



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

PROVE TECNICHE DI DISSOLUZIONE DELLA DEMOCRAZIA LIBERALE: POLONIA 2016

di Jan Sawicki*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le maggioranze per eleggere i giudici costituzionali. – 3. Le fonti per la disciplina della giustizia costituzionale. – 4. Le motivazioni della sentenza K 47/15. La giustificazione della capacità di giudicare – 4.1. Il giudizio nel merito della legge. – 5. Il parere 833/2015 della Commissione di Venezia. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Da più di una parte si sono fatti paragoni con la celeberrima *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803)¹. Non giustifica certamente un tale accostamento la mera constatazione che si tratti di decisioni di svolta per la giustizia costituzionale. Ma anche a volerle accomunare per alcune similarità nei fatti oggetto delle decisioni – la nomina di giudici, (mancate) notifiche o (mancati) giuramenti come presupposto per l'assunzione dell'incarico –, molto diverse, insieme all'epoca storica, sono le conseguenze delle due pronunce giurisdizionali. Nel caso della sentenza americana, celebrata in tutti i manuali mondiali di diritto pubblico comparato o anche interno, la Corte suprema, mentre rinunciava, in quanto non previsto dalla Costituzione, a un potere tutto sommato marginale assegnatole dalla legge federale, in via giurisprudenziale se ne autoattribuiva (o riconosceva) uno di tali dimensioni e conseguenze da espanderne il ruolo a dismisura, pur se in modo non immediato e non scontato. La sentenza del Tribunale costituzionale polacco, in causa K 47/15, del 9 marzo 2016, nel migliore dei casi – e non è affatto detto che ciò accada – riuscirà a proteggere quest'organo e fargli preservare almeno in parte la posizione che le era stata attribuita per volontà espressa e chiara del potere costituente, e che una maggioranza

* Dottore di ricerca in Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate, docente a contratto nell'Università cattolica di Milano

¹ A. Śledzińska-Simon, *Midnight Judges: Poland's Constitutional Tribunal Caught Between Political Fronts*, *VerfBlog* 2015/11/23 (verfassungsblog.de); T. T. Konciewicz, "Emergency Constitutional Review": *thinking the unthinkable? A Letter from America*, 29 Mrz 2016, *VerfBlog* (verfassungsblog.de). Ma si v. anche i richiami contenuti nei par. 101 e 135 del parere 833/2015 della Commissione di Venezia.

politica del momento ha tentato, con seri rischi di successo, di menomare in frode palese alla Costituzione ².

Prima di analizzare alcuni passaggi della sentenza K 47/15, e dell'immediatamente successivo e strettamente correlato parere, n. 833/2015, emesso dalla Commissione di Venezia, si vuole fare un passo indietro nel tempo per trarre due semplici conclusioni con pretesa di essere teoriche a partire da altrettante osservazioni empiriche. La prima conclusione è che, se i giudici di una Corte costituzionale devono essere in tutto o in parte di scelta parlamentare, è bene che questa scelta, al di là degli elevati requisiti di competenza richiesti e delle restanti garanzie approntate, sia rimessa a maggioranze qualificate, superiori a quella politica in grado di reggere un Governo. Se l'affermazione può apparire oggi di una banalità sconcertante, uno sguardo un po' più attento su ciò che è accaduto in Polonia negli ultimi mesi aiuterà a considerare sotto più aspetti concreti fino a che punto una tale apparente ovvietà meriti di essere ancora apprezzata per comparazione con le derive più oscure e remote in cui può essere trascinato un ordinamento che abbia compiuto una scelta di segno contrario, o che per inerzia intellettuale abbia omissso di compiere la diversa scelta qui positivamente apprezzata.

La seconda osservazione verte intorno al fatto che, nel momento in cui si prende una decisione di natura costituente o di fondamentale revisione costituzionale, qual è quella di consolidare (non già istituire *ex novo*) un sistema di giustizia costituzionale, non è prudente affidarne la quasi integrale attuazione alla legge ordinaria, vale a dire abbandonare tale attuazione, e le successive rivisitazioni o ri-attuazioni, alla signoria illimitata delle successive maggioranze politiche.

2. Le maggioranze per eleggere i giudici costituzionali

Ora si darà ragione in sintesi dei motivi che hanno condotto alla prima di queste considerazioni. Non vi sarebbe stato lo scontro politico che si è prodotto ³, tramutatosi poi nella più grave tra le crisi costituzionali in uno dei paesi di più recente adesione all'Unione europea, o in un paese dell'UE *tout court*, se almeno a far data dall'inizio della transizione democratica in Polonia, all'inizio del 1989, la selezione dei giudici costituzionali fosse stata differenziata e, anche nell'ambito di quelli di estrazione parlamentare, fosse stata imposta una maggioranza più elevata di quella relativa. Semplicemente non si sarebbe data la causa possibile e immediata del contendere (anche se forse non i motivi soggettivi scadenti in pretesti per avviare una controversia purchessia). In presenza di un quorum ragionevolmente più elevato, come potrebbe essere anche quello che culmina nei tre quinti dei componenti dell'assemblea, la precedente maggioranza parlamentare PO-PSL, sullo scadere della

² Ragion per cui c'è da chiedersi se il parallelo storico più appropriato, anziché con il Nord America di inizio Ottocento, non sia quello con l'Austria degli anni Trenta del XX secolo o, nel migliore dei casi, con il *court-packing* americano del 1937, che però, come ben noto, fallì per la fortuna di quell'ordinamento costituzionale.

³ Una ricostruzione dei fatti è disponibile sulle *cronache costituzionali (Polonia)*, nei nn. 3/2015 e 1/2016 di questa *Rivista*. In alternativa A. Angeli, *Polonia. Prosegue lo scontro tra le più alte istituzioni dello Stato in assenza di un accordo tra le principali forze politiche del paese*, in www.diritticomparati.it; Id., *Poland. The Venice Commission Warns Over the Amendments to the Act on the Constitutional Tribunal*, in www.dipeo.unimi.it.

legislatura formalmente spirata lo scorso 12 novembre, non aveva infatti a disposizione i voti necessari per scegliersi in autosufficienza i successori ai giudici il cui mandato scadeva entro il 2015. E da questo punto di vista non avrebbe avuto alcun senso sfruttare l'occasione derivante dal fatto che da tempo era in fase di elaborazione una nuova legge di attuazione sul Tribunale costituzionale; e cercare di forzare quest'ultima, approvata in via definitiva nel giugno 2015 (dopo oltre due anni di esame), come invece si è fatto – con l'incriminato art. 137 inserito tra le disposizioni transitorie – al fine di consentire alla stessa maggioranza di eleggere non solo i tre giudici che avrebbero dovuto sostituire quelli il cui mandato scadeva entro lo spirare della legislatura in corso, la cui selezione avrebbe dovuto essere alla sua portata, ma di arrogarsi anche l'indicazione di quelli (due) che inequivocabilmente sarebbe spettato alla successiva legislatura (e alla successiva maggioranza politica) di nominare. Anzi, nella prospettiva di un rinnovo dell'organo collegiale a maggioranza qualificata, la stessa circostanza che nell'anno di elezioni politiche generali, nell'anno cioè di cesura tra una legislatura e l'altra – e, ciò che è più importante, tra una maggioranza politica e un'altra – scadessero una parte consistente dei quindici membri del Tribunale costituzionale, avrebbe presentato, per la situazione di cui ora si discute, un rilievo piuttosto marginale se non privo di consistenza.

Né, per converso, la maggioranza entrante con il Parlamento di nuova elezione avrebbe avuto i numeri per consumare un attentato ancora, e di gran lunga, più violento all'impalcatura costituzionale del 1997, con il credere di poter invalidare con effetti retroattivi – sia pure consentiti da una leggina approvata *ad hoc* – l'elezione dei cinque giudici scelti poche settimane addietro, negli ultimi giorni della precedente legislatura, e di scegliersi in luogo di quelli altri cinque candidati di proprio gradimento, senza neanche attendere la sentenza dello stesso Tribunale costituzionale del giorno successivo, con la quale si è stabilita la legittimità della norma di legge già contestata nella sola parte in cui consentiva l'elezione da parte del vecchio *Sejm* di soli tre candidati, con ciò implicitamente riconoscendo che tre elezioni avvenute lo scorso ottobre erano pienamente legittime e da tutti avrebbero dovuto essere riconosciute. È pur vero infatti che, per la prima volta da quando la democrazia parlamentare è stata ripristinata, un singolo partito ha ottenuto in Polonia la maggioranza assoluta (con il benevolo concorso di numerose fortuite circostanze, tra cui una dispersione di voti senza precedenti), e precisamente il partito che ha trionfato lo scorso 25 ottobre. Ma è vero altresì che esso è rimasto ben al di sotto di quei tre quinti che sono l'ipotesi di partenza qui assunta, come soglia minima dalla quale abusi ai danni di una fondamentale garanzia costituzionale diventano più difficili da compiere, perché richiedono se non altro una complicità tra forze contrapposte che è più difficile da immaginare.

Ancora, non si sarebbe prodotta una conseguenza se possibile ancor più grave, quella per cui il Presidente della Repubblica Duda non solo ha pervicacemente rifiutato di accettare il giuramento da parte di tutti e cinque i giudici eletti dalla coalizione uscente l'8 ottobre, compresi quelli che secondo il Tribunale costituzionale erano stati eletti legittimamente; ma ha poi fatto giurare immediatamente i cinque eletti dal nuovo *Sejm*, ignorando la sentenza [K](#)

[34/15](#) ⁴ pronunciata il 3 dicembre, in cui si affermava tra l'altro che la cerimonia con cui viene prestato il giuramento dei giudici legittimamente eletti è nient'altro che un atto dovuto da parte del Capo dello Stato, in quanto previsto dalla [legge del 25 giugno 2015](#) (come del resto da quella precedente del 1997, coeva alla Costituzione). Per inciso, la menzione che la legge ordinaria dà di questa formalità (art. 21) non lascia il benché minimo varco ermeneutico per supporre che si tratti di un fatto nel quale il Presidente della Repubblica giochi un ruolo politico esercitando una sua discrezionalità, nulla che lasci trapelare l'intento di conferirgli una compartecipazione decisionale ⁵, in conformità del resto con la Costituzione, che all'art. 194 parla solo di elezione da parte della Dieta. Ora, per quanto si possa speculare sulla propensione di un Capo di Stato a violare la Costituzione, e fare lamentazioni al riguardo, o evocare futuribili sanzioni nei suoi confronti previste dallo stesso ordinamento, sarebbe stata preferibile la strada di soluzioni istituzionali che per lo meno non favorissero sviluppi in questo senso.

Il Tribunale costituzionale non arriva in Polonia con la rinascita della democrazia parlamentare nel 1989 né è il portato di una 'condizionalità' europea, ma nasce qualche anno addietro, come concessione liberalizzatrice all'opposizione democratica. In questo contesto, è possibile che le modalità di elezione dei giudici costituzionali in Polonia abbiano continuato a risentire di una forma di deferenza nei confronti dell'assemblea legislativa ⁶ – come cascame indelebile del passato sistema – di cui le successive forze costituenti e legislative non hanno saputo sbarazzarsi, con ciò dimostrando un sorprendente conservatorismo che stride ancor più dinanzi al fatto che la stessa decisione di intaccare il dogma dell'unitarietà del potere statale, e di introdurre, come sottolineatura di questa discontinuità, un modello di sindacato di costituzionalità estraneo all'assemblea, e neanche 'politico', ma dagli accentuati aspetti giurisdizionali, era stata appunto presa dai titolari monopolisti del potere sotto quello stesso passato sistema, sia pure nella sua fase terminale, nel segno di un parziale compromesso con le forze dell'opposizione democratica o come concessione verso la stessa, e in ogni caso con diversi e non secondari accorgimenti per prevenire fughe in avanti troppo azzardate ⁷. È possibile, invece, che la determinazione a

⁴ Su cui ampiamente A. Bień-Kacała, *Polish Constitutional Tribunal: a Systemic Reform or a Hasty Political Change*, in *DPCE Online 2016-1*, pp. 3-ss.

