



## **La nozione di tribunale costituito per legge nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea: considerazioni alla luce di alcune recenti sentenze**

DI ALESSANDRO ROSANÒ \*

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La giurisprudenza della Corte EDU sulla nozione di tribunale costituito per legge. - 3. Il caso *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*. - 3.1. Alcune considerazioni sul test sviluppato dalla Corte EDU: innovazione o tentativo di sistematizzazione? - 4. La giurisprudenza della CGUE sulla nozione di tribunale costituito per legge. - 5. Il caso *Repubblika*. - 5.1. Alcune considerazioni sulla nozione di tribunale costituito per legge quale requisito del potere giudiziario e quale diritto fondamentale nell'ordinamento dell'Unione europea. - 6. Conclusioni

### **1. Introduzione.**

La diffusione a livello globale del costituzionalismo democratico e il suo progressivo sviluppo hanno portato, tra l'altro, a numerose analisi sulle modalità con le quali vengono selezionati o nominati i giudici e ad ampie discussioni sull'esistenza o meno di un sistema ottimale applicabile al riguardo<sup>1</sup>.

Una rapida ricognizione a livello comparatistico conferma la differenza di soluzioni adottate in materia<sup>2</sup>, per quanto la preoccupazione di fondo rimanga la stessa in tutti i sistemi:

---

\* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Firenze. L'autore desidera ringraziare la Professoressa Chiara Favilli e la Dottoressa Nicole Lazzarini, nonché il revisore anonimo, per i consigli ricevuti. Eventuali errori e/o omissioni rimangono di sua sola responsabilità.

<sup>1</sup> F. IACOBUCCI, *Foreword*, in P.H. RUSSELL, K. MALLESON, *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World*, Toronto, 2006, p. ix.

<sup>2</sup> Si vedano P.D. WEBSTER, *Selection and Retention of Judges: Is There One "Best" Method?*, in *Florida State University Law Review*, 1995, p. 1 ss. e J. BELL, *Judiciaries within Europe: A Comparative Review*, Cambridge, 2006, nonché la bibliografia citata in questi due scritti.

mettere il potere giudiziario al riparo da influenze indebite che potrebbero comprometterne l'indipendenza<sup>3</sup>.

Tuttavia, va notato come ognuna delle procedure che dovrebbero permettere ciò sembrino presentare degli inconvenienti.

L'elezione popolare, pur favorendone la legittimazione democratica, rischia di porre i giudici nelle condizioni di cercare il consenso degli elettori attraverso sentenze che siano coerenti con il sentire di questi ultimi<sup>4</sup>; l'introduzione di organi di autogoverno competenti in materia, nel tentativo di assicurare l'indipendenza del potere giudiziario, può condurre all'estremo opposto di *overjudicializing public policy*<sup>5</sup>; il coinvolgimento del potere legislativo e/o esecutivo, pur assicurando un controllo tecnico, può invece far sorgere il dubbio che la scelta sia stata compiuta in ragione di un criterio non meritocratico, bensì di vicinanza politica<sup>6</sup>.

Proprio su quest'ultimo modello si è concentrata nel corso del tempo una messe di contributi, dato che l'attribuzione di un ruolo in favore del potere politico nella nomina di membri di organi di giustizia si registra in più ordinamenti e a più livelli, non solo con riferimento ai giudici ordinari, ma anche per quel che riguarda i giudici costituzionali<sup>7</sup>, nonché i membri di corti internazionali<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Al riguardo, C.M. LARKINS, *Judicial Independence and Democratization: A Theoretical and Conceptual Analysis*, in *American Journal of Comparative Law*, 1996, p. 605 ss., N. GAROUPA, T. GINSBURG, *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence*, in *American Journal of Comparative Law*, 2009, p. 104 e Y. CHANG, *Selection and Decision in Judicial Process around the World: Empirical Inquires*, Cambridge, 2019, nonché la bibliografia citata in questi scritti. In tempi recenti, a considerazioni connesse all'elemento del merito, se ne sono aggiunte di ulteriori relative alla promozione del valore della *diversity*, sul piano dell'appartenenza sia di genere, sia etnica. Per un'introduzione al riguardo U. SCHULTZ, G. SHAW (eds.), *Women in the Judiciary*, Londra-New York, 2012, ID., *Gender and Judging*, Oxford, 2013 e G. GEE, E. RACKLEY (eds.), *Debating Judicial Appointments in an Age of Diversity*, Londra-New York, 2017.

<sup>4</sup> A. HUBER, S.C. GORDON, *Accountability and Coercion: Is Justice Blind When It Runs for Office?*, in *American Journal of Political Science*, 2004, p. 247 ss.

<sup>5</sup> S. BURBANK, *Judicial Independence, Judicial Accountability and Interbranch Relations*, in *Georgetown Law Journal*, 2007, p. 909 ss.

<sup>6</sup> R. BRAND, *Judicial Appointments: Checks and Balances in Practice*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2010, p. 47. Com'è stato giustamente notato, "judicial appointments are the product of a variety of factors, only one of which is the candidates' professional competence. Other important factors are political affiliation, quasi-ideological considerations, and simply being in the right place at the right time [...] while the ABA officials strive to promote the candidacies of those that they believe are the "magnas" and "summas" of the legal profession, Justice officials tend to be satisfied with the "cums" if the other components of the process favor them" (così S. GOLDMAN, *Judicial Appointments to the United States Courts of Appeals*, in *Wisconsin Law Review*, 1967, p. 213).

<sup>7</sup> Il tema è stato ampiamente affrontato in dottrina. Senza pretese di esaustività, si rinvia, per quel che riguarda l'esperienza statunitense, a N. DORSEN, *The selection of U.S. Supreme Court justices*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, p. 652 ss., F. FABBRINI, *Il procedimento di nomina dei giudici della Corte Suprema USA in prospettiva comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, pp. 281 ss. e L.P. VANONI, *La nomina dei giudici supremi tra scontro politico e diritto costituzionale: il caso americano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, p. 833 ss.; per quel che riguarda l'esperienza canadese, a M.A. SIMONELLI, *Does judicial appointment process matter? Il caso della Corte suprema canadese*, in *Federalismi.it*, 9 marzo 2016 e G. DELLEDONNE, *La designazione dei giudici della Corte suprema canadese: elementi d'insoddisfazione e tentativi di riforma*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2/2017, p. 1 ss.; per quel che riguarda l'esperienza tedesca, a U. KISCHEL, *Party, pope, and politics? The election of German Constitutional Court Justices in comparative perspective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p. 962 ss.; per quel che riguarda l'esperienza italiana, ad A. CARDONE, *La composizione della Corte costituzionale, tra riforme "dirette", "indirette" e mancate*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, p. 22 ss.

<sup>8</sup> Sul tema, in generale, E. VOETEN, *The Politics of International Judicial Appointments*, in *Chicago Journal of International Law*, 2009, p. 387, R. MACKENZIE, K. MALLESON, P. MARTIN, P. SANDS, *Selecting International Judges: Principle, Process, and Politics*, Oxford, 2010, E. MOSE, *The independence of international judges*, in N.A. ENGSTAD, A. LAERDAL FRØSETH, B. TØNDER (eds.), *The independence of judges*, The Hague, 2014 e M. DE

L'elemento di critica che pare emergere da queste analisi attiene non tanto al fatto che la prossimità di certi candidati al potere politico li debba rendere automaticamente inidonei alla selezione o alla nomina, quanto al fatto che di un simile dato non dovrebbe tenersi conto nell'ambito delle procedure selettive<sup>9</sup>.

