



Ancora sull'indipendenza della magistratura e l'esecuzione dei mandati d'arresto europei. Commento alla sentenza della CGUE del 22 febbraio 2022, cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie*

Luigi Daniele e Rosita Silvestre*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Le questioni pregiudiziali. - 3. La situazione dell'ordinamento giudiziario in Polonia. - 4. Le conclusioni dell'avvocato generale Rantos. - 5. La sentenza della Corte di giustizia. - 6. Commento.

1. Il 22 febbraio 2022¹, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata su due domande di pronuncia pregiudiziale, proposte dal Rechtbank Amsterdam nell'ambito dell'esecuzione, nei Paesi Bassi, di due mandati di arresto (MAE) emessi, rispettivamente, dal Tribunale regionale di Lublino (Polonia), il 6 aprile 2021, ai fini dell'esecuzione di una pena privativa della libertà nei confronti di X, e dal Tribunale

* Rispettivamente, Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea e Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico presso l'Università di Roma “Tor Vergata”. I par. 1, 2 e 5 sono di Luigi Daniele. I par. 3 e 4 di Rosita Silvestre. Il par. 6 è frutto di entrambi gli autori.

¹ Sentenza della Corte del 22 febbraio 2022, cause riunite C-562/21 PPU e C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie*. Per un commento alla pronuncia in esame si veda: F. INGHELBRECHT, *Avoiding the Elephant in the Room Once Again: CJEU Confirms and Specifies the Application of Restrictive Two-Step Test to European Arrest Warrants from Poland*, in *verfassungsblog.de*, 25 February 2022.

regionale di Zielona Góra (Polonia), il 7 aprile 2021, ai fini dell'esercizio di un'azione penale nei confronti di Y².

Tutti i quesiti sottoposti alla Corte vertono sull'interpretazione dell'articolo 1, paragrafi 2 e 3, della decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri³, letto alla luce dell'art. 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta o CDFUE), che, come è noto, garantisce il diritto a un equo processo⁴.

In entrambi i casi di specie, il giudice del rinvio, dando per acquisita l'esistenza nello Stato emittente (Polonia) di carenze sistemiche e generalizzate riguardanti la mancata indipendenza del potere giudiziario, in particolare per quanto riguarda la nomina dei giudici, ha chiesto alla Corte chiarimenti sui criteri da utilizzare per valutare se tali carenze potessero effettivamente ripercuotersi sul caso concreto delle persone oggetto del MAE e, pertanto, giustificare il rifiuto di dare esecuzione ai MAE.

I criteri su cui il giudice del rinvio interroga la Corte sono quelli che erano stati indicati nella sentenza *Minister for Justice and Equality*⁵, e confermati dalla sentenza *Openbaar Ministerie*⁶.

² Nel caso di X, i reati per cui è stato condannato ad una pena di due anni di reclusione erano di estorsione e minaccia di violenza (punto 9). Nel caso di Y, il reato per cui si procede a suo carico è quello di frode (conclusioni dell'avvocato generale Rantos, del 16 dicembre 2021, causa C-563/21 PPU, *Openbaar Ministerie*, punto 23).

³ Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009.

⁴ L'articolo 47, comma 2, della Carta dei diritti fondamentali recita: "Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare."

⁵ Sentenza della Corte del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *Minister for Justice and Equality*. Per una disamina del test in due fasi applicato dalla Corte di giustizia nella sentenza citata si veda: W. VAN BALLEGOOIJ, P. BARD, *The CJEU in the Celmer case: One Step Forward, Two Steps Back for Upholding the Rule of Law Within the EU*, in *verfassungsblog.de*, 29 July 2018; P. BARD, J. MORJIN, *Luxembourg's Unworkable Test to Protect the Rule of Law in the EU: Decoding the Amsterdam and Karlsruhe Courts' post-LM Rulings (Part I)*, in *verfassungsblog.de*, 18 April 2020.

⁶ Sentenza della Corte del 17 dicembre 2020, causa C-354/20 PPU, *Openbaar Ministerie*. Per considerazioni a margine della sentenza si veda: T. VANDAMME, *The two-step can't be the quick step': The CJEU reaffirms its case law on the European Arrest Warrant and the rule of law backsliding*, in *European Law Blog*, 10 February 2021; per ulteriori approfondimenti sulla correlazione tra mandato d'arresto europeo

Nella prima delle sentenze citate, ispirandosi all'approccio in due fasi già individuato nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru*⁷, la Corte aveva affermato che la sola presenza di un rischio di violazione del diritto ad un giudice indipendente, rischio causato da carenze sistemiche o generalizzate comprovate da “elementi, come quelli contenuti in una proposta motivata della Commissione adottata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, TUE” (“prima fase”)⁸, non esime il giudice dell'esecuzione dal “verificare in modo concreto e preciso se, alla luce della situazione personale di tale persona, nonché della natura del reato per cui è perseguita e delle circostanze di fatto poste alla base del mandato d'arresto europeo, e tenuto conto delle informazioni fornite dallo Stato membro emittente, ai sensi dell'articolo 15, paragrafo 2, di tale decisione quadro, vi siano motivi seri e comprovati di ritenere che, in caso di consegna a quest'ultimo Stato, detta persona corra un siffatto rischio” (punto 79; disp.) (“seconda fase”).

Nella seconda sentenza, la Corte ha confermato che, perché il giudice possa rifiutare di dare esecuzione al MAE, è necessario procedere alla verifica sopra descritta *anche* in presenza di un “aggravamento” delle carenze sistemiche o generalizzate (punto 60) o

e indipendenza della magistratura in riferimento al caso menzionato, v. altresì, A. F. ADAMSKA, *Trust until it is too late! Mutual recognition of judgments and limitations of judicial independence in a Member State* in *Common Market Law Review*, 2022, p. 113 ss.

⁷ Sentenze della Corte del 5 aprile 2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*.

⁸ La Corte si riferiva alla proposta di decisione del Consiglio presentata dalla Commissione il 20 dicembre 2017, in vista dell'apertura contro la Polonia della procedura prevista dall'art. 7, par. 1, TUE, in caso di rischio di grave violazione dei valori di cui all'art. 2. Cfr. proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in Polonia, COM (2017) 835final, 20 dicembre 2017, www.eur-lex.europa.eu/le. In proposito, si confrontino le previsioni di: C. CURTI GIALDINO, *La Commissione europea dinanzi alla crisi costituzionale polacca: considerazioni sulla tutela dello stato di diritto nell'Unione*, in *federalismi.it*, 2016, p. 8 ss., nonché A. THIELE, *Art. 7 EUV im Quadrat? Zur Möglichkeit von Rechtsstaats-Verfahren gegen mehrere Mitgliedsstaaten*, in *verfassungsblog.de*, 24 July 2017. E di seguito, si vedano le considerazioni di: M. ARANCI, *La reazione dell'Unione europea alla crisi polacca: la Commissione attiva l'art. 7 TUE*, in *federalismi.it*, 18 luglio 2018, p. 2 ss.; M. MICHELOT, *The article 7: proceedings against Poland and Hungary. What concrete effects?*, in *blog Notre Europe*, 6 May 2019, www.institutdelors.eu.

di carenze “che si sono verificate successivamente” all'emissione del MAE (punto 69).