⁵ *A contrario*, il terzo comma dell'art. 21 dispone come unico rimedio estremo la decadenza per il giudice eletto che rifiuti di prestare giuramento, a conferma di come circostanze diverse da questa non fossero contemplate in quanto non contemplabili. In tal senso anche la citata sent. K 34/15 nel punto 8.3 della motivazione, tradotta come *Statement of reasons*.

⁶ Proprio a questo proposito discute di «un diffuso *metus* nei confronti del potere giudiziario e in genere dei giudici», come «retaggio particolarmente vivo in alcune nuove democrazie dell'Europa centro-orientale» L. Pegoraro, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 75.

⁷ Un interessante studio interdisciplinare, capace di ibridare diritto costituzionale e scienza politica, aiuta a comprendere il peso che il passato può esercitare sul futuro, specie sul futuro di un'istituzione quale la corte costituzionale di un ordinamento socialista prossimo a una radicale trasformazione della forma di stato. R. Alberski, *Trybunał Konstytucyjny w polskich systemach politycznych* [Il Tribunale costituzionale nei sistemi politici polacchi], Wrocław, Wydawn. Uniw. Wrocławskiego, 2010, p. 128, ricorda opportunamente come nel testo della legge ordinaria di attuazione del Tribunale costituzionale del 1985, rimasto formalmente in vigore fino al 1997, i giudici eletti, all'atto del giuramento, erano tenuti a dichiarare fedeltà non solo, genericamente, alla Costituzione socialista del 1952, ma anche «ai principi dell'ordinamento politico e socioeconomico dello Stato socialista». Essi, qualora vi avessero contravenuto, erano anche soggetti a un potere di revoca da parte della Dieta. Tale potere, invero, non è mai stato utilizzato. Dopo aver ricordato come il vero motivo dietro l'istituzione dell'organo fosse il desiderio del potere costituito di cercare una maggiore legittimazione facendo del diritto uno strumento di governo non fittizio, la tesi originale del libro si incentra sulla constatazione che il ruolo in concreto esercitato dal Tribunale costituzionale, negli anni finali del socialismo, fu in sostanza quello di abbattere, o almeno svuotare

preservare tali modalità sia stata dettata dal desiderio delle nuove forze politiche di assicurarsi una posizione di privilegio in tale selezione, per non perdere il controllo della transizione verso un modello di ispirazione democratica e liberale⁸.

Ma resta il fatto che tali forze costituenti hanno mostrato qualche limite di lungimiranza. Esse non hanno considerato, per esempio, che il significato di qualunque maggioranza – relativa, semplice, qualificata – non è affatto lo stesso in un'assemblea di fatto monopartitica per definizione, e in un Parlamento il cui pluralismo partitico costituisce la più ovvia tra le premesse della rottura con il passato. La recente esperienza polacca serve tra l'altro a mettere in rilievo che una valida ragione per eleggere cariche di garanzia a maggioranza qualificata non sta tanto, o non solo, nel fatto che il differenziale a favore di voti ricevuti, di cui tali soggetti si possono fregiare, sia di per sé maggiore garanzia oggettiva di una loro specchiata imparzialità⁹ (fino a tempi recenti il Tribunale costituzionale polacco ha goduto di opinioni positive sotto questo aspetto, così come per quello che attiene alla preparazione di molti suoi membri); piuttosto essa si rinviene soprattutto nel fatto che diventano più difficili – non si vuol dire impossibili – contestazioni così plateali, e dozzinali nei possibili rimedi, rispetto alla inesorabile questione di una minima accettabilità sul piano democratico, seppur indiretto, della sua composizione¹⁰. O almeno diventa molto difficile cedere a tentazioni di voti a colpi di stretta maggioranza (politica), e quel che è ancora peggio, operare manomissioni distruttive, anche come forma di vendetta non dichiarata, ad opera dei successori.

Nel caso specifico della Polonia, il difetto originale della scelta compiuta era stato a lungo compensato con la casuale circostanza del funzionamento di una democrazia acerba. Si riscontrava cioè che di elezione in elezione la maggioranza politica uscente risultava sconfitta, e spesso in proporzioni superiori alla media europea, mentre spesso balzavano in

tacitamente, alcuni principi fondamentali di cui in teoria avrebbe dovuto essere fedele custode. Valori, procedure, istituti giuridici introdotti in via giurisprudenziale erano in realtà estrapolati da un'altra forma di stato, e tra questi le funzioni di *veto player* a vantaggio delle opposizioni organizzate a un sistema ormai post-totalitario.

⁸ Un'interessante ricostruzione della *ratio* sottostante al metodo di elezione dei giudici è contenuta in uno scritto piuttosto risalente di un giudice costituzionale emerito. Il contributo è tanto più significativo quanto più lontano nel tempo, e prossimo invece al momento in cui certe scelte furono compiute, il che aiuta a renderle più intelligibili. Se ne riportano alcuni passi. M. Wyrzykowski, *La réforme du Tribunal Constitutionnel Polonais*, in *Droit polonais contemporain/Polish Contemporary Law*, 1-4 (113-116)/1997, p. 90: «Dans les projets de Constitution présentés, ainsi que durant les travaux constitutionnels, il avait été proposé d'attribuer le choix de certains juges à d'autres pouvoirs publics constitutionnels. L'objectif était d'augmenter le niveau d'indépendance des juges et en particulier d'empêcher qu'une majorité parlementaire se reflète dans celle des juges. Était également invoqué l'argument de l'inopportunité de l'élection des juges par l'organe dont les actes sont précisément contrôlés par le Tribunal. Certains propositions suggéraient que participent aussi à la procédure d'élection des juges, le Sénat, le Président de la République ou encore le Conseil National de la Magistrature considéré sains raison comme un organe d'autogestion des juges. Finalement, on a maintenu la procédure d'élection des juges par la Diète. La doctrine en droit constitutionnel accorde à cette solution une pleine justification sur la base des principes fondamentaux du régime de l'Etat démocratique de droit».

⁹ Secondo G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 128, con riferimento ovviamente ai cinque giudici costituzionali italiani di scelta parlamentare, «[I]e maggioranze qualificate anzidette, richiedendo vasti accordi parlamentari, rispondono all'esigenza costituzionale di svincolare i giudici, così eletti, dai partiti che li hanno proposti». Ad avviso di A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014⁴, p. 43, «[I]l alto quorum richiesto per l'elezione dei giudici si dovrebbe spiegare con l'intento di eleggere personalità qualificate e altamente rappresentative, tali comunque da risultare slegate dal gioco *partitico*. In ogni caso, di fronte a consolidate tradizioni di spartizioni partitiche di tali cariche, è difficile negare il carattere *politico* delle scelte parlamentari». Al riguardo è il caso di ricordare l'opportuna decisione di elevare il quorum ad opera della l. cost. n. 2/1967 (art. 3) rispetto a quanto precedentemente disposto dall'art. 3 della l. n. 87/1953. Due terzi dei componenti per i primi tre scrutini, seguiti da tre quinti dei componenti dallo scrutinio successivo, hanno così sostituito i quorum precedenti, che erano fissati in tre quinti dei componenti ai primi due scrutini seguiti da tre quinti dei presenti dallo scrutinio successivo.

¹⁰ Come le contestazioni e i 'rimedi' che sono stati appunto adoperati in Polonia negli ultimi mesi del 2015.

auge formazioni nuove e prive di precedente radicamento istituzionale. Questo continuo mutamento del quadro politico, questa irregolarità non scritta, faceva in modo che il voto a maggioranza relativa per eleggere i giudici del Tribunale costituzionale non fosse causa di sedimentazione di una prassi per cui un singolo partito, o una coalizione, fossero in grado di assicurarsi, per accumulazione progressiva, una maggioranza di giudici impropriamente ‘sensibili’ alle proprie cause, al proprio indirizzo politico¹¹. Anzi, la composizione dell’organo è stata plurale nel corso dei lustri proprio come conseguenza di quelle ininterrotte alternanze, e ha contribuito con il proprio lento e parziale aggiornamento a mitigare i cambiamenti tumultuosi della scena politica, anche in considerazione della maggior durata del mandato dei giudici (nove anni contro i quattro dei parlamentari)¹². Ma questo stato di cose, in effetti, è durato solo fino a poco tempo fa. Il fatto che per due legislature di seguito (dal 2007 al 2015) un partito, la Piattaforma civica, abbia dominato la coalizione di governo, combinato con il criterio di elezione dei giudici costituzionali, ha reso possibile alterare questo singolare equilibrio per cui ogni successiva maggioranza parlamentare poteva scegliersi i ‘suoi’ giudici e però nessuna di esse era automaticamente in grado di riprodurre se stessa in una sorta di impropria ‘maggioranza’ all’interno del collegio giurisdizionale. E sul finire della passata legislatura la Piattaforma civica pare abbia cominciato a prendere coscienza di questo stato di cose e della possibilità di sfruttare i difetti del meccanismo elettivo dei giudici nel tentativo di conquistare una composizione a sé amichevole, o quanto meno favorevole, entro l’organo.

Il fatto, già criticabile in sé, diventa ancora più grave se si considera la possibilità che una maggioranza dominata da un partito di potere, anche se appesantito da anni di commistione con la gestione della cosa pubblica, ma pur sempre rispettoso delle libertà civili e dell’ordinamento costituzionale, venga sostituita da una formazione che nella Costituzione in vigore si riconosce, per così dire, in modo limitato e condizionato. Anche questa è un’eventualità che forse, in tempi più recenti, sarebbe stato meglio mettere in conto. Certo si potrebbe sempre argomentare che, se forze eversive dell’ordine democratico prendono il potere, se questo accade perché così vuole il corso della storia, esse trovano comunque il proprio alveo come un fiume in piena. L’argomento va oltre i limiti di questo contributo, che deve, o in ogni caso si vuole limitare a individuare accorgimenti legali per non facilitare il passo a questo tipo di involuzioni o a tentare di spiegare come errori legali remoti abbiano agevolato il compito agli attuali eversori.

D’altra parte sarebbe irrealistico attendersi che in un ordinamento democratico-rappresentativo, che non può fare a meno dei partiti, questi siano disinteressati rispetto alla composizione di un organo di garanzia come una corte costituzionale, specie nella parte in

¹¹ La politicizzazione del processo di designazione ed elezione dei giudici costituzionali, inizialmente molto contenuta, si è accentuata dal 2005 in poi, secondo R. Alberski, *Trybunał Konstytucyjny*, cit., p. 197 (non a caso in concomitanza con la prima vittoria del partito attualmente ritornato al governo), anche se la maggioranza relativa non ha impedito che occasionalmente alcuni eletti conseguissero risultati individuali particolarmente alti (M. Wyrzykowski fu eletto nel 2001 con 378 voti su 438 espressi e 460 membri della Dieta, *Ibidem*, p. 191).

