



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. I

(ESTRATTO)

SILVIO TROILO

**GLI ESITI DELLA GIURISDIZIONALIZZAZIONE DELLO SCONTRO FRA UNIONE
EUROPEA E POLONIA SULL'INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA**

1° FEBBRAIO 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Silvio Troilo
Controlimiti *versus* Stato di diritto?
Gli esiti della giurisdizionalizzazione dello scontro fra Unione europea e Polonia
sull'indipendenza della magistratura*

ABSTRACT: *On October 7, 2021, the Polish Constitutional Tribunal ruled that some of the corollaries of the primacy of EU law are inconsistent with the national Constitution, opening a very serious legal and institutional crisis with the European Union.*

The conflict between Poland and the EU stemmed from the substantive value accorded in recent years by the European institutions to the concept of the rule of law, on which, along with other values, the EU is based. It also has an effect when the Member States intervene in the field of application of European law: in this case, they are subject both to the “centralized” control of the Commission and the Court of Justice, through the infringement procedures, and to the “diffuse” control entrusted to national judges, who cannot apply incompatible domestic legislation.

In addition, there are the two procedures – one of mere censure, the other of sanctions – governed by art. 7 TEU, the “European mechanism for the rule of law”, which provides for an annual dialogue between all interested parties, and the recent Regulation no. 2020/2092 which provides for the withdrawal of European funding assigned to a member country if it violates the rule of law, jeopardizing sound financial management or the financial interests of the EU.

While the use of the new regulation on budgetary conditionality would have the merit of bringing the conflict back to the administrative and financial level (albeit in the light of precise legal bases), the jurisdictionalisation of the conflict through infringement procedures could also send it into a downward spiral.

SOMMARIO: 1. La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021. – 2. Il rilievo della pronuncia nel contesto del dibattito sui controlimiti al primato del diritto UE. – 3. Il più ampio quadro dello scontro fra autorità polacche ed istituzioni europee sul principio dello Stato di diritto. – 4. Le conseguenze in atto o prevedibili.

1. *La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021.*

Dopo essere stata più volte evocata dai giudici costituzionali italiani e tedeschi (e di altri Paesi), alla fine, nei complessi rapporti fra l'Unione europea e gli Stati membri, è deflagrata l'“arma atomica” dei controlimiti al primato del diritto euounitario¹. L'ha adoperata il Tribunale costituzionale polacco con la sentenza del 7 ottobre 2021², emessa nel procedimento K 3/21 iniziato il 29 marzo precedente su ricorso del primo ministro Morawiecki, che aveva chiesto di accertare se alcuni dei corollari fondamentali di tale primato – come la capacità dei giudici nazionali di disapplicare le norme interne incompatibili con quelle europee – fossero contrastanti con la Costituzione della Polonia.

Dopo che già con la sentenza del 14 luglio 2021³, nella causa P 7/20 nata su istanza della discussa Sezione disciplinare della Corte suprema, il Tribunale costituzionale aveva dichiarato che l'ordinanza cautelare della Corte di giustizia dell'8 aprile 2020⁴ era *ultra vires* e non poteva dispiegare effetti



¹ Intesi in senso ampio, comprensivi della verifica del rispetto europeo del principio di attribuzione.

² Reperibile (per ora, per la parte dispositiva) [in inglese](#). Per un primo commento ad essa in lingua italiana v. C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Poxit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in [Federalismi.it](#), 24/2021, XX ss.; J. SAWICKI, *La collisione insanabile tra diritto europeo primario e diritto costituzionale interno come prodotto della manomissione ermeneutica di quest'ultimo*, in [DPCE online](#), 4/2021, 16 ss.

³ Reperibile (per ora, per la parte dispositiva) [in inglese](#).

⁴ Emessa nella causa C-791/19, *Commissione c. Polonia*, nata a seguito della riforma del regime disciplinare dei magistrati. Con tale ordinanza, la Corte di giustizia ha ordinato alla Polonia di sospendere l'applicazione delle disposizioni della legge sulla Corte suprema dell'8 dicembre 2017, costituenti il fondamento della competenza della Sezione

nell'ordinamento nazionale (dato che le competenze attribuite all'Unione europea non implicano l'adozione di misure relative all'organizzazione e al funzionamento dei tribunali polacchi⁵), il 7 ottobre esso ha dichiarato incompatibili con diversi articoli della Carta fondamentale nazionale⁶ l'art. 1, par. 1 e 2, l'art. 2 e l'art. 19, par. 1, secondo comma del Trattato sull'Unione europea, nella misura in cui consentono:

a) in generale, che le autorità dell'UE possano agire al di fuori dell'ambito delle competenze loro conferite dalla Polonia nei Trattati e che il diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di giustizia, prevalga sulla Costituzione polacca quanto a forza vincolante e ad applicazione;

b) specificamente, che i giudici nazionali siano abilitati a non tener conto della Costituzione, ad applicare norme abrogate dal Parlamento o dichiarate illegittime dal Tribunale costituzionale, a riesaminare la legittimità della procedura di nomina di un giudice, incluse la proposta del Consiglio nazionale della magistratura e l'atto di nomina del Presidente della Repubblica, a determinare l'invalidità di dette procedure rifiutando di considerare come giudice un soggetto preposto ad un ufficio giudiziario ai sensi dell'art. 179 della Costituzione.

