

SFIDA AL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA O ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULLA *RULE OF LAW*? RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE POLACCO DEL 7 OTTOBRE 2021

MARTINA COLI**

Sommario

1. Introduzione. – 2. Premessa: le politiche europee a tutela della *rule of law* in Polonia. – 3. La sfida al primato del Tribunale costituzionale polacco. – 4. *Segue*: un confronto con la sentenza del *BVerfG* del 5 maggio 2020. – 5. Cosa aspettarsi nel prossimo futuro? – 6. Quali (possibili) reazioni da parte delle istituzioni europee? – 7. Osservazioni conclusive.

Abstract

The article examines the recent judgment K 3/21 of the Constitutional Tribunal of Poland that found Articles 1, 2, 4(3) and 19 TEU incompatible with the Polish Constitution, thus rejecting the primacy of Union law. It is submitted that the real target of the Tribunal is not the primacy of EU law as such, but the case law of the Court of Justice on the rule of law, notably the most recent one on the independence of the judiciary. The judgment will be read in the context of the deterioration of the rule of law in Poland and the related dispute between Warsaw and Brussels. The likely consequences of the judgment for the EU legal order will then be examined, in light of the principle of mutual trust. Finally, some considerations will be made on the desirable reactions by the EU institutions.

Suggerimento di citazione

M. COLI, *Sfida al primato del diritto dell'unione europea o alla giurisprudenza della corte di giustizia sulla rule of law? Riflessioni a margine della sentenza del tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

** Dottoranda in *European and Transnational Legal Studies* presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

Contatto: martina.coli@unifi.it.

Ringrazio la dott.ssa Nicole Lazzarini e il *referee* anonimo per i commenti e suggerimenti ricevuti. Ogni responsabilità per eventuali errori ed omissioni è soltanto mia.

1. Introduzione

La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021 ha aperto un nuovo capitolo nei già tesi rapporti tra l'Unione europea e il governo di Varsavia. Quest'ultimo ha infatti deciso di "alzare la posta" in gioco, chiedendo al proprio Tribunale costituzionale un giudizio di legittimità costituzionale relativo ad alcune disposizioni del Trattato sull'Unione europea (TUE)¹. Ad oggi non sono ancora state depositate le motivazioni della sentenza², che era particolarmente attesa, visto che il Tribunale costituzionale avrebbe dovuto emetterla già durante l'estate, ma ha rimandato più volte la decisione. Tuttavia, data la rilevanza della questione, pare utile fornire una prima analisi del dispositivo della sentenza e del comunicato stampa emesso dal Tribunale³ e cogliere l'occasione anche per compiere alcune riflessioni sullo stato delle iniziative compiute dall'Unione a difesa dei propri valori. Sebbene sia difficile negare che la sentenza in esame sfidi direttamente il primato del diritto dell'Unione europea, come si avrà modo di vedere nel corso dell'analisi, il vero obiettivo del Tribunale costituzionale non pare tanto quello di compiere un atto di ribellione nei confronti di uno dei principi strutturali dell'ordinamento giuridico europeo, quanto avallare le controverse riforme del governo polacco e proteggerle dalla sempre più incalzante reazione della Corte di giustizia europea. Difatti, l'attacco al primato non è "assoluto", ma da leggersi alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *rule of law*. Inoltre, come verrà mostrato nel corso dell'analisi, la decisione in esame non esprime una genuina preoccupazione di una Corte costituzionale, ma il tentativo di assistere il governo di Varsavia nello scontro con l'Unione e impedire l'applicazione della giurisprudenza della Corte di giustizia da parte dei tribunali nazionali. Così facendo, però, il Tribunale costituzionale respinge – fatto ancor più grave – il principio di indipendenza della magistratura e la separazione dei poteri, marginalizzando ulteriormente la Polonia all'interno dello spazio giuridico europeo.

Il presente contributo si propone, dunque, di fornire una prima analisi critica dell'intervento del Tribunale costituzionale polacco, inserendola innanzitutto nel relativo contesto, ossia il deterioramento dello Stato di diritto in Polonia – realizzato, *in primis*, attraverso le controverse riforme volte a minare l'indipendenza della magistratura nazionale – e delle misure adottate in

¹ C. cost. Polonia, 7 ottobre 2021, n. K 3/21, disponibile al seguente indirizzo: <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>.

² Il presente contributo è aggiornato al 26 novembre 2021.

³ Il comunicato stampa è disponibile, in inglese, al seguente indirizzo: <https://trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/11664-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>.

risposta da parte delle istituzioni europee (par. 2). Successivamente, si esaminerà il dispositivo della sentenza, alla luce del comunicato stampa di accompagnamento, discutendone il contenuto e la portata dell'attacco al primato del diritto dell'Unione e all'indipendenza della magistratura (par. 3). Si tenterà poi anche un primo confronto – data l'assenza delle motivazioni – della sentenza in commento con la pronuncia del Tribunale costituzionale federale tedesco del 5 maggio 2020 (par. 4). In seguito, si procederà ad indagare le possibili ripercussioni della sentenza sull'ordinamento giuridico europeo, in particolare sui rapporti tra Stati membri ispirati al principio della fiducia reciproca, respingendo la possibilità di leggere la sentenza nell'ottica di una dichiarazione di recesso dall'Unione *ex art. 50 TUE* (par. 5). Infine, si esamineranno le reazioni delle istituzioni europee, tanto quelle auspicabili, ma politicamente difficili, quanto quelle probabili, sebbene non altrettanto soddisfacenti (par. 6). In chiusura si offriranno alcune riflessioni di sintesi (par. 7)⁴.

2. Premessa: le politiche europee a tutela della *rule of law* in Polonia

Il contrasto tra l'Unione europea e la Repubblica di Polonia circa il significato e la natura giuridica da attribuire ai valori europei *ex art. 2 TUE*, primo tra tutti lo Stato di diritto, non è ormai una novità. Tuttavia, la pronuncia in esame ha portato l'*escalation* tra le due parti ad un livello molto più alto rispetto al passato. Prima di analizzare l'intervento del Tribunale costituzionale è opportuno fare un passo indietro e ripercorrere brevemente i punti salienti della cosiddetta crisi della *rule of law* polacca e delle conseguenti azioni intraprese dall'Unione a salvaguardia dei propri valori – *in primis*, la copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia –, rispetto alle quali la pronuncia rappresenta una reazione e un tentativo di sfida.

Nel 2015 la vittoria elettorale del partito Diritto e Giustizia (in polacco “Prawo i Sprawiedliwość”, abbreviato PiS) ha segnato l'inizio di una nuova fase di populismo e di deterioramento dello Stato di diritto – cosiddetto *rule of law backsliding*⁵ – in Europa. In Polonia si è infatti assistito ad un progressivo e rapido indebolimento dello Stato di diritto e dei *check and balances*

⁴ Il presente contributo rielabora ed amplia una serie di considerazioni sulla sentenza già svolte dall'autrice in un *post* sul blog Diritti comparati. V. M. COLI, *On Primacy, the Rule of Law and Poland: Going Down the Rabbit Hole?*, in *Diritti comparati*, disponibile all'indirizzo: <https://www.diritticomparati.it>, 25 ottobre 2021.

⁵ La nozione di *rule of law backsliding* è stata elaborata da Pech e Scheppele e si riferisce a quel particolare processo “*through which elected public authorities deliberately implement governmental blueprints which aim to systematically weaken, annihilate or capture internal checks on power with the view of dismantling the liberal democratic state and entrenching the long-term rule of the dominant party*”. L. PECH, K.L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 19, 2017, 3 ss, p. 8.

democratici, similmente a quanto avvenuto pochi anni prima in Ungheria⁶. Le controverse riforme adottate hanno avuto uno dei loro capisaldi nel drastico ridimensionamento delle garanzie di indipendenza e imparzialità del potere giudiziario care al costituzionalismo europeo. Ovviamente, queste riforme non sono state le uniche dalla natura problematica, ma sono quelle che hanno attirato più attenzioni e preoccupazioni da parte dell'Unione europea, in ragione della loro radicalità e dell'appartenenza ad un disegno generale volto a portare la magistratura sotto il controllo politico⁷.

La prima vittima della stagione di riforme della giustizia è stata proprio il Tribunale costituzionale, i cui membri sono stati parzialmente sostituiti grazie a una nuova legge che ha permesso alla nuova maggioranza dominata dal PiS di annullare le nomine dei giudici fatte dalla precedente legislatura⁸. Inoltre, le maggioranze e i *quorum* richiesti per deliberare sono stati aumentati, così da impedire al Tribunale costituzionale di lavorare senza il consenso dei nuovi membri fedeli al governo. Queste riforme sono state condannate dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo (Corte EDU) nella sentenza *Xero Flor*: in ragione della nomina illegittima di alcuni suoi membri, il Tribunale costituzionale polacco non può oggi essere che considerato un tribunale precostituito per legge ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU⁹. Nel frattempo, nel giro di pochi anni, la

⁶ Per una ricostruzione del deterioramento dello Stato di diritto e della democrazia in Ungheria si v. K. KOVÁCS, G. TÓTH, *Hungary's Constitutional Transformation*, in *European Constitutional Law Review*, 7, 2011, 183 ss; G. HALMAI, *From a Pariah to a Model? Hungary's Rise as an Illiberal Member State of the EU*, in *European Yearbook on Human Rights*, 2017, 1 ss; A. DI GREGORIO, *L'Ungheria e i valori europei. Un matrimonio difficile*, in DPCE online, disponibile all'indirizzo: <http://www.dpce.it>, 17 settembre 2018; P. BÁRD, L. PECH, *How to build and consolidate a partly free pseudo democracy by constitutional means in three steps: The 'Hungarian model'*, in *Reconnect Working Paper*, disponibile all'indirizzo: <https://reconnect-europe.eu>, 4, 2019, 1 ss.

⁷ Per un'eccellente ricostruzione della situazione polacca si v. W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, OUP, Oxford, 2019.

⁸ Per una ricostruzione delle vicende relative al Tribunale costituzionale polacco si v.: 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*, 43(2), 2018, 116 ss e 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*, 11, 2019, 63 ss.

⁹ Corte EDU, *Xero Flor w polsce sp. z o.o. c. Polonia*, n. 4907/18, 7 maggio 2021. Per un commento alla sentenza sia concesso rinviare a: M. COLI, *The judgment 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*, disponibile all'indirizzo: <https://www.diritticomparati.it>, 21 luglio 2021. Tra l'altro, il 24 novembre 2021 il Tribunale costituzionale polacco si è pronunciato sulla incompatibilità dell'art. 6, par. 1, CEDU con la Costituzione polacca, nella misura in cui include nella nozione di "tribunale" anche il Tribunale costituzionale stesso: C. cost. Polonia, 24 novembre 2021, n. K 6/21, disponibile al seguente indirizzo: <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11709-art-6-ust-1-zd-1-konwencji-o-ochronie-praw-czlowieka-i-podstawowych-wolnosci-w-zakresie-w-jakim-pojeciem-sad-obejmuje-trybunal-konstytucyjny>. Per un primo commento si v.: J. JARACZEWSKI, *When is a Tribunal not a Tribunal? The Judgment of the Polish Constitutional Tribunal in case K 6/21*, in *EU Law live*, disponibile all'indirizzo: <https://eulawlive.com>, 26 novembre 2021.

maggioranza che sostiene il governo del *PiS* ha provveduto a rieleggere i nuovi membri del Tribunale costituzionale, che attualmente è formato in prevalenza da giudici vicini al governo¹⁰.

