Act ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)); K 35/15, 9 dicembre 2015, The Act of 19 November 2015 amending the Constitutional Tribunal Act ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)).

Il 7 maggio 2021, infatti, non imprevedibilmente, la Corte Edu, per la prima volta nella storia, ha sanzionato la composizione illegittima della Corte costituzionale di uno Stato membro, segnando un nuovo passaggio nell'ormai annosa questione polacca⁴⁹.

Dopo aver preliminarmente statuito nel senso della riconducibilità del Tribunale costituzionale polacco alla definizione di tribunale ai sensi dell'art. 6, par. 1 CEDU⁵⁰, i giudici della Prima Sezione, nell'affrontare il merito della controversia, hanno applicato il *threshold test*⁵¹ di cui alla recente sentenza della Grande Camera nel caso *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*⁵², rinvenendo nel caso polacco la sussistenza di tutte le tre condizioni necessarie per dirsi perpetrata la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU, ossia 1) la presenza di una manifesta violazione della normativa nazionale⁵³; 2) la presenza di una violazione sostanziale e non meramente tecnica⁵⁴; 3) l'assenza di un controllo da parte delle corti nazionali sul procedimento di nomina⁵⁵.

6. *Melius abundare quam deficere*: la doppia reazione del Tribunale Costituzionale alla sentenza *Xero Flor*

Una prima risposta alla sentenza *Xero Flor* è giunta dal Tribunale costituzionale polacco *in media res*, ossia nell'ambito di un procedimento già incardinato dalla sezione disciplinare della Corte suprema a seguito dell'ordinanza cautelare della Corte di giustizia dell'8 aprile 2020 che aveva ordinato l'immediata sospensione della sua giurisdizione disciplinare nei confronti dei magistrati polacchi coinvolti nella questione⁵⁶. Con sentenza del 14 luglio 2021, il Tribunale costituzionale ha, infatti, concluso per l'incostituzionalità del combinato disposto dell'art. 4, par. 3, TUE e 279 TFUE, peraltro in una formazione collegiale in cui figura anche Justyn Pikorski, eletto dal Parlamento il 15 settembre 2017 in sostituzione di Lech Morawski, uno dei cinque giudici eletti dal Sejm il 2 dicembre 2015. Per tale motivo, essendo nel frattempo intervenuta la sentenza *Xero Flor* che dichiarava l'illegittimità di tale elezione, il Commissario per i Diritti Umani polacco proponeva un'istanza incidentale nella quale richiedeva la rimozione del giudice dal *panel* giudicante.

⁴⁹ Corte Edu, Case *Xero Flor v Poland*, appl. N. 4907/18, sent. 7 maggio 2021. Sulla decisione, v., ancora, S. TROILO, [Controlimiti versus Stato di diritto?](#), 120.

⁵⁰ Corte Edu, Case *Xero Flor v Poland*, cit., § 187. La norma in questione, infatti, presuppone – ai fini della sua applicazione in ambito civile – la sussistenza di una controversia concernente un diritto da doversi riconoscere nell'ordinamento, nonché la diretta rilevanza dell'esito del procedimento per il diritto in questione. Pur riconoscendo che il Tribunale costituzionale non rientri tipicamente nell'ambito di applicazione della definizione prevista all'art. 6 par. 1 CEDU, la Corte ha sottolineato come l'art. 79 della Costituzione polacca preveda la possibilità per chiunque di presentare allo stesso un ricorso per contestare la costituzionalità di una legge o altro atto normativo che abbia costituito il fondamento giuridico di una decisione individuale definitiva con cui un tribunale o un'autorità amministrativa abbiano determinato diritti e obblighi costituzionali (*ibid.*, §196). Tale previsione normativa, nell'interpretazione adottata dai giudici della Prima Sezione, suggerirebbe che sia stata proprio pensata come rimedio contro le violazioni dei diritti e delle libertà costituzionali, collegato a una concreta decisione giudiziaria o amministrativa la cui base giuridica avrebbe violato tali diritti e libertà. L'accoglimento – nei fatti non avvenuto – del ricorso presentato dalla società *Xero Flor*, infatti, avrebbe comportato la pronuncia di una sentenza del TC che, a ben vedere, avrebbe costituito il presupposto di una revisione del procedimento civile in questione, determinando in tal modo un inscindibile collegamento tra la giurisdizione del Tribunale e i diritti della ricorrente.