Pertanto, le norme costituzionali invocate non sembrano, a una prima lettura, contrapporsi radicalmente ai capisaldi dell'ordinamento europeo: esse proclamano⁷, in termini generali, che «La Repubblica Polacca è uno Stato democratico di diritto che realizza i principi di giustizia sociale» (art. 2), «La Costituzione è la legge suprema della Repubblica Polacca» (art. 8), «Gli organi del potere pubblico operano sulla base ed entro i limiti della legge» (art. 7), «I giudici, nell'adempimento del proprio ufficio, sono indipendenti e soggetti soltanto alla Costituzione e alle leggi» (art. 178, comma 1).

Inoltre, l'art. 90, definito in dottrina "clausola europea", stabilisce al comma 1 che «La Repubblica Polacca può, sulla base di accordi internazionali, delegare ad organizzazioni o ad organi internazionali competenze degli organi di potere pubblico in determinate questioni». L'art. 91 sancisce, altresì, che un accordo ratificato previa autorizzazione data con legge (come quello di adesione all'UE) prevale sulla legislazione nazionale in caso di contrasto (comma 2). In più, «il diritto, derivante da un accordo ratificato dalla Repubblica Polacca e costitutivo di un'organizzazione internazionale, è applicato direttamente e prevale sulle leggi interne in caso di conflitto» (comma 3).

Ed infatti il medesimo Tribunale costituzionale, l'11 maggio 2005⁸, aveva dichiarato compatibile con la Costituzione nazionale l'accordo di adesione all'Unione europea, aprendo la strada alla sua ratifica, già approvata a larga maggioranza dal corpo elettorale nel giugno 2003, in un apposito referendum convocato per decisione del *Sejm* ai sensi dell'art. 90, commi 3-4, Cost.⁹

disciplinare della medesima Corte suprema a statuire, sia in primo grado che in appello, nei procedimenti disciplinari relativi a magistrati, nonché di astenersi dal rimettere le cause pendenti dinanzi alla Sezione disciplinare a un collegio giudicante che non soddisfi i requisiti di indipendenza definiti, in particolare, nella sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 2019, *A.K. e altri*, resa nelle cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18.

Il giorno successivo alla sentenza del Tribunale costituzionale del 14 luglio 2021, la Corte di Lussemburgo ha adottato la decisione definitiva nella medesima causa C-791/19, sancendo che la normativa polacca sul regime disciplinare dei magistrati non è compatibile con il diritto dell'UE.

⁵ Risultando ciò incompatibile con gli artt. 2, 7, 8, comma 1, 90, comma 1, della Costituzione nazionale in combinato disposto con l'art. 4, comma 1, Cost.

⁶ Essenzialmente gli artt. 2, 7, 8, 90, 91, 178 Cost.

⁷ La [traduzione in lingua italiana](#) è ripresa dal sito della banca dati del [Consiglio regionale del Veneto](#).

⁸ Con sentenza emessa nel procedimento K 18/04, reperibile, in inglese, in <https://trybunal.gov.pl/en/case-list/judicial-decisions/art/6080-polands-membership-in-the-european-union-the-accession-treaty>. Su tale pronuncia e sull'iniziale inquadramento dei rapporti tra i due ordinamenti v. K. WITKOWSKA, P. CHRZCZONOWICZ, *I rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario nella ricostruzione della giurisprudenza costituzionale polacca: profili ricostruttivi e spunti problematici*, in [poloniaeuropae](#), n. 3/2012.

⁹ A loro volta, sia il *Sejm* che il *Senat* avevano precedentemente autorizzato la ratifica del Trattato di adesione a maggioranza superiore ai due terzi, come richiesto dall'art. 90, comma 2, della Costituzione. La legge di ratifica fu ugualmente impugnata da deputati contrari all'adesione avanti il Tribunale costituzionale, che rigettò il ricorso affermando che l'interpretazione delle leggi deve tener conto del *favor* costituzionale per il processo d'integrazione europea, ricavabile dall'art. 90, comma 1.

Perciò la rivendicazione di controlimiti così ampi e generalizzati e l'affermazione della loro inconciliabilità con i Trattati europei contraddicono apertamente il giudizio dato inizialmente.

Invero, fin da allora il Tribunale costituzionale – pur composto da personalità meno legate di quelle odierne alla maggioranza di governo – aveva sottolineato che l'art. 90, comma 1, e l'art. 93, comma 3, Cost. non autorizzano il trasferimento ad organizzazioni internazionali di competenze suscettibili di impedire alla Polonia di funzionare come uno Stato sovrano e democratico o, comunque, della competenza ad adottare atti giuridici o decisioni contrari alla Costituzione. Nondimeno, aveva ritenuto che la supremazia di quest'ultima non sarebbe stata pregiudicata dall'attuazione del diritto comunitario nell'ordinamento polacco, anche grazie all'"applicazione cooperativa" del diritto nazionale e di quello europeo, che non è «del tutto avulso da quello polacco». Tuttavia, non aveva mancato di segnalare che, nell'eventuale ipotesi in cui si fosse prodotta una «inconciliabile incompatibilità» tra il diritto dell'UE e la normativa costituzionale, non componibile attraverso l'interpretazione, sarebbero state percorribili solo tre strade: a) revisionare la Costituzione; b) richiedere le opportune modifiche della normativa comunitaria; c) da ultimo, uscire dall'Unione europea¹⁰.

2. Il rilievo della pronuncia nel contesto del dibattito sui controlimiti al primato del diritto UE.

La sentenza emessa il 7 ottobre scorso dal Tribunale costituzionale polacco si distacca da quelle di altre Corti costituzionali o supreme nazionali, che hanno affermato l'esistenza di controlimiti al primato del diritto comunitario o hanno rivendicato il potere di vigilare su eventuali atti europei *ultra vires*, ma che, in linea di principio, hanno riconosciuto i Trattati UE come fonti prevalenti su quelle interne.