Successivamente, le riforme dell'amministrazione della giustizia hanno interessato la Corte suprema e i tribunali ordinari, attraverso misure quali la sostituzione dei presidenti dei tribunali, l'abbassamento retroattivo dell'età pensionabile dei giudici, l'aumento del numero dei loro membri – con la conseguente nomina di nuovi giudici – e l'incremento del ruolo del presidente della Repubblica e del ministro della Giustizia nel processo di nomina e destituzione dei giudici¹¹. A titolo di esempio, è significativo ricordare che i componenti del Consiglio nazionale della magistratura (CNM) – che è l'organo responsabile della nomina dei giudici – non sono più eletti dai loro pari, ma dal Parlamento¹², mentre la Corte Suprema è stata attaccata attraverso l'introduzione di un sistema di controllo disciplinare. Quest'ultimo ha il suo perno nelle due nuove sezioni disciplinari create all'interno della Corte stessa, sottoposte al controllo di giudici di recente nomina e dotate di poteri straordinari tali da renderle una sorta di "Corte Suprema all'interno della Corte Suprema" – con conseguente incremento dei procedimenti disciplinari nei confronti dei giudici¹³. La situazione è ulteriormente peggiorata con l'approvazione nel dicembre 2019 di un controverso pacchetto di riforme legislative – rinominato dai commentatori "*Muzzle Law*" ("Legge bavaglio") – che, tra le altre cose, ha ulteriormente amplificato il controllo sui giudici da parte del governo incrementato l'utilizzo dei procedimenti disciplinari¹⁴.

¹⁰ T. KONCEWICZ, *From Constitutional to Political Justice: The Tragic Trajectories of the Polish Constitutional Court*, in *Reconnect*, disponibile all'indirizzo: <https://reconnect-europe.eu>, 13 marzo 2019 e A. BIEN-KACALA, *Illiberal judicialisation of politics in Poland*, in *Comparative Law Review*, 25, 2019, 198 ss.

¹¹ Le riforme polacche sull'organizzazione della giustizia sono state ben analizzate (e criticate) dalla Commissione di Venezia, ossia l'organo consultivo del Consiglio d'Europa in materie costituzionali. Si v. in particolare il Parere sul progetto di legge che modifica la legge sul Consiglio nazionale della magistratura, sul progetto di legge che modifica la legge sulla Corte suprema e sulla legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari, n. 904/2017.

¹² Tra l'altro, il 28 ottobre 2021 il Consiglio nazionale della magistratura polacco è stato espulso dalla Rete europea dei Consigli di Giustizia in ragione della sua mancanza di indipendenza.

¹³ K. GAJDA-ROSZCZYŃSKA and K. MARKIEWICZ, *Disciplinary Proceedings as an Instrument for Breaking the Rule of Law in Poland*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 12, 2020, 451 ss.

¹⁴ Per un'analisi critica della legge si v. il Parere congiunto urgente della Commissione di Venezia e della Direzione Generale dei Diritti dell'Uomo e dello Stato di Diritto (DGI) del Consiglio d'Europa sulle modifiche polacche alla legge sui tribunali comuni, alla legge sulla Corte suprema e ad alcune altre leggi, n. 977/2020 e D. MAZUR, *Annual report for 2020*, seconda edizione, Associazione di giudici THEMIS, 31 dicembre 2020, disponibile all'indirizzo: <http://themis-sedziowie.eu>, 31 dicembre 2020. Per un approfondimento della legge si rimanda invece a: L. PECH, W. SADURSKI, K. L. SCHEPPELE, *Open Letter to the President of the European Commission regarding Poland's "Muzzle Law"*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 9 marzo 2020 e P. MARCISZ, *Discipline*

Simili riforme hanno progressivamente attirato le attenzioni di Bruxelles e Lussemburgo, in ragione dell'impatto sull'ordinamento europeo, *in primis* sulla fiducia reciproca tra Stati membri. Tuttavia, le prime iniziative europee – ad opera della Commissione europea e, in misura più marginale, del Consiglio – non hanno dato risultati soddisfacenti¹⁵. Esse si fondavano essenzialmente su un approccio dialogico, concretizzatosi nell'attivazione del Nuovo quadro per rafforzare lo Stato di diritto¹⁶, che però non è riuscito ad incidere sulla situazione polacca, nonostante le quattro raccomandazioni della Commissione al governo di Varsavia. Davanti all'indisponibilità di quest'ultimo, a fine 2017 la Commissione ha deciso di attivare la procedura *ex art. 7, par. 1, TUE*¹⁷, ossia quel particolare meccanismo che consente all'Unione di constatare l'esistenza di “un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2 TUE”¹⁸. Tuttavia, poiché tale constatazione deve essere effettuata dal Consiglio alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri, attualmente la procedura si trova bloccata nelle stanze del Palazzo

and Punish: New Polish Reforms of the Judiciary, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 22 dicembre 2019.

¹⁵ Per una panoramica delle iniziative europee a tutela dello Stato di diritto in Polonia si rimanda a: M. ARANCI, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *European Papers*, 4(1), 2019, 271 ss, e 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*, 38(1), 2019, 19 ss.

¹⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto, COM/2014/0158, dell'11 marzo 2014. Sull'attivazione del Nuovo quadro si v.: N. LAZZERINI, *Le recenti iniziative delle istituzioni europee nel contesto della crisi dello Stato di diritto in Polonia: prove di potenziamento degli "anticorpi" dei Trattati?* in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, 3, 2018, 1 ss; R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Cacucci, Bari 2017, 605 ss.

¹⁷ 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, COM/2017/0835 final. Sull'attivazione dell'art. 7, par. 1, TUE e le altre iniziative europee adottate in risposta alla situazione polacca si v.: L. PECH, P. WACHOWIEC, D. MAZUR, *Poland's Rule of Law Breakdown: A Five-Year Assessment of EU's (In)Action*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 13, 2021, 1 ss; E. CIMIOTTA, *La prima volta per la procedura di controllo sul rispetto dei valori dell'Unione prevista dall'art. 7 TUE? Alcune implicazioni per l'integrazione europea*, in *European Papers*, 3, 2016, 1253 ss; P. MORI, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo: <https://www.federalismi.it/>, 1 aprile 2020, 166 ss.

¹⁸ La letteratura sull'art. 7 TUE è particolarmente vasta. Si v., tra gli altri: W. SADURSKI, *Adding Bite to a Bark: The Story of Article 7, EU Enlargement, and Jörg Haider*, in *Columbia Journal of European Law*, 2010, 385 ss; L. BESSELINK, *The Bite, the Bark, and the Howl: Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (a cura di) *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, OUP, Oxford, 2017, 128 ss; D. KOCHENOV, *Article 7 TEU: A Commentary on a Much Talked-about "Dead" Provision*, in *Polish Yearbook of International Law*, 38, 2019, 165 ss; B. NASCIBENE *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *Eurojus*, disponibile all'indirizzo: <http://rivista.eurojus.it>, 24 ottobre 2017.

Europa¹⁹. La Commissione si è dunque orientata verso l'utilizzo della procedura di infrazione quale strumento di tutela della *rule of law*; uno sviluppo che è stato reso possibile dall'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Associazione sindacale dei giudici portoghesi*²⁰. Evidenziando il rapporto *genus-species* tra gli artt. 2 e 19, par. 1, TUE, leggendo quest'ultimo alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la Corte di giustizia ha affermato che l'obbligo che l'art. 19, par. 1, TUE pone in capo agli Stati membri di assicurare la tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione comprende la garanzia di una piena indipendenza dei tribunali nazionali, indipendentemente dal fatto che questi attuino il diritto dell'Unione nel caso concreto²¹. Così facendo, la Corte di giustizia ha aperto la strada all'utilizzo della procedura di infrazione *ex artt.* 258-260 per violazione dell'art. 19, par. 1, TUE contro tutti quegli Stati membri che limitano l'indipendenza della propria magistratura. Inoltre, essa ha anche affermato la propria competenza nell'ambito del rinvio pregiudiziale a risolvere questioni interpretative che riguardino nel merito, ossia ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE, l'indipendenza dei tribunali nazionali²². Tale novità è stata immediatamente recepita dai giudici nazionali, *in primis* quelli polacchi, che non hanno atteso molto prima di inviare una serie di richieste pregiudiziali a Lussemburgo con lo scopo di censurare le misure liberticide poste in essere dal governo del *PiS*.

Grazie a questi sviluppi, si è rapidamente andata formando una cospicua giurisprudenza della Corte di giustizia sui criteri relativi al requisito di indipendenza della magistratura, che ha ulteriormente precisato il contenuto dell'art.

¹⁹ Tra l'altro, altrettanto è accaduto alla procedura *ex art.* 7, par. 1, TUE attivata dal Parlamento Europeo nei confronti dell'Ungheria nel settembre 2018. Si v. per un'analisi: L. PECH, *Article 7 TEU: From 'Nuclear Option' to 'Sisyphian Procedure'?* in U. BELAVUSAU, A. GLISZCZYNSKA-GRABIAS (a cura di) *Constitutionalism under Stress*, OUP, Oxford, 2020, 157 ss.

²⁰ CGUE, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, 27 febbraio 2018, EU:C:2018:117. Fino a tale sentenza i limiti strutturali dello strumento, ossia il suo limitato ambito di applicazione, confinavano il raggio d'azione della procedura di infrazione alla sola violazione di obblighi puntuali di diritto dell'Unione.

²¹ Si v. per un commento alla sentenza, *ex plurimis*: L. PECH, S. PLATON, *Judicial Independence Under threat: The Court of Justice to the Rescue in the ASJP Case (Case C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 27 February 2018, EU:C:2018:117)*, in *Com. mar. law rev.*, 55, 2018, 1827 ss; M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial serendipity: How Portuguese judges came to the rescue of the Polish judiciary: ECJ 27 February 2018, Case C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European Constitutional Law Review*, 4, 2018, 622 ss; A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, 421 ss, e M. PARODI, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European Papers*, 3, 2018, 985 ss.

²² N. LAZZERINI, *Inapplicabile, ma comunque rilevante? La Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia sull'indipendenza dei giudici nazionali*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Carucci, Bari, 171 ss.

19, par. 1, secondo comma, TUE²³. Allo stesso tempo, questa giurisprudenza rappresenta una censura – diretta, nel caso del procedimento di infrazione, e indiretta nell’ambito del rinvio pregiudiziale – delle misure polacche relative all’organizzazione della giustizia, attualmente illegittime ai sensi del diritto europeo²⁴. Tutto ciò non poteva essere accettato da Varsavia, in quanto percepito come un pericolo per i tentativi di indebolimento e “addomesticamento” della magistratura interna. Il governo polacco ha così iniziato una strenua opposizione alla giurisprudenza di Lussemburgo²⁵ ed è proprio in quest’ottica che la recente sentenza del Tribunale costituzionale deve essere letta. Infatti, è al fine di screditare la giurisprudenza della Corte di giustizia ed impedirne l’applicazione da parte dei giudici nazionali che il governo di Varsavia ha chiesto al proprio Tribunale costituzionale – la cui indipendenza è ormai un lontano ricordo – di pronunciarsi sulla compatibilità con la Costituzione di alcune disposizioni del TUE. Il ricorso di legittimità costituzionale è infatti stato presentato dal primo Ministro Morawiecki nel marzo 2021 a seguito della sentenza *A.B. e altri*, nella quale la Corte di giustizia ha stabilito che il diritto dell’Unione osta a misure, quali quelle polacche, che impediscono ai giudici nazionali di

²³ Per quanto riguarda le pronunce originate da un rinvio pregiudiziale si v., *inter alia*, le sentenze CGUE: cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e altri*, 19 novembre 2019, EU:C:2019:982; causa C-824/18, *A.B. e altri*, 2 marzo 2021, EU:C:2021:153; causa C-558/18, *Miasto Łowicz*, 26 marzo 2020, EU:C:2020:234; causa C-896/19, *Repubblika*, 20 aprile 2021, EU:C:2021:311; causa C-487/19, *W. Ż.*, 6 ottobre 2021, EU:C:2021:798 e causa C-748/19, *W.B.*, 16 novembre 2021, EU:C:2021:931. In merito alle procedure di infrazione contro la Polonia relative alla *rule of law v. infra*, nota 24. Per un’ottima ricostruzione della giurisprudenza di Lussemburgo successiva alla pronuncia sui giudici portoghesi si v. L. PECH, D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, in *SIEPS*, 3, 2021, 1 ss.