⁵¹ Che, secondo alcuni commentatori, sarebbe stato predisposto *ad hoc* (v. A. OSTI, *La Corte Edu si pronuncia per la prima volta in tema di imparzialità e indipendenza dei giudici costituzionali polacchi*, in *Quaderni costituzionali*, vol. 3/2021, 718-722).

⁵² Corte Edu, Case *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*, Appl. No. 26374/18, sent. G.C. 1° dicembre 2020, §§ 243-253.

⁵³ Corte Edu, Case *Xero Flor v Poland*, cit., §§ 245-275.

⁵⁴ Corte Edu, Case *Xero Flor v Poland*, cit., §§ 276-287.

⁵⁵ Corte Edu, Case *Xero Flor v. Poland*, cit., § 288.

⁵⁶ Per un approfondimento, v. S. GIANELLO, *La Corte di Giustizia ordina di sospendere l'attività giurisdizionale della Sezione disciplinare de ISad Najwyższy: alcune riflessioni a margine dell'ordinanza della Grande Sezione (causa c-791/19 r)*, in [Nomos](#), 1/2020.

La risposta del Tribunale costituzionale a tale istanza incidentale⁵⁷ è parsa rappresentare un “chiaro ed inequivocabile attacco alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, suscettibile di estendere i propri effetti ben oltre la singola questione”⁵⁸. Con decisione interlocutoria del 15 giugno 2021, il Tribunale costituzionale polacco è infatti pervenuto ad affermare che “la sentenza della Corte EDU del 7 maggio 2021, per quanto riguarda la Corte costituzionale, si basa su tesi che dimostrano una scarsa conoscenza dell’ordinamento giuridico polacco, compresi i principi fondamentali che disciplinano la posizione, l’ordinamento e ruolo del Tribunale costituzionale polacco. Al riguardo, la sentenza è stata emessa senza fondamento giuridico, eccede la competenza della CEDU e costituisce un’ingerenza illecita nell’ordinamento giuridico nazionale, soprattutto nelle materie che esulano dalla competenza della CEDU; per questi motivi deve ritenersi un giudizio inesistente (*sententia non existens*)”⁵⁹.

Quanto alla decisione di non rimuovere il giudice Pikorski dal *panel* giudicante, il Tribunale costituzionale ha motivato assumendo il fraintendimento operato nel ricostruire la vicenda della composizione del Tribunale stesso⁶⁰. Il TC ha contestato l’errata interpretazione della decisione che, nel 2015, aveva dichiarato incostituzionale la Legge sul Tribunale costituzionale del 25 giugno 2015. Tale sentenza, infatti, a parere del TC, non avrebbe riguardato lo *status* dei cinque giudici eletti allo scadere del settimo *Sejm* poiché gli stessi, non avendo giurato nelle mani del Presidente della Repubblica, non avevano mai preso servizio e, pertanto, non avrebbero potuto invalidare la posizione dei giudici eletti dall’ottavo *Sejm*. Il Tribunale ha, quindi, concluso, che “qualsiasi tentativo di minare lo status dei giudici del Tribunale costituzionale, da organismi nazionali o internazionali, costituisce una violazione materiale dei diritti del *Sejm* e del Presidente, nonché una violazione del principio costituzionale della separazione e bilanciamento dei poteri”⁶¹.