È vero che ancora di recente il Tribunale costituzionale federale tedesco, nella pronuncia del 5 maggio 2020¹¹ in merito al c.d. *Quantitative Easing* della Banca centrale europea (o PSPP - *Public Sector Purchase Programme*), ha ribadito di essere legittimato a verificare il rispetto europeo del principio di attribuzione (*Ultra-vires Kontrol*) e l'eventuale lesione di principi fondamentali della Costituzione nazionale (*Verfassungsideutigkeit Kontrol*), giungendo a ritenere, per la prima volta, *ultra vires* per difetto di motivazione – e pertanto temporaneamente inapplicabili nell'ordinamento tedesco – tanto le misure oggetto del contendere, quanto la sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2018, *Weiss*¹², che aveva ritenuto conforme al diritto dell'Unione il programma PSPP. L'assenza di adeguata motivazione non consentiva, infatti, il sindacato giurisdizionale del Tribunale costituzionale sul rispetto del principio di proporzionalità, posto alla base anche dell'azione della Banca centrale europea e del relativo controllo della Corte di giustizia¹³.

Tuttavia, il *Bundesverfassungsgericht* ha assegnato un lasso di tempo di tre mesi per porre rimedio a tale difetto. In tal modo la Banca centrale europea ha potuto fornire spiegazioni alle autorità tedesche, che le hanno ritenute sufficienti e adeguate rispetto alle indicazioni del Tribunale costituzionale. Sicché gli stessi giudici di Karlsruhe hanno successivamente dichiarato inammissibili,

¹⁰ V. il punto 13 della sentenza dell'11 maggio 2005. In merito cfr. anche K. WITKOWSKA, P. CHRZCZONOWICZ, *I rapporti tra l'ordinamento interno e quello comunitario*, cit., 6; C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polesia?*, cit., 23.

¹¹ 2 BvR 859/15 - 2 BvR 1651/15 - 2 BvR 2006/15 - 2 BvR 980/16.

¹² Resa nella causa C-493/17, sorta a seguito di rinvio pregiudiziale dello stesso Tribunale costituzionale del 18 luglio 2017.

¹³ Sulla sentenza PSPP del *Bundesverfassungsgericht*, che ha suscitato moltissimi commenti e prese di posizione, v., *ex plurimis*, R. ADAM, *Il controlimite dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Dir. Unione eur.*, 1/2020; B. 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, 14/2020, I ss.; P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative Easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme)*, in *Forum cost. - Rassegna*, 2/2020; D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in Federalismi.it, 14/2020, 166 ss.

con ordinanza del 29 aprile 2021, due domande dirette a ottenere un ordine di esecuzione della propria sentenza del 5 maggio 2020.

A sua volta, la Corte costituzionale italiana non ha mancato di evidenziare con forza i controlimiti alla prevalenza dell'ordinamento dell'Unione costituiti dai principi supremi della nostra Costituzione, da ultimo con la nota [ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24](#), nel c.d. caso Taricco¹⁴.

Anche il Tribunale costituzionale di Varsavia ha contestato all'Unione europea di agire al di fuori dell'ambito di competenza conferitole nei Trattati UE (più che di violare nel merito principi fondamentali della Costituzione). Ma, oltre a non aver esperito alcun tentativo di dialogo con la Corte di giustizia (né, come si dirà più avanti, con la Corte europea dei diritti dell'uomo), attraverso questioni pregiudiziali o pronunce interlocutorie, esso ha affermato una prevalenza generalizzata della Costituzione nazionale (che «prevale per quanto riguarda la sua forza vincolante e la sua applicazione») e della volontà della «Repubblica di Polonia» in quanto «Stato sovrano e democratico»¹⁵.

Inoltre, l'indubbia competenza nazionale in materia di ordinamento giudiziario (in senso lato, incluse anche le responsabilità dei magistrati e l'organizzazione della giustizia costituzionale) – che assume certamente particolare rilievo nel garantire la democraticità dell'ordinamento, presidiando il confine fra l'ambito d'azione del potere legislativo e di quello giudiziario – deve essere esercitata nel rispetto, oltre che della stessa Costituzione polacca (in base al cui art. 178 «i giudici, nell'adempimento del proprio ufficio, sono indipendenti», nonché «soggetti soltanto alla Costituzione e alle leggi»), degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e, in particolare, dall'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE¹⁶, il quale proclama un principio generale di diritto dell'Unione che deriva già dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed è pure sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁷.

Di fronte ai pronunciamenti delle Corti costituzionali e supreme nazionali sui controlimiti, la Commissione europea aveva quasi sempre evitato di reagire aprendo procedure di infrazione¹⁸. Ora, invece, ha deciso di mettere in mora – oltre che la Polonia, come si illustrerà in seguito – la Germania, con lettera inviata il 9 maggio 2021, poiché con la sentenza sul programma PSPP il Tribunale costituzionale federale avrebbe violato i principi di autonomia, primato, efficacia e applicazione

¹⁴ Su cui v., *ex plurimis*, i numerosissimi commenti riportati in questa [Rivista](#) preliminarmente all'ordinanza. Con essa, come è noto, la Consulta ha sollevato in via pregiudiziale la questione se la sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, *Taricco*, nella causa C-105/14, «debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro». A ciò la Corte di giustizia ha risposto con la sentenza del 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, dichiarando che le disposizioni interne sulla prescrizione non vanno disapplicate ove ciò «comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato». In tal modo, la Corte costituzionale ha potuto chiudere la vertenza con la [sentenza di rigetto n. 115 del 2018](#), con cui ha dichiarato infondate le questioni di legittimità prospettate, sulla base della nuova interpretazione del diritto UE data dalla Corte di giustizia (su tale sentenza v. i diversi commenti riportati in *Consulta online* preliminarmente alla stessa).