Su tali considerazioni si innestano iniziative di riforma che, pur configurandosi come astrattamente idonee a perseguire gli scopi che si propongono di realizzare, finiscono, all'atto della loro applicazione in concreto, per sollevare dubbi quanto alla loro compatibilità con fonti di diritto internazionale e sovranazionale.

Propriamente, si tratta di stabilire, *inter alia*, se i meccanismi introdotti ai fini della selezione o nomina dei magistrati permettano di affermare che si è in presenza di un tribunale costituito per legge<sup>10</sup>, come previsto, per esempio, dall'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la Carta)<sup>11</sup>.

Al riguardo, si pone una questione ermeneutica di non poco conto, considerato che la nozione in parola può assumere rilievo sia su di un piano soggettivo, sia su di un piano oggettivo.

Da un lato, infatti, in forza degli articoli ora richiamati e considerandosi la posizione dell'individuo che si rivolge a un organo giudiziario per ottenere giustizia, la costituzione per legge assume i caratteri di un diritto fondamentale, riconducibile nell'alveo del diritto a un processo equo; dall'altro, ove ci si ponga dalla prospettiva dell'organo giudiziario, può

---

S.-O.-L'E. LASSER, *Judicial Dis-Appointments: Judicial Appointments Reform and the Rise of European Judicial Independence*, Oxford, 2020. Con riferimento alla Corte europea dei diritti dell'uomo, E. VOETEN, *The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights*, in *International Organization*, 2007, p. 669 ss.; con riferimento alla Corte di giustizia dell'Unione europea, S.J. KENNEY, *The Members of the Court of Justice of the European Communities*, in *Columbia Journal of European Law*, 1998, p. 101 ss., T. DUMBROVSKÝ, B. PETKOVA, M. VAN DER SLUIS, *Judicial appointments: The Article 255 TFEU Advisory Panel and selection procedures in the Member States*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 455 ss. e F. BATTAGLIA, *Il sistema di selezione dei membri della Corte di giustizia dell'Unione europea fra valutazioni di merito e problemi di trasparenza*, in questa Rivista, 29 aprile 2019.

<sup>9</sup> P.H. RUSSELL, J.S. ZIEGEL, *Federal Judicial Appointments: An Appraisal of the First Mulroney Government's Appointments and the New Judicial Advisory Committee*, in *University of Toronto Law Journal*, 1991, p. 6.

<sup>10</sup> Si avrà modo di chiarire la nozione nei paragrafi successivi. Si ritiene comunque opportuno riportare quanto affermato dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (cd. Commissione di Venezia) nella *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007, 11-12 marzo 2016, punto 45: "A basic requirement of the Rule of Law is that the powers of the public authorities are defined by law. In so far as legality addresses the actions of public officials, it also requires that they have authorisation to act and that they subsequently act within the limits of the powers that have been conferred upon them, and consequently respect both procedural and substantive law". Per un'introduzione quanto alle funzioni e al ruolo della Commissione di Venezia, G. CAGGIANO, *La Commissione per la Democrazia attraverso il Diritto*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1989, p. 417 ss., W. HOFFMANN-RIEM, *The Venice Commission of the Council of Europe – Standards and Impact*, in *European Journal of International Law*, 2014, p. 579 ss., M. DE VISSER, *A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform*, in *American Journal of Comparative Law*, 2015, p. 963 ss., P. CRAIG, *Transnational Constitution-Making: The Contribution of the Venice Commission on Law and Democracy*, in *U.C. Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, 2017, p. 57 ss., F. DURANTI, *La Commissione di Venezia e il diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, p. 243 ss. e B. IANCU, *Quod licet Jovi non licet bovi?: The Venice Commission as Norm Entrepreneur*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, p. 189 ss.

<sup>11</sup> Ulteriormente, può farsi riferimento all'articolo 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'articolo 8 della Convenzione americana sui diritti umani.

guardarsi a essa come a una caratteristica strutturalmente propria dello stesso, espressiva del principio di tutela giurisdizionale effettiva e del più generale valore dello Stato di diritto<sup>12</sup>.

Alla luce di ciò, il presente contributo affronta il tema del tribunale costituito per legge partendo da alcune riforme, realizzate rispettivamente in Islanda e a Malta, che hanno portato a delle pronunce in materia da parte, rispettivamente, della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) e della Corte di giustizia dell'Unione (CGUE).

Dopo aver ripercorso l'orientamento della Corte EDU sulla nozione di tribunale costituito per legge (paragrafo 2), ci si concentrerà sulla recente pronuncia nel caso islandese e sullo sviluppo, in tale contesto, di un apposito test soglia (paragrafo 3). Si evidenzierà dunque che tale test non innova, come potrebbe suggerire una prima lettura della sentenza, e altresì che la natura del concetto di tribunale costituito per legge resta dubbia (paragrafo 3.1.).

In seguito, si offrirà una ricostruzione della nozione in questione nella giurisprudenza della CGUE (paragrafo 4), con un particolare attenzione al recente caso maltese (paragrafo 5). Si procederà successivamente a un'analisi quanto al rapporto tra tribunale costituito per legge e indipendenza del potere giudiziario nelle pronunce della CGUE e sulle conseguenze che l'orientamento assunto da quest'ultima determina quanto alla natura del requisito del tribunale costituito per legge (paragrafo 5.1.).

Le conclusioni (paragrafo 6) si concentrano sui possibili sviluppi futuri in materia, sottolineando l'esigenza di un approccio più chiaro da parte di entrambe le Corti.

## **2. La giurisprudenza della Corte EDU sulla nozione di tribunale costituito per legge.**

Come noto, l'articolo 6 CEDU tutela il diritto a un processo equo nelle sue diverse manifestazioni<sup>13</sup>. Tra l'altro, il paragrafo 1 dell'articolo in parola riconosce il diritto di ogni persona a essere giudicata da un tribunale<sup>14</sup> indipendente e imparziale costituito per legge.

---

<sup>12</sup> Afferma P. IANNUCELLI, *L'indépendance du juge national et la recevabilité de la question préjudicielle concernant sa propre qualité de «juridiction»*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2020, p. 826 con riferimento all'indipendenza del potere giudiziario nel diritto dell'Unione europea che essa, oltre alla dimensione specifica relativa al rinvio pregiudiziale, ha "une dimension matérielle, en tant qu'élément du droit fondamental des individus à un procès équitable, et une dimension structurelle, dès lors qu'elle façonne le système judiciaire de l'Union, dont les systèmes judiciaires des États membres sont une composante incontournable". Sul tema, anche M. KRAJEWSKI, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma*, in *European Papers*, 2016, p. 402-404 e J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *The fundamental right to an effective judicial protection and the rule of law in the EU and their impact on Member States' administration of justice*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2021, p. 239.

<sup>13</sup> Per un'introduzione, si vedano M. CHIAVARIO, *Art. 6: Diritto a un processo equo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 154 ss. e R. CHENAL, F. GAMBINI, A. TAMIETTI, *Art. 6: Diritto a un processo equo*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 172 ss.