Anche la ricostruzione operata dalla Corte di Strasburgo, volta a ricondurre il Tribunale stesso entro l’alveo di applicazione dell’art. 6 par. 1 CEDU è stata oggetto di confutazione. Una tale interpretazione sarebbe, secondo il giudice costituzionale polacco, il risultato dell’ignoranza sul funzionamento dell’ordinamento legale polacco, incluse le previsioni di portata costituzionale⁶². Sebbene, infatti, l’art. 10 della Costituzione polacca annoveri il Tribunale costituzionale tra le autorità di cui si compone il potere giudiziario, l’art. 175 Cost. ne sancisce l’estraneità dall’amministrazione della giustizia, la quale è esclusivamente demandata alla Corte suprema e alle corti ordinarie, amministrative e militari⁶³. A parere, dunque, del Tribunale costituzionale, la Corte di Strasburgo, agendo *ultra vires*, avrebbe reinterpreto la normativa interna in maniera tale da ricostruire un quadro legislativo di incompatibilità della normativa polacca con la CEDU.

Se la reazione di Varsavia – visti anche i precedenti con Lussemburgo e Bruxelles – non stupisce, non mancano, però, perplessità circa le modalità con cui il Tribunale costituzionale ha criticato il contenuto della sentenza della Corte di Strasburgo. Anzitutto, il fatto stesso che il Tribunale costituzionale di uno Stato aderente alla CEDU dichiari inesistente una sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo risulta certamente senza precedenti. L’abnormità della presa di posizione di Varsavia, infatti, deriva innanzitutto dall’irritualità della pronuncia del TC che, in qualche modo, va a sostituirsi al rituale e già più volte sperimentato deferimento della questione alla Grande Camera

⁵⁷ Tribunale costituzionale polacco, sent. 15 giugno 2021, caso P 7/20, ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale](#))

⁵⁸ S. GIANELLO, *Se il Trybunal Konstytucyjny dichiara l’inesistenza della decisione Xero Flor V. Poland della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: alcune riflessioni a margine*, cit., 45.

⁵⁹ Tribunale costituzionale polacco, sent. 15 giugno 2021, caso P 7/20, *infra*, § 2.2.

⁶⁰ Non solo dalla Corte di Strasburgo, ma anche dall’Ombudsman polacco, che, sollecitato dalla sentenza *Xero Flor*, aveva anch’egli proposto un’istanza incidentale tesa a far rimuovere il giudice dal panel giudicante.

⁶¹ Tribunale costituzionale polacco, sent. 15 giugno 2021, caso P 7/20, *infra*, § 2.3.

⁶² *Ibid.*, § 2.4.

⁶³ Il Tribunale costituzionale, infatti, viene definito come una “court of law and not a court of fact”, nel senso che le sue pronunce hanno effetto solamente in ambito normativo e non hanno capacità di modificare direttamente una decisione emessa da altri tribunali. Quanto all’art. 79 par. 1 della Costituzione, secondo l’interpretazione data dal TC, esso prevede solamente la possibilità di sottoporre al TC una legge sulla cui base è stato adottato un provvedimento giurisdizionale lesivo dei diritti del ricorrente, senza interferire direttamente sulla situazione individuale dello stesso. L’accoglimento dell’istanza, infatti, determinerebbe non già una modifica del risultato processuale, ma solamente una possibilità di rivederne il contenuto, spettando comunque al giudice competente la decisione finale sul giudizio.

della Corte di Strasburgo. Non può passare inosservato, poi, l'affronto diretto con cui i giudici polacchi colpiscono la Prima sezione della Corte, accusandola di essere incorsa in un grave errore per ignoranza dell'ordinamento interno. Altrettanto senza precedenti è che il Tribunale polacco – invece di opporre la Costituzione quale limite interno all'effettività della decisione della Corte di Strasburgo – abbia agito su un piano ancora pregiudiziale, dichiarando la sentenza inesistente *ab origine* in quanto emanata da un organo incompetente.

Pertanto, con questo modo di procedere, il Tribunale costituzionale polacco sembra aver operato addirittura una rilettura dei propri obblighi internazionali, contravvenendo a quanto previsto dalla stessa Costituzione polacca. L'art. 91 della Costituzione, infatti, sancisce l'applicabilità diretta degli accordi internazionali ratificati dalla Polonia – salvo la necessità di adottare una specifica legge – e stabilisce, in caso di conflitto, la prevalenza della fonte internazionale sulla fonte primaria nazionale. Avendo, poi, ratificato la CEDU, la Polonia ha altresì riconosciuto il ruolo giurisdizionale della Corte di Strasburgo e, conseguentemente, una possibile evoluzione della Convenzione derivante dalla sua interpretazione.