¹² In ogni caso segnala la Commissione di Venezia, nei par. 110-ss. del citato parere, come a ridosso delle elezioni politiche del 1997 la maggioranza politica uscente, pur in procinto di essere sconfitta, demandò alla successiva legislatura l’elezione di tre giudici in scadenza. Parve così che si fosse creato un *constitutional custom* che avrebbe dovuto essere rispettato, anche se la stessa Commissione si interroga in merito alla forza di tali *customs*, concludendo un po’ enigmaticamente che essi «*develop mostly in older constitutions and evolve over time, reflecting the actions and normative perceptions of the political actors*» (par. 111).

cui il collegio sia di selezione parlamentare. In ciascuno di questi paesi, nella zona grigia che si inserisce tra politica e diritto costituzionale, si sono formate delle più o meno tacite convenzioni che inseriscono l'intermediazione dei partiti nelle procedure apparentemente asettiche per la copertura degli incarichi¹³, riempiendole di significati aggiuntivi anche se non necessariamente in contraddizione con le premesse.

Il tema dell'elezione parlamentare di candidati a cariche di garanzia potrebbe essere rappresentato secondo i termini di un'ideale rappresentazione grafica, che prenda il percorso di un'iperbole. In essa, sull'asse delle ascisse si può rappresentare la facilità dell'elezione (nel senso di basse maggioranze), e su quello delle ordinate il livello di legittimazione. Quanta più legittimazione sia richiesta, tanto meno facile l'elezione e dunque più elevata la maggioranza su cui è necessario raggiungere un accordo. Più sono bassi sono i requisiti di consenso, più facile è portare a termine con successo l'atto elettivo, ma aumentano anche i rischi di contestazione, che possono superare livelli di guardia pericolosi specie in situazioni di recesso, temporaneo o definitivo, della vigilanza sui valori democratici. Perciò, secondo la soggettiva valutazione di chi scrive, nella scelta difficile tra le due opzioni è soprattutto l'esperienza che deve far propendere per quorum ragionevolmente alti. Essa ci mostra come persino l'eventualità che, in mancanza soprattutto di accordi tra le forze politiche, si crei una situazione di stallo, quand'anche prolungato¹⁴, appare comunque da preferirsi rispetto alle conseguenze irreparabili che possono derivare, in situazioni estreme, dalla scelta contraria.

3. Le fonti per la disciplina della giustizia costituzionale

Come si era accennato, un'altra facilitazione prestata all'opera di demolizione della giustizia costituzionale può derivare dal sistema prescelto delle fonti normative. Al termine di una lunga transizione costituzionale chiamata a chiudere una complessa disciplina provvisoria, la Costituzione polacca del 1997 rigetta ogni categoria di fonte statale intermedia tra sé e la legge ordinaria, e respinge ipotesi di leggi costituzionali, o fornite delle consimili denominazioni come 'organiche', 'cardinali', che invece sarebbe stato opportuno ammettere, anche allo scopo di integrare un testo già sufficientemente appesantito con norme di immediata attuazione che lo potessero alleggerire possedendo nel contempo una protezione e uno status giuridico a sé quasi paritario. La Costituzione respinge tutto ciò in modo poco riflessivo pur avendo la transizione polacca conosciuto, e anche di recente adoperato con

¹³ Anche nell'esperienza della Germania federale, riuscita e per molti aspetti paradigmatica, la questione delle convenzioni partitiche necessarie per applicare le maggioranze prescritte dalla legge nella selezione dei membri del Tribunale costituzionale federale si è posta, non senza critiche sotto il profilo della compatibilità con il principio democratico e contestazioni anche culminate in veri casi giurisprudenziali, come ricorda M. Heidebach, *The Election of the German Federal Constitutional Court's Judges – A Lack of Democracy?*, in *Ritsumeikan Law Review*, No. 31, 2014, pp. 154-ss. (www.ritsumei.ac.jp).

¹⁴ Il riferimento è ai frequenti 'stalli' nell'elezione dei giudici costituzionali italiani, sulle cui dannose conseguenze si è tanto diffusa la dottrina italiana. *Ex multis*, E. Malfatti – S. Panizza – R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2013⁴, p. 47, analizzano la convenzione tra partiti che si era formata alle origini per durare fino ai primi anni Novanta, e che non sembra essere stata mai sostituita da qualcosa di paragonabile da allora in poi, onde le attuali frequenti, e deplorate, situazioni di paralisi; L. Pesole, *Composizione della Corte costituzionale e autonomie territoriali*, in *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere. Atti del Seminario (Roma, 14 marzo 2003)*, a cura di A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani, Torino, Giappichelli, 2004, p. 25. Secondo A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 43, «a conti fatti, è più facile essere eletti Presidente della Repubblica che giudice costituzionale».

esito proficuo, le leggi costituzionali quale strumento di mutazione graduale e incrementale degli aspetti fondamentali dell'ordinamento, sia per dare una disciplina provvisoria della forma di governo, sia per introdurre un procedimento costituente secondo i dettami voluti da un ordine costituito.

Invece vi è qualche ragione per ritenere che l'inserimento di una fonte di diretta integrazione della Costituzione, o ad essa immediatamente subordinata ma superiore alla legge ordinaria, sarebbe stato opportuno in un testo che peraltro è stato apprezzato per aver voluto dedicare uno specifico capitolo al tema delle fonti normative positive. Un nuovo motivo per asseverare tale considerazione si presenta da tempi recentissimi, proprio in considerazione di quanto è stato fatto con la novella legislativa di dicembre 2015 sul Tribunale costituzionale. Va infatti osservato che la nuova maggioranza governativa è riuscita nell'obiettivo di attentare alla Costituzione, operando uno svuotamento di uno dei maggiori istituti preposti alla sua garanzia, sfruttando silenzi dovuti alla natura necessariamente scarna delle relative disposizioni relative, dovuta alla natura stessa del testo. Insomma, la minaccia alla garanzia del controllo di costituzionalità si è consumata più con l'abilità nel riempire spazi vuoti che tramite una palese violazione di ciò che nella Costituzione viene detto (sebbene, a onor del vero, qualcosa sia stato fatto anche sotto questo profilo).

La Costituzione del 1997, a parte una significativa apertura al diritto internazionale, e indirettamente a quello europeo, ha scontato per il resto una visione tradizionalista e conservatrice delle fonti, privilegiando il criterio gerarchico e riservando nel suo ambito una posizione di rilievo per la legge parlamentare. Si è persa così occasione, come invece sarebbe stato opportuno specie in una giovane e ancora non sicura democrazia, per mantenere la categoria delle leggi costituzionali, a integrazione della Costituzione e con posizione ad essa parificata, almeno di massima, specie per la disciplina di organi o l'attuazione di specifiche garanzie, come quella di cui qui si discute¹⁵; o in alternativa per sviluppare quella delle leggi organiche, con qualche aspetto di privilegio rispetto alle ordinarie, come si è riscontrato in diversi orientamenti a partire dalla paradigmatica esperienza francese.

In tal modo la disciplina di istituti di garanzia decisivi, come quello della giustizia costituzionale, è stata affidata in primo luogo a enunciazioni necessariamente per principi fondamentali e generici, come quelli che sono contenuti nella legge fondamentale (pur se abbastanza analitiche, in una panoramica comparativa); e per il resto abbandonata alla mercé delle procedure semplici, agevolmente maneggiabili da una qualsiasi maggioranza parlamentare, della legge ordinaria statale. Se fonti come quelle sopra menzionate fossero state previste, e adoperate nelle fasi immediatamente successive all'adozione della Costituzione, approfittando del momento storico in cui alcuni valori sembravano avere un sufficiente livello di condivisione tra le forze politiche prevalenti, allora qualche punto fermo

¹⁵ «La «riserva di legge costituzionale», così prevista, trova giustificazione nella necessaria indipendenza della Corte dalle maggioranze di governo, rispetto a cui potrebbe, in relazione ai suoi compiti, venir di volta in volta ad assumere posizioni autonome ed anche, eventualmente, conflittuali (a tutela ad es. delle minoranze)», secondo A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, Giuffrè, 2012⁶, p. 42. L'A., che qui si riferisce ovviamente all'esperienza italiana, ricorda anche come – ad analogo scopo – in Assemblea costituente Calamandrei ipotizzasse una disciplina della Corte esclusivamente mediante leggi costituzionali, come poi fu escluso dallo stesso art. 137.

avrebbe potuto essere stabilito a presidio ulteriore di alcune garanzie come quella di cui qui si discute. Ciò vale indifferentemente per aspetti come la posizione di gerarchia o di competenza assegnata a tali fonti, in varia misura ma in ogni caso prevalente rispetto alla legge ordinaria, in modo da poter formare addirittura parametro di giudizio rispetto a questa; o per il procedimento di approvazione o modifica aggravato, che è l'unica barriera dinanzi alla quale l'attuale maggioranza politica si è arrestata, quando ha dovuto constatare di non avere, almeno per il momento, forze sufficienti a portare a compimento modificazioni della Costituzione formale scritta.

La comparazione può offrire esempi ormai innumerevoli di riflessione sul tema. Certamente l'attuazione che in Italia si è data della giustizia costituzionale è intricata, tra Costituzione, leggi costituzionali, legge ordinaria, autonomia regolamentare interna ¹⁶. Ma forse una differenziazione tra fonti non si dimostra così ingiustificata, dato che alcuni aspetti dell'istituto da un lato sono garantiti al punto da costituire potenziale parametro di giudizio, per altro sono rafforzati da aggravamenti di procedimento ¹⁷. Si potrebbe discutere sul merito delle scelte compiute, sull'opportunità di affidare alcuni argomenti alla maggiore protezione della legge costituzionale e lasciarne altri alla discrezionalità delle mutevoli maggioranze politiche, ma quella che si è concretizzata testimonia di una sensibilità spiccata per l'argomento e ha presentato un'utilità che forse si potrebbe apprezzare soltanto facendo l'esperienza alternativa.

4. Le motivazioni della sentenza K 47/15. La giustificazione della capacità di giudicare

La sentenza [K 47/15](#), del 9 marzo, consiste insieme alle motivazioni di 187 pagine a stampa ¹⁸. È il frutto del ricorso diretto di cinque soggetti, nell'ordine il primo presidente della Corte suprema, organo apicale del giudiziario polacco, di due distinti gruppi di deputati, del Difensore dei diritti civili o *ombudsman*, del Consiglio nazionale della magistratura (unico organo di rilevanza costituzionale, in Polonia, dichiaratamente ispirato al modello italiano) contro la novella del 22 dicembre 2015 alla legge sul Tribunale costituzionale adottata il precedente 25 giugno.

Il Tribunale costituzionale ha introdotto la parte motiva della propria sentenza (parte III delle motivazioni) con l'argomento che esso in ogni occasione e circostanza ha il dovere di esercitare le funzioni che gli sono proprie per decisione costituente. Tra queste rientra il giudizio di legittimità delle leggi, dal cui novero non possono essere escluse le leggi che

¹⁶ A. Ruggeri - A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 35, criticano la confusione creata dalla molteplicità delle fonti che regolano la materia in Italia, «una vera e propria *accozzaglia* di disposizioni non sempre armonizzate». Prima, però, gli stessi A., sottolineano – ed è ciò che rileva per quanto si tratta qui – l'esistenza di un «*potere minimo di autonormazione*», di cui ogni organo costituzionale non può non disporre, addirittura derivante da una sorta di diritto naturale, e che la Corte italiana in ipotesi «potrebbe difendere anche di fronte a una legge costituzionale».