<sup>14</sup> *En passant*, giova ricordare che la Corte EDU ha chiarito che per tribunale si intende un organo investito di funzioni giudiziarie, ossia chiamato a pronunciarsi con riferimento alle materie di sua competenza sulla base di norme di legge e nel rispetto delle regole di procedura al riguardo previste (si vedano, per esempio, Corte EDU, 30 novembre 1987, 8950/80, *H c. Belgio*, punto 50 e 22 giugno 2000, 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96, 33210/96, *Coëme e altri c. Belgio*, punto 99). Si richiede poi, in particolare, che detto organo sia indipendente (*in primis*, nei suoi rapporti con il potere esecutivo) e imparziale e che sia predeterminata la durata in carica dei suoi membri (la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è costantemente orientata in questo senso almeno a partire da Corte EDU, 23 giugno 1981, 6878/75, 7238/75, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, punto 55). Posti tali elementi, la Corte ha avuto modo di stabilire se determinate autorità nazionali potessero vedersi riconosciuta la qualifica di tribunale. È stato così chiarito che rientra nella nozione in parola anche un organo che non sia integrato "within the standard judicial machinery of the country", ma sia invece stato istituito con il compito di

Sui concetti di indipendenza e imparzialità individuati da questa previsione e interpretati dalla Corte EDU molto è stato detto e scritto<sup>15</sup>. Il primo si ricollega alla capacità dell'organo giudicante di resistere a pressioni o influenze provenienti da terzi, in particolar modo dal potere legislativo ed esecutivo<sup>16</sup>. Il secondo riguarda l'equidistanza rispetto alle parti della controversia e si declina sia in un aspetto soggettivo, relativo all'assenza di pregiudizi personali da parte di chi giudica, sia in un aspetto oggettivo, inerente all'apparenza di terzietà dell'organo giudicante<sup>17</sup>.

La nozione di tribunale costituito per legge pare aver attirato meno attenzione, per quanto anch'essa rivesta un'importanza centrale nell'interpretazione dell'articolo 6. Al riguardo, la Corte EDU ha avuto modo di rilevare che essa è espressiva del principio dello Stato di diritto, intrinseco al sistema di tutela delineato dalla CEDU e dai suoi protocolli, e che il termine "legge" deve essere inteso come riferito, in particolare, a una normativa che riguardi la creazione e la competenza di organi giudiziari<sup>18</sup>. La ragione di ciò è da identificarsi nel fatto che un organo non istituito per volontà del legislatore risulterebbe per forza di cose privo della legittimità necessaria a giudicare delle controversie in una società democratica<sup>19</sup>.

Dunque, tale disposizione mira ad assicurare che l'organizzazione del potere giudiziario non dipenda dalla discrezionalità né del potere esecutivo<sup>20</sup>, né del potere giudiziario<sup>21</sup> e che, pertanto, non possa oltrepassare le competenze che gli sono attribuite dalla legge<sup>22</sup>.

Nel corso del tempo, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di chiarire che comunque la legge rilevante è non soltanto quella che costituisce il fondamento giuridico dell'esistenza e della competenza del tribunale, ma anche qualunque altra previsione di diritto interno il cui mancato rispetto renda irregolare la partecipazione di uno o più giudici all'esame di una certa

---

trattare un numero limitato di casi, purché offra le opportune garanzie quanto all'assolvimento della sua funzione (Corte EDU, 8 luglio 1986, 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, *Lithgow e altri c. Regno Unito*, punto 201). Tuttavia, il potere di un ministero di privare una decisione giudiziaria dei propri effetti (in tutto o in parte), in assenza di un mezzo di ricorso proponibile dinanzi a un altro organo di giustizia, porta a escludere che l'autorità che abbia reso la decisione sia un tribunale (Corte EDU, 19 aprile 1994, 16034/90, *Van de Hurk c. Paesi Bassi*, punto 52). La Corte ha riconosciuto, inoltre, che le funzioni requirente e giudicante possono essere svolte anche da parte di autorità amministrative quando si tratta di reati minori (come nel caso di infrazioni al codice della strada), fermo però il fatto che il soggetto colpito da dette sanzioni possa impugnare la decisione resa nei suoi confronti dinanzi a un tribunale che offra le garanzie di cui all'art. 6 CEDU (*inter alia*, Corte EDU, 21 febbraio 1984, 8544/79, *Öztürk c. Turchia*, punto 58 e 29 aprile 1988, 10328/83, *Belilos c. Svizzera*, punto 68).

<sup>15</sup> Per una primissima introduzione al tema, L.F. MÜLLER, *Judicial Independence as a Council of Europe Standard*, in *German Yearbook of International Law*, 2009, p. 461 ss. e i contributi di X. BIOY, *Judicial Independence: Constitutional Principle or Human Right?*, G. ESPOSITO, *Judicial Integrity and Judicial Independence: Two Sides of the Same Coin* e P. PACZOLAY, *The Notion of Judicial Independence: Impartiality and Effectiveness of Judges*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, K. WOJTYCZEK (eds.), *Judicial Power in a Globalized World: Liber Amicorum Vincent De Gaetano*, Berlin, 2019, p. 63 ss., p. 165 ss., p. 331 ss.

<sup>16</sup> *Ex multis*, Corte EDU, 28 giugno 1984, 7819/77 7878/77, *Campbell and Fell c. Regno Unito*, punti 77-78 e 24 novembre 1994, 15287/89, *Beaumont c. Francia*, punto 38.

<sup>17</sup> *Ex multis*, Corte EDU, 15 dicembre 2005, 73797/01, *Kyprianou c. Cipro*, punto 118 e 15 ottobre 2009, 17056/06, *Micallef c. Malta*, punto 93.

<sup>18</sup> Corte EDU, 12 luglio 2007, 74613/01, *Jorgic c. Germania*, punto 64.

<sup>19</sup> Corte EDU, 28 novembre 2002, 58442/00, *Lavents c. Lettonia*, punto 114.

<sup>20</sup> Corte EDU, 25 ottobre 2011, 54809/07, *Richert c. Polonia* punto 42.

<sup>21</sup> *Coëme e altri c. Belgio*, cit., punto 107.

<sup>22</sup> Corte EDU, 27 ottobre 2009, 30323/02, *Pandjigidze e altri c. Georgia*, punto 105.

controversia. Ciò porta dunque a dare rilievo alle disposizioni in materia di composizione degli organi giudicanti<sup>23</sup> e di incompatibilità e ricsuzione dei magistrati<sup>24</sup>.

In generale, allora, il mancato rispetto di queste previsioni comporta una violazione dell'articolo 6 CEDU, con riferimento alla quale la Corte EDU è competente a pronunciarsi. Tuttavia, visto il principio generale in forza del quale spetta in primo luogo alle giurisdizioni nazionali interpretare la normativa interna, la Corte ha riconosciuto che essa non può mettere in discussione quell'interpretazione se non in caso di violazione flagrante della normativa nazionale<sup>25</sup>. Interpretando l'articolo 6, è stato affermato che una violazione flagrante si configura come un grave diniego di giustizia, che assume le forme di una situazione manifestamente contraria alle previsioni dello stesso articolo o ai principi in esso espressi<sup>26</sup>.

Ulteriormente, la Corte ha riconosciuto che non le spetta operare una valutazione della normativa e della prassi nazionali in astratto, quanto determinare se le modalità con cui esse sono state applicate nel caso concreto abbiano dato luogo a una violazione della CEDU o dei suoi protocolli<sup>27</sup>.

Da quanto ora riassunto, comunque, non si ricava un divieto per il potere esecutivo di nominare giudici in quanto, come rileva la Corte, in molti Stati contraenti tale potere è riconosciuto in favore del governo<sup>28</sup>. Ciò che si richiede, però, è che i giudici non ricevano istruzioni nello svolgimento delle loro funzioni<sup>29</sup>.