Se, a questo punto, appare chiara la *ratio* sottesa alla decisione del TC, ossia inibire la sentenza del giudice di Strasburgo della capacità di produrre qualsiasi effetto nell'ordinamento interno, non appare invece così limpido l'approdo cui questo filone giurisprudenziale potrà condurre la Polonia, soprattutto in relazione alla sua partecipazione all'Unione europea e al Consiglio d'Europa. Quel che è certo è che non si è trattato di una svista né di una reazione “a caldo” da parte del TC, il quale – quasi a voler ribadire la propria posizione – è tornato ad occuparsi della questione con un'altra recente decisione.

La sentenza nel caso *Xero Flor*, conformemente all'art. 44 par. 2 CEDU, è divenuta, infatti, definitiva il 7 agosto 2021. Il Governo polacco, non avendo fatto richiesta di deferire la questione alla Grande Camera, si sarebbe dunque dovuto attenere alle indicazioni della Corte adeguandosi alla sentenza. Tuttavia, il Procuratore generale della Repubblica, in maniera del tutto irrituale, nel tentativo di aggirare l'obbligo prescritto all'art. 9 della Costituzione di conformarsi alle obbligazioni internazionali vincolanti per lo Stato – tra le quali figurano certamente le sentenze della Corte EDU – ha rimesso in gioco il Tribunale costituzionale⁶⁴, chiedendo di valutare la compatibilità dell'art. 6 par. 1 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, nella parte in cui prevede che il Tribunale costituzionale possa essere ritenuto un “tribunale” ai sensi e per gli effetti dell'art. 6 e nella parte in cui consente alla Corte EDU di giudicare sulla legalità del processo di elezione dei giudici del Tribunale costituzionale.

Il 24 novembre 2021 il Tribunale costituzionale, con sentenza K 6/21⁶⁵ si è pronunciato sulla questione accogliendo entrambe le richieste del PG e dichiarando all'unanimità l'incostituzionalità dell'art. 6. par. 1, CEDU. Nonostante l'antecedente dichiarazione di inesistenza della sentenza *Xero Flor* operata incidentalmente nel caso P 7/20, è certamente significativo il fatto che il Tribunale costituzionale, quasi a voler conferire maggiore efficacia e ritualità alla propria presa di posizione, sia tornato a pronunciarsi sull'argomento in un procedimento che sembrerebbe architettato *ad hoc* dal Governo polacco per ottenere una pronuncia politica da parte del Tribunale stesso.

Pur mancando ancora le motivazioni della decisione, nel comunicato stampa rilasciato immediatamente dopo la pronuncia della sentenza, il Tribunale costituzionale ha avuto modo di precisare alcuni punti certamente rilevanti per legittimare la propria decisione agli occhi dell'osservatorio internazionale⁶⁶. Non tanto diversa nel contenuto rispetto alla decisione incidentale

⁶⁴ Giova innanzitutto puntualizzare che, a seguito della riforma della Pubblica accusa del gennaio 2016, in Polonia la figura del Procuratore generale della Repubblica riveste anche l'incarico di Ministro della Giustizia. Dietro al ricorso presentato dal Procuratore generale della Repubblica, dunque, ancora una volta, risulta chiaro l'intento del Governo di farsi parte attiva presso il Tribunale costituzionale al fine di ottenere una dichiarazione di illegittimità volta a rendere inapplicabili disposizioni di diritto sovranazionale contrarie al proprio progetto di riforma della magistratura.