²⁴ Si v. innanzitutto le procedure di infrazione contro la Polonia per violazione dell’art. 19, par. 1, TUE in ragione delle misure di prepensionamento dei giudici in CGUE, causa C-619/18, *Commissione c Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, 11 luglio 2019, EU:C:2019:531 e causa C-192/18, *Commissione c Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*, 5 novembre 2019, EU:C:2019:924. Si v. poi la pronuncia nella procedura di infrazione relativa al regime disciplinare per la Corte suprema e la relativa ordinanza di provvedimenti provvisori: CGUE, causa C-791/19, *Commissione c Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, 15 luglio 2021, EU:C:2021:596. Si v. infine l’ordinanza di provvedimenti provvisori relativa alla pendente procedura di infrazione c. la cd *Muzzle law*: CGUE, ordinanza della vicepresidente della Corte nella causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*, 6 ottobre 2021, EU:C:2021:834.

²⁵ Secondo una delle più “tradizionali” linee di difesa del governo polacco, le riforme dell’ordinamento giudiziario rientrerebbero nella competenza esclusiva dello stato nazionale. In conseguenza, le azioni dell’Unione a difesa del principio di indipendenza della magistratura – prime fra tutti le procedure di infrazione aperte dalla Commissione – rappresenterebbero ingerenze inammissibili nell’architettura costituzionale e istituzionale del suddetto Stato membro. Si v. a titolo di esempio le argomentazioni sollevate per opporsi ai provvedimenti cautelari adottati dalla Corte di giustizia nell’ordinanza relativa alla causa C-791/19 R, *Commissione c Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, 8 aprile 2020, EU:C:2020:277.

effettuare il rinvio pregiudiziale e che regolano la nomina giudiziaria alla Corte suprema²⁶.

Tra l'altro, il contrasto tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e Tribunale costituzionale ha avuto una progressione graduale, nei termini di una vera e propria *escalation*. Una prima reazione si era avuta a seguito della pronuncia in *A.K. e altri*²⁷. In tale sentenza, originata da un rinvio pregiudiziale polacco, la Corte di giustizia aveva fornito al giudice nazionale indicazioni dettagliate per valutare l'indipendenza di una sezione disciplinare e di un CNM quali quelli polacchi ai sensi del diritto dell'Unione. In seguito alla pronuncia, tre sezioni della Corte suprema avevano ritenuto che tanto il CNM quanto la sezione disciplinare creata in seno alla stessa Corte suprema non potessero essere considerati organi giurisdizionali indipendenti e imparziali ai sensi del diritto dell'Unione²⁸. Tale decisione della Corte Suprema è stata però dichiarata incostituzionale dal Tribunale costituzionale, che aveva così impedito alla prima di applicare quanto stabilito dalla Corte di giustizia in *A.K. e altri*²⁹.

Un attacco più diretto al principio del primato si era avuto nella successiva sentenza del 14 luglio 2021³⁰, in cui il Tribunale ha ritenuto incompatibili con la Costituzione polacca l'art. 4, par. 3, TUE e l'art. 279 TFUE, nella misura in cui permettono alla Corte di giustizia di imporre provvedimenti provvisori riguardanti l'organizzazione della magistratura. Tale decisione era una diretta reazione alle ordinanze di provvedimenti provvisori con le quali la Corte di giustizia chiedeva, fino alla pronuncia nel merito, l'interruzione dell'attività delle sezioni disciplinari della Corte suprema per rischio di violazione dell'art.

²⁶ CGUE, *A.B. e altri*, cit.

²⁷ CGUE, *A.K. e altri*, cit.

²⁸ Risoluzione congiunta della Sezione civile, della Sezione penale e Sezione per il lavoro e la previdenza sociale della Corte Suprema del 23 gennaio 2020. Una traduzione, non ufficiale, in inglese è disponibile all'indirizzo: <https://ruleoflaw.pl>.

²⁹ C. cost. Polonia, 20 aprile 2020, n. U 2/20, disponibile al seguente indirizzo: <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11040-uchwala-skladu-polaczonych-izb-cywilnej-karnej-oraz-pracy-i-ubezpieczen-spolecznych-sadu-najwyzszego-z-dnia-23-stycznia-2020-r-sygn-akt-bsa-i-4110-120>. Si v. in commento: A. BIEN-KACAŁA, *Polexit is Coming or is it Already Here? Comments on the Judicial Independence Decisions of the Polish Constitutional Tribunal*, in *Int'l J. Const. L. Blog*, disponibile all'indirizzo: <http://www.iconnectblog.com>, 28 aprile 2020 e D. MIĄSIK, A. SOŁTYS, *National Courts and the Enforcement of EU Law: The Pivotal Role of National Courts in the EU Legal Order – Polish Report*, in M.R. BOTMAN, J. LANGER (a cura di) *The XXIX FIDE Congress in The Hague*, Vol. 1, Eleven, L'Aia, 2020, 365 ss.

³⁰ C. cost. Polonia, 14 luglio 2021, n. P. 7/20, al seguente indirizzo: <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11589-obowiazek-panstwa-czlonkowskiego-ue-polegajacy-nawykonywaniu-srodkow-tymczasowych-odnoszacych-sie-do-ksztaltu-ustroju-i-funkcjonowania-konstytucyjnych-organow-wladzy-sadowniczej-tego-panstwa>. Si v. per un commento immediatamente successivo alla pronuncia: A. CIRCOLO, *Ultra vires e Rule of Law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, in *I Post di AISDUE*, disponibile all'indirizzo: <https://www.aisdue.eu>, 15 luglio 2021.

19, par. 1, secondo comma, TUE³¹. Il ricorso davanti al Tribunale costituzionale era infatti stato presentato dai giudici della sezione disciplinare il giorno successivo all'ordinanza della Corte di giustizia dell'8 aprile 2020³². Si trattava, quindi, da un lato, di un chiaro tentativo di ribellione contro la prima decisione della Corte di giustizia che richiedeva la sospensione delle attività della sezione disciplinare e, dall'altro, di una conferma dell'efficacia della giurisprudenza della Corte di giustizia nel difendere la *rule of law* dagli attacchi all'indipendenza della magistratura polacca.

3. La sfida al primato del Tribunale costituzionale polacco

Il 7 ottobre 2021 il Tribunale costituzionale polacco si è pronunciato sulla compatibilità con la Costituzione di alcune disposizioni del TUE, rispondendo al ricorso di legittimità costituzionale promosso dal primo Ministro Morawiecki³³. La sentenza è stata adottata in seduta plenaria a maggioranza dei membri, con sole due opinioni dissenzienti, ed ha acquisito efficacia giuridica cinque giorni dopo, a seguito della pubblicazione da parte del governo nella Gazzetta Ufficiale³⁴.

Il Tribunale costituzionale polacco ha innanzitutto rilevato un contrasto tra gli artt. 1 e 4, par. 3, TUE e alcune disposizioni della Costituzione polacca – in particolare, gli artt. 2 (che dichiara la Polonia uno stato democratico governato dalla legge), 90, par. 1 (sulla partecipazione alle organizzazioni internazionali), 8, par. 1 (secondo cui la costituzione è la legge suprema della Repubblica di Polonia)³⁵, nella misura in cui consentono alle istituzioni europee di agire *ultra vires* e impediscono alla costituzione polacca di prevalere sulle norme europee, con conseguente perdita di sovranità. In secondo luogo, l'art. 19, par. 1, TUE, nella misura in cui impone ai giudici nazionali di far prevalere il diritto dell'Unione rispetto alla Costituzione polacca e di disapplicarne le disposizioni in giudizio, in caso di contrasto con il diritto europeo, è stato ritenuto incompatibile con gli artt. 2, 8, par. 1, e 90, par. 1 della Costituzione, nonché gli artt. 7 (ai sensi del quale le autorità pubbliche funzionano sulla base e nei limiti della

³¹ Tali violazioni sono state poi riconosciute dalla Corte di giustizia nella successiva sentenza *Commissione c Polonia*, C-791/19, del 15 luglio 2021.

³² CGUE, ordinanza in C-791/19 R, cit.

³³ Una traduzione in inglese del ricorso è disponibile al seguente indirizzo: <https://ruleoflaw.pl/pm-action-to-review-constitutionality-of-eu-treaty-now-in-english/>

³⁴ Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej (Gazzetta della Repubblica di Polonia) del 12 ottobre 2021, n. 1852. Ai sensi dell'art. 190, par. 3, della Costituzione polacca, le sentenze del Tribunale costituzionale acquisiscono efficacia giuridica a partire dal giorno della loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

³⁵ Una traduzione inglese della costituzione polacca è disponibile sul sito del parlamento polacco al seguente indirizzo: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>. Ogni traduzione in italiano è a cura dell'autrice.

legge), 178, par. 1 (relativo all'indipendenza dei giudici) e 190, par. 1, (secondo cui le sentenze del Tribunale costituzionale sono universalmente vincolanti e definitive). Infine, gli artt. 2 e 19, par. 1, secondo comma, TUE, consentendo ai giudici polacchi di valutare l'indipendenza dei propri pari, sono stati valutati inconciliabili con gli artt. 2, 8, par. 1, 90, par. 1, e 179 della Costituzione, nonché con l'art. 144, par. 3, punto 17 (ai sensi del quale gli atti del Presidente della Repubblica relativi alla nomina dei giudici non richiedono la controfirma ministeriale) e con l'art. 186, par. 1 (che prevede che il Consiglio nazionale della magistratura salvaguardi l'indipendenza dei tribunali e dei giudici).

Il fatto che il dispositivo si limiti a qualificare come incostituzionali le disposizioni del TUE solo *nella misura in cui* (“*insofar as*” nella versione inglese) esse hanno certi effetti, potrebbe già far riflettere sul fatto che l'interpretazione offerta dal Tribunale costituzionale non sia di totale chiusura, ma si limiti a contestare solo l'ultima evoluzione della giurisprudenza *rule of law*, della quale è difficile negare il carattere espansivo. Effettivamente, nel comunicato stampa, il Tribunale costituzionale si preoccupa di precisare che l'art. 1 TUE è incompatibile con la Costituzione polacca solo in quanto le norme del diritto europeo si collochino al di fuori delle competenze conferite dalla Polonia all'Unione con i Trattati³⁶. Il vero obiettivo è chiaramente l'art. 19, par. 1, TUE, come interpretato dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza relativa alla *rule of law*. Invero, il Tribunale si preoccupa di precisare che “*the scope of the competences conferred by EU Member States is primarily regulated in the Treaties, and in particular in Art. 3(1) and Article 4(2) of the TFEU. Those competences comprise neither the functioning of the judicial system nor the organisational structure thereof*”³⁷. Al paragrafo successivo del comunicato si legge poi che “*a distinction between the area of conferred competences and those exclusively reserved for the EU Member States is also essential for specifying the boundaries of the so-called principle of the primacy of EU law*”. Tuttavia, attraverso una simile lettura – qualora confermata nelle motivazioni della sentenza –, il Tribunale costituzionale sembra confondere primato del diritto europeo e competenze dell'Unione³⁸. La ripartizione delle competenze tra gli Stati Membri e l'Unione ex artt. 2-6 TFUE riguarda infatti le competenze legislative di quest'ultima, non il diritto primario, quale l'art. 19, par. 1, TUE, che ben può godere del primato indipendentemente dall'esistenza di una competenza legislativa. Probabilmente, ciò è dovuto ad una visione fortemente dualista del Tribunale che, tuttavia – se confermata nelle motivazioni –, mal si concilia con la lettura delle

³⁶ Comunicato stampa *supra* nota 3, paragrafi 9-12.

³⁷ Comunicato stampa *supra* nota 3, par. 10.

³⁸ D. KRAPPITZ, N. KIRST, *The Primacy of EU law Does Not Depend on the Existence of a Legislative Competence — Debunking the flawed analysis of the Polish Constitutional Court*, in *EU Law live*, disponibile all'indirizzo: <https://eulawlive.com>, 20 ottobre 2021.

competenze dell'Unione offerta dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza che, notoriamente, è ben risalente rispetto alla tematica della *rule of law*. È difatti giurisprudenza consolidata della Corte che, nell'esercitare le proprie competenze, gli Stati membri debbano rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione³⁹. Da ciò non può essere esclusa l'organizzazione della giustizia, come confermato dalla Corte stessa in pronunce più recenti⁴⁰.