### **3. Il caso *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*.**

Nel 1989, in Islanda, al fine di assicurare la separazione tra potere esecutivo e potere giudiziario, viene prevista la creazione di un Comitato di valutazione, chiamato a verificare le qualifiche e le competenze dei candidati al ruolo di giudici di primo grado. A tale organo, composto da tre membri nominati dalla Corte suprema, dai tribunali e dall'ordine degli avvocati islandesi, è attribuita una funzione consultiva, in favore del Ministro della giustizia, ai fini della nomina.

Nel 2010, si stabilisce che il Ministro della giustizia debba nominare i candidati individuati da parte del Comitato come i più qualificati e che il Ministro possa non conformarsi a tale indicazione soltanto con l'approvazione del Parlamento.

Nel 2016, viene istituito un nuovo organo nell'ambito del sistema giudiziario islandese, la Corte d'appello, chiamata a svolgere il ruolo di corte di secondo grado e composta da quindici membri. Nel 2017, viene pubblicato un bando per coprire i posti di giudice d'appello. Esaminate le candidature, il Comitato elabora una lista di quindici soggetti e la propone alla Ministra della giustizia in carica, che invia al Parlamento un proprio elenco, nel quale figurano solo undici dei nominativi individuati dal Comitato. Quattro candidati, ricompresi nei quindici originari, sono

---

<sup>23</sup> Corte EDU, 4 marzo 2003, 63486/00, *Posokhov c. Federazione russa*, punto 39.

<sup>24</sup> Corte EDU, 20 ottobre 2009, 4313/04, *Gorguiladze c. Georgia*, punto 68.

<sup>25</sup> *Lavents*, cit., punto 114 e *Coëme*, cit., punto 98. In questi casi, la Corte non definisce il concetto di violazione flagrante.

<sup>26</sup> *Ex multis*, Corte EDU, 24 marzo 2005, 9808/02, *Stoichkov c. Bulgaria*, punto 56 e 1 marzo 2006, 56581/00, *Sejdovic c. Italia*, punto 84.

<sup>27</sup> Con riferimento al tema qui in discussione, Corte EDU, 21 giugno 2011, 8014/07, *Fruni c. Repubblica slovacca*, punto 133.

<sup>28</sup> *Belilos c. Svizzera*, cit., punto 66.

<sup>29</sup> Oltre alla già citata sentenza *Campbell e Fell c. Regno Unito* (punto 79), si veda Corte EDU, 22 ottobre 1984, 8790/79, *Sramek c. Austria*, punti 38, 41.

sostituiti da altri quattro, che occupavano una posizione inferiore nella lista del Comitato<sup>30</sup>. Tale scelta viene giustificata dalla Ministra con riferimento al fatto che il Comitato non aveva dato il giusto peso alla loro esperienza pregressa e che la valutazione per il posto di giudice non è una scienza esatta. Non vengono però offerte ragioni specifiche sul perché siano stati inseriti proprio quei quattro<sup>31</sup>.

Nel 2017, il signor Guðmundur Andri Ástráðsson viene condannato da una corte di primo grado per i reati di guida senza patente e guida in stato di ebbrezza. In grado d'appello, la difesa di questi richiede che sia rimossa una delle giudici dalla sezione giudicante, in quanto facente parte del gruppo di quattro individuati dalla Ministra della giustizia. La mozione viene rigettata e l'impugnazione di questa decisione davanti alla Corte Suprema non va a buon fine per ragioni meramente procedurali. La sentenza di condanna viene in seguito confermata sia in secondo grado, sia in grado di legittimità<sup>32</sup>.

In ragione di questo, viene proposto ricorso dinanzi alla Corte EDU, lamentandosi la violazione dell'articolo 6, paragrafo 1, quanto al diritto a un tribunale stabilito per legge.

Elaborando a partire dalla giurisprudenza sopra ricordata e, soprattutto, con riferimento alla nozione di violazione flagrante, la Corte EDU considera che tale può considerarsi il mancato rispetto delle norme nazionali relative alla formazione di un tribunale che siano di natura fondamentale e formino parte integrante della normativa sull'ordinamento giudiziario, ove ciò sia avvenuto deliberatamente o, almeno, con manifesta noncuranza<sup>33</sup>.

I giudici di Strasburgo rilevano che la normativa islandese non è stata rispettata né dalla Ministra della giustizia, né dal Parlamento. In particolar modo, la Ministra, prima di rimuovere i quattro nomi e aggiungere gli altri, non ha realizzato un'analisi indipendente dei meriti dei candidati, né ha provveduto a raccogliere ulteriori elementi e materiali funzionali a confermare la sua scelta, né ha svolto una comparazione tra le competenze dei quattro inseriti successivamente e dei quindici originariamente scelti. Ciò costituisce una violazione flagrante di norme fondamentali dell'ordinamento giudiziario, basata su comportamenti tenuti "in complete disregard of [the] obvious danger" che avrebbe potuto essere recato ai soggetti scelti

---

<sup>30</sup> La normativa nazionale prevede, in linea generale, che il Ministro della giustizia debba nominare i soggetti che secondo il Comitato sono più qualificati. Tuttavia, la sua scelta può cadere su altri candidati, nel caso in cui questi ultimi presentino i requisiti minimi posti dalla legge per assumere le funzioni di giudici d'appello e il Parlamento approvi quella decisione, votando singolarmente su ognuno.

<sup>31</sup> La decisione della Ministra viene confermata dal voto del Parlamento sui candidati *en bloc* (e non, dunque, singolarmente considerati). Due dei candidati ricompresi nella lista originaria e poi esclusi impugnano la decisione. L'intricata vicenda giudiziaria che ne segue vede la Corte Suprema pronunciarsi due volte sulla questione. Nella prima occasione, la Corte non accoglie la richiesta di annullamento, in quanto esclude che spetti a un organo del potere giudiziario stabilire chi debba essere nominato quale giudice d'appello. Nella seconda, riconosce ai due ricorrenti un risarcimento pecuniario per il danno morale subito, affermando che, per discostarsi da quanto indicato dal Comitato, la Ministra avrebbe dovuto condurre una verifica indipendente paragonabile a quella svolta dal Comitato stesso. In seguito, anche gli altri due candidati esclusi fanno causa allo Stato islandese. La loro pretesa viene accolta in primo grado e rigettata in appello. All'epoca delle due pronunce rese da parte della Corte EDU, la causa era ancora pendente dinanzi alla Corte Suprema.

<sup>32</sup> Sulla vicenda qui narrata (nonché sulla prima sentenza resa dalla Corte EDU), A. OSTI, *Può un vizio procedurale sulle modalità di selezione dei giudici inficiarne l'indipendenza?*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 716 ss. e S.I. STRONG, *Judging Judicial Appointment Procedures*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2020, p. 615 ss.

<sup>33</sup> Corte EDU, 12 marzo 2019, 26374/18, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, punti 101-102.

in prima battuta, e comporta dunque la condanna dell'Islanda<sup>34</sup>. L'ulteriore contestazione quanto al mancato rispetto del diritto a un tribunale indipendente e imparziale viene considerata assorbita<sup>35</sup>.

Su richiesta del governo islandese, la causa viene rimessa alla *Grande Chambre* della Corte<sup>36</sup>.