¹⁵ V. il punto 1, lett. b), del dispositivo della sentenza 7 ottobre 2021.

¹⁶ In tal senso, v. CGUE, 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in causa C-64/16, punto 40; CGUE, 2 marzo 2021, *A.B. e a.*, in causa C-824/18, punto 68.

¹⁷ Anche se non va sottaciuto che spesso le istituzioni europee, compresa la Corte di giustizia, tendono a non considerare il diritto costituzionale degli Stati membri o a trarne, sotto forma di «tradizioni costituzionali comuni», i soli elementi ritenuti utili: basti pensare che, nella prima decisione sul caso Taricco, la Corte di Lussemburgo non ha pronunciato mai la parola «Costituzione».

¹⁸ Così si era comportata, ad esempio, nei confronti della Corte costituzionale della Repubblica ceca nel 2012, per il caso *Landtová-Holubec*, e della Corte suprema danese nel 2016, rispetto al caso *Dansk Industri-Ajos*.

uniforme del diritto dell'Unione, nonché il rispetto della competenza della Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE¹⁹.

La severa reazione della Commissione risente certamente del contesto odierno, caratterizzato, come si è visto, dalla radicale contestazione del primato del diritto e della giurisprudenza europei da parte della Polonia (e, più sottilmente, da parte dell'Ungheria). Infatti, la Commissione ha voluto sottolineare che, benché il *Bundesverfassungsgericht* abbia respinto due domande dirette a ottenere un ordine di esecuzione della sentenza del 5 maggio 2020, ciò non sana la violazione al primato del diritto dell'Unione, né impedisce che «la sentenza della Corte costituzionale tedesca costituisca un grave precedente, sia per la futura prassi della Corte costituzionale tedesca stessa, sia per le Corti supreme e costituzionali di altri Stati membri»²⁰.

3. Il più ampio quadro dello scontro fra autorità polacche ed istituzioni europee sul principio dello Stato di diritto.

Se la tensione fra il primato del diritto eurounitario e la supremazia delle costituzioni statali non appare, in sé e per sé, una novità – mentre lo sono l'ampiezza e la radicalità della odierna contrapposizione –, va sottolineato come lo scontro con le autorità polacche sia stato originato dalla valenza sostanziale riconosciuta in anni recenti dalle istituzioni europee alla nozione di Stato di diritto, su cui – insieme ai «valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza ... e del rispetto dei diritti umani» – si fonda l'Unione (art. 2 TUE).

Benché fra di essi non vi sia una gerarchia, lo Stato di diritto (o *rule of law*)²¹ riveste un'importanza particolare: il suo rispetto rappresenta un prerequisito sia per la tutela di tutti gli altri valori fondamentali, sia per fare valere, da parte dei singoli soggetti, i diritti e i doveri derivanti dai Trattati europei e dal diritto internazionale²².

La tutela dello Stato di diritto è assicurata dal convergere di più fonti multilivello: non solo i Trattati istitutivi dell'UE, la Carta europea dei diritti fondamentali (in particolare l'art. 47, che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice indipendente) e la giurisprudenza della Corte di giustizia, ma anche le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nonché la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le pronunce della Corte di Strasburgo.

¹⁹ Su tale procedura di infrazione v. P. MORI, *Riflessioni sulla possibilità e sull'opportunità di aprire una procedura di infrazione nei confronti della Germania a causa della sentenza del Bundesverfassungsgericht sul PSPP*, in [Eurojus.it](#), 3/2020; A. FRANCESCANGELI, *La Commissione europea apre una procedura di infrazione contro la Germania per la sentenza del BVerfG sul PSPP: l'ennesimo atto dei nodi irrisolti (e volutamente ignorati) dell'integrazione europea*, in [Diritti Comparati](#), 26 luglio 2021; M. BURSI, *La reazione europea alla sentenza sul PSPP del Bundesverfassungsgericht: il doveroso avvio di una procedura d'infrazione*, in [Federalismi.it](#), 23/2021.

²⁰ V. il [comunicato 9.6.2021](#) della Commissione (al punto 4 “Giustizia”).

²¹ Per la verità, la nozione di *rule of law* non ha una perfetta equivalenza con quella di Stato di diritto o con altri termini italiani che ne rendano in un'unica formula la complessità di significato, come segnala la dottrina più avvertita: per tutti v. G.M. SALERNO, *European Rule of Law: un principio in cerca d'autore*, in [Federalismi.it](#), 19/2020, 2 ss., secondo cui «è ben diversa la logica che ne è a fondamento. Il rispetto dello “Stato di diritto” vuole, nella sua essenza, che non solo il potere pubblico sia limitato dal diritto, ma anche che la legge debba essere l'indispensabile modalità di produzione, strutturazione e trasmissione delle decisioni autoritative. Diversamente, alla base della *rule of law* vi è l'idea che lo Stato non disponga del monopolio della produzione del diritto». In ogni caso, le due formule sono utilizzate come sinonimi, a livello ufficiale, dalla stessa Unione europea.