⁶⁵ Tribunale costituzionale polacco, sent. K 6/21 del 24 novembre 2021 ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#))

⁶⁶ Tribunale costituzionale polacco, comunicato stampa “Article 6(1), first sentence, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, insofar as the term ‘tribunal’ used therein comprises the Constitutional Tribunal” ([traduzione ufficiale in inglese disponibile sul sito del Tribunale costituzionale polacco](#)). In

nel caso P 7/20, la sentenza in commento ribadisce la non riconducibilità del Tribunale costituzionale nell'ambito di applicazione dell'art. 6 CEDU e, quasi a voler ulteriormente circoscrivere l'ambito di operatività della Corte di Strasburgo, ne esclude qualsiasi competenza a valutare della legittimità della propria composizione, riconducendo tale prerogativa esclusivamente nelle competenze del *Sejm* e del Presidente della Repubblica.

Se, anche in questo caso, sul piano dell'effettività interna la decisione appare priva di efficacia vincolante, certamente il suo contenuto preannuncia nuove tribolazioni per la tutela della *rule of law* in Polonia e, prevedibilmente, nuove tensioni nelle relazioni tra lo Stato membro e le istituzioni del Consiglio d'Europa.

Certamente, la reazione di Varsavia alla sentenza *Xero Flor* ha riaperto un dibattito già più volte affrontato circa l'effettività delle decisioni della Corte di Strasburgo negli Stati membri.

La Convenzione prevede, all'art. 46, un meccanismo di monitoraggio del seguito delle decisioni della Corte, affidato al Comitato dei Ministri. Esso dispone che, qualora uno Stato membro rifiuti di eseguire una sentenza della Corte EDU, il Comitato dei Ministri possa attivare un ricorso per inadempimento. Con risoluzione interinale il Comitato procede alla diffida dello Stato e, trascorsi sei mesi, può decidere di introdurre la domanda di accertamento dell'inadempimento davanti alla Corte. Tale procedura è stata sinora utilizzata una sola volta⁶⁷ e rappresenta un'*extrema ratio*. È indubbio che la questione polacca costituisca un caso senza precedenti che necessita di una reazione da parte della Corte di Strasburgo il cui operato, altrimenti, rischierebbe di essere messo in serio pericolo dalle temibili emulazioni cui gli ordinamenti illiberali hanno dato prova di essere molto avvezzi.

La problematicità senza precedenti della sentenza *de qua* non è certamente passata inosservata e ha generato immediate reazioni tra le istituzioni del Consiglio d'Europa. Il giorno stesso della pubblicazione del dispositivo, la Segretaria Generale del Consiglio d'Europa ha espresso preoccupazione nei confronti della decisione del Tribunale costituzionale polacco, ribadendo che "I 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, tra cui la Polonia, si impegnano a garantire i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Essi sono altresì tenuti a dare esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo"⁶⁸. Con una lettera al Ministro degli esteri polacco del 7 dicembre 2021, la Segretaria Generale, attivando la procedura di cui all'art. 52 CEDU, ha formalmente chiesto alla Polonia di spiegare, entro il 7 marzo 2022, come intenda assicurare l'effettiva implementazione della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo alla luce della recente giurisprudenza del Tribunale costituzionale.

primo luogo, al fine di dichiarare la propria competenza a conoscere della questione, il Tribunale ha specificato l'oggetto del proprio giudizio, da identificarsi nella recente interpretazione data dalla Corte di Strasburgo all'art. 6 par. 1 CEDU nella sentenza *Xero Flor*. Così facendo, come già evidenziato (E. ŁĘTOWSKA, *The Honest (though Embarrassing) Coming-out of the Polish Constitutional Tribunal*, in [Verfassungsblog](#), 9 novembre 2021) il Tribunale costituzionale, contrariamente a quanto previsto dalla Costituzione, avrebbe illegittimamente avocato a sé la competenza a revisionare una sentenza della Corte EDU, trattandola come una norma di diritto consolidato.