La Corte considera che è intrinseca alla nozione di tribunale l'esigenza che esso sia composto da giudici selezionati su base meritocratica, tenendo dunque conto di requisiti di competenza tecnica e di integrità morale che permettano loro di svolgere la funzione giudiziale in un contesto caratterizzato dall'affermazione dello Stato di diritto<sup>37</sup>.

Ulteriormente, la Corte afferma che il diritto a un tribunale costituito per legge si configura come uno *stand-alone right*, autonomo quindi, ancorché strettamente collegato, rispetto al diritto a un tribunale indipendente e imparziale<sup>38</sup>.

Ferma la giurisprudenza in materia, la Corte arriva a elaborare un test soglia, articolato in tre passaggi, sulla base del quale stabilire se si sia in presenza di un tribunale costituito per legge. A tal fine si impone di verificare, in primo luogo, se sussista, in linea di principio, una violazione manifesta del diritto nazionale, intesa come violazione obiettivamente e genuinamente identificabile come tale<sup>39</sup>.

Un'eventuale risposta negativa non permette di escludere il mancato rispetto della CEDU, in quanto la nomina potrebbe produrre esiti incompatibili con l'oggetto e lo scopo dell'articolo 6. Pertanto, si impone di valutare, in secondo luogo, se il tribunale sia in grado di svolgere i suoi compiti libero da interferenze, preservando così lo Stato di diritto e la separazione dei poteri. In ragione di ciò, violazioni di natura meramente tecnica che non vadano a incidere sulla legittimità del processo di nomina non raggiungono la soglia minima di gravità richiesta. Al contrario, violazioni che manifestano una totale noncuranza quanto alle regole fondamentali della procedura (per esempio, la nomina di un soggetto che non presenta i requisiti per partecipare) o violazioni che comunque potrebbero contrastare con lo scopo e gli effetti del criterio della precostituzione per legge del tribunale, assumono rilievo<sup>40</sup>.

In terzo luogo, la Corte reputa sia necessario prendere in considerazione la valutazione svolta da parte delle corti interne quanto alle conseguenze che la violazione delle regole nazionali determina sui diritti garantiti dalla CEDU<sup>41</sup>.

Applicando questo test al caso concreto, la Corte EDU ritiene verificate tutte e tre le circostanze e pertanto giunge alla conclusione che abbia preso parte al processo d'appello un

---

<sup>34</sup> *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, punti 113-119. Nell'analisi della Corte si tiene conto anche della votazione *en bloc* da parte del Parlamento, contraria alla normativa nazionale.

<sup>35</sup> *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, punti 124-126.

<sup>36</sup> Successivamente alla prima sentenza, in Islanda, la Ministra della giustizia si dimette e i quattro giudici della Corte d'appello la cui nomina risultava dubbia decidono di astenersi dalle loro funzioni. La componente di cui era stata richiesta l'esclusione dalla difesa del ricorrente partecipa a una nuova selezione per la Corte d'appello, viene valutata positivamente dal Comitato e nominata dal nuovo Ministro della giustizia.

<sup>37</sup> Corte EDU, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, 26374/18, I dicembre 2020, punto 220.

<sup>38</sup> *Ivi*, punto 231.

<sup>39</sup> *Ivi*, punto 244.

<sup>40</sup> *Ivi*, punto 246.

<sup>41</sup> *Ivi*, punto 248.



giudice la cui nomina era viziata da gravi irregolarità, le quali hanno leso l'essenza stessa del diritto a un processo equo<sup>42</sup>.

Dunque, la Corte EDU condanna l'Islanda a corrispondere un risarcimento danni al ricorrente e ad adottare le misure generali, ai sensi dell'articolo 46 CEDU<sup>43</sup>, per risolvere i problemi individuati e prevenire ulteriori violazioni, chiarendo però che dalla pronuncia non deriva l'obbligo di riaprire tutti i casi simili, ove le sentenze rese siano passate in giudicato<sup>44</sup>.

Anche la *Grande Chambre* ritiene assorbita la contestazione quanto al diritto a un tribunale indipendente e imparziale<sup>45</sup>.

### **3.1. Alcune considerazioni sul test sviluppato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: innovazione o tentativo di sistematizzazione?**

Il dato interessante che emerge dalla sentenza della *Grande Chambre* risiede, evidentemente, nell'elaborazione del test soglia.

Orbene, prendendo in considerazione la giurisprudenza pregressa della Corte EDU, la portata innovativa della sentenza *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda* appare alquanto smorzata. Infatti, come ricordato *supra*, la Corte EDU ha già avuto modo di riconoscere e valorizzare tutti e tre questi profili. La violazione manifesta del diritto nazionale è da intendersi come violazione flagrante, in presenza della quale la Corte EDU può superare l'interpretazione resa dai giudici nazionali quanto al fatto che il diritto al tribunale costituito per legge non sia stato violato. La capacità del tribunale di svolgere le proprie funzioni senza subire interferenze si ricollega all'esigenza di porre al riparo il potere giudiziario dai condizionamenti che potrebbero derivare dal potere esecutivo o da altri. Infine, la già ricordata interpretazione resa dai giudici nazionali è elemento imprescindibile ai fini dell'accertamento della violazione.

Dunque, sembra potersi ragionevolmente dire che la Corte EDU non ha inventato nulla di nuovo, ma ha invece cercato di razionalizzare e sistematizzare la propria giurisprudenza in materia attraverso uno strumento – il test soglia – che è funzionale a offrire una guida con riferimento al tema del tribunale costituito per legge e, quindi, a porre ordine<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> *Ivi*, punti 289-290.

<sup>43</sup> Come noto, l'articolo 46 CEDU, rubricato *Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, impone agli Stati contraenti di conformarsi alle sentenze definitive rese dalla Corte EDU e delinea una procedura funzionale ad assicurare il rispetto di dette pronunce. Questo implica che gli Stati adottino le misure individuali che vadano a ovviare alla violazione subita dal ricorrente (provvedendo alla *restitutio in integrum* o al risarcimento del danno, a seconda dei casi) e le eventuali misure generali che permettano di evitare che violazioni simili si ripetano. Sul tema, si rinvia alla *Guide on Article 46 of the European Convention on Human Rights* del 30 aprile 2021 ([https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_46\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_46_ENG.pdf)). Ulteriormente, si vedano P. TANZARELLA, *Art. 46 Cedu: condizione necessaria ma non sufficiente per la diretta esecuzione delle sentenze di Strasburgo*, in R. BIN, G. BRUNELLI, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, p. 245 ss., L.-A. SICILIANOS, *The Involvement of the European Court of Human Rights in the Implementation of its Judgments: Recent Developments under Article 46 ECHR*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2014, p. 235 ss. e F. DE LONDRAS, K. DZEHTSIAROU, *Mission Impossible? Addressing Non-Execution through Infringement Proceedings in the European Court of Human Rights*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 467 ss.

<sup>44</sup> *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda* (GC), punto 298-314.

<sup>45</sup> *Ivi*, punto 295.

<sup>46</sup> In questo senso, pare, anche H.P. GRAVER, *A New Nail in the Coffin for the 2017 Polish Judicial Reform. On the ECtHR judgment in the case of Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland (Application no. 26374/18)*, in *Verfassungsblog*, 2 dicembre 2020, quando afferma che la Corte EDU “did, however, seize the opportunity to refine and clarify the meaning to be given to the concept of a “tribunal established by law””.

Il problema che si pone, però, è se il test arrivi effettivamente a fare ciò per quel che riguarda la natura del diritto a un tribunale costituito per legge.