Leggendo le due sentenze, si nota come, mentre la Corte svolge ampi approfondimenti in merito agli elementi che possano far ritenere presenti le carenze sistemiche e generalizzate che comportino un rischio di violazione del diritto ad un giudice indipendente, in caso di consegna della persona oggetto del MAE (“prima fase”), le indicazioni su come il giudice dell'esecuzione debba effettuare la verifica prevista nella “seconda fase” sono più generiche. Al di là delle ripetute sottolineature che, in linea di principio, il MAE deve essere eseguito e che un rifiuto di farlo deve costituire l'eccezione, gli unici criteri che la Corte fornisce sono i seguenti: la situazione personale della persona oggetto del MAE, la natura del reato per cui è perseguita e le circostanze di fatto poste alla base del mandato d'arresto europeo.

Non meraviglia, pertanto, che, nelle cause oggetto del presente commento, il giudice del rinvio chieda maggiori lumi alla Corte.

Nella causa C-563/21 PPU, in particolare, il giudice del rinvio mette in dubbio che il controllo articolato in due fasi, sia opportuno nel caso di MAE finalizzato all'esercizio dell'azione penale, sostenendo che la verifica richiesta nella “seconda fase” sia impossibile da eseguire in casi del genere.

In entrambe le cause e quindi tanto in caso di MAE finalizzato all'esecuzione di una pena quanto in caso di MAE finalizzato all'esercizio dell'azione penale, il giudice del rinvio, sempre riferendosi alla “seconda fase” e alla verifica che in questa fase dovrebbe essere svolta, pone inoltre il problema di quale influenza debba avere, in questo contesto, il fatto che l'ordinamento polacco non preveda alcun rimedio giurisdizionale per far valere l'eventuale violazione del diritto ad un giudice indipendente o prestabilito dalla legge, tutelato dall'art. 47 della Carta.

Su entrambi questi aspetti, la sentenza contiene interessanti sviluppi, che, però, rivelano una grande cautela da parte della Corte. La Corte non intende, infatti, consentire al giudice dell'esecuzione di “saltare” la verifica oggetto della “seconda fase” di controllo nemmeno a fronte delle gravi difficoltà sollevate dal giudice del rinvio.

La sentenza va segnalata anche perché la Corte prende, per la prima volta, una posizione formale a proposito della clamorosa sentenza del 7

ottobre 2021, del Tribunale costituzionale polacco (Trybunał Konstytucyjny)⁹. Come si ricorderà, dal dispositivo di questa sentenza (l'unica parte pubblicata) si evincerebbe che, contrariamente al principio del primato, i giudici polacchi non potrebbero più disapplicare disposizioni interne considerate dalla CGUE incompatibili con il diritto UE e, in particolare, con l'art. 47 della Carta.

Benché la sentenza fosse successiva rispetto ai due rinvii pregiudiziali, la Corte non ha potuto evitare di pronunciarsi sulla sua rilevanza. Impedendo ai giudici polacchi di disapplicare norme interne che, per ipotesi, violassero l'art. 47 della Carta, la sentenza, infatti, sembrerebbe confermare che la persona ricercata, una volta consegnata in base ad un MAE, non disporrebbe di rimedi per far valere una tale violazione

Sembra, tuttavia, che la Corte, diversamente dall'avv. gen. Rantos, ritenga che le ripercussioni della sentenza sulla decisione di dare o meno esecuzione ad un MAE debbano essere valutate nel contesto della “prima fase” o non in quello della “seconda fase”. Se così fosse, la sentenza non potrebbe essere presa in considerazione per valutare se i criteri indicati nelle sentenze *Minister for Justice and Equality* e

⁹ Sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021, K 3/21, dispositivo reperibile su www.trybunal.gov.pl. Sulla pronuncia dei giudici costituzionali si è espressa con toni oppositivi la dottrina. Si veda al riguardo il contributo di G. DI FEDERICO, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE*, 13 ottobre 2021; M. L. MARKEY, *Poland's Constitutional Tribunal on the status of EU law: The Polish government got all the answers it needed from a court it controls*, in *European Law Blog*, 21 October 2021; P. BOGDANOWICZ, *La sentenza della Corte costituzionale nella causa K 3/21 non ha effetti giuridici ed è una flagrante violazione del diritto dell'UE*, Osservatorio costituzionale, 1 Novembre 2021, www.monitorkonstytucyjny.eu. È nella sentenza del 14 luglio 2021 (P 7/20) che i giudici costituzionali polacchi hanno dichiarato per la prima volta che i giudizi della Corte di giustizia sono *ultra vires*, riferendosi in specie all'ordinanza C-791/19 R (citata di seguito), con la quale il giudice europeo ha ordinato la sospensione della legge istitutiva del nuovo regime disciplinare per i giudici polacchi. Sul punto, si veda l'analisi di: A. CIRCOLO, *Ultra vires e Rule of Law: a proposito della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco sul regime disciplinare dei giudici*, in *I Post di AISDUE*, 15 luglio 2021, disponibile su: www.aisdue.eu. Inoltre, il 24 novembre 2021 con un'ulteriore pronuncia K 6/21, in risposta a Corte EDU del 7 maggio 2021, ric. n. 4907/18, *Xero Flor vs Poland*, il Tribunale costituzionale ha affermato che la sentenza della Corte di Strasburgo non è vincolante in quanto pronunciata *ultra vires*. A tal riguardo, si veda, E. LETOWSKA, *The Honest (though Embarrassing) Coming-out of the Polish Constitutional Tribunal*, in *verfassungsblog.de*, 29 November 2021.

Openbaar Ministerie, ai fini della “seconda fase”, siano sufficienti per rifiutare l'esecuzione del MAE.

I descritti profili, come si è visto, non erano stati affrontati in precedenza. Pertanto, il commento che segue si concentrerà su di essi. Non sarà invece esaminata la questione della portata del diritto ad un giudice indipendente o precostituito per legge, relativamente alla quale gli sviluppi contenuti nella sentenza riprendono, per lo più, idee già esposte nella giurisprudenza precedente a proposito dell'art. 47 della Carta¹⁰.

2. Nella causa riguardante X, il giudice del rinvio è chiamato a dare esecuzione ad un MAE relativo all'esecuzione di una pena, in presenza di carenze sistemiche o generalizzate che mettono a rischio il rispetto del diritto ad un giudice indipendente o precostituito per legge, risultanti da numerosi elementi pertinenti (“prima fase”).

Con un'unica questione pregiudiziale, il giudice si chiede se, ai fini della verifica richiesta dalla “seconda fase”, possa essere determinante il fatto che, nell'ordinamento dello Stato emittente (la Polonia), non sia “disponibile alcun ricorso avverso un'eventuale violazione di detto diritto” (punto 22).

Secondo il giudice del rinvio, il rischio che il diritto al giudice indipendente e all'equo processo sia violato sarebbe collegato alla *ustawa o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw* (legge recante modifiche della legge sul Consiglio nazionale della magistratura e di talune altre leggi), dell'8

¹⁰ Sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare sul nesso tra l'articolo 2 TUE e l'art. 47 CDFUE, cfr. sentenza della Corte del 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *ASJP*, e sentenza della Corte del 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblica*. Sul tema si vedano i contributi di: M. PARODI, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *Europeanpapers.eu*, n. 3, 2018; A. FESTA, *Indipendenza della magistratura e non-regressione nella garanzia dei valori comuni europei. Dal caso Repubblica alla sentenza K 3/21 del Tribunale costituzionale polacco*, in *Freedom Security and Justice*, n. 3, 2021, nonché N. LAZZERINI, *Inapplicabile, ma comunque rilevante? La Carta dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia sull'indipendenza dei giudici nazionali*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione Europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 171 ss.

dicembre 2017 e “al ruolo affidato alla Krajowa Rada Sądownictwa (Consiglio nazionale della magistratura, Polonia) (in prosieguo: la «KRS») nella nomina dei membri del potere giudiziario in Polonia” (punto 14).