Sullo Stato di diritto in termini generali v., *ex plurimis*, R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2017; V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto e il ruolo del giudice, oggi*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2018, 1 ss.; N. ZANON, *Discours introductif: questions actuelles en matière de rule of law: le rôle de la séparation des pouvoirs, l'importance de la stabilité des règles de droit, les traits spécifiques de la fonction juridictionnelle*, in C. Amalfitano, I. Anrò (a cura di), *L'État de droit = Lo Stato di diritto = The Rule of Law*, Università degli Studi di Milano, 2020, 19 ss.; M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020.

²² In merito v., *ex plurimis*, G.M. SALERNO, *European Rule of Law*, cit., e, se si vuole, S. TROILO, *La tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea post Covid-19*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#) - Rassegna, 4/2021.

Il principio-valore in oggetto dispiega i suoi effetti ogni volta in cui gli Stati membri intervengano nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE: in tal caso, essi sono sottoposti sia al controllo "accentrato" della Commissione e della Corte di giustizia, mediante la procedura d'infrazione²³, sia a quello "diffuso" affidato ai giudici nazionali, che possono disapplicare la normativa interna incompatibile.

Così, con le successive pronunce relative alle riforme dell'ordinamento giudiziario polacco²⁴, il supremo giudice dell'Unione ha condiviso l'approccio della Commissione²⁵, adottando una lettura dell'art. 2 TUE congiunta con l'art. 19 TUE (in base al cui par. 1, secondo comma, «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione») e con il principio dell'indipendenza dei giudici di cui all'art. 47 della Carta di Nizza. Pertanto, le norme nazionali relative alla magistratura, nella misura in cui riguardano organi qualificati come "giurisdizione" ai sensi del diritto dell'Unione, sono necessariamente collegate all'obbligo di cui all'art. 19 TUE perché hanno inevitabilmente una ricaduta sull'interpretazione e applicazione del diritto europeo da parte di tali organi (come già ritenuto nelle pronunce, emesse in via pregiudiziale, *ASJP* del 27 febbraio 2018 e *LM o Celmer* del 25 luglio 2018)²⁶.

La conseguente sindacabilità degli assetti organizzativi dei pubblici poteri statali (riguardo al sistema giudiziario, ma non solo²⁷) denota la dimensione materialmente costituzionale che stanno progressivamente assumendo, sul piano sostanziale, la configurazione della ripartizione di competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri e, su quello processuale, la procedura di infrazione, soprattutto in relazione a quei casi in cui il sindacato delle istituzioni europee è esercitato in merito a violazioni di natura strutturale aventi origine in atti legislativi (se non costituzionali) degli Stati membri²⁸.

Se il ruolo di principale antagonista delle riforme illiberali concernenti la magistratura polacca è stato svolto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, da ultimo è "scesa in campo" anche la Corte europea dei diritti dell'uomo che, investita di ben 38 ricorsi contro la Polonia fra il 2018 e il 2021, li sta esaminando con priorità (ai sensi dell'art. 41 delle proprie norme di procedura) dimostrando la sua attenzione alle situazioni in cui è in gioco lo Stato di diritto. In particolare, la Corte di Strasburgo, con la sentenza del 7 maggio 2021, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia* (ric. n. 4907/18)²⁹, ha

²³ In merito v., *ex plurimis*, P. MORI, *L'uso della procedura di infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in [Il diritto dell'Unione europea](#), 2018, 363 ss.

²⁴ CGUE, 24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-619/18; CGUE, 5 novembre 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-192/18; CGUE, 15 luglio 2021, *Commissione c. Polonia*, causa C-791/19; cui si aggiungono CGUE, 19 novembre 2019, *A.K. e a.*, emessa in via pregiudiziale nelle cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, e CGUE, 2 marzo 2021, *A.B. e a.*, emessa in via pregiudiziale nella causa C- 824/18.

²⁵ Non esitando ad esercitare anche poteri cautelari, ordinando la sospensione delle misure nazionali in grado di ledere la *rule of law*: v. l'ordinanza della CGUE del 17 dicembre 2018 (nella causa C-619/18) e quella, già citata, dell'8 aprile 2020 (nel procedimento C-791/19), su cui, rispettivamente, G. REPETTO, *Incroci (davvero) pericolosi. Il conflitto giurisdizionale sull'indipendenza dei giudici tra Lussemburgo e Varsavia*, in [Diritti Comparati](#), 7 novembre 2018, e S. GIANELLO, *La Corte di Giustizia ordina di sospendere l'attività giurisdizionale della Sezione disciplinare del Sad Najwyzszy: alcune riflessioni a margine dell'ordinanza della Grande Sezione (causa c-791/19 r) dell'8 aprile 2020*, in [Nomos](#), 1/2020, 1 ss. Da ultimo v. l'ordinanza del 14 luglio 2021 (nella causa C-204/21).

²⁶ Per una sintetica ricostruzione del contenzioso e della giurisprudenza UE sullo Stato di diritto cfr., *ex plurimis*, G. PITRUZZELLA, *L'Unione europea come "comunità di valori" e la forza costituzionale del valore dello "stato di diritto"*, in [Federalismi.it](#), 28/2021.

²⁷ Basti ricordare la procedura di infrazione contro l'Ungheria di cui alla causa C-288/12, sfociata nella sentenza di condanna della Corte di Giustizia dell'8 aprile 2014, *Commissione c. Ungheria*, originata da una disciplina dell'autorità nazionale per la protezione dei dati personali che ne aveva intaccato l'indipendenza.