Un primo dubbio è se la Corte abbia davvero configurato la costituzione per legge del tribunale come una figura autonoma di diritto. Nella sentenza, viene utilizzato prima e più volte il termine *requirement*<sup>47</sup>, affermandosi in seguito che si tratta di un diritto a sé – nella versione inglese, *a stand-alone right* – in stretta relazione con il diritto a un tribunale indipendente e a un tribunale imparziale e con le relative garanzie<sup>48</sup>. Ciò non pare discutibile, atteso il fatto che la previa costituzione per legge rappresenta il fondamento dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice: proprio nella normativa nazionale che regola l'esistenza di un organo giudiziario, la sua competenza, la sua composizione, le incompatibilità e le modalità di riconsiliazione si ravvisa il punto di partenza di qualsiasi discussione successiva sull'indipendenza e l'imparzialità di tale organo.

Tuttavia, poco dopo e per due volte, la Corte qualifica nuovamente la previa costituzione per legge come *requirement* e lega quest'ultima all'indipendenza del potere giudiziario<sup>49</sup>.

Questo sembra alquanto curioso, per non dire contraddittorio. Da un punto di vista letterale, *requirement* non è un sinonimo di *stand-alone right*: il primo indica la componente di una realtà più ampia, un elemento richiesto affinché qualcos'altro venga a realizzazione, mentre la seconda espressione si riferisce a una situazione giuridica soggettiva meritevole di autonoma tutela<sup>50</sup>. È sicuramente vero che la Corte utilizza il termine *requirement* per riferirsi anche all'indipendenza e all'imparzialità del potere giudiziario; tuttavia, sembra corretto fare ricorso a esso nel caso in cui si stia guardando a costituzione per legge, indipendenza e imparzialità a partire da una prospettiva oggettiva, dunque ove le si consideri quali caratteristiche intrinseche del potere giudiziario, e non come diritti fondamentali del singolo.

A prescindere dalle considerazioni di ordine linguistico, su di un piano teleologico emerge che i giudici di Strasburgo hanno proceduto a una funzionalizzazione del *requirement* del tribunale costituito per legge. Infatti, la Corte parla di un oggetto e uno scopo dello stesso, che si identificano nella capacità degli organi giudiziari di svolgere le proprie funzioni al riparo da influenze indebite, nonché nella tutela dello Stato di diritto e del principio di separazione dei poteri<sup>51</sup>.

Dunque, la relazione molto stretta identificata prima dalla Corte diventa in seguito qualcosa di ben più importante, in quanto sembra potersi dire che il diritto a un tribunale indipendente e a un tribunale imparziale manifesta una forza centripeta che finisce per inglobare

---

<sup>47</sup> Si veda per esempio, nella parte in diritto della sentenza, la ricostruzione relativa alla giurisprudenza della Corte in materia. Il titolo del paragrafo recita *Scope of the requirement of a "tribunal established by law"*.

<sup>48</sup> *Guðmundur Andri Astráðsson c. Islanda* (GC), punto 231.

<sup>49</sup> Infatti, al punto 234, si legge "the examination under the "tribunal established by law" requirement must not lose sight of this common purpose and must systematically enquire whether the alleged irregularity in a given case was of such gravity as to undermine the aforementioned fundamental principles and to compromise the independence of the court in question". Al punto 246, la Corte sostiene: "the breach in question must be assessed in the light of the object and purpose of the requirement of a "tribunal established by law", namely to ensure the ability of the judiciary to perform its duties free of undue interference and thereby to preserve the rule of law and the separation of powers"

<sup>50</sup> Non a caso, nelle parti della sentenza dedicate alla ricostruzione dei fatti e della normativa nazionale, la Corte fa ricorso al termine *requirement* per riferirsi ai requisiti posti dalla legge islandese ai fini della selezione dei magistrati.

<sup>51</sup> In questo senso si veda anche la *Joint partly concurring, partly dissenting opinion of Judges O'Leary, Ravarani, Kucsko-Stadlmayer e Ilievski*, punti 18-20, 27.

la figura del tribunale costituito per legge fino a degradarlo da *stand-alone right* a mero requisito delle altre due figure.

Tuttavia, va ricordato che il ricorrente aveva lamentato la violazione dell'articolo 6 CEDU anche con riferimento alla mancanza di indipendenza e di imparzialità della Corte d'appello. Al riguardo, sia nella prima, sia nella seconda sentenza resa in questo caso, la Corte ha ritenuto che la questione fosse stata assorbita dalle considerazioni relative al tribunale costituito per legge. Quindi, ci si troverebbe di fronte a un elemento che confermerebbe la natura autonoma del diritto a un tribunale costituito per legge.

Alla luce di quanto sopra, è da ritenersi che si renda necessario un ulteriore chiarimento da parte della Corte EDU sulla questione se quello del tribunale costituito per legge si configuri come mero requisito del diritto a un tribunale indipendente e imparziale, e dunque la condanna avrebbe dovuto essere resa per la violazione di questo diritto, oppure come diritto a se stante, il che però implicherebbe l'esigenza di rivedere il modo – troppo stretto – con cui è stato costruito il rapporto tra le diverse figure.

#### **4. La giurisprudenza della CGUE sulla nozione di tribunale costituito per legge.**

La nozione di tribunale costituito per legge assume rilievo in due ambiti del diritto dell'Unione, concernenti, rispettivamente, il rinvio pregiudiziale e la tutela dei diritti fondamentali.

Storicamente, le prime affermazioni relative a questo concetto si ravvisano con riferimento ai criteri definiti da parte della CGUE al fine di stabilire se un'autorità sia qualificabile come organo giurisdizionale nazionale legittimato a sottoporre alla Corte stessa quesiti in via pregiudiziale<sup>52</sup>.

Al riguardo, tra l'altro, la CGUE richiede sia rispettato il requisito dell'origine o fondamento legale dell'organo, con riferimento al quale i giudici di Lussemburgo si sono limitati, nel corso del tempo, a verificare se sussista nell'ordinamento nazionale una previsione normativa che ne legittimi l'esistenza<sup>53</sup>. Il più delle volte, comunque, quest'aspetto, pur nominato tra quelli da cui la Corte parte per svolgere la propria analisi, non è fatto oggetto di un'analisi specifica<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Per una ricognizione sul tema, si rinvia a L. RAIMONDI, *La nozione di giurisdizione nazionale ex art. 234 TCE alla luce della recente giurisprudenza comunitaria*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 369 ss., B. NASCIMBENE, *Il giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 1675 ss., J. RODRIGUEZ MEDAL, *Concept of a Court or Tribunal under the Reference for a Preliminary Ruling: Who can Refer Questions to the Court of Justice of the EU?*, in *European Journal of Legal Studies*, 2015, p. 104 ss. e N. WAHL, L. PRETE, *The gatekeepers of Article 267 TFEU: On jurisdiction and admissibility of references for preliminary rulings*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 511 ss., nonché alla bibliografia citata in questi scritti.

<sup>53</sup> *Ex multis*, Corte giust., 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, ECLI:EU:C:1997:413, punto 25, 22 novembre 2012, causa C-136/11, *Westbahn Management*, ECLI:EU:C:2012:740, punto 28 e 8 giugno 2017, causa C-296/15, *Medisanus*, ECLI:EU:C:2017:431, punto 35.