Essendo la Krajowa Rada Sądownictwa (KRS) “direttamente soggetta alle autorità politiche a partire dall’entrata in vigore della legge dell’8 dicembre 2017” e quindi non “un organo indipendente”, ne consegue che, qualora un collegio giudicante “comprend[esse] una persona nominata in qualità di giudice su proposta della KRS”, ciò comporterebbe, “nelle circostanze del caso di specie, una violazione delle garanzie d’indipendenza e d’imparzialità, ai sensi della Costituzione polacca, dell’articolo 47 della Carta e dell’articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»)” (punto 15)¹¹.

D’altra parte, l’entrata in vigore della ustawa o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, ustawy o Sądzie Najwyższym oraz niektórych innych ustaw (legge che modifica la legge relativa all’organizzazione dei tribunali ordinari, la legge sulla Corte suprema e talune altre leggi), del 20 dicembre 2019, avrebbe l’effetto per cui “non sarebbe consentito ai giudici polacchi esaminare questioni” relative al rispetto del diritto ad un giudice indipendente e all’equo processo (punto 19).

Come si è visto, l’unica questione pregiudiziale riguarda il se tale carenza di rimedi giurisdizionali, data, apparentemente, per certa, possa giustificare il rifiuto di eseguire il MAE emesso da un’autorità giurisdizionale polacca.

Nella causa riguardante il soggetto Y, invece, il MAE è finalizzato all’esercizio dell’azione penale. Il giudice del rinvio pone tre questioni pregiudiziali.

Nella prima, viene chiesto alla Corte se, in questo specifico caso, i criteri indicati nei precedenti *Minister for Justice and Equality* e *Openbaar Ministerie* cit. “debbono del pari essere applicati nel contesto

¹¹ Il giudice del rinvio fa riferimento ad una risoluzione adottata dal Sąd Najwyższy (Corte suprema, Polonia), del 23 gennaio 2020, e alla sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia* (Regime disciplinare dei giudici), punti 108 e 110.

dell'esecuzione di un mandato d'arresto europeo ai fini dell'esercizio di un'azione penale" (punto 29).

In realtà, in presenza delle note carenze sistemiche o generalizzate ("prima fase") e non essendo possibile sapere, al momento dell'esecuzione del MAE, come sarà composto il collegio giudicante che giudicherà Y in caso di consegna, l'interessato non può sapere se il suo diritto ad un giudice indipendente e prestabilito per legge sarà rispettato. Pertanto, la "seconda fase" del controllo potrebbe essere impossibile.

Il giudice del rinvio ritiene infatti che sussista "un rischio reale che uno o più giudici nominati su proposta della KRS dopo l'entrata in vigore della legge dell'8 dicembre 2017, di cui al punto 14 della presente sentenza, siano chiamati a conoscere della causa penale dell'interessato, qualora fosse autorizzata la consegna di quest'ultimo alla Repubblica di Polonia ai fini dell'esercizio di un'azione penale" (punto 27).

Infatti, "contrariamente a una persona la cui consegna è richiesta ai fini dell'esecuzione di una pena", la persona oggetto di un MAE finalizzato all'esercizio dell'azione penale "si trova nell'impossibilità materiale di far valere, a titolo individuale, le irregolarità intervenute al momento della nomina di uno o più giudici che saranno chiamati a conoscere della sua causa penale". L'impossibilità deriverebbe dal fatto che tale persona "non può indicare dinanzi all'autorità giudiziaria dell'esecuzione, a causa delle modalità di attribuzione aleatorie delle cause all'interno degli organi giurisdizionali polacchi, la composizione del collegio giudicante che sarà chiamato a conoscere della sua causa penale dopo la sua consegna" (punto 28).

Considerate le particolari difficoltà in cui si trova una persona interessata ad un MAE per l'esercizio dell'azione penale, il giudice del rinvio si domanda:

a) se i criteri stabiliti nelle sentenze *Minister for Justice and Equality* e *Openbaar Ministerie* cit. "si applichino nell'ambito della valutazione della questione se, in caso di consegna, la persona interessata corra un rischio effettivo di violazione del suo diritto fondamentale a un giudice precostituito per legge" e

b) "qualora così fosse, come siffatti criteri vadano applicati" (punto 30).

Le altre due questioni ruotano intorno al fatto che, l'ordinamento dello Stato emittente (Polonia) non prevede "un ricorso giurisdizionale effettivo per contestare la validità della nomina di giudici" (punto 31).

Infatti, "stante l'entrata in vigore, il 14 febbraio 2020, della legge del 20 dicembre 2019, di cui al punto 19 della presente sentenza, tale persona non potrebbe contestare in modo effettivo, dopo la sua consegna alla Repubblica di Polonia, la validità della nomina di un giudice o la legittimità dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali di quest'ultimo" (punto 28).

3. Prima di approfondire le risposte che l'avv. gen. Rantos e poi la Corte hanno dato alle questioni pregiudiziali del giudice del rinvio, giova ricordare brevemente la situazione dell'ordinamento giudiziario in Polonia, nel cui contesto le questioni si inquadrano¹².

Come è noto, con alcune recenti riforme riguardanti tutti gli aspetti dell'ordinamento giudiziario polacco, il governo in carica e il Parlamento, dallo stesso controllato, hanno inteso ridurre l'indipendenza del potere giudiziario, conferendo al Presidente della Repubblica, al Ministro delle Giustizia e ad altri organi largamente dipendenti dal volere governativo, ampi poteri sulla carriera dei giudici, dalla loro nomina alla loro permanenza in servizio oltre una certa età, dalla loro promozione al regime disciplinare nei loro confronti.

Tale pacchetto di riforme è stato giudicato tale da mettere a repentaglio l'indipendenza dei giudici. Ciò comporterebbe la violazione, tra l'altro, dell'art. 19, par. 1, comma 2, TUE, letto alla luce dell'art. 47 della CDFUE, e dello stesso principio dello Stato di diritto,

¹² Le riforme cui ci si riferisce in questa sede sono quelle del 2018, relative agli organi giurisdizionali costituzionali e ordinari, in particolare, alla ustawa o Sądzie Najwyższym (Corte Suprema), alla Krajowa Rada Sądownictwa (Consiglio nazionale della magistratura, Polonia; in prosieguo: la "KRS") e al pubblico ministero. Sull'argomento si veda il rilievo di S. MORETTI, *La riforma del sistema giudiziario polacco e le risposte del Consiglio d'Europa: un quadro dal 2015 ad oggi*, in *Questione giustizia-Osservatorio internazionale*, 15 maggio 2021. Sull'originaria riforma del 2017, si confrontino le analisi di: P. DI MARZO, *Polonia: magistratura e Corte suprema nel mirino del governo*, in *East Journal*, 16 marzo 2017; P. PACULA, *Poland's 'July coup' and what it means for the judiciary*, in *euobserver.com*, 19 July 2017. Sulle menzionate riforme e in prosieguo si veda, altresì: P. DI MARZO, *Polonia: nuove riforme per la giustizia, nuovo allarme per lo Stato di diritto*, in *East Journal*, 11 dicembre 2017.

che costituisce uno dei valori su cui l'Unione è fondata, ai sensi dell'art. 2 TUE.