¹⁷ Ed è cosa interessante che proprio il quorum per l'elezione dei giudici costituzionali, di cui si è detto in precedenza, non solo sia stato modificato al rialzo, ma soprattutto sia stato costituzionalizzato, o riattribuito nell'orbita di un tale rango normativo, nel passaggio dalla l. 87/1953 alla l. cost. 2/1967.

¹⁸ Accompagnate da un'ampia [press release](#) in inglese.

riguardino la stessa attuazione della giustizia costituzionale, che tocchino cioè la funzione per cui è stato previsto un suo monopolio. Rispetto a queste leggi, anzi, diventa prioritario accertare se esse non siano scritte in modo tale da pregiudicare la capacità operativa dello stesso organo, e ciò tenendo a mente non tanto quella ora sotto esame, quanto tutte le altre cause presso di lui pendenti. A conferma della propria giurisprudenza recente ¹⁹ il Tribunale precisa inoltre di ritenere plenaria la composizione con cui si pronuncia (III.1.10), atteso che essa comprende tutti i giudici eletti secondo quanto prescritto da legge e Costituzione, e che nel rispetto di entrambe siano stati ammessi all'organo collegiale anche per la necessaria collaborazione di altri soggetti istituzionali ²⁰.

Si affronta poi un punto nevralgico dell'intera controversia (III.1.3-III.1.9). La legge del 22 dicembre, ancor prima di formare oggetto di giudizio, dovrebbe essere necessariamente applicata, e ciò in una serie di disposizioni che – come si vedrà –, se applicate in maniera scrupolosa, e per il solo fatto di esserlo state, non potrebbero che produrre conseguenze tanto sui tempi (evidentemente tardivi) in cui la pronuncia sarebbe resa, quanto sul merito o sull'esito della stessa decisione, fino al punto da determinare risultati tangibilmente differenziati, in ordine alle sorti della stessa legge, rispetto a quelli che si sarebbero avuti in un giudizio non solo astratto ma anche preventivo, ove ciò fosse stato consentito da un controllo *a priori* attivato dal Presidente della Repubblica (art. 122.3 Cost.), o in alternativa dall'esistenza di una congrua *vacatio legis*. Il collegio giudicante si trova dunque nella situazione di dover accertare in che misura i tempi e la concatenazione di condizioni preliminarmente necessarie per pronunciarsi, insieme ad altre condizioni previste dalla legge, sarebbero capaci di condizionare e alterare il merito del proprio giudizio. Esso deve valutare in congruo anticipo se l'applicazione anche solo temporanea e provvisoria di queste norme processuali e sostanziali non sia capace di arrecare conseguenze comunque in seguito irreparabili per il controllo di costituzionalità in senso lato. E la sua conclusione è che le conseguenze sarebbero irreparabili.

È inaccettabile – secondo parole testuali della motivazione – che ad essere oggetto di controversia dinanzi al Tribunale costituzionale siano disposizioni che formano al tempo stesso base, sul piano processuale e materiale, per poter risolvere la controversia stessa ²¹. Al termine di questa parte preliminare del proprio percorso argomentativo, il collegio esprime così la convinzione che un'eventuale sua decisione in merito all'illegittimità della legge, se avvenisse usando la stessa come parametro – anche solo per aspetti processuali – finirebbe per paradosso con l'essere travolta da sospetti e contestazioni di invalidità, sarebbe screditata

¹⁹ La sentenza [K 34/15](#).

²⁰ Ciò significa che il plenum è costituito dai giudici che, ad un tempo, siano stati validamente eletti dalla Dieta, e abbiano potuto assumere le proprie funzioni in quanto messi in condizione di farlo dopo aver potuto prestare giuramento dinanzi al Presidente della Repubblica, come prescritto dalla sola legge. Mentre – sebbene nella motivazione ciò non sia detto espressamente – non sono considerati parte del plenum tanto i tre giudici legittimamente eletti a ottobre, dei quali il Presidente ha rifiutato di accogliere il giuramento (e che per questo non fanno parte del Tribunale costituzionale), quanto i tre che, eletti nella legislatura successiva in luogo di quelli – da intendersi, in maniera illegittima; o per meglio dire, in base a una norma dichiarata in questa parte illegittima – nondimeno sono stati ammessi al giuramento, e che il presidente del Tribunale, Andrzej Rzepliński, ha accolto presso l'istituzione con lo status di «dipendenti», assegnando loro anche un ufficio, ma che non ha ammesso ad esercitare funzioni giudicanti. Un'interpretazione e una composizione che, inutile dire, governo, capo dello Stato e maggioranza parlamentare respingono *in toto*, considerandola illegale.

²¹ Un *vicious circle* secondo le parole di A. Radwan, *Chess-Boxing Around the Rule of Law: Polish Constitutionalism at Trial*, VerfBlog 23 Dez 2015 ([verfassungsblog.de](#)).

in quanto fondata sull'utilizzo di parametri normativi di legge che vengono applicati dapprima per essere subito dopo dichiarati incostituzionali. La sentenza, insomma, rischierebbe di essere considerata a sua volta invalida. Ancora: accertato in via preliminare che l'applicazione della legge sarebbe capace, per molti aspetti, di alterare il contenuto di molte sue future pronunce (fino alla stessa capacità o meno di pronunciare l'invalidità di una legge, con tutte le conseguenze sul piano dei diritti individuali, dei seguiti processuali per i cittadini), si deve poi tenere a mente il carattere *erga omnes* e definitivo delle sentenze del Tribunale costituzionale, come stabilito dall'art. 190.1 Cost., e l'impossibilità di adoperare in questa situazione istituti previsti dal processo civile, pur ammessi per la giustizia costituzionale in casi non previsti dalla legge (e non è questo il caso). La declaratoria di illegittimità della legge dopo aver applicato la legge stessa, dunque, anche se fosse ben accolta, superando le obiezioni di cui si è appena detto, travolgerebbe un buon numero di altre sentenze rese nel frattempo (cioè dalla data di entrata in vigore della legge fino all'eventuale sentenza sull'invalidità della stessa, secondo l'ordine cronologico da essa imposto) e al tempo stesso però si scontrerebbe con l'impossibilità di rinnovare i procedimenti nelle relative cause, determinando per ulteriore paradosso una situazione di giustizia costituzionale sistematicamente vanificata e quindi denegata. Si rende pertanto indispensabile risolvere i dubbi di costituzionalità della legge *prima* che le sue disposizioni trovino applicazione.

Il Tribunale riconosce la straordinarietà di una tale situazione ²². La considera allora una situazione idonea a consentire che siano adoperati strumenti forse eccezionali, che il costituente polacco del 1997 non ha lasciato inespresi ma ha tradotto in diritto positivo (con una lungimiranza difficile da apprezzare appieno, se fosse diretta solo a colmare lacune ovvero a coprire anche situazioni come questa), integrandoli però tra le basi concettuali dello stato di diritto costituzionale, senza relegarli nello stato di eccezione. Un tale strumento è rinvenuto nell'art. 195.1 *in fine*, dove si afferma che «[i] giudici costituzionali, nell'esercizio del proprio ufficio, sono indipendenti e soggetti solo alla Costituzione». Si ricava da questa enunciazione ²³ la possibilità, in casi straordinari, di negare in termini espliciti l'osservanza di

²² Nell'ordinamento polacco non è prevista tra l'altro l'efficacia *ex tunc* delle pronunce di incostituzionalità delle leggi. Anzi, l'art. 190.3 sembra prevedere il contrario dove afferma che «[l]a sentenza del Tribunale costituzionale entra in vigore il giorno della sua pubblicazione», per poi prevedere addirittura un termine differito, nel senso di successivo, per la perdita di efficacia dell'atto colpito (non oltre comunque i diciotto mesi), e così rafforzare ulteriormente il carattere non retroattivo di tali sentenze. Questa impostazione ha risentito di influenze austriache nel modello di controllo di costituzionalità, pur se ha comportato l'esplicita previsione (art. 190.4) che procedimenti giurisdizionali o amministrativi siano riassunti in caso di una pronuncia di incostituzionalità anche in seguito a una sentenza o decisione amministrativa definitiva. Il logico e filosofo del diritto Jan Woleński, tuttavia, ha sostenuto di recente in sede pubblicistica che non può non essere connaturata al giudizio di (in)costituzionalità delle leggi la constatazione di un vizio che doveva esistere fin dall'inizio. Secondo questo autore, il citato terzo comma dell'art. 190 serve solo a distinguere il concetto di costituzionalità di una legge da quello efficacia della sentenza in merito ad essa, come dimostrerebbe il fatto che il possibile differimento nel tempo non funge certo da sanatoria della dichiarazione di illegittimità. Le basi del giudizio di legittimità costituzionale sono contenute solo nell'art. 188, che non esclude affatto la possibilità di retroagire. Così J. Woleński, *Trybunał Konstytucyjny. Temat aktualny* [Il Tribunale costituzionale. Un tema attuale], *Polityka*, 6 maggio 2016, <http://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/krasj/1660376,1,trybunal-konstytucyjny--temat-aktualny.read>. Occorre dire però che si tratta di una posizione piuttosto isolata.

²³ Anche per distinzione dall'art. 178.1 Cost., secondo cui tutti i restanti giudici «sono soggetti solo alla Costituzione e alle leggi». A questo proposito, si stabilisce un parallelo con la possibilità per i giudici comuni, proprio in quanto soggetti alla legge, di non applicare al caso concreto disposizioni di fonti secondarie, senza con questo pronunciarsi in via definitiva sulla loro validità.

una legge in vigore ²⁴, quando ciò sia indispensabile per proteggere valori coesenziali al costituzionalismo. Negli stessi casi, tale soggezione alla Costituzione, comportante una sorta di insubordinazione alla legge ordinaria, in anticipo sullo stesso giudizio in merito alla legge, può essere estesa anche ad aspetti di diritto processuale costituzionale, come quelli che riguardano i criteri con cui vengono fissate le udienze o le camere di consiglio ²⁵.

Di conseguenza il Tribunale disapplica – prima di entrare nel merito della loro legittimità – le disposizioni che fissano il quorum strutturale per deliberare in tredici membri (il collegio è attualmente composto da dodici); che stabiliscono in due terzi dei voti il quorum funzionale per deliberare sulla costituzionalità di una legge nella maggioranza dei casi (e ciò in applicazione diretta dell'art. 190.5 Cost., per cui «[l]e sentenze del Tribunale costituzionale sono adottate a maggioranza dei voti», dove tale maggioranza deve intendersi per relativa); che impongono di tenere udienze pubbliche o a porte chiuse secondo l'ordine cronologico con cui le singole cause sono state iscritte a ruolo; che impongono un termine non minore di tre mesi, o – a seconda dei casi – non minore di sei mesi tra la notifica dell'udienza alle parti del processo e l'udienza stessa ²⁶.

4.1. Il giudizio nel merito della legge

Nel merito di tutti i ricorsi presentati, il Tribunale precisa che giudicherà la legge sia sotto il profilo del procedimento usato per approvarla sia per diversi aspetti di contenuto. In effetti, afferma, sarebbe sufficiente ad acclararne l'invalidità la constatazione di violazioni della Costituzione consumate nella fase della sua formazione. Ma anche un esame di numerosi aspetti di merito è necessario, per indicare al legislatore difetti che non potrebbero essere superati neanche con una rinnovata approvazione più rispettosa delle norme sul procedimento.