²⁸ In merito, parlano di «momento costituzionale» dell'Unione europea A. VON BOGDANDY, P. BOGDANOWICZ, I. CANOR, G. RUGGE, M. SCHMIDT, M. TABOROWSKI, *Un possibile momento costituzionale per lo Stato di diritto europeo: i confini invalicabili*, in *Quad. cost.*, 2018, 855 ss.

²⁹ Su cui v. M. COLI, *The Judgement of the Strasbourg Court in Xero Flor v. Poland: The Capture of the Polish Constitutional Court condemned by a European Court, at Last!*, in [Diritti Comparati](#), 1 luglio 2021; 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.

dichiarato che la composizione del Tribunale costituzionale prevista da una prima riforma legislativa contrastava con quanto richiesto dall'art. 6, par. 1, della CEDU, mentre con le sentenze *Reczkowicz c. Polonia* del 22 luglio 2021 (ric. n. 43447/19) e *Dolinka, Ficek e Ozimek c. Polonia* dell'8 novembre 2021 (ric. n. 49868/19 e n. 57511/19) ha ritenuto nuovamente violato l'art. 6, par. 1, in quanto la Sezione disciplinare della Corte suprema, istituita a seguito di una contestata riforma del 2017, non costituisce un «tribunale costituito per legge», difettando dei requisiti di imparzialità e indipendenza dal potere esecutivo e da quello legislativo.

Anche riguardo a tale contenzioso, il Tribunale costituzionale polacco ha reagito duramente: con sentenza del 24 novembre 2021³⁰ (nel procedimento K 6/21, iniziato su ricorso del Procuratore generale della Repubblica), esso ha sancito che sono incompatibili con la Costituzione nazionale la propria inclusione fra i tribunali contemplati dall'art. 6, par. 1, della CEDU e l'attribuzione alla Corte europea dei diritti dell'uomo della facoltà di controllare la legittimità dell'elezione dei giudici costituzionali e la loro indipendenza³¹.

4. Le conseguenze in atto o prevedibili.

Inutile dire che la dirompente reazione del Tribunale costituzionale di Varsavia sconvolgerà l'applicazione del diritto comunitario in Polonia e potrebbe addirittura aprire la strada ad una futura "Polexit" dall'Unione europea, anche se il primo ministro Morawiecki – in una lettera indirizzata, il 18 ottobre scorso, ai capi di governo dei Paesi membri ed ai presidenti del Consiglio europeo, della Commissione e del Parlamento, e poi nell'intervento, il 19 ottobre, alla sessione plenaria del Parlamento europeo – ha sottolineato che il Paese non ha nessuna intenzione di recedere dall'UE.

In ogni caso, la decisione in oggetto può segnare la fine non solo della cooperazione giudiziaria con gli altri Stati membri, ma anche del riconoscimento automatico nel resto dell'Unione delle pronunce dei tribunali polacchi in ogni caso di applicazione del diritto UE, rendendo assai problematica la partecipazione della Polonia al mercato interno ed allo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» previsti dal TUE.

In più è presumibile che sia applicato nei confronti di tale Paese il recente regolamento n. 2020/2092 del Parlamento e del Consiglio (invero, attualmente oggetto di ricorsi di annullamento da parte proprio di Polonia e Ungheria, su cui la Corte di giustizia si dovrebbe pronunciare entro breve)³², che ha introdotto un meccanismo sanzionatorio a carico dei Paesi membri, ove commettano violazioni dei principi dello Stato di diritto che rischiano seriamente di compromettere, in modo diretto, la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'UE. Tra l'altro, si prevede che il Consiglio, su proposta della Commissione, possa sospendere i pagamenti e gli impegni a valere sul bilancio europeo, ridurre i finanziamenti nell'ambito degli accordi esistenti e vietare di concludere nuovi impegni a favore dei Paesi interessati, i quali devono invece continuare a dare esecuzione ai programmi o ai fondi che siano stati toccati dalle misure sanzionatorie.

Per intanto, la Commissione europea ha evitato di approvare i Piani nazionali di ripresa e resilienza di Polonia e Ungheria, senza i quali non possono essere erogati i cospicui fondi del *Next Generation EU*.

Il 7 settembre 2021, poi, la Commissione ha messo in mora la Polonia a norma dell'art. 260, par. 2, TFUE per non aver adottato le misure necessarie a dare piena esecuzione alla sentenza della Corte

³⁰ Reperibile (per ora, per la parte dispositiva) [in inglese](#).

³¹ Risultando ciò incompatibile con l'art. 173 della Costituzione nazionale in combinato disposto con l'art. 10, comma 2, 175, comma 1, e 8, comma 1, Cost, nonché con l'art. 194, comma 1, in combinato disposto con l'art. 8, comma 1, Cost.

³² Ungheria e Polonia hanno entrambe impugnato il regolamento UE n. 2020/2092 l'11 marzo 2021: nelle conseguenti cause C-156/21 e C-157/21 – trattate con procedura accelerata ai sensi dell'art. 133 del regolamento di procedura della Corte – le udienze di discussione hanno avuto luogo a Lussemburgo l'11 e 12 ottobre 2021, con l'intervento dello Stato ricorrente, delle istituzioni dell'UE, del Paese ricorrente nel procedimento parallelo, nonché di ulteriori 10 Stati membri, tra cui non figura l'Italia. L'Avvocato generale Campos Sánchez Bordona ha presentato le sue conclusioni il 2 dicembre, con cui ha proposto di respingere entrambi i ricorsi.

di giustizia del 15 luglio 2021 (emessa nella causa C-791/19) ed ha chiesto al giudice comunitario di imporre sanzioni pecuniarie al Paese al fine di ottenerne l'adempimento. Il 27 ottobre la Corte, accogliendo la richiesta, ha imposto una penalità di mora di un milione di euro al giorno fino alla completa attuazione delle misure cautelari da essa disposte nella suddetta sentenza.