La Commissione si è mossa su due piani diversi. Su quello politico-istituzionale, si inquadra la già citata proposta del 20 dicembre 2017 di avviare la procedura di cui all'art. 7, paragrafo 1, TUE, in relazione al rischio di grave violazione del principio dello Stato di diritto provocato dalle riforme del sistema giudiziario in Polonia. Nello stesso ambito, va segnalata, più recentemente, l'attivazione, nei confronti della Polonia, del regime generale di condizionalità previsto dal regolamento 2020/2092¹³, motivato da analoghe contestazioni, con la conseguente sospensione dei pagamenti previsti dal Next Generation EU¹⁴.

Sul piano giurisdizionale, la Commissione ha portato le proprie contestazioni dinanzi alla Corte di giustizia, avviando alcune procedure d'infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE, per ottenere l'accertamento dell'inadempimento della Polonia degli obblighi su di essa incombenti in forza del diritto dell'Unione e, in particolare, dell'art. 19, cit.

La Corte ha accolto in gran parte, tali ricorsi, con conseguente obbligo della Polonia di modificare o ritirare le riforme¹⁵. In alcuni casi,

¹³ Si veda la raccomandazione rivolta alla Polonia, n. 2018/103, del 20 dicembre 2017.

¹⁴ Regolamento (UE) 2020/2092 del Parlamento e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Sulla questione, si rilevi, altresì, la risoluzione del Parlamento europeo, del 21 ottobre 2021, sulla crisi dello Stato di diritto in Polonia e sullo Stato di diritto dell'UE, (2021/2935 (RSP), consultabile su europarl.europa.eu. Inoltre, il 16 febbraio 2022 la Corte di giustizia UE in seduta plenaria ha respinto il ricorso d'annullamento promosso da Polonia e Ungheria l'11 marzo 2021 contro il meccanismo di condizionalità, che sospende l'uso delle risorse del *Next Generation EU* nei confronti degli Stati membri che violano i principi dello Stato di diritto. In proposito, si veda le sentenze della Corte del 16 febbraio 2022, causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, e del 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*. Si vedano i rilievi sugli strumenti utili a tutela dello Stato di diritto di N. KIRST, *Rule of law conditionality: the long-awaited step towards a solution of the rule of law crisis in the European Union?*, in *europeanpapers.eu*, 2021, p. 101 ss.; F. CASOLARI, *Lo Stato di diritto preso sul serio*, in P. MANZINI, M. VELLANO, (a cura di), *Unione europea 2020*, Milano, 2021; B. NASCIBENE, *Il rispetto della rule of law e lo strumento finanziario. La "condizionalità"*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2021.

¹⁵ Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia* (Indipendenza della Corte suprema); sentenza della Corte del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia* (Indipendenza degli organi giurisdizionali ordinari); sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia* (Regime disciplinare dei giudici). È attualmente pendente un quarto procedimento per inadempimento nei confronti della Repubblica di Polonia riguardante il nuovo regime disciplinare (causa C-204/21), su cui già sono state

ancor prima di pronunciarsi sul merito, ha ordinato¹⁶, in sede cautelare, la sospensione dell'applicazione dei profili contestati. In un caso recente, a fronte del mancato seguito dato alla prima ordinanza, ne è stata emessa una seconda, in cui è stata imposta alla Polonia una penalità di mora di misura, crescente in funzione del ritardo¹⁷.

D'altra parte, numerosi giudici polacchi hanno rivolto alla Corte di giustizia questioni pregiudiziali sulla compatibilità con il diritto dell'Unione delle modifiche introdotte dal legislatore polacco¹⁸. Sebbene in misura minore, anche tali questioni hanno ricevuto risposta affermativa da parte della Corte, la quale ha, per di più, indicato che, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, i profili delle riforme del sistema giudiziario polacco riconosciuti incompatibili, in particolare, con l'art. 19, par. 1, secondo comma, cit. vanno disapplicate direttamente dai giudici¹⁹.

emesse due ordinanze di provvedimenti provvisori, rispettivamente il 14 luglio 2021 e il 27 ottobre 2021. Per una disamina completa della giurisprudenza della Corte di giustizia sullo Stato di diritto e sulle garanzie al rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, si vedano: M. ARANCI, *I recenti interventi della Corte di giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *europeanpapers.eu*, n. 1, 2019; L. PECH, D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgments since the Portuguese Judges Case*, in *SIEPS Report Stockholm, 2021*, disponibile su www.ssrn.com/abstract=3850308.

¹⁶ Ordinanze cautelari del 15 novembre 2018, causa C-619/18 R, *Commissione c. Polonia*; dell'8 aprile 2020, causa C-791/19 R; del 14 luglio 2021, causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*.

¹⁷ Sull'imposizione di una penalità di mora per inottemperanza all'ordinanza del 14 luglio 2021, v. ordinanza della Corte del 27 ottobre 2021, causa C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*. A tal proposito, si legga l'opinione espressa sul blog del Brexit Institute da R. UITZ, *Commission v. Poland (C-204/21 R): Pulverizing the Primacy of EU Law*, dcubrexitinstitute.eu. Inoltre, si veda: M. LANOTTE, *La tutela cautelare della Corte di Giustizia per lo Stato di diritto in Polonia*, in eublog.eu, 24 dicembre 2021 e C. BURELLI, *La condanna della Polonia al pagamento di un milione di euro al giorno: troppo o troppo poco?*, in eublog.eu, 17 gennaio 2022.

¹⁸ Sentenze della Corte del 19 novembre 2019, cause C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a.* (Indipendenza della sezione disciplinare della Corte suprema); del 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz, Prokurator Generalny*; del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a.* (Nomina dei giudici della Corte suprema – Ricorsi); del 6 ottobre 2021, causa C-487/19, *W.Ż.* (sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte Suprema – Nomina); del 16 novembre 2021, causa C-748/19, *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckie e a.*

¹⁹ Cfr. in particolare, sentenza *A.B. e a.*, cit., punti 165 e 166 e sentenza *WZ*, cit., punto 131.

Ciò ha esacerbato il clima, al punto che, su ricorso dello stesso Governo, il Tribunale costituzionale polacco (Trybunał Konstytucyjny), ha emesso la clamorosa e già richiamata sentenza del 7 ottobre 2021, con cui ha dichiarato l'incostituzionalità dello stesso TUE, nella misura in cui autorizza i giudici ordinari a disapplicare le disposizioni legislative in questione. L'effetto della sentenza del Tribunale è di impedire che i giudici, disapplicando le disposizioni, possano assicurare protezione al diritto ad un giudice indipendente come tutelato dall'art. 47 della Carta.

4. Nelle sue conclusioni, l'avvocato generale Rantos, in un primo momento, sembra ben distinguere il caso dell'esecuzione di un MAE ai fini dell'esecuzione di una pena da quello dell'esecuzione di un MAE ai fini dell'esercizio dell'azione penale e i problemi che si pongono nel primo caso rispetto a quelli che sorgono nel secondo (punto 31).