Lunghi passi delle motivazioni (III.3) sono dedicati all'analisi del procedimento legislativo, formalmente su iniziativa di alcuni deputati della maggioranza, che in appena nove giorni dal deposito originario del progetto ha condotto all'adozione finale della legge del 22 dicembre. A parte considerazioni di opportunità, per cui le due camere parlamentari – e in particolare la Dieta, o *Sejm*, nettamente prevalente – non solo hanno compresso oltremodo i diritti delle minoranze, ma hanno ignorato sistematicamente pareri provenienti da numerose istituzioni esterne, e anche degli stessi servizi legislativi parlamentari, con ciò aggirando diverse disposizioni regolamentari; il Tribunale costituzionale rileva che è stato sostanzialmente violato il requisito delle tre letture (art. 119), contraddicendo tra l'altro una sua cospicua giurisprudenza al riguardo, per il fatto di aver introdotto emendamenti tra la prima e la

²⁴ Nel rispetto della presunzione di costituzionalità, però, il Tribunale non accoglie la richiesta formulata da alcune parti ricorrenti di applicare le disposizioni della legge di giugno abrogate dalla novella di dicembre, rilevanti nel caso.

²⁵ E sebbene, a onor del vero, per l'art. 197 «L'organizzazione e le modalità di procedimento presso il Tribunale costituzionale sono stabilite dalla legge».

²⁶ Dal punto di vista tecnico vi sono qui delle similitudini con il problema dell'eventuale non applicazione della legge in questione di costituzionalità sollevata in sede di provvedimento urgente: va applicata o meno la legge nelle more del giudizio di costituzionalità? Per indicazioni di giurisprudenza italiana (che ammettono la soluzione qui usata dalla Corte polacca), si v. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, cit., p. 145-ss.

seconda lettura tali da qualificare di fatto una nuova proposta di legge, e osserva che la frequenza e l'intensità con cui sono state violate norme regolamentari che formano attuazione diretta di altrettante previsioni costituzionali determinano lesione dell'art. 7 Cost., che vincola tutti gli organi del pubblico potere al rispetto della legalità in senso lato.

L'immediata entrata in vigore dell'atto, con assenza di *vacatio legis*, è censurata (III.4) in quanto incompatibile con il principio dello stato di diritto espresso nell'art. 2, sviluppato sotto questo aspetto specifico dalla già menzionata legge del 2000 sulla pubblicazione degli atti normativi. Utilizzando tale legge, ritenuta pienamente conforme ai principi costituzionali, come uno sviluppo degli stessi, o quasi come una sorta di norma interposta, il Tribunale costituzionale rileva come sia compito del legislatore operare un bilanciamento tra necessità straordinarie, che possono imporre la riduzione del termine ordinario di quattordici giorni ai fini dell'entrata in vigore di una legge – ed eccezionalmente l'istantanea entrata in vigore –, necessità che devono essere motivate in modo adeguato, ed esigenze dei principi dello stato di diritto democratico, che in situazioni particolari, specie quando vengono introdotte leggi di riforma sistematica di un settore normativo o disciplinanti istituti di garanzia, richiedono al contrario la fissazione di termini anche molto più ampi delle due settimane ²⁷. L'entrata in vigore immediata è illegittima per contrasto con i parametri indicati soprattutto in relazione al fatto che, mentre imponeva la presenza di tredici giudici come quorum strutturale, non ha tenuto conto che nel momento in cui la legge era discussa e approvata appena dieci dei suoi membri erano in grado effettivamente di giudicare ²⁸; e lo è per l'assenza di disposizioni transitorie, che costringe a modificare le procedure per 174 cause pendenti al momento in cui le motivazioni vengono scritte, comportando conseguenze non solo per il funzionamento interno dell'organo ma anche a carico dei cittadini.

Viene poi demolita l'intera disciplina concernente le modalità di adozione delle decisioni (III.5), a cominciare dalla composizione dei collegi giudicanti. A questo proposito, occorre ricordare che nel sistema adottato in Polonia, fin dalle origini, si era previsto che solo su alcune controversie di primaria importanza il Tribunale costituzionale dovesse pronunciarsi nella sua composizione plenaria, mentre numerose altre questioni potevano essere affidate a collegi ristretti composti di tre o di cinque giudici per volta. Una tale scelta, per quanto possa apparire discutibile – ma si tenga conto che il Tribunale è anche tenuto a decidere sulla legalità o costituzionalità di regolamenti dell'esecutivo –, era giustificata da ragioni di speditezza ed 'economicità' del processo decisionale, e in ogni caso comportava la possibilità di richiamare uno stesso caso al plenum, ove se ne ravvisasse la necessità.

La legge del 25 giugno 2015 non incideva su tali aspetti. La modifica del 22 dicembre invece introduce diverse alterazioni. Innanzitutto dispone la partecipazione di almeno tredici giudici alle sentenze che devono essere pronunciate nella composizione plenaria, ciò che determinerebbe l'inoperatività nel caso in cui almeno due giudici dovessero autoescludersi o

²⁷ Persino la legge per la prima attuazione del Tribunale costituzionale, in tempi di tardo socialismo, approvata il 29 aprile 1985 entrò in vigore il 1 gennaio dell'anno successivo.

²⁸ Qui, al di là delle motivazioni, si può tranquillamente affermare che in realtà il legislatore, e concretamente il partito di maggioranza, era del tutto consapevole di questa circostanza. Lo ha fatto apposta. O il Tribunale avrebbe accettato di piegarsi al ricatto dei giudici eletti per così dire 'in sovrannumero', e immediatamente ammessi al giuramento, ovvero esso sarebbe stato ridotto al silenzio a tempo indeterminato, magari in attesa di soluzioni anche più radicali, semplificate nella giustificazione dal fatto che il tempo ormai trascorso invano lo avrebbe trasformato in un ente inutile.

essere ricusati (eventualità possibile), nel caso di problemi di salute; e ciò che già ora, come sopra accennato, nello stato di fatto impedisce all'organo di pronunciarsi validamente per legge o gli consente di farlo a condizioni che lo costringerebbero a stracciare la sua recentissima giurisprudenza. Quel che è peggio, la modifica dispone una distinzione del tutto irragionevole tra i casi che dovrebbero essere decisi in composizione plenaria e altri in cui sarebbe sufficiente un collegio composto di sette su quindici giudici. Sottolinea il Tribunale che, se mai si potesse stabilire una sorta di gerarchia nell'importanza delle controversie di natura costituzionale, al vertice di tale costruzione dovrebbero trovarsi quelle cause che riguardano direttamente situazioni giuridiche di cittadini, le quali, una volta risolte, hanno di norma un seguito presso le giurisdizioni penale, civile, amministrativa, o anche al cospetto della pubblica amministrazione: e tra queste, in Polonia, rientrano le c.d. «questioni giuridiche» (*pytania prawne*), l'equivalente della questione di legittimità incidentale in Italia, e i ricorsi diretti sul modello della *Verfassungsbeschwerde* (che pure in Polonia hanno una disciplina piuttosto restrittiva). Ebbene, sono proprio questi – insieme alla verifica di conformità delle leggi statali agli accordi internazionali ratificati con legge – i casi per cui la legge di dicembre ammette una composizione ristretta di sette giudici. Invece le procedure nei ricorsi astratti avviati dai numerosi soggetti indicati nell'art. 191 dovranno essere considerate sempre dal plenum, anche se riguardassero aspetti di legalità di regolamenti dell'esecutivo (che possono essere disapplicati da giudici comuni spesso in composizione monocratica). Il quorum di tredici giudici è peraltro invocato nelle motivazioni della legge – discutibilmente – con la necessità di «garantire qualità e obiettività delle sentenze» in contrapposizione alla norma precedente che ne imponeva nove: con ciò riconoscendosi implicitamente che le sentenze adottate in una camera di consiglio di sette giudici non sarebbero tenute ad assicurare qualità e obiettività.

Proprio questa circostanza, insieme alla successiva criticità, quella che impone di esaminare i casi secondo l'ordine cronologico con cui sono stati iscritti a ruolo, è incostituzionale per contrasto con l'art. 45.1, che sancisce il diritto di ognuno «a un giusto e pubblico esame della causa senza immotivati indugi da parte del tribunale competente, terzo, imparziale e indipendente»: una norma che non può non essere riferita anche alle questioni di legittimità in via incidentale e ai ricorsi diretti presso il Tribunale costituzionale. Qui il contrasto è anche con il preambolo della Costituzione, che si impegna ad assicurare «affidabilità ed efficacia» all'attività delle istituzioni pubbliche. L'obbligo di esaminare i casi secondo ordine cronologico è del tutto irragionevole non solo per l'assunto di partenza, quello per cui essi presenterebbero tutti lo stesso grado di complicazione (quando ad es. una sola disposizione di una legge sia impugnata o lo sia l'intera legge; quando in un giudizio incidentale occorra anche studiare la giurisprudenza accumulata su una certa norma), non solo perché rende inattuabile l'art. 224.2 Cost., collocato nel titolo sulle finanze pubbliche, il quale impone al Tribunale l'obbligo di giudicare entro il termine di due mesi dal suo deposito un ricorso preventivo del Presidente della Repubblica sulla legge di bilancio, mettendo così a rischio l'efficiente gestione della finanza statale; esso è assurdo anche per porsi in contrasto con altra disposizione della legge del 25 giugno 2015 – in questo non modificata – che consente al Tribunale, come del resto si era sempre fatto in passato, e come spesso si rende necessario,

di riunire più cause incentrate sulle medesime disposizioni di legge (con il rischio aggiuntivo che le stesse disposizioni potrebbero dover essere esaminate, oltre che in tempi diversi, da collegi diversamente composti). Il Tribunale afferma di non essere titolato a effettuare un raffronto 'orizzontale' tra più disposizioni di una stessa legge; ma quando il contrasto tra esse diventi così palese da non poter essere sanato in via interpretativa, non può farsi a meno di constatare un'evidente incostituzionalità per assoluto difetto di razionalità. Essa va in ogni caso ad aggiungersi a quella direttamente derivante dalla limitazione all'autonomia e indipendenza di ogni organo con funzione giurisdizionale, corollario indispensabile della separazione dei poteri.

Considerazioni analoghe sono quelle che valgono a dichiarare incostituzionale la previsione di un lasso temporale minimo tra la notifica alle parti di un'udienza e lo svolgimento dell'udienza stessa, segnatamente un minimo di tre mesi nei casi delle questioni incidentali e dei ricorsi diretti, e di sei mesi per tutti i restanti casi. L'introduzione del requisito di un lungo 'intervallo' tra instaurazione di un caso e udienza sullo stesso non tiene conto del carattere unico di alcune controversie. Un ritardo considerevole sulle cause che sono giunte a maturazione per decidere, ove non ci sia ragionevole giustificazione a suo sostegno, deve essere considerato come un'inammissibile interferenza del Parlamento nelle funzioni giurisdizionali del Tribunale, tale da violarne l'indipendenza e la separatezza dai restanti poteri, garantita dall'art. 10 Cost. Esso comporta altresì una lesione del diritto dei cittadini a ottenere giustizia in tempi ragionevoli.