Infine, la Commissione – mentre valutava la risposta polacca alla precedente messa in mora, pervenuta l'8 novembre – ha deciso di reagire direttamente alle pronunce del Tribunale costituzionale inviando al Governo di Varsavia, il 22 dicembre, una ulteriore lettera di contestazione, prodromica all'apertura di una procedura di infrazione, concernente le due menzionate sentenze costituzionali del 14 luglio 2021 (causa P 7/20) e del 7 ottobre 2021 (causa K 3/21). Esse, infatti, ad avviso della Commissione, violano i principi generali di autonomia, primato, efficacia e applicazione uniforme del diritto dell'Unione, oltre che l'art. 19, par. 1, del TUE, e disconoscono l'effetto vincolante delle sentenze della Corte di giustizia.

Nelle sue argomentazioni³³ la Commissione sottolinea, inoltre, di nutrire «seri dubbi sull'indipendenza e l'imparzialità del Tribunale costituzionale». Infatti, come già evidenziato nella proposta di apertura della procedura di cui all'art. 7, par. 1, TUE (di cui si dirà fra poco), formulata nel dicembre 2017, e come ritenuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza *Xero Flor* del 7 maggio 2021, «il procedimento di nomina al Tribunale costituzionale di tre giudici nel dicembre 2015 è avvenuto in violazione di norme fondamentali che sono parte integrante dell'istituzione e del funzionamento del sistema di controllo costituzionale in Polonia. La gravità di questa violazione fa sorgere un ragionevole dubbio nelle menti delle persone circa l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici interessati. Ciò è dimostrato anche da altre irregolarità e carenze come l'elezione del presidente e del vicepresidente del Tribunale costituzionale, che ha sollevato serie preoccupazioni circa l'imparzialità dei giudici del Tribunale costituzionale quando trattano casi individuali».

Anche la Segretaria generale del Consiglio d'Europa, Marija Pejčinović Burić, ha ufficialmente chiesto alla Polonia di spiegare, entro il 7 marzo 2022, in che modo assicurerà l'effettiva attuazione degli obblighi previsti dall'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dopo la sentenza del Tribunale costituzionale del 24 novembre 2021 (nella causa K 6/21). La richiesta si riferisce, in particolare, alla garanzia del diritto ad un equo processo da parte di un tribunale indipendente e imparziale stabilito dalla legge, nonché al ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo, alla quale spetta l'ultima parola sull'interpretazione della CEDU³⁴.

La Polonia si ritrova, quindi, nella non invidiabile condizione di essere oggetto di plurime procedure di infrazione ex art. 258 TFUE e, nello stesso tempo, della parallela procedura di monitoraggio prevista nell'ambito del Consiglio d'Europa³⁵, nonché della ben più grave procedura di cui all'art. 7 TUE per il mancato rispetto del principio-valore dello Stato di diritto³⁶.

Infatti, qualora i valori su cui si fonda l'Unione europea siano messi a repentaglio da uno Stato membro, su motivata proposta della Commissione o del Parlamento europeo o di almeno un terzo degli altri Paesi, il Consiglio – a maggioranza dei quattro quinti dei componenti e previa approvazione del Parlamento europeo³⁷ – può constatare che esiste un evidente rischio di loro grave violazione e può rivolgere al Paese interessato delle raccomandazioni (art. 7, par. 1, TUE).

³³ V. il [comunicato 22.12.2021](#) della Commissione.

³⁴ V. la notizia riportata nel [sito](#) del Consiglio d'Europa (in), nonché il relativo [comunicato stampa](#).

La procedura in oggetto è prevista dall'art. 52 della CEDU, secondo cui «Ogni Alta Parte contraente, su domanda del Segretario generale del Consiglio d'Europa, fornirà le spiegazioni richieste sul modo in cui il proprio diritto interno assicura l'effettiva applicazione di tutte le disposizioni della presente Convenzione».

³⁵ ASSEMBLEA PARLAMENTARE DEL CONSIGLIO D'EUROPA, Risoluzione 2316 (2020), *Le fonctionnement des institutions démocratiques en Pologne*, adottata il 28 gennaio 2020 sulla base della relazione della Commissione per il rispetto degli obblighi e degli impegni degli Stati membri del Consiglio d'Europa.

³⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia*, Bruxelles, 20 dicembre 2017, COM(2017) 835 final.

³⁷ Il quale, ai sensi dell'art. 354 TFUE, delibera a maggioranza dei due terzi dei voti espressi, che rappresentino la maggioranza assoluta dei deputati.

A tale procedura preventiva può far seguito quella accertativa, disciplinata nell'art. 7, par. 2. Infatti, il Consiglio europeo, all'unanimità³⁸, può ulteriormente constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente dei valori dell'Unione da parte dello Stato in questione, su proposta della Commissione o di almeno un terzo dei Paesi membri e previa approvazione del Parlamento (con la maggioranza precedentemente indicata). In questa fase lo Stato interessato non è semplicemente "ascoltato" (come nella fase preventiva), ma è legittimato a «presentare osservazioni». La violazione, inoltre, deve essere, oltre che «grave», «persistente»³⁹.