Successivamente, però, affronta il problema delle possibili ripercussioni sul caso concreto delle persone interessate delle irregolarità della nomina dei giudici, nonché della assenza di un rimedio giurisdizionale per contestare le suddette irregolarità, in maniera congiunta, come se si trattasse di casi, se non identici, del tutto simili.

L'avv. gen. Rantos, infatti, pone sullo stesso piano il caso in cui l'esistenza di irregolarità nella nomina dei giudici che intervengono sul caso oggetto del MAE sia accertata, e quello in cui ci sia soltanto un rischio reale che una tale irregolarità si verifichi in futuro (punto 58).

In realtà, di tali due situazioni, la prima corrisponde al caso di X, in cui il MAE è finalizzato all'esecuzione di una pena *già* comminata da un determinato collegio giudicante. In questa situazione è senz'altro possibile accertare con certezza se uno o più componenti di tale collegio era stato nominato dal KRS, cioè irregolarmente.

La seconda situazione, invece, è quella di Y, in cui il MAE è finalizzato all'esercizio dell'azione penale, in relazione alla quale la composizione del collegio giudicante è ignota al momento di decidere se eseguire o meno il MAE. È dunque impossibile accertare, *in quel momento*, se uno o più componenti del collegio sarà nominato dal KRS e dunque irregolarmente.

Partendo da questa assimilazione tra le due situazioni, l'avvocato generale sostiene che, in entrambe, il "mero dubbio" che l'irregolarità

nella nomina del collegio giudicante si possa ripercuotere “sui procedimenti nazionali stessi, definiti o futuri, nei confronti della persona ricercata, pur incitando detta autorità a dar prova di maggiore vigilanza nella valutazione delle circostanze relative all’emissione del MAE, non può esentare la medesima autorità dall’esame dei criteri pertinenti” (punto 59).

Secondo l’avv. gen. Rantos, dal momento che le carenze del sistema giudiziario polacco riguardano “l’ingerenza del potere esecutivo nell’esercizio del potere giudiziario, la questione è stabilire se tale ingerenza sia in grado di incidere sulla trattazione delle cause riguardanti le persone ricercate” (punto 61).

Sul punto, l’avvocato generale si sforza di fornire numerose indicazioni. Il giudice dell’esecuzione:

a) dovrà “valutare se la situazione personale delle persone ricercate possa comportare un rischio che esse siano giudicate sulla base di elementi diversi da quelli rilevanti ai fini dell’esame della loro condotta asseritamente illecita, quali l’eventuale partecipazione di tali persone alla vita politica o la loro appartenenza ad una categoria, a una minoranza o ceto sociale particolarmente esposti alle ingerenze del potere esecutivo, tenuto conto delle politiche attuate da quest’ultimo”;

b) “sarà tenuto a verificare se la natura dei reati per i quali dette persone sono perseguite possa comportare il rischio che queste stesse persone non siano giudicate in modo indipendente”;

c) “dovrà valutare se tale rischio possa derivare dalle circostanze di fatto alla base del MAE, tenendo conto di eventuali dichiarazioni da parte delle autorità pubbliche che potrebbero interferire con il trattamento riservato a un singolo caso” (punto 63).

Altro elemento di cui il giudice dell’esecuzione dovrà tenere conto è “se la legislazione dello Stato membro emittente garantisca alle persone ricercate un ricorso giurisdizionale effettivo che consenta di far valere l’eventuale irregolarità nella nomina del giudice o dei giudici interessati” (punto 64).

Infine, l’avvocato generale afferma che spetta “alla persona ricercata fornire al giudice del rinvio gli elementi dai quali risulti *prima facie* il rischio che, alla luce dei criteri menzionati al paragrafo 63 delle presenti conclusioni, il processo cui è sottoposto possa essere giudicato

in modo non indipendente”. In particolare, dovrà “fornire elementi da cui risulti che i giudici coinvolti o probabilmente coinvolti nel processo cui è sottoposta fanno parte dei giudici nominati ai sensi delle riforme controverse o che la stessa autorità giudiziaria emittente non è indipendente dal potere esecutivo e, dall’altro, fornire le ragioni per le quali ritiene che una siffatta situazione possa avere ripercussioni negative sul proprio processo” (punto 65).

Prima di concludere, l’avv. gen. Rantos ritiene necessario prendere in considerazione le conseguenze che la già citata pronuncia del Tribunale costituzionale polacco potrebbe avere sui giudizi principali, pur puntualizzando che la pronuncia è successiva ai due rinvii pregiudiziali (punto 66).

Da un lato, invoca “estrema cautela” e ricorda che, se la conseguenza di tale pronuncia fosse che non sia più possibile dare esecuzione ai MAE emessi dai giudici polacchi, questo “comporterebbe l’impunità per numerosi reati” (punto 69) e rimetterebbe “in discussione il principio del riconoscimento reciproco e la cooperazione giudiziaria tra i giudici degli Stati membri nonché tra questi ultimi e la Corte, che costituiscono il fondamento del sistema del MAE” (punto 70).

Dall’altro, ammette che “per quanto riguarda i procedimenti principali, detta sentenza potrebbe comportare, in particolare, l’impossibilità di porre rimedio, attraverso l’applicazione dei principi del primato e l’applicazione diretta del diritto dell’Unione, alla mancanza nella legislazione nazionale di un ricorso giurisdizionale effettivo che consenta di tutelare gli individui, ivi comprese le persone consegnate, da eventuali violazioni del loro diritto a un processo equo” (punto 71).

In conclusione, l’avv. gen. Rantos sostiene che le affermazioni contenute nella sentenza del Tribunale costituzionale “potrebbero svolgere un ruolo non già in assoluto, bensì in sede di analisi dei rischi concreti, per le persone ricercate”, nella misura in cui “tale sentenza impedisce di porre rimedio all’assenza di un mezzo di ricorso (ricusazione, impugnazione, ecc.) che consenta di contestare la nomina irregolare dei giudici coinvolti nei procedimenti ai quali esse saranno sottoposte, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, qualora tali persone forniscano elementi al riguardo” (punto 72).

5. La Corte decide di affrontare congiuntamente le quattro questioni pregiudiziali. Questa scelta comporta che, pur cominciando il loro esame, distinguendo bene il caso di MAE finalizzato all'esecuzione di una pena da quello di un MAE finalizzato all'esercizio dell'azione penale (punto 39), gran parte della sua argomentazione prescinde da questa distinzione.

Infatti, al punto 54, la Corte individua il focus intorno al quale ruotano i dubbi del giudice di rinvio, senza accennare affatto alla differenza tra MAE e MAE. Secondo la Corte il giudice del rinvio “si chiede, in sostanza, se tale esame in due fasi” sancito nelle sentenze *Minister for Justice and Equality* e *Openbaar Ministerie* cit. in relazione “alle garanzie di indipendenza e di imparzialità insite nel diritto fondamentale a un equo processo sancito dall'articolo 47, secondo comma, sia applicabile nell'ipotesi in cui sia in discussione la garanzia, del pari insita in suddetto diritto fondamentale, relativa ad un giudice precostituito per legge e, se del caso, quali siano le condizioni e le modalità d'applicazione di siffatto esame a tale riguardo”. In altri termini, i dubbi del giudice del rinvio riguarderebbero soltanto la possibilità di trasporre l'esame in due fasi *ad entrambi i casi* oggetto dei giudizi principali.