Le divergenze tra la Corte di giustizia e alcune Corti costituzionali nazionali circa l'origine e la portata del primato del diritto europeo sono risalenti all'enunciazione del principio stesso – affermato nella storica sentenza *Costa c. ENEL* del 1964⁴¹. Se è vero che in tempi più recenti lo scontro si è riacuito⁴², bisogna tuttavia riconoscere che il Tribunale costituzionale polacco ha innalzato i toni ad un livello inedito. La storia dell'integrazione giuridica europea ci insegna che il dialogo e il confronto giudiziario tra la Corte di giustizia e le corti nazionali, *in primis* quelli costituzionali, è essenziale per la corretta applicazione e l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione. Il dialogo tra le massime autorità giurisdizionali nazionali e la Corte di giustizia può certamente svolgere una funzione positiva nella definizione dell'ordinamento europeo, ma per farlo deve essere animato dalla volontà di garantire la massima tutela ai diritti fondamentali dei cittadini europei⁴³. Difatti – e sarebbe il caso di ricordarlo al Tribunale costituzionale polacco – il primato è innanzitutto una garanzia di uguaglianza degli Stati membri e dei loro cittadini davanti alla legge, nonché una sicurezza che gli Stati membri non facciano “*cherry-picking*” del

³⁹ Si v. per una definizione generale del principio, ad esempio, la sentenza CGUE, causa C-279/93, *Schumacker*, 14 febbraio 1995, EU:C:1995:31, punto 21. Si v. poi per un approfondimento: L. AZOULAI, *La formule des compétences retenues des Etats membres devant la Cour de Justice de l'Union européenne* in E. NEFRAMI (ed), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 341 ss, e B. DE WITTE, *Exclusive Member State Competence – Is There Such a Thing?*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.), *The Division of Competences in the EU Legal Order: Reflections on the Past, the Present and the Future*, 2017, Hart Publishing, Oxford, 59 ss.

⁴⁰ Si v. in particolare le già citate sentenze della Corte di giustizia *Commissione c Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, punto 52 e *Repubblica*, punto 48.

⁴¹ CGUE, causa 6-64, *Flaminio Costa contro E.N.E.L.*, 15 luglio 1964, EU:C:1964:66. Si v. per un'analisi delle vicende che portarono alla sentenza: A. ARENA, *From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law: Gian Galeazzo Stendardi and the Making of Costa v. ENEL*, in *European Journal of International Law*, 30(3), 2019, 1017 ss.

⁴² Si v., in particolare, le pronunce della Corte Cost. ceca del 31 gennaio 2012, *Landtova*, n. Pl. ÚS 5/12, della Corte Suprema danese del 6 dicembre 2016, *Ajos*, n. 15/2014, (la Danimarca prevede un sistema di controllo di costituzionalità diffuso), della Corte Cost. tedesca del 5 maggio 2020, n. 2 BvR 859/15, e della Corte Cost. rumena dell'8 giugno 2021, n. 390/2021.

⁴³ G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3, 2018, 781 ss; B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order*, in G. de BÚRCA and P. CRAIG (a cura di), *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford, 2021, 323 ss; T. TRIDIMAS, *The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation, and Instability*, in D. CHALMERS, A. ARNULL (a cura di.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, OUP, Oxford, 2015, 403 ss;

diritto dell'Unione, ossia scelgono a piacimento quali disposizioni applicare e quali no⁴⁴.

A parere di chi scrive, la sentenza in esame, lungi dall'essere un tentativo di dialogo costruttivo, rappresenta invece un atto di insubordinazione "strumentale" nei confronti del primato del diritto europeo, in quanto il vero bersaglio dell'azione è la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia a tutela della *rule of law* polacca. Un attacco dietro al quale si cela, in realtà in modo ben poco nascosto, il governo di Varsavia. Ed è per questo che la sentenza del Tribunale costituzionale appare di particolare serietà: il problema non è tanto la contestazione del primato in sé – sulla quale molte altre Corti costituzionali potrebbero trovarsi d'accordo, sebbene non con questa intensità di toni – quanto la negazione dell'indipendenza della magistratura, elemento cardine di ogni moderna democrazia e altresì essenziale per garantire un principio sostanziale e strutturale del diritto europeo quale la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti individuali.

Per come descritto nel comunicato stampa, il ragionamento del Tribunale costituzionale si apre sottolineando come la Costituzione si trovi al vertice della gerarchia polacca delle fonti del diritto, mentre gli accordi internazionali, incluso il TUE, si collocano in posizione ad essa subordinata e pertanto le devono essere conformi⁴⁵. Successivamente, dopo aver ricordato la propria competenza alla luce dell'art. 188 della Costituzione a esaminare la compatibilità del TUE con la Costituzione polacca⁴⁶, il Tribunale affronta la questione della compatibilità con quest'ultima degli artt. 1 e 4, par. 3, TUE, facendo riferimento alla sua precedente giurisprudenza, in particolare la sentenza K 18/04 relativa all'adesione⁴⁷ e il "Lisbon judgment" (polacco) K 32/09⁴⁸. Effettivamente, il Tribunale costituzionale, quando era ancora un'istituzione

⁴⁴ K. LENAERTS, *No Member State is More Equal than Others: The Primacy of EU law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 8 ottobre 2020 e F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German Law Journal*, 16(4), 2015, 1003 ss.

⁴⁵ Comunicato stampa *supra* nota 3, par. 1.

⁴⁶ Interessante è poi il fatto che il Tribunale costituzionale si preoccupi "*as a side remark*" di sollevare dubbi circa l'indipendenza dei giudici della Corte di giustizia "*in the light of the Polish constitutional standards*", in quanto nominati dagli esecutivi nazionali per un numero illimitato di mandati. V. Comunicato stampa *supra* nota 1, par. 5.

⁴⁷ La risoluzione K 18/04, rilasciata l'11 maggio 2005, era relativa alla compatibilità del Trattato di adesione polacco all'Unione europea con la costituzione polacca. Si v. per un'analisi: K. KOWALIK-BAŃCZYK, *Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law*, in *German Law Journal*, 2005, 6(10), 1355 ss.

⁴⁸ Una traduzione in inglese della sentenza K 32/09 è disponibile al seguente indirizzo: https://trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_32_09_EN.pdf. Si v. per una analisi: A. LAZOWSKI, *Half full and half empty glass: The application of EU law in Poland (2004–2010)*, in *Com. mar. law rev.*, 2011, 48(2), 503 ss.

indipendente, non ha mai accettato in modo incondizionato il primato del diritto dell'Unione, ma aveva comunque riconosciuto la compatibilità dei Trattati europei con il testo costituzionale⁴⁹. Dunque, nella sentenza in esame, per spiegare perché, a Trattati invariati, il TUE non è più compatibile con la Costituzione polacca il Tribunale ha dovuto compiere una re-interpretazione delle disposizioni costituzionali. Nel comunicato stampa si legge che la sentenza è conforme all'art. 9 della Costituzione (ai sensi del quale la Polonia rispetta il diritto internazionale vincolante) in quanto esso si applica solo al diritto dell'UE adottato nei limiti delle competenze conferite all'Unione e nel rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri *ex art. 4, par. 2, TUE*⁵⁰, segnando, ancora una volta, una confusione tra il primato di Trattati e le competenze dell'Unione. Ad opinione di illustri giuristi e magistrati polacchi, un'altra interpretazione del testo costituzionale era possibile, in conformità con la giurisprudenza consolidata del Tribunale stesso sulla risoluzione dei conflitti tra Costituzione e diritto europeo⁵¹. Essi hanno altresì rilevato come la Costituzione polacca autorizzi il Tribunale costituzionale a esaminare i trattati internazionali, ma non la giurisprudenza delle relative corti, inclusa quella della Corte di giustizia⁵².

Di quest'ultima, peraltro, il Tribunale costituzionale dà un'interpretazione tutt'altro che corretta. Infatti, contrariamente a quanto si legge nei paragrafi del comunicato stampa relativi agli artt. 2 e 19 TUE, la Corte di giustizia – e tantomeno la Commissione – non si è arrogata la competenza di decidere l'organizzazione interna della giustizia nazionale, ma si è preoccupata di garantire la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti di matrice europea, nel rispetto delle competenze degli Stati membri. Le basi della già ricordata giurisprudenza in

⁴⁹ Sugli elementi di continuità tra la sentenza in esame e la giurisprudenza pregressa del Tribunale costituzionale polacco si rimanda a: C. CURTI GIALDINO *In cammino verso la Polesxit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: <https://www.federalismi.it/>, 20 ottobre 2021. Per una ricostruzione della giurisprudenza del Tribunale costituzionale polacco sul primato, oltre agli articoli menzionati *supra* note 47 e 48, si v.: W. SADURSKI, *Solange, chapter 3¹: Constitutional Courts in Central Europe – Democracy – European Union*, in *EUI Working Paper Law*, 2006, 40, 1 ss; P. TULEJA, *The Polish Constitutional Tribunal*, in A. VON BOGDANDY, P. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Volume III: Constitutional Adjudication: Institutions*, OUP 2020, Oxford, 619 ss.

⁵⁰ Comunicato stampa *supra* nota 3, par. 13.

⁵¹ J. JARACZEWSKI, *Gazing into the Abyss: The K 3/21 decision of the Polish Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, disponibile al seguente indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 12 ottobre 2021 e 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*, disponibile all'indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 27 ottobre 2021.

⁵² Si v. e la risoluzione del comitato per le Scienze giuridiche della Accademia polacca delle scienze n. 04/2021 del 12 ottobre 2021, disponibile all'indirizzo: <https://ruleoflaw.pl> e lo statement dei presidi dei dipartimenti di giurisprudenza delle università polacche del 24 ottobre 2021, disponibile all'indirizzo: <https://ruleoflaw.pl>.

materia di ripartizione di competenze tra Unione Stati membri, che pur ha recentemente conosciuto nuove applicazioni, erano già presenti al momento dell'ingresso della Polonia nell'Unione⁵³. Altrettanto vale per il fondamentale principio del primato: come sottolineato in dottrina, con l'adesione del 2004 e la successiva ratifica del Trattato di Lisbona, la Polonia “non poteva ignorare l'essenzialità di tale principio per il sistema giuridico al quale aveva liberamente deciso di prendere parte”⁵⁴.

Nel comunicato stampa il Tribunale costituzionale sottolinea poi che l'art. 2 TUE non contiene principi giuridici, ma meri valori dalla portata assiologica e pertanto non può costituire la fonte delle competenze della Corte di giustizia per decidere sull'organizzazione dei tribunali polacchi. Tale affermazione è incompatibile non solo con la recente giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁵, ma anche con alcune disposizioni dei trattati, *in primis* gli artt. 7 e 49 TUE, che impongono agli Stati, rispettivamente membri e candidati, di rispettare i valori europei. Per quanto riguarda invece l'idea che l'organizzazione della giustizia negli Stati membri “non rientri nella identità costituzionale comune agli Stati membri” in ragione del fatto che questi ultimi applicano procedure diverse per la nomina dei giudici⁵⁶, essa si pone in diretto contrasto con l'art. 2 TUE ai sensi del quale lo Stato di diritto e gli altri valori europei sono “comuni agli Stati membri”.

4. *Segue: un confronto con la sentenza del BVerfG del 5 maggio 2020*

A questo punto, è difficile non tentare un confronto tra la sentenza in esame e quella, altrettanto dibattuta, del Tribunale costituzionale federale tedesco (*BVerfG*) del 5 maggio 2020 sul *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), dove quest'ultimo rigettava l'interpretazione dell'operato della Banca centrale europea (BCE) fornita dalla Corte di giustizia nella sentenza *Weiss*⁵⁷, mettendo pertanto in discussione il carattere assoluto del primato⁵⁸. Effettivamente, non

⁵³ V. supra nota 39.

⁵⁴ P. MANZINI, *Verso un recesso de facto della Polonia dall'Unione europea?*, in *Eurojus*, disponibile all'indirizzo: <http://rivista.eurojus.it>, 4, 2021, 1 ss.