<sup>54</sup> *Ex multis*, Corte giust., 19 aprile 2012, causa C-443/09, *Grillo Star Fallimento*, ECLI:EU:C:2012:213, punti 20-24, 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*, ECLI:EU:C:2014:2088, punto 20, 6 ottobre 2015, C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*, ECLI:EU:C:2015:664, punto 18, 16 febbraio 2017, causa C-503/15, *Margarit Panicello*, ECLI:EU:C:2017:126, punti 27-28, 20 settembre 2018, causa C-546/16, *Montte*, ECLI:EU:C:2018:752, punto 22 e 21 gennaio 2020, causa C-274/14, *Banco de Santander*, ECLI:EU:C:2020:17, punto 52.

Maggiore attenzione è stata prestata, invece, all'esigenza di indipendenza dell'organo di rinvio. Al riguardo, è stato chiarito che si tratta di una caratteristica intrinseca alla funzione giurisdizionale, la quale implica che l'autorità competente si trovi in posizione di terzietà rispetto alle parti della controversia<sup>55</sup>. Le sono propri due caratteri<sup>56</sup>: uno esterno, concernente la tutela del potere giudiziario nei confronti di pressioni o interventi provenienti da altri (*in primis*, il potere esecutivo), che andrebbero a incidere sulla decisione della controversia, da cui deriva l'esigenza di individuare idonee garanzie<sup>57</sup>, come per esempio per quel che riguarda l'inamovibilità del magistrato<sup>58</sup>; l'altro interno, attinente all'imparzialità dell'organo giudicante, dunque alla sua obiettività, all'equidistanza rispetto alle parti della controversia e ai loro interessi<sup>59</sup>.

Alla luce di ciò, l'ordinamento interno deve prevedere disposizioni relative a profili quali la composizione dell'organo e la nomina dei suoi componenti, la durata delle funzioni e le cause di astensione, di ricasazione e di revoca dei suoi membri<sup>60</sup>.

Vi è poi da considerare, quanto al tema in discussione, la dimensione soggettiva attinente alla tutela dei diritti fondamentali. Sotto questo punto di vista, si tratta di prendere in considerazione l'articolo 47, paragrafo 2, della Carta, inerente al diritto a un processo equo<sup>61</sup>. È riconosciuto, pertanto, pure il diritto a un giudice indipendente e imparziale costituito per legge.

Questioni inerenti alla nozione di tribunale costituito per legge sono state portate all'attenzione sia della Corte di giustizia, sia del Tribunale dell'Unione solo in tempi recenti. Entrambi gli organi hanno fondato la loro interpretazione sulla giurisprudenza della Corte EDU<sup>62</sup>, richiamandola ampiamente in forza degli articoli 47 e 52, paragrafo 3, della Carta<sup>63</sup>, e

---

<sup>55</sup> Corte giust., 30 marzo 1993, causa C-24/92, *Corbiau / Administration des contributions*, ECLI:EU:C:1993:118, punto 15 e 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, punto 36.

<sup>56</sup> Corte giust., 22 dicembre 2010, causa C-517/09, *RTL Belgium*, ECLI:EU:C:2010:821, punti 39-40 e *Margarit Panicello*, cit., punto 37.

<sup>57</sup> Si rinvia, *ex multis*, a Corte giust., 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllensperger e Atzwanger*, ECLI:EU:C:1999:52, punto 21 e 6 luglio 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson e Anderson*, ECLI:EU:C:2000:367, punto 36.

<sup>58</sup> Corte giust., 22 ottobre 1998, cause riunite C-9/97 e C-118/97, *Jokela*, ECLI:EU:C:1998:497, punto 20.

<sup>59</sup> *Abrahamsson e Anderson*, cit., punto 32.

<sup>60</sup> *Ex multis*, Corte giust., 14 maggio 2008, causa C-109/07, *Pilato*, ECLI:EU:C:2008:274, punto 24, 31 maggio 2013, causa C-175/11, *D. e A.*, ECLI:EU:C:2013:45, punto 97 e 9 ottobre 2014, causa C-222/13, *TDC*, ECLI:EU:C:2014:2265, punto 32.

<sup>61</sup> L'articolo 47, paragrafo 2, della Carta è sostanzialmente analogo, nella sua formulazione, all'articolo 6, paragrafo 1, CEDU. Al riguardo, nelle Spiegazioni relative alla Carta, si chiarisce che “nel diritto dell'Unione il diritto a un giudice non si applica solo a controversie relative a diritti e obblighi di carattere civile. È una delle conseguenze del fatto che l'Unione è una comunità di diritto come la Corte ha constatato nella causa 294/83, Parti ecologiste «Les Verts» contro Parlamento europeo (sentenza del 23 aprile 1986, Racc. 1986, pag. 1339). Tuttavia, fatta eccezione per l'ambito di applicazione, le garanzie offerte dalla CEDU si applicano in modo analogo nell'Unione”. Sulle Spiegazioni, V. SCIARABBA, *Le “spiegazioni” della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 59 ss., A. DI STASI, *Brevi osservazioni intorno alle “spiegazioni” alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, 2010, p. 425 ss. e N. LAZZERINI, *Considerazioni sul valore delle spiegazioni relative alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2010, p. 2 ss.

<sup>62</sup> Si veda, oltre alle sentenze richiamate subito *infra*, anche Trib., 13 dicembre 2012, causa T-199/11, *Strack / Commissione*, ECLI:EU:T:2012:691, punto 22.

<sup>63</sup> Come noto, l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta prevede che “laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La

concentrando la propria attenzione sui profili inerenti alla regolarità nella formazione del collegio giudicante. È stato riconosciuto che una ragione di contestazione non manifestamente infondata al riguardo costituisce un motivo di ordine pubblico, che dev'essere esaminato d'ufficio<sup>64</sup>. Ciò in quanto la procedura di nomina riflette le esigenze di indipendenza e imparzialità del potere giudiziario e per questo le disposizioni in materia devono essere rispettate rigorosamente<sup>65</sup>.

Da parte sua, la CGUE, confermando il percorso interpretativo fondato sulla giurisprudenza della Corte EDU, ha affermato in *Réexamen Simpson* che un'irregolarità commessa in occasione della nomina dei giudici comporta una violazione dell'articolo 47 della Carta, in particolare quando l'irregolarità sia di natura e gravità tali da generare un rischio reale che altri rami del potere, in particolare l'esecutivo, possano esercitare un potere discrezionale indebito che ponga in pericolo l'integrità del risultato al quale conduce il processo di nomina, così suscitando un dubbio legittimo nei singoli quanto all'indipendenza e all'imparzialità dei giudici interessati. Questo si verifica, secondo la Corte, qualora vengano in rilievo norme fondamentali che costituiscono parte integrante dell'istituzione e del funzionamento di detto sistema giudiziario<sup>66</sup>.

L'articolo 47 della Carta deve essere considerato anche alla luce del rapporto intercorrente tra esso e l'articolo 19, paragrafo 1, comma 2, del Trattato sull'Unione europea (TUE), che fa obbligo agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Al riguardo, la CGUE ha da tempo riconosciuto che si tratta di un principio generale di diritto dell'Unione europea, il quale concretizza il valore dello Stato di diritto posto all'articolo 2 TUE<sup>67</sup> e la dottrina ha identificato in esso un elemento sistemico dell'ordinamento dell'Unione<sup>68</sup>. Dunque, sotto questo punto di vista, eventuali questioni che si pongano per quel che riguarda la costituzione per legge degli organi di giustizia o la loro indipendenza o imparzialità non assumono rilievo con riferimento alla dimensione soggettiva della tutela dei

---

presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". Si avrà modo di parlarne meglio *infra*.