La maggioranza di due terzi dei voti, per emettere una sentenza in seduta plenaria, è una violazione dell'art. 190.5 della Costituzione, che stabilisce che «le sentenze del Tribunale costituzionale sono adottate a maggioranza dei voti». A parte che la modifica legislativa di dicembre non dice nulla sulle maggioranze decisionali nei collegi composti da sette giudici, ciò che di per se è illogico, va rilevato che quando la Costituzione stabilisca delle maggioranze qualificate, essa lo afferma esplicitamente, come avviene in diversi casi.

Qui come altrove le motivazioni si incentrano su aspetti legali della controversia, evitando accuratamente aspetti politici. Ciò che il Tribunale non può dire è che la maggioranza di due terzi per pronunciarsi non è una questione di logica nell'interpretazione, ma una deliberata iniziativa volta a elevare un ostacolo che si frapponga alla sua funzionalità, nell'aspettativa che, con i successivi rinnovi parziali, il partito di maggioranza riesca a crearsi una minoranza di blocco sufficiente entro il collegio. In aggiunta, vi è nella previsione dei due terzi una reminiscenza, non è dato sapere quanto voluta, degli anni di esordio del Tribunale costituzionale, dal 1985 in poi, quando le sue sentenze, volte a invalidare una legge (pur adottate a maggioranza semplice), potevano essere cassate dal *Sejm* con la maggioranza di due terzi dei voti. Tale stato di cose oltrepassò addirittura i primi anni della svolta democratica, protraendosi fino all'approvazione della Costituzione del 1997. Anche se tecnicamente è ovvio che si tratta di due cose diverse, la decisione presa dal Parlamento nel dicembre 2015 rimanda con la memoria a quel passato, quasi a voler sottolineare un difetto originale dell'istituzione. Anche se i simboli non dovrebbero avere una diretta pertinenza giuridico-formale, è nota l'ostilità del partito di maggioranza a quest'istituzione, in parte dovuta al fatto che per conformazione ideologica, paradossalmente speculare al socialismo,

esso è insofferente all'idea del controllo di costituzionalità come ingombro alla volontà illimitata della *puissance* legislativa; in parte però da ricollegare al fatto che, innegabilmente, il Tribunale costituzionale con questa denominazione e nella sua soggettività giuridica è venuto alla luce in Polonia negli anni del socialismo, sia pure nella fase finale di quel sistema – come si è detto in precedenza –, e di conseguenza, nella visione di alcuni esponenti del partito, che non hanno esitato a definirlo un «relitto del comunismo»²⁹, sembra dover scontare questo vizio di origine, non rilevando il fatto che nel frattempo è mutato il tipo di ordinamento che esso è chiamato a proteggere e ne sono mutate la forza e la composizione. Non avendo ancora la forza numerica per sopprimerlo o depotenziarlo con una revisione costituzionale, non è rimasta altra via che quella intrapresa con queste scelte.

Infine, la censura è totale per quel che riguarda le procedure disciplinari individuate dalla legge di dicembre. Contrasta con l'indipendenza e la separatezza di tutti gli organi giudiziari (art. 173 Cost.) la facoltà attribuita al Presidente della Repubblica e al ministro della giustizia di richiedere l'avvio di un procedimento disciplinare nei confronti di un giudice costituzionale. Non rileva qui che siano previsti dei filtri in seno al collegio per valutare l'ammissibilità di simili richieste. Quello che conta è che già una simile previsione può intimidire un giudice, affievolendo la percezione della sua indipendenza. Contrasta frontalmente con la separazione dei poteri (prevista in linea generale già dall'art. 10 Cost.) la sottrazione all'adunanza dei giudici del Tribunale costituzionale della facoltà di disporre la decadenza di uno dei membri per alcuni gravi motivi di indegnità, come forma più solenne di sanzione disciplinare, e l'attribuzione dello stesso potere al *Sejm*, espressione del legislativo. Anche qui, e per i motivi già detti, non rileva che la richiesta al *Sejm* debba essere formulata dalla stessa adunanza.

5. Il parere della Commissione di Venezia

È stata un'iniziativa del governo polacco, nella persona del ministro degli esteri, a sollecitare la Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, nota come Commissione di Venezia, all'emanazione di un parere sulla legge del 22 dicembre 2015. L'iniziativa, presa già verso la fine dell'anno, è stata contestata negli stessi ambienti governativi e del partito di maggioranza come segno di debolezza. In realtà non vi sono dubbi sul fatto che l'allarme internazionale sollevato sul caso, considerata la sua gravità, avrebbero in ogni caso attirato le attenzioni di tutte le istituzioni europee di cui la Polonia è parte, tanto quelle euro-comunitarie quanto quelle euro-convenzionali. In quanto organo consultivo del Consiglio d'Europa, è certo che la Commissione sarebbe stata prima o poi coinvolta nel caso, come ha fatto con il [parere n. 833/2015](#).

Esso è stato annunciato e poi diramato nei giorni immediatamente successivi alla sentenza K 47/15 del Tribunale costituzionale. Svolta una succinta ricostruzione dei fatti, la

²⁹ È curioso destino come proprio tale anticomunismo giurato, che si manifesta nell'ostilità per un'istituzione che in quel (tardo) sistema affonda le radici, trovi con lo stesso sistema un punto di contatto nel ripristino del potere di revoca dei membri del Tribunale ad opera dell'assemblea politica.

Commissione entra subito nel ‘cuore’ del problema, giuridico e politico al tempo stesso. Essa rammenta come già in pareri precedenti, resi nei confronti ad altri paesi, aveva paventato il rischio che si creassero situazioni di *non liquet* da parte delle corti costituzionali, se alcune condizioni si fossero avverate. Nella data in cui il parere è pubblicato, la Commissione fa in tempo appena ad essere messa a conoscenza del dispositivo della sentenza del 9 marzo, ma le conclusioni cui perviene sono quasi identiche, muovendo da un’argomentazione che si potrebbe ritenere complementare con quella operata dal Tribunale costituzionale polacco, sulla cui autorità poggia una larga parte della propria argomentazione.

È però molto più sintetica di quest’organo (per non dire più sbrigativa), la Commissione di Venezia, nel giustificare la disapplicazione di una legge statale prima di giudicarla. Si può qui riportare testualmente il par. 41: «A simple legislative act, which threatens to disable constitutional control, must itself be evaluated for constitutionality before it can be applied by the court. Otherwise, an ordinary law, which simply states “*herewith, constitutional control is abandoned – this law enters into force immediately*”, could be the sad end of constitutional justice. The very idea of the supremacy of the Constitution implies that such a law, which allegedly endangers constitutional justice, must be controlled – and if need be, annulled – by the Constitutional Tribunal before it enters into force» (il corsivo è degli estensori). Ricorre ben due volte, nel breve passo qui riprodotto, il termine *before*. Il problema però è che la legge in questione era appunto *già* entrata in vigore nel momento in cui il Tribunale è stato chiamato a pronunciarsi sul testo, come sopra ci si è dilungati a sottolineare. Va poi rilevato che nei casi precedenti esaminati dalla Commissione, e da essa richiamati in quanto in qualche misura assimilabili a quello presente ³⁰, solo una volta si era posto il problema preciso di dover giudicare una legge possibilmente incostituzionale dovendo nel contempo darle applicazione, né il tema in sé era stato così dirimente rispetto alla soluzione, o alla stessa possibilità di risolvere la controversia. In ogni caso, la Commissione si era già pronunciata nel senso che neanche in una legge riguardante la giustizia costituzionale, e nemmeno nella sua parte più specificamente indirizzata agli stessi giudici, si potessero trovare spazi immuni dal giudizio di costituzionalità. Ciò è senz’altro di conforto e appoggio per il Tribunale costituzionale polacco.

La Commissione coglie poi occasione per affermare (par. 39-40) che anche in assenza di previsioni costituzionali esplicite, come quella polacca, in merito alla superiorità della Costituzione e alla soggezione dei giudici costituzionali soltanto a quest’ultima, un controllo in situazioni estreme come quella discussa dovrebbe essere esperibile, in quanto è il Costituente, non già il legislatore ordinario, che assegna a una Corte costituzionale il compito assicurare la supremazia della Costituzione, inclusa la legislazione ordinaria che riguarda la Corte. Può darsi che l’organo consultivo del Consiglio d’Europa, con questo inciso, abbia voluto creare una sorta di precedente da far valere, sia pure ad altissimo scopo ‘consultivo’, anche in qualcuno degli altri ordinamenti statali nei quali in avvenire potesse porsi un simile problema, e che però fosse sprovvisto di una simile previsione a livello costituzionale. Tuttavia, al prezzo di sembrare afflitti da un eccesso di positivismo giuridico, si sarebbe potuta cogliere l’occasione per una valutazione favorevole di una tra le tante scelte

³⁰ Rispettivamente i casi poi decisi con i pareri CDL-AD (2006)006, CDL-AD (2014)020, CDL-AD(2009)044.

costituenti polacche, nello stesso momento in cui altre soluzioni sono state apprezzate (anche da chi scrive qui), benché in forma blanda, in modo più critico: ci si riferisce precisamente all'enfasi posta sulla superiorità e sulla diretta applicazione della Costituzione (art. 8.2)³¹ e allo sviluppo o corollario di tale previsione, contenuto appunto nel citato art. 195.1, che protegge i giudici costituzionali dalla possibile arbitrarietà della stessa legge.

Un aspetto interessante della complementarietà del parere con la sentenza sta nei riferimenti comparativi, di cui la sentenza K 47/15, diversamente da altre pronunce del Tribunale costituzionale polacco, è particolarmente avara (ad eccezione dei riferimenti alla Corte di giustizia dell'Unione europea e alla Corte EDU, ma solo per quanto attiene alla formazione delle maggioranze decisionali). Forse i giudici polacchi non hanno voluto eccedere in autodifesa, quando non hanno preso posizione in merito agli attacchi loro provenienti per il fatto di aver preso attivamente parte ai lavori parlamentari della legge di giugno che li riguardava da vicino. La difesa è stata presa allora dalla Commissione (par. 45-46), che illustra come anche in paesi esemplari per la protezione giuridica della forma di stato democratico-liberale, quali Austria e Germania, vi sono forme di partecipazione diretta o indiretta dei giudici costituzionali all'attività legislativa in materia, senza che questo faccia particolare motivo di scandalo.