Messo il quesito in questi termini, la risposta della Corte è affermativa.

Riconosciuto che la garanzia di essere giudicato da un giudice precostituito per legge rientra nel diritto all'equo processo protetto dall'art. 47 della Carta e riguarda anche la correttezza della procedura di nomina dei giudici (punti 57 e 58), la Corte esclude, nondimeno, che sia lecito rifiutarsi di dare esecuzione al MAE “per il solo motivo” che “un organo come la KRS, che è composto in maniera preponderante da membri che rappresentano i poteri legislativo o esecutivo o da questi scelti, partecipi alla nomina o all'evoluzione di carriera dei membri del potere giudiziario nello Stato membro emittente” (punto 59 che richiama il punto 54). Secondo la Corte, è, invece, necessario, “procedere all'esame in due fasi” (punto 66).

Nemmeno trattando della “prima fase” (carenze sistemiche e generalizzate), la Corte distingue i due tipi di MAE.

Da un lato, giudica che la circostanza “che un organo, come un consiglio nazionale della magistratura, coinvolto nel processo di designazione dei giudici sia, in maniera preponderante, composto da membri scelti dal potere legislativo non può, di per sé sola, indurre a dubitare dell'indipendenza dei giudici nominati al termine di tale processo”²⁰. Dall'altro, tuttavia, secondo la Corte, “la situazione può essere diversa qualora detta medesima circostanza combinata ad altri elementi pertinenti e alle condizioni in cui simili scelte sono state effettuate inducano a generare siffatti dubbi” (punto 75).

Nella specie, a giudizio della Corte, numerosi elementi pertinenti in questo senso sono presenti (punti 77-80). Tra questi²¹, la Corte cita “una giurisprudenza costituzionale dello Stato membro emittente, che rimette in discussione il primato del diritto dell'Unione e il carattere vincolante della CEDU, al pari dell'efficacia vincolante delle sentenze della Corte e di quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo relative alla conformità al diritto in parola e a detta Convenzione di norme di tale Stato membro relative all'organizzazione del suo sistema giurisdizionale, segnatamente alla nomina dei giudici” (punto 80).

Anche passando alla “seconda fase”, invece, la Corte *inizialmente* continua a mettere sullo stesso piano i due tipi di MAE.

Seguendo l'impostazione dell'avvocato generale, la Corte afferma che “[s]petta alla persona oggetto di un mandato d'arresto europeo fornire elementi concreti che facciano pensare, nel caso di una procedura di consegna ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, che le carenze sistemiche o generalizzate del sistema giurisdizionale dello Stato membro emittente abbiano avuto un'incidenza concreta sulla trattazione della sua causa penale e, nel caso di un procedimento di consegna ai fini dell'esercizio di un'azione penale, che suddette carenze possono avere una simile incidenza” (punto 83).

²⁰ La Corte richiama in tal senso, la sentenza del 9 luglio 2020, causa C-272/19, *Land Hessen*, punti 55 e 56.

²¹ La Corte si riferisce alla risoluzione del Sąd Najwyższy (Corte suprema), del 23 gennaio 2020, citata anche dal giudice del rinvio, alla propria giurisprudenza, in particolare sentenza *A.K. e a.*, cit.; sentenza *A.B. e a.*, cit.; sentenza *Commissione c. Polonia*, cit.; e sentenza *W.Ż.*, cit., nonché alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, segnatamente sentenza del 22 luglio 2021, ric. n. 43447/19, *Reczkowicz c. Polonia*.

Tuttavia, fortunatamente, la Corte attenua la portata dell'onere probatorio a carico dell'interessato, affermando che, qualora questi non sia riuscito a fornire sufficienti elementi del tipo richiesto, il giudice dell'esecuzione "deve, in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, della decisione quadro, chiedere all'autorità giudiziaria emittente di fornire con urgenza qualsiasi informazione complementare che le appaia necessaria" e, d'altra parte, "qualsiasi comportamento che attesti l'assenza di leale cooperazione da parte dell'autorità giudiziaria emittente può essere considerato dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione come un elemento pertinente" ai fini di rifiutare l'esecuzione del MAE (punti 84 e 85).

A partire da questo punto, la Corte torna alla distinzione tra i due tipi di MAE.

Cominciando da quello finalizzato all'esecuzione della pena, la Corte richiede che la persona ricercata fornisca, in particolare, elementi sulla composizione del collegio giudicante, "che si è trovato ad essere investito della causa penale in discussione, cosicché uno o più giudici del suddetto collegio non avrebbero offerto le garanzie d'indipendenza e imparzialità richieste ai sensi del diritto dell'Unione" (punto 86). Non basterà, tuttavia, dimostrare che uno o più dei componenti del collegio siano stati nominati da un organo come il KRS, ma occorrerà addurre "elementi relativi, segnatamente, alla procedura di nomina del giudice o dei giudici interessati e all'eventuale distacco di questi ultimi, sulla base dei quali l'autorità giudiziaria dell'esecuzione fosse in grado di constatare, nelle circostanze del caso di specie, che sussistono seri e comprovati motivi di ritenere che la composizione di siffatto collegio giudicante sia stata tale da pregiudicare il diritto fondamentale della persona in parola ad un equo processo dinanzi a un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge, sancito all'articolo 47, secondo comma, della Carta, nel corso del procedimento penale a carico della persona di cui trattasi" (punto 88).

La Corte allude al caso in cui sia dimostrato che il Ministero della Giustizia abbia inserito nel collegio un componente senza seguire criteri definiti in anticipo o in base ad una decisione non motivata (punto 89). Ritiene inoltre rilevante capire se la persona ricercata dispone di un diritto di riconsunzione di un giudice "per motivi attinenti ad una

violazione del suo diritto fondamentale a un equo processo” e quale esito sia stato riservato a eventuali istanze di questo tipo (punto 90).

Infine, la Corte sostiene che l'affermazione del giudice del rinvio, secondo la quale, dopo la legge del 20 dicembre 2019, non sarebbe più possibile contestare in modo effettivo la validità della nomina di un giudice o la legittimità dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali del medesimo, non risulta confermata da elementi presenti nel fascicolo ed è contestata dal Governo polacco (punti 91 e 92).

Passando, infine, al caso di un MAE finalizzato *all'esercizio dell'azione penale*, la Corte, pur ammettendo che la persona ricercata non sarebbe a conoscenza della composizione del collegio giudicante prima della consegna in esecuzione del MAE, esclude che questa circostanza possa “bastare, di per sé sola, a rifiutare detta consegna” (punto 94).

Tale soluzione viene giustificata perché priverebbe la “seconda fase” di “qualsiasi effetto utile”, contraddirebbe la finalità della decisione quadro e metterebbe a repentaglio la reciproca fiducia tra gli Stati membri su cui la decisione quadro è basata (punto 95).

La Corte ritiene, invece, che il giudice dell'esecuzione, pur tenendo conto del ruolo che uno organo come il KRS svolge nella procedura di nomina dei giudici, non potrebbe comunque “esimersi da una valutazione complessiva delle circostanze del caso di specie volta a verificare, sulla base degli elementi forniti da detta persona e completati, eventualmente, dalle informazioni fornite dall'autorità giudiziaria emittente, se sussista, in caso di consegna, un rischio reale di violazione del diritto fondamentale ad un equo processo dinanzi a un giudice precostituito per legge” (punto 96). In questo contesto, possono rilevare anche “dichiarazioni rese da autorità pubbliche che potrebbero incidere nel caso concreto di cui trattasi” (punto 96).