Se necessario, può seguire un'ulteriore fase, di carattere sanzionatorio (prevista dal successivo par. 3), ossia ciò che l'allora Presidente della Commissione Barroso, con espressione suggestiva, ha chiamato l'"opzione nucleare" dell'art. 7. Non si tratta però di una conseguenza automatica: infatti il Consiglio (e non più il Consiglio europeo), a maggioranza qualificata, «può» adottare misure sanzionatorie, consistenti nella sospensione di «alcuni» (ma non tutti) i diritti derivanti allo Stato dall'applicazione dei Trattati, compreso il diritto di voto in seno al Consiglio del rappresentante del Governo del Paese in questione⁴⁰.

Peraltro, il funzionamento delle procedure di cui all'art. 7 TUE, finora avviate solo per due volte nei confronti della Polonia e, poi, dell'Ungheria (ad opera rispettivamente della Commissione, il 20 dicembre 2017, e del Parlamento, il 12 settembre 2018), si è rivelato politicamente difficile e tecnicamente farraginoso, sicché in entrambi i casi non si è superata la fase istruttoria. Ora non può escludersi che il procedimento contro la Polonia venga ripreso, dato che la constatazione dell'evidente rischio di violazione grave del principio-valore dello Stato di diritto richiede l'assenso non di tutti ma solo dei quattro quinti dei membri del Consiglio, cioè di 21 Stati. Assai più arduo sarebbe, invece, passare alle fasi successive, visto che la constatazione, da parte del Consiglio europeo, dell'esistenza di una violazione grave e persistente va assunta all'unanimità (escluso il Paese interessato) ma è pressoché certo il voto contrario dell'Ungheria. Tuttavia, è stata avanzata l'ipotesi, tutta da approfondire, che, se si incardinassero assieme le procedure ex art. 7 TUE concernenti i due Stati, potrebbe sostenersi che essi non possano partecipare a nessuna delle due deliberazioni, bloccandole vicendevolmente⁴¹.

In ogni caso – anche senza utilizzare la procedura estrema di cui all'art. 7 TUE o fare affidamento sulla (finora scarsa) efficacia di ulteriori strumenti messi in campo dalla Commissione, come il "Meccanismo europeo per lo Stato di diritto"⁴², né tanto meno poter espellere la Polonia dall'UE, avendo solo lo Stato membro la facoltà di uscirne – il ricorso alle procedure di infrazione, con la possibilità di applicare una penalità di mora giornaliera, e l'utilizzo del nuovo regolamento sulla condizionalità di bilancio possono costituire armi assai efficaci.

³⁸ Non computando però, ex art. 354 TFUE, il Paese oggetto di constatazione, che non partecipa alla votazione, né gli eventuali astenuti.

³⁹ Ossia deve rimanere invariata o accrescersi nell'arco di almeno due anni, secondo l'interpretazione del Parlamento europeo (art. 10.3 dell'allegato alla risoluzione 2015/2254 (INL) del 25 ottobre 2016, recante *raccomandazioni alla Commissione sull'istituzione di un meccanismo dell'UE in materia di democrazia, Stato di diritto e diritti fondamentali*).

⁴⁰ Sulle procedure di cui all'art. 7 TUE v., *ex plurimis*, C. CURTI GIALDINO, *L'attivazione da parte della Commissione europea dell'art. 7 TUE nei confronti della Polonia per mancato rispetto dello stato di diritto*, in M. Messina (a cura di), *I valori fondanti dell'Unione europea a 60 anni dai Trattati di Roma*, Napoli, 2017, 33 ss.; B. NASCIMBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in Eurojus.it, 24 ottobre 2017; A. CIRCOLO, *Il rispetto dei valori fondanti dell'Unione e l'attivazione della procedura di controllo alla luce delle recenti vicende di Polonia e Ungheria*, in [DPCE online](http://DPCE.online), 1/2019.

⁴¹ C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polexit?* cit., 29.

⁴² Che prevede un dialogo annuale tra la Commissione, il Consiglio e il Parlamento europei, insieme agli Stati membri, ai parlamenti nazionali, alla società civile e ad altre parti interessate, volto – tra l'altro – ad acquisire informazioni per redigere una relazione annuale, nella quale si dia conto del rispetto nei Paesi membri del principio-valore in esame ed a cui faccia seguito un dibattito in seno al Consiglio e al Parlamento europeo, e auspicabilmente anche nei parlamenti nazionali e nella società civile (v. le comunicazioni della Commissione COM(2019) 163 final, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione*, 3 aprile 2019, e COM(2019) 343 final, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione. Programma d'azione*, 17 luglio 2019, che erano state precedute nel 2014 da COM(2014) 158, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di Diritto*, 11 marzo 2014).

Mentre, però, il secondo strumento avrebbe il pregio di riportare il contrasto sul piano amministrativo e finanziario (anche se alla luce di precise basi giuridiche), la giurisdizionalizzazione del conflitto attraverso le procedure di infrazione potrebbe anche avvitarlo in una spirale senza fine.

Resta il fatto che, entrando a far parte dell'Unione europea, la Polonia si è unita agli altri «Stati che hanno liberamente e volontariamente aderito ai valori comuni attualmente previsti dall'articolo 2 TUE, che rispettano tali valori e che si impegnano a promuoverli ... Ne consegue che il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori sanciti dall'articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati ... Uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto ... [e] adottare qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici»⁴³.

⁴³ Come ha limpidamente ricordato la Corte di giustizia in una recente pronuncia pregiudiziale riferita non alla situazione polacca, ma a quella maltese: CGUE, 20 aprile 2021, *Repubblika*, causa C-896/19, punti 61, 63, 64.