⁵⁵ V. tanto la giurisprudenza *Associazione sindacale dei giudici portoghesi* e seguenti, supra note 20, 23 e 24, quanto quella relativa alla fiducia reciproca, rispetto alla quale il rispetto dei valori si pone come “premessa fondamentale”: CGUE, Parere 2/13, *Adesione dell'Ue alla CEDU*, 18 dicembre 2014, EU:C:2014:2454, punto 168. Per un'analisi approfondita si rimanda a: L.S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi*, disponibile all'indirizzo: <https://www.federalismi.it/>, 19, 2020, iv ss.

⁵⁶ Comunicato stampa supra nota 3, par. 19.

⁵⁷ CGUE, causa C-493/17, *Weiss*, 11 dicembre 2018, EU:C:2018:1000.

⁵⁸ *BVerfG*, 5 maggio 2020, n. 2 BvR 859/15. Per un'analisi della sentenza del *BVerfG* si rimanda, senza pretesa di esaustività, a: A. CIANCIO, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's Public Sector Purchase Programme: An Attempt to “Break the Toy” or a New Starting for the Eurozone?*, in *Federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: <https://www.federalismi.it/>, 16, 2020, 36 ss; F.

si può omettere di sottolineare come la giurisprudenza del *BVerfG* sia stata una fonte d'ispirazione per la corte polacca, come dimostrato dal fatto che lo stesso ricorso del primo ministro si fondava anche sulla sentenza relativa al PSPP. Sembrano così avverarsi quei timori, espressi da vari studiosi all'indomani della sentenza del *BVerfG* del 5 maggio 2020, sui rischi di utilizzo abusivo di questa da parte di altre corti europee e della mancanza di lungimiranza del *BVerfG*⁵⁹.

Tuttavia, come già sostenuto nei primi commenti⁶⁰, le due sentenze sono profondamente diverse per contesto, contenuto e conseguenze. Innanzitutto, per quanto riguarda il contesto, si è già avuto modo di sottolineare come, ormai, il Tribunale costituzionale polacco non possa più essere considerato un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge, ai sensi degli artt. 19 TUE e 6 CEDU, ma, piuttosto, deve essere visto come un fedele alleato del governo polacco. La decisione in esame è più vicina ad uno *statement* politico in favore del governo piuttosto che ad una vera sentenza di un organo giurisdizionale genuinamente preoccupato per l'equilibrio dei rapporti tra ordinamenti giuridici. In quest'ottica, ci si potrebbe legittimamente domandare se la decisione di pubblicare un dispositivo "incendiario" come quello in esame non sia stata dovuta proprio al fatto di voler garantire all'esecutivo un'arma nello scontro con l'Unione, riservandosi poi successivamente la possibilità, a seguito delle negoziazioni tra governo e istituzioni europee, di mitigare l'attacco attraverso le motivazioni. Al contrario, dell'indipendenza e autonomia del Tribunale costituzionale federale tedesco non si può certo dubitare, soprattutto considerando che la sentenza del 5 maggio 2020 condannava anche l'inerzia di governo e parlamento tedeschi per non aver impedito al consiglio direttivo della BCE l'adozione del programma PSPP⁶¹.

Per quanto riguarda l'aspetto dei contenuti, la decisione del Tribunale costituzionale polacco è molto più radicale della sentenza del *BVerfG*, non solo

DONATI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sul PSPP: quale impatto sul processo di integrazione europea?*; in *Eurojus*, disponibile all'indirizzo: <http://rivista.eurojus.it>, 3, 2020, 170 ss; D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? The Reasoning on the Principle of Proportionality in the Judgment of 5 May 2020 of the German Constitutional Court*, in *Rivista CERIDAP*, disponibile all'indirizzo: <https://ceridap.eu>, 2, 2020, 52 ss e M. PICCHI, *La pronuncia del Bundesverfassungsgericht sul Public Sector Purchase Programme: quando da una "prova di forza" possono scaturire le premesse per un necessario "cambio di passo"*, in *Osservatorio sulle fonti*, disponibile all'indirizzo: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, 2, 2020, 795 ss.

⁵⁹ Si v. ad esempio M. MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 6 maggio 2020 e P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme?)*, in *Forum Quad. Cost.*, 2, 2020, 306 ss.

⁶⁰ A. THIELE, *Whoever equates Karlsruhe to Warsaw is wildly mistaken*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 10 ottobre 2021.

⁶¹ J. ZILLER, *L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*, in *I Post di AISDUE*, disponibile all'indirizzo: <https://www.aisdue.eu>, 7 maggio 2020.

in quanto qualifica apertamente il diritto europeo come incompatibile con la costituzione polacca, ma lo fa con riferimento alle disposizioni del TUE. La sentenza del *BVerfG* riguardava la politica monetaria e i programmi di acquisto della BCE, non i valori fondanti dell'Unione. In particolare, il Tribunale costituzionale polacco definisce incompatibile con la Costituzione gli artt. 2 e 19 TUE, come interpretati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, così facendo, rigetta tanto il valore dello Stato di diritto in generale, quanto la sua peculiare espressione dell'indipendenza del potere giudiziario e, in definitiva, la separazione dei poteri. Inoltre, a differenza di quanto fatto dal *BVerfG* in *Weiss* e dalla Corte costituzionale italiana in *M.A.S.*⁶², il Tribunale costituzionale polacco ha scelto di non effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia prima di giungere allo scontro diretto. Tuttavia, le ragioni che esso adduce per motivare il mancato rinvio pregiudiziale appaiono di natura pretenziosa. Nel comunicato stampa il Tribunale sostiene che non c'era alcuna utilità nel chiedere un'interpretazione del diritto europeo alla Corte di giustizia in quanto la questione in esame riguardava la conformità delle disposizioni del TUE con la Costituzione polacca, sulla quale la Corte di Lussemburgo non è competente a pronunciarsi. Eppure, il problema principale del Tribunale sembra essere l'interpretazione del TUE, ed in particolare dell'art. 19, offerta dalla giurisprudenza di Lussemburgo, sulla cui portata la Corte di giustizia è certamente competente. Ciò conferma ulteriormente il comportamento non cooperativo del Tribunale costituzionale, che sembra così dimenticare di far parte di un ordinamento giuridico integrato e composito quale quello europeo.

Infine, per quanto riguarda le conseguenze, la decisione del Tribunale costituzionale polacco è chiaramente mossa dall'intento di impedire l'applicazione da parte dei giudici polacchi delle future decisioni della Corte di giustizia relative alla *rule of law*. La parte conclusiva del comunicato stampa suona infatti come una vera e propria minaccia rivolta a Lussemburgo. Il Tribunale costituzionale, non solo si dichiara competente a valutare la compatibilità della giurisprudenza di Lussemburgo con la Costituzione polacca, ma non esclude la possibilità di ricorrervi e di "eliminare le sentenze della Corte di giustizia

⁶² CGUE, causa C-42/17, *M.A.S. e M.B.*, 5 dicembre 2017, EU:C:2017:936. Per un commento alla sentenza si v., ex plurimis: N. LAZZERINI, *Il rapporto tra primato del diritto dell'Unione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali nella sentenza Taricco-bis: buona la seconda?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2018, p. 234 ss; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Dir. Un. eur.*, Osservatorio europeo, 2017, 1 ss; B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quad. cost.*, 2, 2018, 441 ss. Si v. inoltre i due volumi interamente dedicati alla "saga Taricco": A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017 e C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano 2018.

dall'ordinamento giuridico polacco" qualora quest'ultima non freni il suo attivismo giudiziario⁶³.

5. Quali le conseguenze della sentenza nel breve e medio periodo?

Per capire quali saranno gli effetti della pronuncia sulla corretta applicazione del diritto europeo a livello nazionale si dovrà attendere di poter valutare la prassi dei giudici nazionali. Infatti, sebbene la Polonia sia ancora formalmente tenuta ad applicare il diritto dell'Unione e a dare attuazione alle sentenze della Corte di giustizia, la sentenza del 7 ottobre mette a repentaglio la corretta applicazione del diritto europeo in Polonia. I giudici polacchi si troveranno a breve a dover scegliere se dare attuazione alla sentenza del Tribunale costituzionale, e quindi ignorare il diritto dell'Unione, oppure se continuare ad applicare l'art. 19, par. 1, TUE così come interpretato dalla Corte di Giustizia, disapplicando quindi le norme nazionali incompatibili col principio europeo di indipendenza della magistratura. In questo caso, però, dovranno essere pronti ad affrontare dei procedimenti disciplinari. Purtroppo questi ultimi saranno altresì destinati ad aumentare in numero e intensità adesso che è possibile avvalersi della sentenza del Tribunale costituzionale come leva per spingere i giudici a rispettare le riforme della maggioranza di governo.

Altra questione è quella relativa alle conseguenze della sentenza esaminata sull'ordinamento giuridico europeo e, in particolare, sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri. Come la Corte di giustizia ha avuto modo di dichiarare più volte, la fiducia reciproca "riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne" e pertanto essa "impone a ciascuno [degli Stati membri], segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, tranne in circostanze eccezionali, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo"⁶⁴. Indubbiamente, la decisione del Tribunale costituzionale rende molto più difficile giustificare questa presunzione nei confronti della Polonia. Come reagiranno dunque le altre corti nazionali davanti alla sentenza in questione e, soprattutto, al fatto che le loro controparti polacche non sono più tenute – secondo la Corte costituzionale nazionale – a rispettare il primato del diritto UE relativamente ad una questione nevralgica quale l'indipendenza della magistratura e, quindi, la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti individuali? Potranno ancora fidarsi nel dare attuazione agli

⁶³ Comunicato stampa *supra* nota 3, par. 22.

⁶⁴ CGUE, Parere 2/13, cit, punto 191. Per un'analisi della fiducia reciproca si v. K. LENAERTS, *La vie après l'avis: Exploring the Principle of Mutual (Yet Not Blind) Trust*, in *Com. mar. law rev.*, 54(3) 2017, 805 ss e F. MAIANI, S. MIGLIORINI, *One principle to rule them all? Anatomy of mutual trust in the law of the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Com. mar. law rev.*, 57(1), 2020, 7 ss.

strumenti di cooperazione giudiziaria verso la Polonia o si rifiuteranno di farlo? Chiaramente, se alcune corti nazionali non ritenessero più soddisfatti i presupposti della fiducia reciproca nei confronti della Polonia, il rischio sarebbe quello di una frammentazione e parcellizzazione dello spazio giuridico europeo⁶⁵; una conseguenza che la Corte di giustizia ha finora cercato di evitare.

Probabilmente, numerose richieste pregiudiziali da parte delle corti nazionali arriveranno presto a Lussemburgo nella speranza di ottenere un chiarimento da parte della Corte di giustizia in merito all'atteggiamento da tenere rispetto ai giudici polacchi dopo la sentenza del Tribunale costituzionale. Sicuramente, data la radicalità di quest'ultima, la Corte di giustizia non farà alcuna concessione sul primato e, soprattutto, sul principio di indipendenza della magistratura, data la loro essenzialità per l'ordinamento giuridico europeo. Il primo è infatti il criterio fondamentale per la risoluzione dei conflitti tra norme sovranazionali e domestiche, mentre il secondo rappresenta uno degli aspetti essenziali della nozione europea di Stato di diritto, che a sua volta è condizione per la stessa appartenenza all'Unione europea⁶⁶ e "per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato membro"⁶⁷.

Tuttavia, la Corte di giustizia potrebbe trovarsi costretta a modificare parte della propria giurisprudenza in materia di fiducia reciproca. I tribunali nazionali potrebbero chiedersi quale peso attribuire alla sentenza del Tribunale costituzionale polacco nel contesto dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo (MAE) verso la Polonia. Com'è noto, nella sentenza *LM*⁶⁸ – in risposta al quesito pregiudiziale della *High Court* irlandese – la Corte ha sviluppato un doppio test – successivamente confermato in *L e P*⁶⁹ – per stabilire se un'autorità giudiziaria può astenersi dal dare esecuzione ad un MAE qualora nel paese richiedente vi siano carenze generalizzate tali da precludere alla persona che ne è oggetto il suo diritto fondamentale ad un equo processo. In primo luogo, l'autorità giudiziaria di emissione deve determinare "l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo, connesso a una mancanza di indipendenza dei giudici [dello] Stato membro [richiedente], a causa di carenze sistemiche o generalizzate in quest'ultimo Stato". Questa analisi non è però sufficiente in quanto l'autorità emittente deve in secondo luogo "valutare, in modo concreto e preciso, se, nelle circostanze del caso di specie,

⁶⁵ C. HILLION, *Last station before 'Polexit'?* in *EU Law live*, disponibile all'indirizzo: <https://eu-lawlive.com>, 28 ottobre 2021.