La possibilità per la persona di presentare un'istanza di ricasazione di uno o più giudici per motivi legati al mancato rispetto dell'art. 47 va anche considerata. Il fatto che una tale istanza non potrebbe essere formulata se non dopo la consegna in esecuzione del MAE è, secondo la Corte, addirittura irrilevante (punti 99 e 100).

6. La complessa ed estremamente lunga sentenza in commento conferma le difficoltà insite nell'insistenza, da parte della Corte, della

necessità di articolare in due fasi il giudizio circa il rifiuto di dare esecuzione ad un MAE²². Si tratta di due fasi da seguire in ordine cronologico e applicando, in teoria, criteri del tutto distinti.

Una prima difficoltà deriva dal fatto che, spesso, è impossibile o arbitrario distinguere gli elementi che, nel contesto della “prima fase”, provano l’esistenza di carenze sistemiche e generalizzate che, a loro volta, rischiano di tradursi nella violazione del diritto fondamentale in questione, rispetto agli elementi che devono essere presi in considerazione, nella “seconda fase”, al fine di provare un rischio concreto nel caso individuale dell’interessato.

Ad esempio, la sentenza del Tribunale costituzionale polacco, più volte citata, può essere vista tanto come un elemento rilevante nella “prima fase”, per rafforzare la prova dell’esistenza di carenze sistemiche e generalizzate, come sembra ritenere la Corte (punto 80), quanto come un indizio che esiste un rischio *concreto* per l’interessato, una volta avvenuta la consegna, come suggerisce l’avvocato generale (punti 70-72).

Una seconda e ancora maggiore difficoltà di attenersi alla verifica in due fasi, si avverte quando si tratta di rifiuto motivato del rischio che, in caso di consegna, sia violato il diritto dell’interessato ad un giudice indipendente o a un processo equo, come richiede l’art. 47 della Carta,

²² Sulle criticità dell’applicazione del doppio livello di tutela nel procedimento di esecuzione di un mandato d’arresto europeo già evidenziate da G. REPETTO, *Ancora su mandato d’arresto e diritti fondamentali di fronte alla Corte di Giustizia: il caso Aranyosi*, in *Diritti Comparati*, 2016, p. 1 ss., si veda l’analisi condotta da L. PECH, P. WACHOWIEC, *1095 Days Later: From Bad to Worse Regarding the Rule of Law in Poland (Part II)*, in *verfassungsblog.de*, 17 January 2019, e da A. FALCONE, *Indipendenza del pubblico ministero e cooperazione internazionale in materia penale nello scenario giuridico europeo*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2021, p. 76. Sul rapporto tra giurisdizioni relativamente alla definizione di standards di tutela rilevanti in tema di mandato d’arresto e sulla funzione di garanzia dei giudici nazionali, si confrontino i recenti sviluppi della giurisprudenza su cui si sono espressi ad esempio: L. LIONELLO, *Nuovi sviluppi per il test Aranyosi e Căldăraru ed il rapporto tra giurisdizioni: il caso Dorobantu*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2020, p. 118; E. HOLMØYVIK, *No Surrender to Poland: A Norwegian court suggests surrender to Poland under the EAW should be suspended in general*, in *verfassungsblog.de*, 2 November 2021. Sulla necessità di allentare i limiti all’esecuzione del MAE, un’opinione contraria è stata espressa da A. STIRONE, *Considerazioni a margine di un mandato di arresto europeo*, in *Giurisprudenza penale*, n. 3, 2022.

in particolare per quanto riguarda la nomina dei giudici che hanno partecipato al giudizio a carico dell'interessato, o vi parteciperanno.

In realtà, dopo che ripetute sentenze della stessa Corte di giustizia hanno statuito che l'ordinamento giudiziario polacco, come recentemente riformato, mette a rischio, *di per sé*, l'indipendenza dei giudici in quel Paese, in violazione del valore dello Stato di diritto, di cui all'art. 2 TUE, e del diritto ad un rimedio giurisdizionale ai sensi dell'art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, letto alla luce dell'art. 47 della Carta, è difficile negare che la consegna di una persona ricercata in seguito all'emissione di un MAE da parte di giudici polacchi, non metta a rischio che la persona stessa, che sia stata già condannata ad una pena detentiva o debba ancora subire un processo penale, sia stata giudicata o lo sarà, dopo la consegna, da un giudice non indipendente, con conseguente violazione del diritto all'equo processo. Tantopiù che, come il giudice del rinvio attesta, tale persona non avrebbe la possibilità di proporre alcun rimedio giurisdizionale per far valere tale violazione.

Una terza difficoltà riguarda in particolare l'esecuzione di un MAE finalizzato all'esercizio dell'azione penale, situazione che si presentava nel caso di Y. Come tanto il giudice del rinvio quanto l'avv. gen. Rantos riconoscono, trattandosi della consegna di un soggetto che *solo dopo* verrà sottoposto a giudizio, al momento di decidere se concedere o meno la consegna, il giudice dell'esecuzione non può conoscere la composizione del collegio giudicante in primo grado, né quello che deciderà sull'appello o sul ricorso per cassazione. Pertanto, è impossibile sapere se a tali giudizi parteciperanno giudici designati dal KRS, la cui indipendenza è dubbia, se non assente.

Questi sono stati i dubbi che hanno indotto il Rechtbank Amsterdam ad effettuare un duplice rinvio pregiudiziale alla Corte. Il giudice olandese ha ben distinto il primo caso, in cui si trattava di un MAE polacco finalizzato all'esecuzione di una pena, dal secondo, in cui il MAE era rivolto all'esercizio di un'azione penale, ponendo questioni pregiudiziali diverse e molto più articolare nel secondo caso che nel primo.

Conoscendo i precedenti *Minister for Justice and Equality e Openbaar Ministerie* cit., il giudice olandese ha avuto l'accortezza, non tanto di contestare del tutto la necessità della "seconda fase", ma di chiedere se, in determinate circostanze, fosse possibile evitarla ovvero,

qualora ciò non fosse possibile, quali criteri seguire. Tra queste circostanze, veniva messa in evidenza, per entrambi i casi, l'impossibilità per la persona interessata di proporre un rimedio giurisdizionale per ovviare l'eventuale violazione del diritto all'equo processo.

Va segnalato che dubbi del tutto simili sono stati sollevati anche dalla Supreme Court of Ireland, nella causa C-480/21, *W O e J L c. Minister for Justice and Equality*, decisa dalla Ottava sezione, con ordinanza 12 luglio 2022²³.

Come si è visto, la Corte, concordando, in questo, con l'avv. gen. Rantos, non ha, se non parzialmente, mantenuto la distinzione impostata dal giudice del rinvio. Essa ha esaminato le difficoltà della "seconda fase" poste dal giudice di rinvio come se potessero ricevere una soluzione comune, indipendentemente dal tipo di MAE. Viene infatti ribadito che la "seconda fase" deve essere sempre percorsa. La sola presenza di carenze sistemiche e generalizzate che mettono a rischio il rispetto del diritto all'equo processo non basta. Occorre un esame "individualizzato", che dimostri un rischio *concreto*.