Ancora, pur nello spazio molto più sintetico delle proprie motivazioni, la Commissione rende conto delle giustificazioni, che le sono state avanzate dagli interlocutori incontrati, in merito alla singolare previsione dell'ordine cronologico con cui le cause devono essere esaminate. Essa risponde a tali obiezioni (par. 54-66) con il notare che, tra tutti gli ordinamenti che ricadono nella sua competenza, sono rarissimi i casi disciplinati in modo simile: in sostanza solo il Lussemburgo, e neanche in modo così rigido. Peraltro afferma la Commissione che la durata media di un caso presso il Tribunale costituzionale, che si concluda con una sentenza, è di 21 mesi, e non pare tale da imporre soluzioni così radicali al

³¹ Si tratta di una delle norme più discusse della Costituzione, sul cui significato si è discusso nei primi anni della sua vita senza che si giungesse a conclusioni univoche, e che adesso è tornato di attualità. Secondo L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu* [Diritto costituzionale polacco. Lineamento di una lezione], Warszawa, Liber, 2003, pp. 44-45, «in tutti i casi in cui le disposizioni costituzionali sono formulate in modo così preciso e univoco da rendere possibile il riferimento ad esse nelle situazioni concrete che si verificano nella realtà giuridica, il soggetto che applica il diritto dovrebbe fondare le sue attività (o decisioni) direttamente su tale disposto costituzionale, e solo in seconda istanza dovrebbe richiamarsi alle norme di legge ordinaria». Ne deriva secondo l'A. una tripartizione dell'applicazione giudiziale della Costituzione, a seconda che essa avvenga nel contesto di una sostanziale lacuna legislativa (ma non è questo il caso del 2016), che si tratti di una co-applicazione di entrambe le fonti, o che vi sia un conflitto non risolvibile mediante interpretazione conforme a Costituzione. Qui sembra esservi spazio per potenziali sviluppi, specie se al Tribunale costituzionale si affiancano anche altre giurisdizioni. Scetticismo in merito alla possibilità di applicazione diretta della Costituzione è stato espresso anni addietro anche da un attuale giudice costituzionale, P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)* [L'applicazione della Costituzione polacca alla luce del principio della sua superiorità (problemi scelti)], Kraków, Zakamycze, 2003, *passim*, pur nel contesto del riconoscimento di un ruolo normativo alle sentenze del Tribunale costituzionale. Qualche maggiore apertura all'applicazione diretta della Costituzione era ammessa da K. Działocha, *Art. 8*, in K. Działocha, L. Garlicki, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzciński, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* [La Costituzione della Repubblica polacca. Un commento], V, Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2007, p. 47 (dell'articolo commentato), che ammetteva possibilità di applicazione diretta della Costituzione, a condizione che una specifica sua disposizione fosse sufficientemente concreta e precisa, anche e persino nel caso in cui per lo stesso oggetto vi fosse un rinvio alla legge: ed è ciò che avviene con l'art. 197 per quanto attiene all'organizzazione e ai procedimenti interni al Tribunale costituzionale, che è affidato alla legge ma con una serie di garanzie direttamente stabilite da altre norme della Costituzione. In ogni caso tutti e tre gli autori citati, che sono stati, negli ultimi decenni, giudici costituzionali (uno ricopre la carica attualmente), non hanno forse potuto immaginare fino a qual punto di drammaticità il problema teorico che hanno affrontato si sarebbe concretizzato, nel volgere di non molti anni.

fine di ridurre i tempi per rendere giustizia, soluzioni oltretutto contraddittorie con i fini. Il rimedio non sarebbe poi neanche adatto allo scopo per il fatto che il rigido ordine cronologico riguarda in realtà le udienze o camere di consiglio, ma non impone che le sentenze siano emesse seguendo lo stesso ordine. E infine pongono gravi problemi di compatibilità con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE. Considerazioni comparative analoghe, riferite a uno standard comune europeo, sono svolte per quanto riguarda le maggioranze per emettere una sentenza, dove soprattutto il paradigma tedesco federale viene evocato per dimostrare come le sentenze a maggioranza qualificata sono previste in casi straordinari – soprattutto comportanti misure di tipo sanzionatorio per certi soggetti – e confermano quindi come la scelta contraria rientri nell'ordinario. Sul piano strettamente normativo, la Commissione sembra ritirarsi in una sorta di *self-restraint* seppure contraddittorio, dove (par. 82) da un lato riconosce che la maggioranza semplice, come condiviso dall'unanimità dei costituzionalisti polacchi, non può essere modificata con legge ordinaria ma richiederebbe una revisione costituzionale; ma dall'altro rinvia al Tribunale costituzionale la facoltà di decidere se la modifica per legge sia illegittima o meno. Più interessante è la considerazione (par. 83) dove si trova del tutto disfunzionale che le maggioranze richieste siano più alte nelle camere di consiglio plinarie, che decidono sulle questioni astratte, e minori nelle sedute composte da sette giudici, che si pronunciano sulle questioni di legittimità incidentali e sui ricorsi diretti, pur ammettendosi che proprio le decisioni in astratto sono più complesse e richiedono un *higher level of scrutiny*. Opportuni i riferimenti comparativi in merito agli scarsi termini di paragone normativi sul decorso temporale tra le notifiche delle udienze e le udienze stesse, dove si sottolineano circostanze di varia natura (ad es. nei casi ESM/OMT) che possono richiedere tempi più cospicui, o in altri casi, al contrario, più brevi. Insomma, sembra con ciò dirsi che aspetti processuali come questi impongono al contrario una maggiore flessibilità, difficile da ingabbiarsi nelle maglie di una normativa troppo stretta. Gli argomenti usati contro i nuovi procedimenti disciplinari parlano per così dire da sé, senza particolare bisogno di comparazione.

Il parere richiesto ricostruisce poi lo svolgimento dei fatti che ha condotto allo scontro sulle elezioni dei giudici (par. 98-ss.), risalendo fino all'art. 137 inserito nella legge di giugno. Non viene risparmiata né la misura presa dalla precedente maggioranza né i 'rimedi', peggiori del male, utilizzati da quella attuale. Quanto alle forzature procedurali – per usare un eufemismo – adoperate per invalidare anche l'elezione dei giudici avvenuta secondo norme dichiarate legittime, e in luogo di quelli eleggerne altri, e permettere loro di assumere le funzioni avendo prestato giuramento, la Commissione, richiamandosi qui rigorosamente solo all'ordinamento costituzionale polacco, riconosce come il giuramento sia richiesto dalla Costituzione solo per i membri del Parlamento (art. 104) e del governo (art. 151) (oltre che dal Presidente della Repubblica stesso). Ad esso, per quanto attiene ai giudici costituzionali, non va riconosciuta altra funzione che quella cerimoniale.

La Commissione è equanime nel sostenere ad un tempo che non è corretto per un'assemblea politica scegliere con eccessivo anticipo giudici che entreranno in carica tra molto tempo, quando essa sarà cessata, ma è altrettanto scorretto per l'assemblea successiva

non rispettare le scelte di quella precedente. È a questo punto che viene avanzata l'immagine del *constitutional custom* volto a rispettare alcuni principi di diritto non scritti, o magari a crearli (par. 110-ss.). Che la maggioranza parlamentare uscente del 1997, trovandosi in situazione analoga, avesse rinunciato ad eleggere alcuni giudici lasciando il compito alla successiva legislatura, non è probabilmente sufficiente a qualificare il fatto evocato dalla Commissione neanche come una prassi o una mera convenzione³² (se non a constatare un grave regresso in certi canoni dell'ordinamento polacco); meno ancora, allora, alla stregua di una consuetudine in qualche misura vincolante e sanzionabile.

Ma giustificare la mancata ripetizione di quel buon comportamento spontaneo con il fatto che i *constitutional customs* si formano e sviluppano solo nelle *older constitutions* lascia al lettore un senso di insoddisfazione o di incompiuto, per così dire. O si ammette infatti che vi sono delle buone ragioni per cui solo alcuni ordinamenti costituzionali si possano fregiare di essere 'antichi', ma allora bisognerebbe esplicitare quali siano le ragioni che giustificano la creazione di tali 'club' di privilegiati (e magari specificare quali siano le une e le altre *constitutions*); oppure si deve accettare, o in ogni caso considerare più accettabile, che i *customs* non comincino a formarsi nelle Costituzioni più recenti, con il rischio che queste possano non stabilizzarsi mai più, restando così preda ogni volta di altrettanti nuovi arbitrii, quante siano le immancabili lacune lasciate dal diritto scritto.

Utilissimi paiono invece i richiami della Commissione a un altro aspetto. Essa ha mostrato tutta la sorpresa per il fatto che, nel corso dei suoi incontri con gli esponenti di governo e maggioranza parlamentare, questi ultimi le hanno fornito una rappresentazione – letteralmente – cromatica della composizione del Tribunale costituzionale, come se si trattasse di esponenti di partito in una camera parlamentare. La Commissione replica agilmente nel suo parere che questo stato di cose non è veritiero, sulla base di constatazioni di fatto, per poi richiamarsi, accanto a tutte le garanzie scritte di indipendenza, alla *duty of ingratitude* che i giudici costituzionali hanno sempre nei confronti di chiunque li abbia eletti (implicitamente assumendo che questa sia la realtà nell'attuale situazione polacca).

La Commissione rivolge, come ovvio, un appello indistinto a tutte le parti a rispettare le decisioni del Tribunale costituzionale, in quanto conformi ai migliori standard europei, e in ogni caso ai principi riconosciuti dal Consiglio d'Europa. In definitiva postulati come quello della leale collaborazione tra poteri sono assimilabili ad una sorta di *soft law* che hanno fondamento anche nel Preambolo della Costituzione polacca, e possiedono la forza persuasiva che è tipica di questi strumenti, sulla cui efficacia occorre interrogarsi al cospetto di certi protagonisti politici.

La parte conclusiva del parere, che è anche quella propositiva (VII), presenta motivi di interesse che si riconnettono a quanto scritto qui in esordio. La Commissione, pur nel constatare che non è questo il momento per avviare grandi riforme di sistema, suggerisce al

³² Come affermò in quello stesso anno M. Wyrzykowski, *La réforme*, cit., p. 90, «la pratique fait apparaître un certain consensus débouchant sur l'instauration d'une représentativité du Tribunal au sein duquel on trouve des juges représentant les principales forces politiques. Une tentative de la majorité sortante de vouloir élire avant la fin de son mandat les six prochains juges a fait sortir de sa réserve habituelle le Président du Tribunal, Andrzej Zoll. Face aux protestations pré-électorales que cette affaire a suscitées, ce renouvellement anticipé n'a pas eu lieu». A leggere questo passo, si ha veramente l'impressione che un arretramento democratico sia avvenuto tra il 1997 e il 2015.

Parlamento di considerare una revisione costituzionale che stabilisca una differenziazione nella scelta dei giudici costituzionali più aperta al pluralismo tra organi ³³: in particolare, invita esplicitamente a considerare l'opportunità di prevedere che un terzo di essi possa essere eletto dalle magistrature, un terzo dal legislativo e un ultimo terzo nominato dal Presidente della Repubblica (che però in Polonia è eletto a suffragio universale e considerato a tutti gli effetti parte dell'esecutivo). Richiama inoltre alla necessità di elevare, in ogni caso, a una maggioranza qualificata il numero di voti richiesti per i giudici di elezione parlamentare. Il lettore italiano del parere n. 833/2015 troverebbe immediata familiarità in questi suggerimenti della Commissione di Venezia, che non sono sfuggiti neanche a Diritto e giustizia e a Jarosław Kaczyński, rispettivamente il partito di maggioranza in Polonia e il suo leader.

Infine, il rifiuto annunciato di pubblicare la sentenza nel giudizio K 47/15 viene invece deplorato in quanto contrario alla *rule of law* e suscettibile di aggravare la crisi costituzionale in atto.