A conferma della propria competenza a decidere della costituzionalità della interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, poi, il Tribunale costituzionale ha sottolineato l'inesistenza di qualsiasi altro meccanismo di revisione di tale pronuncia se non mediante il proprio giudizio. A ben vedere, tuttavia, Varsavia avrebbe potuto richiedere, prima che la decisione divenisse definitiva, di deferire la questione alla Grande Camera ma, certamente, questo non sarebbe stato in linea con il perseguimento dell'obiettivo di salvaguardare la riforma della giustizia dalle ingerenze esterne. Al contrario, infatti, come puntualizzato dagli esperti del Bingham Centre in una relazione richiesta dal Commissario per i Diritti Umani polacco (BINGHAM CENTRE FOR THE RULE OF LAW, [Expert analysis of the applicability of Article 6 of the European Convention on Human Rights to the constitutional courts of the States Parties, requested by the Polish Commissioner for Human Rights in the context of the case K 6/21 pending before the Polish Constitutional Tribunal](#), 4 novembre 2021), il fatto stesso che il Governo polacco non abbia chiesto che la decisione venisse deferita alla Grande camera dovrebbe essere sufficiente a dimostrarne l'acquiescenza al giudizio, indipendentemente dalle critiche esprimibili sul piano politico.

⁶⁷ COMITATO DEI MINISTRI, Risoluzione interinale, CM/ResDH(2017)429, 5 dicembre 2017.

⁶⁸ SEGRETARIA GENERALE DEL CONSIGLIO D'EUROPA, [Dichiarazione in seguito alla sentenza della Corte costituzionale polacca](#), 24 novembre 2021.

7. Osservazioni conclusive.

La reazione di Varsavia alle sentenze delle Corti europee fa eco ad una propensione, certamente non trascurabile ed in continuo accrescimento tra le cosiddette “democrazie illiberali”, ad affrancarsi dalle obbligazioni derivanti dalla partecipazione alle organizzazioni sovranazionali laddove queste siano d’ostacolo alla realizzazione dei propri progetti di controriforma. Un *modus operandi* questo, che ha visto il proprio apice nel passaggio – segnato dalle sentenze in commento – da un atteggiamento poco collaborativo alla netta cesura di alcune previsioni dei Trattati, in virtù della loro interpretazione fornita dagli organi giurisdizionali preposti.

Al contempo, la disinvoltura del Tribunale costituzionale polacco ha messo ancora più in chiaro l’esistenza di alcuni limiti di fatto all’operato delle Corti europee, certamente distintesi per un impegno proficuo nella salvaguardia e implementazione della *rule of law* negli Stati membri, primo fra tutti l’effettività delle loro decisioni negli ordinamenti degli Stati destinatari. Ciò, a maggior ragione, allorquando si operi in situazioni di crisi sistemica nelle quali la stessa magistratura che dovrebbe fornire supporto alle corti sovranazionali si trova nella condizione di non poter adempiere alle proprie funzioni se non mettendo a rischio la propria carriera.

Condivisibile, pertanto, appare l’indicazione di un *booster*⁶⁹ che coinvolga le corrispondenti organizzazioni sovranazionali anche dal punto di vista politico e non più, quasi esclusivamente, dal punto di vista giurisdizionale. La recente decisione della Commissione europea di attivare una nuova procedura d’infrazione nei confronti della Polonia per le sentenze del Tribunale costituzionale è indubbiamente un primo segnale di collaborazione tra istituzioni. È ancora ad uno stadio embrionale, ma in fase di progressione, la reazione istituzionale del Consiglio d’Europa che, anche sulla scorta della presa di posizione da parte della Commissione europea, dopo avere attivato, come dianzi riferito, il potere d’inchiesta del Segretario Generale, potrebbe chiamare in causa il potere d’esecuzione del Comitato dei Ministri.

L’impegno concreto dell’Unione europea nella salvaguardia del principio dello Stato di diritto sembrerebbe aprire ad un nuovo momento costituzionale per l’Europa, nel quale i valori fondanti il progetto d’integrazione divengono oggetto di una battaglia politica ed istituzionale senza precedenti, che potrebbe vedere il suo apice proprio nella realizzazione quel progetto di adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’Uomo che, ormai da tempo, attende di essere portato a compimento.

⁶⁹ I. JELIĆ E D. KAPETANAKIS, *European Judicial Supervision of the Rule of Law: The Protection of the Independence of National Judges by the CJEU and the ECtHR*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2021, vol. 13, 65.