Ma in che cosa consisterebbe un rischio del genere? Su questo la Corte è tetragona. Perché un rischio concreto nel caso individuale possa essere accertato, non basta la sola presenza, nel collegio giudicante che ha disposto la condanna o che potrebbe conoscere della futura azione penale, di uno o più componenti nominati dal KRS, cioè senza garanzie di indipendenza.

Occorrerebbe, quindi, un *quid pluris*. Su cosa sia questo *quid pluris*, Corte e avvocato generale non sono del tutto concordi.

La Corte si limita a portare un esempio, certo grave ma alquanto inverosimile. Che la composizione del collegio giudicante sia stata "addomesticata" dal Ministro della giustizia, inserendo uno o più membri in maniera inconsueta, cioè senza rispettare criteri stabiliti in anticipo e senza motivare la decisione (punto 90).

È chiaro che una "mossa" del genere dimostrerebbe la volontà da parte del Governo di "guidare" il giudizio verso una condanna nei confronti della persona interessata, che si tratti di un avversario politico

²³ ECLI:EU:C:2022:592 (disponibile solo in francese e in inglese). L'ordinanza, per lo più, riprende quanto affermato nella sentenza in commento.

o di altro soggetto invisato al Governo stesso. Ed è chiaro che si tratterebbe certamente di una violazione flagrante del diritto all'equo processo. Ma, a prescindere che, nella sentenza, manca un esplicito riferimento ad un tale sospetto, si tratterà, a tutto concedere, di casi eccezionali e, si spera, assai rari. Di conseguenza rarissimi saranno i casi in cui l'esecuzione del MAE potrà essere rifiutata.

Più articolata, sul punto, e quindi meno restrittiva è la posizione dell'avvocato generale. Questi, riprendendo il passaggio presente nel punto 79 della sentenza *Minister for Justice and Equality*, si riferisce esplicitamente al caso di condanna o azione penale rivolta contro soggetti in relazione alla "eventuale partecipazione di tali persone alla vita politica o la loro appartenenza ad una categoria, a una minoranza o cetto sociale particolarmente esposti alle ingerenze del potere esecutivo, tenuto conto delle politiche attuate da quest'ultimo", ovvero alla "natura dei reati per i quali dette persone sono perseguite" qualora detta natura "possa comportare il rischio che queste stesse persone non siano giudicate in modo indipendente" o, infine, alle "circostanze di fatto alla base del MAE, tenendo conto di eventuali dichiarazioni da parte delle autorità pubbliche che potrebbero interferire con il trattamento riservato a un singolo caso" (punto 63).

La differenza tra la posizione della Corte e quella dell'avvocato generale consiste nel fatto che, mentre la prima evoca soltanto un'ipotesi, per quanto grave, di violazione delle regole circa la composizione del collegio giudicante, e quindi agevolmente dimostrabile ma del tutto rara, il secondo allude a circostanze attinenti al merito del processo. Circostanze del genere, in realtà, potrebbero essere meno infrequenti in un contesto come quello polacco, anche se richiederebbero un'indagine molto delicata e perciò difficile da esperire in sede di esecuzione del MAE o rifiuto della stessa.

Avvocato generale e Corte si ritrovano invece sulla stessa linea nel non dare particolare rilievo alla differenza tra MAE finalizzato alla esecuzione di una pena e MAE finalizzato all'esercizio dell'azione penale.

In realtà è su questa seconda ipotesi che il giudice del rinvio puntava maggiormente. Permettere la consegna di una persona che dovrà affrontare un processo in circostanze come quelle esistenti in Polonia, senza che sia possibile conoscere la composizione del collegio che la

giudicherà, è un “salto del buio”, tantopiù che, una volta avvenuta la consegna, la persona non avrà a disposizione alcun rimedio per far valere la violazione dell’art. 47 della Carta.

Su quest’ultimo punto, la posizione della Corte appare davvero sorprendente.

Essa nega che nel fascicolo risulti che un tale rimedio non esisterebbe (punti 90 e 91)²⁴. Afferma che la più volte citata sentenza del Tribunale costituzionale polacco sia rilevante nella sola “prima fase” e non nella “seconda fase”, annullando così una delle poche “armi” a disposizione della persona interessata (punto 80). Definisce, addirittura, irrilevante, ai fini della “seconda fase”, in un contesto come quello della Polonia contemporanea, il fatto che, al momento della consegna, la persona non può sapere se il suo diritto all’equo processo, sarà rispettato o meno (punto 99). Si accontenta, infine, delle assicurazioni fornite dal Governo polacco che la persona interessata potrebbe presentare un’istanza di riconsunzione di un giudice non indipendente, senza preoccuparsi di sapere se, con una tale istanza, potrebbe davvero ottenersi la riconsunzione di un giudice *solo* perché nominato dal KRS o dal Ministero della Giustizia, in circostanze “sospette” (punto 100).

Tutto questo lascia molto perplessi. La Corte sembra talmente preoccupata che qualche maggiore apertura a favore del rifiuto di eseguire MAE polacchi possa mettere in discussione l’intero sistema del MAE e della cooperazione giudiziaria in materia penale, da essere disponibile a adottare soluzioni poco garantiste dei diritti fondamentali delle persone ricercate, in particolare del diritto ad un equo processo²⁵.

²⁴ Su questo punto, la Supreme Court irlandese, nel rinvio che ha portato all’ordinanza C-480/21, cit., ha contestato questa conclusione, affermando di disporre di elementi sufficienti per escludere che esista nell’ordinamento polacco, in seguito all’entrata in vigore delle recenti leggi, la possibilità per la persona oggetto della consegna di contestare la violazione del proprio diritto ad un giudice indipendente e precostituito dalla legge (punto 45). La Corte, pur confermando che spetta al giudice del rinvio decidere sul punto, ribadisce l’eccezionalità del rifiuto di dare esecuzione al MAE, (punto 48) e afferma che gli elementi tali da dimostrare l’assenza di tale possibilità andrebbero valutati insieme ad ogni altro elemento pertinente, nell’ambito della “seconda fase” (punto 56).

²⁵ L’unica presa di posizione “garantistica”, da parte della Corte, consiste nell’aver attenuato l’onere probatorio a carico della persona ricercata, richiedendo che, qualora non siano forniti elementi sufficienti, il giudice dell’esecuzione utilizzi l’art. 15,

In questa ottica, la “seconda fase”, così problematica, dall'esito del tutto incerto, finisce per costituire, in realtà, un modo “mascherato” per far prevalere le esigenze di cooperazione tra Stati membri su cui è fondato il sistema del MAE rispetto a quelle di tutela dei diritti fondamentali della persona umana in materia di equo processo.

Da questo punto di vista, la sentenza in commento appare un'occasione mancata. La Corte, invece di affrontare i problemi dell'esecuzione dei MAE polacchi in termini globali, avrebbe potuto adottare soluzioni differenti rispetto ai due tipi di MAE, in particolare “allargando” le maglie della “seconda fase” nel caso di MAE finalizzato all'esercizio dell'azione penale o, addirittura, non ritenendola necessaria in questo caso.

La Corte, invece, insiste sulla necessità di garantire l'effetto utile della “seconda fase” (punto 95), senza domandarsi se questa seconda fase sia davvero *sempre* utile.

paragrafo 2, della decisione quadro, chieda informazioni alle autorità giurisdizionali emettenti e consideri in senso sfavorevole alla consegna, la mancata collaborazione (punti 84 e 85).