⁶⁶ Ai sensi dell'art. 49 TUE solo un paese che "che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli" può accedere all'Unione europea.

⁶⁷ CGUE, *Repubblika*, cit, punto 63.

⁶⁸ CGUE, causa C-216/18 PPU, *LM*, 25 luglio 2018, EU:C:2018:586.

⁶⁹ CGUE, cause riunite C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, *L e P*, 17 dicembre 2020, EU:C:2020:103. Si v. in commento: A. ROSANO, *The road not taken? Recenti sviluppi sulla nozione di autorità giudiziaria emittente nell'ambito del MAE*, in *La legislazione penale*, 2021, 1 ss.

esistano motivi seri e comprovati per ritenere che, in seguito alla sua consegna allo Stato membro emittente, il ricercato corra tale rischio”⁷⁰. A questo punto, dato che la sentenza del Tribunale costituzionale ha segnato un nuovo traguardo nella degenerazione dello Stato di diritto in Polonia, pare opportuno chiedersi se la Corte di Giustizia deciderà di optare per una modifica della seconda fase del test di *LM*, già ampiamente auspicata in dottrina⁷¹. Le pendenti cause *Openbaar Ministerie*⁷² e *W.O e J.L c. Minister for Justice and Equality*⁷³ potrebbero rappresentare un’ottima occasione per compiere questo passo dato che le richieste del Tribunale di Amsterdam e della Corte Suprema irlandese vertono, essenzialmente, sulla necessità, alla luce del significativo peggioramento della situazione polacca dopo la sentenza *LM*, di continuare ad applicare la doppia verifica stabilita dalla Corte di giustizia in tale occasione. Addirittura, la Corte di giustizia porrebbe spingersi fino dichiarare essa stessa che i requisiti per la fiducia reciproca non sono più soddisfatti in Polonia in ragione della generale mancanza di indipendenza del sistema giudiziario nazionale, con conseguente sospensione del mutuo riconoscimento e della cooperazione giudiziaria⁷⁴. Tuttavia, non solo tale scenario non sembra verosimile, ma in merito la Corte si è ritrovata in un vero e proprio vicolo cieco. Infatti, se da un lato potrebbero esserci i presupposti per modificare il test di *LM*, dall’altro ciò comporterebbe l’esclusione dei tribunali polacchi dal meccanismo del rinvio pregiudiziale. Le corti polacche non potrebbero più essere considerate una “giurisdizione” ai sensi dell’art. 267 TFUE, dato che, per giurisprudenza consolidata della Corte, tale nozione richiede l’indipendenza del giudice del rinvio⁷⁵. Fino ad oggi – ed è questa una delle ragioni dell’approccio prudente

⁷⁰ CGUE, *LM*, cit., punti 60-68.

⁷¹ Per una critica al test di *LM* si v.: K. L. SCHEPPELE, *Rule of Law Retail and Rule of Law Wholesale: The ECJ’s (Alarming) “Celmer” Decision*, in *Verfassungsblog*, disponibile all’indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 28 luglio 2018 e P. BARD, W. VAN BALLEGOOIJ, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 9(3), 2018, 353–365.

⁷² Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Amsterdam il 14 settembre 2021, causa pendente C-562/21 PPU, *Openbaar Ministerie*.

⁷³ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Supreme Court d’Irlanda il 3 agosto 2021, causa pendente C-480/21, *W.O e J.L. v Minister for Justice and Equality*.

⁷⁴ P. BÁRD, A. BODNAR, *The end of an era. The Polish Constitutional Court’s judgment on the primacy of EU law and its effects on mutual trust*, in *CEPS Policy Insights*, disponibile all’indirizzo: <https://www.ceps.eu>, 15, 2021, 1 ss.

⁷⁵ Si v. in particolare le sentenze CGUE nelle cause C-24/92, *Corbiau*, 1993, 30 marzo 1993, EU:C:1993:118; C-54/96, *Dorsch Consult*, 17 settembre 1997, EU:C:1997:413 e C-516/99, *Schmid*, 30 maggio 2002, EU:C:2002:313 e ., Si v. altresì la sentenza nella causa C-274/14, *Banco de Santander*, 21 gennaio 2020, EU:C:2020:17, dove la Corte di giustizia ha ritenuto di dover aggiornare i criteri relativi al requisito dell’indipendenza dei tribunali nazionali ex art. 267 TFUE alla luce della sua più recente giurisprudenza in materia di *rule of law*. Si v. per un’analisi delle problematiche connesse al tema dell’indipendenza delle giurisdizioni ex art. 267 TFUE: C. REYNS, *Saving Judicial Independence: A*

adottato in *LM* – la Corte ha voluto scongiurare questa eventualità, per una duplice ragione. Innanzitutto, togliere ai giudici polacchi la possibilità di effettuare richieste pregiudiziali alla Corte di giustizia indebolirebbe ulteriormente la protezione giurisdizionale dei diritti di matrice europea in Polonia. Inoltre, poiché negli ultimi anni il meccanismo del rinvio pregiudiziale ha rappresentato per i giudici polacchi un importante strumento per contestare le misure liberticide e autoritarie del loro governo, escluderli dal novero delle “giurisdizioni” *ex art. 267* significherebbe privarle di questo importante strumento. Come testimoniano le numerose pronunce della Corte di giustizia che originano da quesiti pregiudiziali posti dai giudici polacchi, il rinvio pregiudiziale è ormai diventato uno strumento di *enforcement* dei valori europei.

Alla luce di quanto detto, ci si potrebbe chiedere come la decisione esaminata si rapporti con la tanto discussa “*legal polexit*”, ossia la possibilità di un progressivo abbandono da parte la Polonia dello spazio giuridico europeo, con le conseguenze sopra menzionate per la fiducia reciproca. Tuttavia, contrariamente a quanto affermato da parte della dottrina⁷⁶ e, soprattutto, nella stampa giornalistica, la sentenza del Tribunale costituzionale non può avere le conseguenze di una vera e propria *polexit*, ossia integrare una richiesta di uscita dall’Unione *ex art. 50 TUE*. La disposizione in questione richiede infatti che uno Stato membro, dopo aver deciso di recedere dall’Unione “conformemente alle proprie norme costituzionali”, notifichi al Consiglio europeo tale intenzione. Tale notifica “non può non essere un atto formale diretto specificamente al Consiglio [europeo] che esprime in maniera chiara ed inequivocabile la volontà di recedere dello Stato”⁷⁷ – e questo non è ancora il caso della Polonia visto che manca una dichiarazione in tal senso del governo di Varsavia. Inoltre, nella sentenza *Wightman* la Corte di giustizia ha sottolineato come la decisione di recedere dall’Unione dipenda solo dalla “scelta sovrana” dello Stato membro in questione, il quale “non può essere costretto a recedere dall’Unione contro la sua volontà”⁷⁸. Tutto ciò mal si concilia con l’idea che ad attivare la procedura di recesso possa essere una sentenza, sebbene proveniente da una Corte costituzionale non indipendente e fedele al governo⁷⁹. Il fatto che la sentenza sia entrata in vigore solo dopo la pubblicazione da parte del governo non può alterare tale conclusione, in quanto non costituisce una formale notifica di

Threat to the Preliminary Ruling Mechanism? in *European Constitutional Law Review*, 17(1), 2021, 26 ss.

⁷⁶ H. HOFMANN, *Sealed, Stamped and Delivered: The Publication of the Polish Constitutional Court’s Judgment on EU Law Primacy as Notification of Intent to Withdraw under Art. 50 TEU?*, in *Verfassungsblog*, disponibile all’indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 13 ottobre 2021.

⁷⁷ P. MANZINI, *Verso un recesso de facto della Polonia dall’Unione europea?*, cit, 6 ss.

⁷⁸ CGUE, causa C-621/18, *Wightman*, 10 dicembre 2018, EU:C:2018:999, punti 50 e 65.

⁷⁹ R. REPASI, *Poland’s withdrawal from the ‘Community of Law’ is no withdrawal from the EU*, in *EU Law live*, disponibile all’indirizzo: <https://eulawlive.com>, 15 ottobre 2021.

recesso da parte di un organo sovrano. Come è stato osservato⁸⁰, il futuro dell'appartenenza della Polonia all'Unione è una questione politica e non giuridica. L'espulsione di uno Stato membro è, *de iure condito*, impossibile e l'Unione verrebbe meno alle disposizioni dei Trattati e, in definitiva, al rispetto dello Stato di diritto, se decidesse di “aggirare il problema” con un'interpretazione creativa dell'art. 50 TUE. Inoltre, dato il profondo impatto del recesso “sui diritti di tutti i cittadini dell'Unione”⁸¹, una simile azione significherebbe anche tradire la popolazione polacca che, stando alle manifestazioni di piazza successive alla sentenza⁸², si riconferma favorevole alla permanenza nell'Unione.

6. Quali reazioni (possibili) da parte delle istituzioni europee?

La decisione del Tribunale costituzionale polacco non poteva certamente passare inosservata a Bruxelles. Tuttavia, nonostante qualche dichiarazione dai toni accesi⁸³, ad oggi le istituzioni europee non hanno preso nessuna vera contromisura nei confronti della Polonia. Una chiara occasione mancata è stata quella offerta dal Consiglio europeo immediatamente successivo alla pronuncia del Tribunale costituzionale, il 20 e 21 ottobre 2021. Le aspettative, rinforzate dalle dichiarazioni del Presidente Michel⁸⁴, che il Consiglio europeo discutesse e prendesse posizione nei confronti della sentenza del Tribunale costituzionale sono rimaste disattese dato che tra le Conclusioni del summit non figura nessun riferimento alla questione polacca⁸⁵. Dal canto suo, la Commissione europea non solo non ha ancora iniziato una (doverosa) procedura di infrazione contro la Polonia, ma continua a procrastinare l'attivazione del

⁸⁰ M. STEINBEIS, *The Exit Door*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 10 ottobre 2021.

⁸¹ CGUE, *Wightman*, cit, punto 64.

⁸² ‘*We are staying!*’: *Poles demonstrate in support of EU membership*, in *The Guardian*, disponibile all'indirizzo: <https://www.theguardian.com>, 11 ottobre 2021. In generale, i cittadini polacchi sono favorevoli all'Unione europea. Si v. per un approfondimento: S. GUERRA, *Central and Eastern European Attitudes in the Face of Union*, Palgrave Macmillan, Londra, 2013.

⁸³ Si v. in particolare la Dichiarazione della Commissione europea che ribadisce il primato del diritto dell'Ue del 7 ottobre 2021, disponibile al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/statement_21_5142, il Discorso della Presidente della Commissione von der Leyen al Parlamento europeo sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia del 19 ottobre 2021, disponibile al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_21_5361 e la dichiarazione congiunta dei ministri degli esteri francese e tedesco del 9 ottobre 2021, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/pologne/evenements/article/pologne-declaration-conjointe-de-jean-yves-le-drian-ministre-des-affaires>.