6. Conclusioni

La sentenza K 47/15 non è riconosciuta come tale da parte del Presidente della Repubblica, della maggioranza parlamentare e del governo, che ai sensi della legge del 20 luglio 2000 sulla pubblicazione degli atti normativi e di alcuni altri atti giuridici, è tenuto, nella persona del premier, a curare la Gazzetta ufficiale ordinando la pubblicazione di tali atti per il tramite di un dipartimento chiamato Centro governativo per la legislazione. Tutti questi soggetti considerano la pronuncia K 47/15 non come una sentenza, ma come un «comunicato stampa» (sebbene piuttosto lungo: 187 pagine), rilasciato non dal Tribunale costituzionale ma da «alcuni giudici» che lo compongono, i quali si sono riuniti presso la sede dell'organo per rendere di dominio pubblico un loro personale parere. Il motivo è semplice: non si è applicata la legge sul Tribunale costituzionale del 25 giugno 2015, con le modifiche introdotte il 22 dicembre, in ciò che riguarda l'ordine cronologico di convocazione delle udienze (quella determinata sulla causa in discussione ha ottenuto la precedenza su numerosissime altre); la necessità che siano trascorsi almeno tre mesi tra la notifica alle parti che hanno eccepito alla legge in via principale e la data effettiva dell'udienza (ne sono passati meno di due); il quorum per deliberare (hanno partecipato 12 giudici anziché il numero minimo di 13).

È però interessante notare che dei dodici membri del Tribunale nel pieno esercizio delle proprie funzioni, due sono quelli eletti in modo legittimo dal partito di governo nello scorso dicembre, in quanto chiamati a sostituire due giudici il cui mandato scadeva nella presente legislatura. Questi due giudici hanno redatto ciascuno un'opinione dissenziente dalla deliberazione, incentrate soprattutto sull'impossibilità per il Tribunale di procedere come ha

³³ In argomento, per altre considerazioni sul sistema di elezione dei giudici in Polonia e in alcuni paesi della stessa area, W. Sadurski, *Rights Before Courts. A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Dordrecht, Springer, 2005, pp. 15-ss.

fatto, con un'indebita creazione giurisprudenziale di norme procedurali, e sul presunto illegittimo impedimento a giudicare inflitto ai tre colleghi eletti a dicembre. Ma resta il fatto che con la propria partecipazione alla formazione della sentenza, essi, per quel che vale, ne hanno rafforzato la legittimità. Hanno cioè preferito mettere per iscritto i motivi del proprio dissenso piuttosto che esprimerlo magari in altra sede e non partecipare a quella istituzionale, il solo modo coerente che avrebbero avuto per mantenere il proprio punto di vista. La questione non è del tutto oziosa: è appena il caso di notare che, in questa situazione del tutto anomala, non sono in gioco 'normali' opinioni in dissenso rispetto al merito di una decisione giurisdizionale. Il dissidio travalica questa dimensione per entrare in quella, ben più grave, nella quale si contesta alla radice la stessa valida costituzione dell'organo e la validità della sua decisione, almeno nelle forme e nelle procedure prescelte. Decidendo comunque di redigere un'opinione dissenziente rispetto a una decisione che considerano di fatto nulla, è come se i due giudici dissenzienti avessero posto nel nulla la propria stessa opinione. Da questo punto di vista, la partecipazione alla formazione della sentenza dei due giudici la cui elezione è avvenuta nel contesto dato sembra suggerirne un'affermazione di indipendenza, anche se non sono noti alcuni dettagli per valutare come la decisione sia maturata.

Il mancato riconoscimento da parte del governo produce almeno due conseguenze di grande portata sul piano strettamente giuridico (prima di considerare quelle politiche, che pure hanno rilevanza costituzionale). La prima è quella per cui il Tribunale costituzionale, ritenutosi 'liberato' da norme considerate totalmente illegittime, ha seguito com'è ovvio a svolgere le proprie funzioni. Ha dunque prodotto un certo numero di decisioni, tra cui finora sei sentenze, le quali sono indicate in una pagina del sito web istituzionale e definite [«sentenze in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale o sul Monitore polacco»](#)³⁴. L'attesa rischia di essere lunga, poiché per ferrea, logica conseguenza rispetto alle sue premesse, il governo non 'può' riconoscerle come non ha riconosciuto la prima della serie, almeno finché non cambi il quadro politico in modo che non è dato prevedere. Dunque, per come è sempre funzionato finora il sistema di giustizia costituzionale in Polonia, nessuna di queste decisioni, inclusa una legge dichiarata incostituzionale, sarebbe per il momento capace di produrre alcun effetto giuridico sull'ordinamento generale. A meno di non considerare la seconda conseguenza.

La seconda conseguenza è il serio rischio che per un periodo di tempo indeterminato si formino due ordinamenti giuridici statali distinti e separati, e almeno in parte incompatibili. Nonostante quanto si è scritto sopra, infatti, gran parte del giudiziario si ritiene vincolata alle pronunce del Tribunale costituzionale. Lo hanno fatto tanto le supreme magistrature, con una delibera dell'adunanza generale dei giudici della Corte suprema del 26 aprile e il Tribunale supremo amministrativo con una delibera del giorno successivo, in cui prendono posizione nettamente a favore del Tribunale costituzionale, affermando tra l'altro che la pubblicazione delle sue decisioni sul sito istituzionale e sulla raccolta ufficiale delle pronunce del Tribunale stesso, anche se non seguite dalla pubblicazione governativa sulla Gazzetta

³⁴ Art. 190.2 Cost.: «Le sentenze del Tribunale costituzionale sulle questioni elencate nell'art. 188 sono soggette a immediata pubblicazione nella rivista ufficiale sulla quale l'atto normativo è stato pubblicato. Qualora tale atto non sia stato pubblicato, la sentenza si pubblica sul Giornale ufficiale della Repubblica polacca, "Il Monitore polacco"».

ufficiale, sono fonti sufficienti a riconoscere, se dichiarata, la fine della ‘presunzione di costituzionalità’ di una legge, e pertanto tutte le magistrature (in questo caso civili, penali, militari, amministrative) sono chiamate a tenerne conto. Le magistrature giudicanti, insomma, hanno il dovere di adattare l’ordinamento vigente alla Costituzione almeno per quanto di loro competenza. La pubblica amministrazione statale, al contrario, date le strette relazioni con il governo, continuerà a seguire gli impulsi e le direttive di quest’ultimo (ma numerosi consigli comunali, diretti da partiti all’opposizione a livello nazionale, hanno a loro volta approvato delibere con cui aderiscono alle posizioni della magistratura). Insomma potrebbe presto darsi una sorta di tempesta giuridica perfetta in cui una parte del pubblico potere considera in vigore una norma di legge e un’altra parte ritiene la stessa norma uscita dall’ordinamento. Tutto questo mentre numerose leggi sono appena entrate in vigore o sono in fase di approvazione o discussione preliminare, su temi come la sicurezza e la riservatezza su internet e sui mezzi di comunicazione, l’antiterrorismo, la funzione pubblica, il servizio pubblico radiotelevisivo, l’interruzione di gravidanza, i magistrati della pubblica accusa e tra poco anche la magistratura giudicante, il codice elettorale (forse fino a lambire persino il divieto di mandato imperativo). Sembra destino, dunque (ma non certo un paradosso), che la giustizia costituzionale sia depotenziata fino al rischio dell’irrelevanza proprio nel momento in cui ce ne sarebbe maggiore bisogno.

Sul piano politico, la situazione che può registrarsi è quella di un continuativo stallo, che a un primo sguardo, forse superficiale, potrebbe apparire di vantaggio per il solo partito di governo. Esso è pressoché isolato a sostegno delle sue posizioni ma forte della prevalenza numerica che gli consente, almeno a breve, di fare ciò che vuole. La stragrande maggioranza delle opposizioni si pone a difesa della Costituzione, pur se il principale partito – la Piattaforma civica – si è dovuto formalmente scusare con l’opinione pubblica per aver innescato la ‘miccia’ del conflitto con l’infelice norma inserita nella legge di giugno. La stessa opinione pubblica, a voler stare ai sondaggi, è a favore della Costituzione con una più che discreta maggioranza, trascinata in questo dalla formazione di un nuovo movimento di massa, il Comitato per la difesa della democrazia (KOD), ma bisogna contare anche una forte massa passiva – e dunque favorevole al potere – composta di indifferenti interessati soprattutto a percepire le nuove provvidenze sociali con cui il governo intende barattare le restrizioni di libertà.

Il partito di maggioranza ha cominciato a rendersi conto di essersi ‘infilato’ in una situazione in cui i vantaggi, derivanti dall’essersi sbarazzato di un ostacolo insopportabile, rischiano di essere controbilanciati, in maniera crescente e imprevedibile, da numerose incognite. Per questo da molte settimane sono state avviate consultazioni pubbliche tra tutti i partiti rappresentati in Parlamento, e anche con alcuni che ne sono esclusi (insieme a contatti riservati con esponenti del Tribunale costituzionale). Ma tali consultazioni non hanno dato finora nessun esito, salvo tentativi reciproci di strumentalizzazione. Circola, in modo del tutto informale, una bozza di proposta di legge, che il partito di maggioranza intende presentare come compromesso, dove sarebbero tenuti in considerazione alcuni dei rilievi formulati dal Tribunale costituzionale, ma con possibili tranelli. In questo contesto il ruolo delle opposizioni è ancora più difficile che in precedenza, perché qualunque posizione

adottino rischia di presentare controindicazioni. L'opposizione resta per ora unanime, insieme al Tribunale costituzionale, nel considerare il diritto e la Costituzione parti integranti di ogni possibile 'compromesso', e segnatamente, dunque, l'ammissione a prestare giuramento dei giudici eletti in ottobre, insieme alla pubblicazione della sentenza del 9 marzo, come condizione preliminare per ogni discussione. Ma va da sé che non è l'opposizione a poter porre condizioni.

Sullo sfondo si staglia, naturalmente, l'Europa. Dal punto di vista giuridico, una decisione della Polonia che non vada nella direzione di conformarsi ai suggerimenti contenuti nel parere della Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, n. 833/2015, è già sfociata, nel mese di gennaio, nei presupposti per attivare un primo intervento dell'Unione europea nell'ambito del *Rule of Law Framework* del 2014, che fu introdotto in seguito alle trasformazioni costituzionali e legislative in Ungheria successive al 2010. In una tappa successiva del procedimento, si potrebbe riscontrare che l'insoddisfacente adeguamento della Polonia ai dettami stabiliti o concordati in applicazione del *Framework* potrebbe a sua volta costituire la base per l'attivazione straordinaria, ai sensi dell'art. 7 TUE, di una procedura per «violazione grave e persistente dei valori» previsti dall'art. 2. Va ricordata l'estrema difficoltà procedurale per avviare una procedura in tal senso, che ne richiama la gravità. La sanzione, compresa la possibile sospensione di alcuni dei diritti di voto in seno alle istituzioni della UE, sarebbe un'onta indelebile, quand'anche infine meritata, per qualsiasi Stato membro ne faccia parte. Naturalmente, in ogni attivazione di procedura, come insegnano 'bracci preventivi' e 'correttivi' anche in altri ambiti, la prevenzione dovrebbe servire a (fare tutto il possibile per) evitare la sanzione. Ci si muove su un terreno delicatissimo, dove occorre mantenere equilibrio tra l'inalienabile dovere di protezione di alcuni principi-valori supremi e il rispetto di quote residue di sovranità e sensibilità nazionali, per quanto male intesi, pretestuosi e ingannevoli possano essere i modi in cui queste ultime vengono fatte valere, almeno in alcuni luoghi e periodi. Nel momento in cui altri e diversi rischi di cedimento strutturale si affacciano sull'Europa, occorre in questo caso esercitare un dosaggio di misure che sappiano contenere forza di persuasione e capacità di ascolto e pazienza, per scongiurare effetti controproducenti. È quello che l'Unione, volendo, può saper fare. Anche qui, ne va dell'interesse europeo.