⁸⁴ V. le Osservazioni del presidente Charles Michel prima della riunione del Consiglio europeo, 21 ottobre 2021, disponibili al seguente indirizzo: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/10/21/remarks-by-president-charles-michel-before-the-european-council-meeting-on-21-october-2021/>

⁸⁵ Conclusioni del Consiglio europeo del 21-22 ottobre 2021, EUCO 17/21.

meccanismo di condizionalità relativo allo Stato di diritto⁸⁶. Bisogna ricordare che, in occasione del Consiglio europeo del 10-11 dicembre 2020, i leader europei hanno raggiunto un (controverso) compromesso sull'interpretazione del regolamento di condizionalità per sbloccare l'*impasse* politica e consentire la sua approvazione da parte del co-legislatore europeo⁸⁷. In particolare, il Consiglio europeo ha richiesto alla Commissione di attivare il meccanismo nei confronti di uno Stato membro solo a seguito dell'adozione di una serie di linee guida sulle modalità e metodologie di applicazione del regolamento e di posticipare la redazione di quest'ultime fino alla pronuncia della Corte di giustizia sui pendenti ricorsi di annullamento presentati da Polonia e Ungheria⁸⁸. Tuttavia, così facendo, il Consiglio europeo non solo ha "ridimensionato" il ruolo del regolamento⁸⁹, ma è addirittura intervenuto per modificarne il contenuto, entrando in tensione con il dettato dell'art. 15, par. 1, TUE, ai sensi del quale il Consiglio europeo "non esercita funzioni legislative, e dell'art. 278 TFUE, che prevede che i ricorsi proposti alla Corte di giustizia non abbiano effetto sospensivo⁹⁰. La prassi della Commissione successiva al "compromesso" sembra confermare l'intenzione di quest'ultima di mantenere fede a quanto richiesto dal Consiglio europeo, nonostante tali richieste siano state compiute in totale inosservanza di alcune disposizioni dei Trattati.

Dal canto suo, il Parlamento europeo, nella risoluzione del 21 ottobre ha condannato la sentenza del Tribunale costituzionale, ritenendola illegittima e in violazione del diritto europeo, e ha invitato Commissione e Consiglio a prendere seri provvedimenti, inclusi l'adozione di una procedura di infrazione e la sospensione dei fondi⁹¹. Tuttavia, neanche le iniziative di questa istituzione paiono idonee a scalfire in modo significativo il quadro di sconcertante inerzia sopra tratteggiato. Tra l'altro, il 29 ottobre 2021 il Parlamento europeo ha

⁸⁶ Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione.

⁸⁷ Si v. in merito le Conclusioni del Consiglio europeo del 10 e 11 dicembre 2020 e, per un'analisi: K. L. SCHEPPELE, L. PECH, S. PLATON, *Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 13 dicembre 2020; C. FASONE, *Crisi dello stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2021, 214 ss; E. CANNIZZARO, *Neither Representation nor Values? Or, "Europe's Moment" – Part II*, in *European Papers*, 5(2), 2020, 1101 ss.

⁸⁸ CGUE, cause pendenti C-156/21, Ungheria c. Parlamento e Consiglio e C-157/21, Polonia c. Parlamento e Consiglio.

⁸⁹ B. NASCIBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *Eurojus*, disponibile all'indirizzo: <http://rivista.eurojus.it>, 3, 2021, 172 ss.

⁹⁰ ALEMANNI, M. CHAMON: *To Save the Rule of Law You Must Apparently Break It*, in *Verfassungsblog*, disponibile all'indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 11 dicembre 2020.

⁹¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 21 ottobre 2021 sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia e il primato del diritto dell'UE, 2021/2935(RSP).

attivato un ricorso in carenza *ex art.* 265 TFUE⁹² contro la Commissione per la mancata attivazione del regolamento di condizionalità contro la Polonia⁹³. Purtroppo, tale azione è intervenuta molto tardi, dopo svariati mesi durante i quali il Parlamento aveva “minacciato” il ricorso a suddetta procedura⁹⁴. Si pone così il rischio che l’arrivo della sentenza relativa al ricorso di annullamento contro il regolamento e la sua successiva attivazione da parte della Commissione facciano venir meno l’oggetto del ricorso in carenza.

Bisogna ricordare che l’Unione dispone di una serie di strumenti per rispondere alla sentenza polacca e dovrebbe utilizzarli senza remore, soprattutto in considerazione del fatto che la pronuncia in esame segue ad una espressa richiesta del governo di Varsavia⁹⁵. Innanzitutto, la Commissione potrebbe attivare una procedura di infrazione *ex art.* 258 TFEU contro la Polonia, per violazione del principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE), del principio di uguaglianza degli Stati membri (art. 4, par. 2, TUE) e anche delle competenze della Corte di giustizia (artt. 19, par. 1, TUE e 267 TFUE) – dato che solo a quest’ultima compete l’interpretazione finale del diritto dell’Unione⁹⁶. Secondo giurisprudenza consolidata della Corte, gli Stati membri sono responsabili per le violazioni del diritto dell’Unione commesse dai propri organi giurisdizionali⁹⁷ e, infatti, la Commissione ha avviato una procedura di infrazione in risposta alla sentenza del *BVerfG* del 5 maggio 2020⁹⁸. Sebbene la Commissione goda di ampio potere discrezionale nell’attivare una procedura di infrazione, sarebbe opportuno, rispetto a questo tipo di situazioni, evitare *cd double standards*, specialmente in ragione della maggiore radicalità della sentenza del Tribunale costituzionale polacco. Nel fare ciò, la Commissione dovrebbe muoversi nel solco della strada già tracciata in risposta alla precedente pronuncia del Tribunale costituzionale del 14 luglio. In seguito a quest’ultima, infatti, la Commissione si era mostrata più intransigente del solito con la Polonia⁹⁹.

⁹² Sul ricorso in carenza in generale v. M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009, 146 ss.

⁹³ CGUE, Causa pendente C-657/21, *Parlamento c. Commissione*.

⁹⁴ Si v. ad esempio la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 giugno 2021 sulla situazione dello Stato di diritto nell’Unione europea e l’applicazione del regolamento 2020/2092 relativo alla condizionalità, 2021/2711(RSP).

⁹⁵ Per una panoramica generale degli strumenti dell’Unione a tutela dei propri valori si v. l’opera di M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Cacucci, Bari, 2020.

⁹⁶ L. PACE, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell’Unione, l’illegittimità del sindacato ultra vires e l’attesa della soluzione della “crisi” tra Bruxelles e Berlino*, in *BlogDUE*, disponibile all’indirizzo: <https://www.aisdue.eu/blogdue/>, 28 ottobre 2021.

⁹⁷ CGUE, causa C-224/01, *Köbler*, 30 settembre 2003, EU:C:2003:513.

⁹⁸ Commissione europea, Pacchetto infrazioni di giugno: decisioni principali, 9 giugno 2021, disponibile al seguente indirizzo: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/inf_21_2743.

⁹⁹ M. EJCHART-DUBOIS, S. GREGORCZYK ABRAM, M. WAWRYKIEWICZ, P. KIESZKOWSKA-KNAPIK, *The Jokes Have Ended: Why the European Commission Has Lost Patience with Poland’s Ruling Party*, in *Verfassungsblog*, disponibile all’indirizzo: <https://verfassungsblog.de>, 17 settembre 2021.

Innanzitutto, aveva richiesto alla Corte di giustizia di imporre il pagamento di una penalità fino a quando la Polonia non avesse dato esecuzione all'ordinanza di provvedimenti provvisori del 14 luglio 2021¹⁰⁰. Quest'ultima è stata imposta dalla Corte con la successiva ordinanza del 27 ottobre, nella misura di 1 milione di euro per ogni giorno di mancata esecuzione¹⁰¹. Inoltre, la Commissione ha avviato la procedura della c.d. "doppia condanna" ex art. 260, par. 2, TFUE per inosservanza della sentenza *Commissione c. Polonia* (C-791/19). Pertanto, è auspicabile che, anche a seguito della pronuncia del 7 ottobre, la Commissione si attivi per iniziare una procedura di infrazione, corredata dalla richiesta di provvedimenti provvisori – ossia la sospensione dell'applicazione della sentenza del Tribunale costituzionale –, accompagnati dalla richiesta di penalità pecuniarie e da quella del procedimento accelerato. In caso di mancato rispetto della sentenza della Corte di giustizia, la Commissione dovrebbe poi essere pronta ad attivare l'art. 260, par. 2, TFUE. Inoltre, essa potrebbe anche cogliere l'occasione per iniziare – finalmente – una procedura di infrazione contro la Polonia per violazione dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE per essere venuta meno all'obbligo di assicurare l'indipendenza del proprio Tribunale costituzionale.

In secondo luogo, l'Unione può (e dovrebbe) utilizzare la leva finanziaria contro la Polonia. In risposta alla degenerazione della *rule of law*, la Commissione non ha ancora approvato i piani nazionali di ripresa e resilienza (PNRR) di Polonia e Ungheria, posticipando così la concessione dei 36 miliardi di euro che la Polonia dovrebbe ricevere nell'ambito del *Recovery and Resilience Facility* (RRF)¹⁰², ossia la principale componente del *Next Generation EU*¹⁰³. Probabilmente ciò è stato possibile grazie alla mancata previsione nel

¹⁰⁰ CGUE, C-204/21 R, 6 ottobre 2021, cit.

¹⁰¹ CGUE, ordinanza del vicepresidente della Corte nella causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*, 27 ottobre 2021. In risposta, il 15 novembre 2021 il Procuratore generale polacco ha richiesto al Tribunale costituzionale un giudizio di legittimità costituzionale relativo alle disposizioni di diritto dell'Unione che permettono alla Corte di giustizia di adottare misure provvisorie corredate da sanzioni finanziarie (art. 279 TFUE e art. 39 dello Statuto della Corte di giustizia). V. AA.VV., *Poland asks top court to rule if EU court fines are constitutional*, in *Reuters*, disponibile all'indirizzo: <https://www.reuters.com>, 15 novembre 2021.

¹⁰² Regolamento 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Recovery and Resilience Facility*).

¹⁰³ Regolamento 2020/2094 del Consiglio del 14 dicembre 2020 che istituisce uno strumento dell'Unione europea per la ripresa, a sostegno alla ripresa dell'economia dopo la crisi COVID-19. Per un'analisi del *Next Generation EU* si rimanda a: L. CALZOLARI, F. COSTAMAGNA, *La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU*, in P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020: i dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Wolters Kluwer, 2021, 169 ss; L. LIONELLO, *Next Generation EU: has the Hamiltonian moment come for Europe?*, in *Eurojus*, disponibile all'indirizzo: <http://rivista.eurojus.it>, 4, 2020, 22 ss; B. DE WITTE, *The European Union's COVID-19 recovery plan: The legal engineering of an economic policy shift*, in *Com. mar. law rev.*, Review, 58(3), 2021, 635 ss.

PNRR polacco di misure efficaci per venire incontro alle richieste relative alla salvaguardia dell'indipendenza della magistratura¹⁰⁴ contenute nella raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma della Polonia, rispetto alla quale il PNRR polacco deve adeguarsi¹⁰⁵.

Sarebbe altresì auspicabile che l'Unione facesse immediatamente uso dei poteri di cui dispone ai sensi del già menzionato regolamento 2020/2092 sul regime di condizionalità per sospendere i fondi europei nei confronti della Polonia. Il 19 novembre la Commissione ha inviato una lettera a Polonia e Ungheria chiedendo loro di fornire, entro due mesi, informazioni su questioni relative allo Stato di diritto nei rispettivi paesi¹⁰⁶. Tale possibilità è espressamente prevista dall'art. 6, par. 4, del regolamento di condizionalità e consente alla Commissione di raccogliere tutte le informazioni necessarie per valutare l'attivazione del relativo meccanismo nei confronti di uno Stato membro. Tuttavia, non si tratta ancora di un'attivazione vera e propria del meccanismo, né di un primo passo necessario in quella direzione. Probabilmente, la Commissione sta "sondando il terreno" per essere poi pronta ad attivare il regolamento di condizionalità in tempi brevi a seguito della sentenza della Corte di giustizia nel relativo ricorso di annullamento. Tuttavia, a parere di chi scrive, in ragione della sua dubbia compatibilità con i Trattati, *in primis* con l'art. 15 TUE e l'art. 278 TFUE¹⁰⁷, il compromesso del dicembre 2020 in sede di Consiglio europeo

¹⁰⁴ Si v. in merito la proposta di A. ALEMANNI, J. MORIJN, L. PECH e D. SARMIENTO, *6 reasons why the EU should use the approval of National Recovery and Resilience Plans to enforce the rule of law in Hungary and Poland*, del 1 ottobre 2021, disponibile all'indirizzo: <https://www.thegoodlobby.eu> e la richiesta congiunta dei principali gruppi politici del Parlamento europeo alla Presidente della Commissione europea: *Leaders of political groups address a letter to Commission President on the Polish Recovery plan*, disponibile al seguente indirizzo: <https://www.greens-efa.eu/en/article/document/leaders-of-political-groups-address-a-letter-to-commission-president-on-the-polish-recovery-plan>, 15 novembre 2021.

¹⁰⁵ Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2020 della Polonia e che formula un parere del Consiglio sul programma di convergenza 2020 della Polonia, COM(2020) 521 final, punto 4. Ai sensi dell'art. 17, par. 3, del Regolamento 2021/241, i piani nazionali per la ripresa e la resilienza devono essere "coerenti con le pertinenti sfide e priorità specifiche per paese individuate nell'ambito del semestre europeo". Inoltre, ai sensi dell'art. 19, par. 3, lett. b, dello stesso regolamento, nel valutare i piani per la ripresa e la resilienza la Commissione deve tener conto se essi sono "in grado di contribuire ad affrontare in modo efficace tutte, o un sottoinsieme significativo delle sfide, individuate nelle pertinenti raccomandazioni specifiche per paese, compresi gli aspetti di bilancio, e, se del caso, nelle raccomandazioni formulate a norma dell'articolo 6 del regolamento (UE) n. 1176/2011 rivolte allo Stato membro interessato o le sfide individuate in altri documenti pertinenti adottati ufficialmente dalla Commissione nell'ambito del semestre europeo". Infine, l'allegato al regolamento al punto 2.10 specifica che, nell'esaminare i PNRR, la Commissione deve valutare se "gli attori (organismi/entità) responsabili dei controlli hanno la capacità giuridica e la capacità amministrativa di esercitare i loro ruoli e compiti previsti".

¹⁰⁶ J. SHOTTER, S. FLEMING, M. KHAN, *European Commission presses Poland and Hungary on rule of law*, in *Financial Times*, disponibile all'indirizzo: <https://www.ft.com>, 20 novembre 2021.

¹⁰⁷ *Supra*, sezione 5.

dovrebbe essere ignorato dalla Commissione, permettendo un'attivazione subitanea del meccanismo di condizionalità contro la Polonia.

Inoltre, sarebbe auspicabile che la sentenza del Tribunale costituzionale polacco rappresentasse uno stimolo per rompere lo stallo nel Consiglio in merito alla procedura *ex art. 7*, par 1, TUE contro la Polonia, pendente dall'ormai lontano dicembre 2017. Anche il ricorso alla procedura *ex art. 7*, par. 2, TUE, deve essere seriamente valutato. Non si può disconoscere che, stante l'attuale scenario politico, l'unanimità necessaria per la constatazione di una "violazione grave e persistente" dei valori europei è molto difficile da raggiungere. Tuttavia, la sola attivazione della procedura – da parte della Commissione o di un terzo degli Stati membri – rappresenterebbe un'importante presa di posizione, anche solo simbolica, da parte dell'Unione nei confronti di Varsavia.

Infine, una più incisiva risposta da parte degli Stati membri sarebbe altrettanto auspicabile. Ciò può avvenire su una pluralità di fronti. Innanzitutto, essi potrebbero esercitare una forte "peer pressure" nei confronti della Polonia, *in primis* attraverso l'utilizzo di sanzioni diplomatiche sul modello del caso Haider¹⁰⁸. Inoltre, gli Stati membri potrebbero mettere in discussione l'approvazione in sede europea di misure e riforme care alla Polonia. Da ultimo, essi hanno il potere di iniziare sia le procedure di infrazione *ex art. 259* TFUE¹⁰⁹, sia la già discussa procedura all'*art. 7*, par. 2, TUE. Come è noto, gli Stati membri sono generalmente restii ad intraprendere azioni che vanno direttamente contro un altro Stato membro. Tuttavia, la minaccia all'unità dell'ordinamento giuridico europeo richiederebbe anche da parte degli Stato membri una risposta di pari intensità.

È probabile che il governo polacco tenterà di utilizzare la sentenza del Tribunale costituzionale come "moneta di scambio" nella negoziazione con la Commissione sullo sblocco dei fondi del *Next Generation EU* e, probabilmente, per ottenere ulteriori rassicurazioni sulle prossime azioni dell'UE in difesa dello Stato di diritto. Infatti, non è escluso che il governo polacco possa chiedere al proprio Tribunale costituzionale di emettere un'altra sentenza "correttiva" della pronuncia del 7 ottobre, riducendo così le dichiarazioni espresse e "aggiustando il tiro". Ciò potrebbe altresì avvenire attraverso delle motivazioni

¹⁰⁸ F. CASOLARI, *La protezione dello stato di diritto nell'unione europea ai tempi del coronavirus: se non ora, quando?*, in *SIDIBlog*, disponibile all'indirizzo: <http://www.sidiblog.org>, 7 aprile 2020 e *The judgment of the Polish Constitutional Tribunal in case K 3/21: What can the Member States do to shield the EU values?*, in *EU Law live*, disponibile all'indirizzo: <https://eulawlive.com>, 9 novembre 2021.

¹⁰⁹ G. di FEDERICO, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?* in *BlogDUE*, disponibile all'indirizzo: <https://www.aisdue.eu/blogdue/>, 13 ottobre 2021. L'idea di utilizzare le procedure *ex art. 259* TFEU a tutela della *rule of law* è stata largamente sostenuta negli ultimi anni dal professor Kochenov. Si v. in merito: D. KOCHENOV, *Biting Intergovernmentalism: The Case for the Reinvention of Article 259 TFEU to Make It a Viable Rule of Law Enforcement Tool*, in *The Hague Journal of the Rule of Law*, 7(2), 2015, 153 ss.

dai toni più concilianti, che vadano ad “ammorbidire” il dispositivo della sentenza. Addirittura, a parere di alcuni giuristi polacchi, non è da escludere che il governo decida semplicemente di rimuovere la sentenza dalla Gazzetta Ufficiale, togliendole così efficacia vincolante¹¹⁰. In tal caso, sarebbe opportuno evitare lunghi e inconcludenti negoziati tra la Polonia e la Commissione. Questa strategia si è già rivelata in passato assolutamente infruttuosa e anche deleteria per lo Stato di diritto in Polonia e Ungheria. Difatti, il rischio è quello di procrastinare l’attivazione degli strumenti di *enforcement* dei valori europei, lasciando ulteriore tempo a disposizione al governo polacco per portare avanti le proprie misure autoritarie.

Chiaramente, i rimedi di cui sopra comporterebbero ingenti perdite economiche per la Polonia e, quindi, per i suoi cittadini. Per circoscrivere il problema, l’Unione dovrebbe cercare di catalizzare lo scontro contro il governo di Varsavia e non contro la popolazione. In quest’ottica, il meccanismo di condizionalità rappresenterebbe un importante alleato, dato che consente alla Commissione di scegliere quali (e quanti) fondi sospendere nei confronti di uno Stato membro e, allo stesso tempo, tutela l’accesso ai finanziamenti per i destinatari e i beneficiari finali¹¹¹. In ogni caso, non si può non vedere un’ingiustizia nel fatto che i cittadini polacchi saranno costretti a ricevere una quota inferiore di fondi europei a causa degli errori del proprio governo e del Tribunale costituzionale. Attualmente, oltre alla già menzionata recente sanzione di 1 milione al giorno, alla Polonia è stata inflitta una sanzione di 500.000 euro al giorno per non aver rispettato l’ordinanza con cui la Corte di giustizia le richiedeva di far cessare le attività nella miniera di Turów¹¹². In definitiva, spetterà al governo polacco chiedersi quanto denaro offertogli dai contribuenti europei è disposto a sprecare e risponderne di questa decisione, economicamente e politicamente, di fronte ai propri cittadini, che ormai da vari anni beneficiano significativamente di interventi realizzati grazie ai fondi europei.

7. Osservazioni conclusive

La sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021 rappresenta una chiara reazione alla giurisprudenza della Corte di giustizia a difesa della *rule of law*. È vero che, dichiarando incompatibili con la Costituzione polacca alcune disposizioni del TUE e affermando la prevalenza della prima, il Tribunale ha deciso di respingere il primato del diritto europeo. Tuttavia, l’intenzione del giudice delle leggi polacco non tanto è pervenire ad una rottura

¹¹⁰ J. JARACZEWSKI, *How do you even "roll back" a constitutional court judgement?*, https://twitter.com/J_Jaraczewski/status/1450743238520942592, tweet del 20 ottobre 2021.

¹¹¹ V., rispettivamente, gli artt. 5, par. 1, e 5, par. 2 del Regolamento 2020/2092.

¹¹² CGUE, ordinanza della vicepresidente della corte nella causa C-121/21 R, *Repubblica ceca c. Polonia (Mine de Turów)*, 20 settembre 2021, EU:C:2021:752.

assoluta con il diritto europeo, quanto fornire uno strumento al governo nelle negoziazioni con la Commissione europea e, soprattutto, nel reprimere i tentativi di ribellione dei giudici polacchi rispetto alle misure autoritarie. È probabile, infatti, che la sentenza verrà utilizzata dal governo polacco tanto nell'arena sovranazionale quanto sul fronte interno, per impedire ai giudici di seguire la giurisprudenza della Corte di giustizia.

Così facendo, però, il Tribunale costituzionale ha respinto *in toto* il principio di indipendenza della magistratura come formulato dalla Corte di giustizia, ossia quale elemento essenziale per garantire la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti di matrice europea. Si tratta non della sincera preoccupazione di una Corte costituzionale circa l'interazione tra ordinamenti giuridici, ma – come anticipato – di uno *statement* in favore di un governo illiberale e semi-autoritario, emesso da un tribunale illegittimo e non indipendente. A conferma di ciò vi sono le contraddizioni e imprecisioni inserite nel comunicato stampa che, qualora confermate nelle motivazioni della sentenza, sarebbero una dimostrazione delle forzature compiute dal Tribunale costituzionale per giungere al verdetto che il Primo ministro voleva vedersi consegnato. Si conferma, così, la sottomissione del diritto alla politica in Polonia, secondo una visione più vicina alla *rule by law*¹¹³ che alla *rule of law*, con buona pace del principio della separazione dei poteri.

Dato che contesta il principio del primato e, soprattutto, l'indipendenza della magistratura, la pronuncia esaminata è di particolare rilevanza e destinata ad avere conseguenze nel confronto tra Bruxelles e il governo di Varsavia. A meno che le due parti non trovino velocemente un compromesso, la Polonia rischia di ritrovarsi, di fatto, ai margini dell'ordinamento europeo, attraverso una (improbabile) pronuncia esplicita della Corte di giustizia, oppure una, più probabile e anche preoccupante, serie di decisioni delle altre corti nazionali, con conseguente rischio di frammentare e parcellizzare dello spazio giuridico europeo.

A parere di chi scrive, la sentenza del Tribunale costituzionale dovrebbe spingere le istituzioni europee ad una reazione "robusta". Mai prima d'ora un governo di un Paese membro si era spinto fino al punto di chiedere alla propria Corte costituzionale di dichiarare incostituzionali le disposizioni del Trattato. L'Unione si è recentemente dotata di una serie di strumenti per la tutela dei propri valori che andrebbero utilizzati, anche congiuntamente e in modo più strategico rispetto al passato. Certamente, il dialogo con il governo di Varsavia non deve essere abbandonato e i cittadini polacchi devono, per quanto possibile, essere messi al riparo da eventuali ritorsioni. Tuttavia, sono proprio gli

¹¹³ G. PALOMBELLA, *The rule of law as an institutional ideal*, in L. MORLINO, G. PALOMBELLA (a cura di), *Rule of law and democracy: internal and external issues*, Brill, Leiden, 2010, 1 ss.

innumerevoli tentativi di un dialogo a tutti i costi con i governi illiberali che hanno favorito il consolidamento della crisi dello Stato di diritto europeo. Se l'Unione non vuole danneggiare del tutto la propria credibilità, tanto all'interno dei propri confini quanto agli occhi dei paesi candidati, è arrivato il momento di maggiore volontà politica e determinazione da parte sia delle istituzioni europee, sia degli Stati membri.