<sup>64</sup> Trib., 23 gennaio 2018, causa T-639/16 P, *FV / Consiglio*, ECLI:EU:T:2018:22, punto 66 e 19 luglio 2018, causa T-646/16 P, *Simpson / Consiglio*, ECLI:EU:T:2018:493, punto 45. Questa impostazione era già emersa in Corte giust., 1 luglio 2008, cause riunite C-341/06 P e C-342/06 P, *Chronopost e La Poste / UFEX e a.*, ECLI:EU:C:2008:375, punti 46-48, nella quale però la Corte ricollega i profili inerenti alla composizione dell'organo giudicante all'imparzialità dello stesso.

<sup>65</sup> *Simpson / Consiglio*, cit., punto 75.

<sup>66</sup> Corte giust., 26 marzo 2020, cause riunite C-542/18 RX-II e C-543/18 RX-II, *Réexamen Simpson/ Consiglio*, ECLI:EU:C:2020:232, punto 75.

<sup>67</sup> Ciò è avvenuto almeno a partire da Corte giust., 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, ECLI:EU:C:2018:117, sulla quale A. MIGLIO, *Indipendenza del giudice, crisi dello stato di diritto e tutela giurisdizionale effettiva negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, p. 421 ss. e M. PARODI, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European Papers*, 2018, p. 985 ss.

<sup>68</sup> Così M.E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par.1, TUE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 246. In generale sull'articolo 19 TUE, A. ARNULL, *The Principle of Effective Judicial Protection in EU Law: An Unruly Horse?*, in *European Law Review*, 2011, p. 51 e M. BONELLI, *Effective Judicial Protection in EU law: An Evolving Principle of a Constitutional Nature*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 35 ss.

diritti fondamentali, quanto alla dimensione oggettiva delle caratteristiche intrinseche del potere giudiziario.

Sembra opportuno ricordare anche le sentenze *A.K* e *A.B*<sup>69</sup>, nonostante la risposta data dalla CGUE in questi casi non sia fondata sulla nozione di tribunale costituito per legge, bensì su quella di indipendenza del potere giudiziario alla luce della connessione tra i due articoli ora ricordati. In queste, la CGUE ha ritenuto che il diritto dell'Unione osti a che controversie relative all'applicazione del diritto dell'Unione europea possano ricadere nella competenza esclusiva di un organo che non si configura come un giudice indipendente e imparziale. Tale situazione si verifica quando le condizioni oggettive nelle quali è stato istituito l'organo in parola, le sue caratteristiche e il modo in cui i suoi membri sono stati nominati siano idonei a generare dubbi legittimi, nei singoli, quanto all'impermeabilità di esso rispetto a elementi esterni, in particolare rispetto a influenze dirette o indirette dei poteri legislativo ed esecutivo. Ulteriormente, i dubbi possono riguardare la neutralità dell'organo rispetto agli interessi delle parti della controversia. Dunque, può verificarsi una mancanza di apparenza di indipendenza o di imparzialità tale da ledere la fiducia che la giustizia deve ispirare nei singoli in una società democratica. La verifica in concreto quanto alla sussistenza di tali situazioni spetta comunque al giudice del rinvio<sup>70</sup>.

## 5. Il caso *Republika*.

---

<sup>69</sup> Le due pronunce di cui ora si dirà si inseriscono nell'ambito dei ben noti problemi relativi alla crisi dello Stato di diritto in Polonia. Con specifico riferimento a questo tema, si vedano T.T. KONCEWICZ, *The Capture of the Polish Constitutional Tribunal and Beyond: of Institution(s), Fidelities and the Rule of Law in Flux*, in *Review of Central and Eastern European Law*, p. 116 ss., K. KOVÁCS, K.L. SCHEPPELE, *The fragility of an independent judiciary: Lessons from Hungary and Poland—and the European Union*, in *Communist and Post-Communist Studies*, 2018, p. 189 ss., W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019, A. FESTA, *L'Unione europea e l'erosione dello Stato di diritto in Polonia*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 145 ss. e S. GIANELLO, *La riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020, p. 489 ss. Per un'introduzione generale quanto alla crisi dello Stato di diritto nell'Unione, R. MASTROIANNI, *Stato di diritto o ragion di Stato? La difficile rotta verso un controllo europeo del rispetto dei valori dell'Unione negli Stati membri*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 605 ss., L. PECH, K.L. SCHEPPELE, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, p. 3 ss., O. PORCHIA, *Le respect de l'État de droit dans les États membres: la complémentarité des initiatives politiques et le rôle de la Cour de justice*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 769 ss., S. MARINAI, *Considerazioni in merito all'introduzione, "a Trattati invariati", di nuovi meccanismi per il rispetto della rule of law*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 69 ss. e U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 10 ss. Per una ricognizione relativa al valore dello Stato di diritto nel processo di integrazione europea, M.L. FERNANDEZ ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, The Hague-Boston, 1999, A. ARNULL, *The Rule of Law in the European Union*, in A. ARNULL, D. WINCOTT (eds.), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford, 2003, p. 239 ss., W. VAN GERVEN, *The European Union. A Polity of States and Peoples*, Stanford, 2005, p. 104 ss., K. LENAERTS, *The rule of law and the coherence of the judicial system of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1625 ss., A. RUGGERI, *Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno: simul stabunt vel simul cadent*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2020, p. 10 ss. e A. FESTA, *Lo stato di diritto nello spazio europeo*, Napoli, 2021.

<sup>70</sup> Corte giust., 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*, ECLI:EU:C:2019:982 e 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a. (Nomination des juges à la Cour suprême - Recours)*, ECLI:EU:C:2021:153. Sulla prima sentenza si può vedere M. KRAJEWSKI, M. ZIÓLKOWSKI, *EU judicial independence decentralized: A.K.*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1107 ss.

A seguito di una riforma costituzionale approvata nel 2016, la procedura di nomina dei giudici a Malta risulta alquanto complessa. Il potere di nomina spetta al Presidente della Repubblica, il quale agisce conformemente al parere del Primo ministro. La scelta deve ricadere, per quanto riguarda le giurisdizioni superiori, su soggetti che abbiano esercitato per almeno dodici anni, anche non continuativi, la professione di avvocato o di magistrato e, per quanto riguarda le giurisdizioni inferiori, su soggetti che abbiano esercitato, per un periodo continuativo o periodi cumulati di almeno sette anni, la professione di avvocato. Le candidature vengono valutate da parte del Comitato per le nomine in magistratura, presieduto dal Chief Justice e composto dal Procuratore generale, dall’Auditore generale, dal Commissario per le indagini amministrative (Ombudsman) e dal Presidente dell’ordine degli avvocati. Il Comitato svolge i colloqui ed esamina i candidati, prima di fornire un parere al Primo ministro sulla loro possibile nomina. Il Primo ministro non è tenuto a conformarsi al parere del Comitato. In tal caso, però, il Primo ministro o il Ministro della giustizia deve pubblicare in gazzetta ufficiale, entro cinque giorni, una dichiarazione in cui comunica la decisione di avvalersi di tale potere, esponendo le ragioni alla base di ciò. Egli deve altresì rendere una dichiarazione dinanzi alla Camera dei Deputati, spiegando parimenti le proprie ragioni<sup>71</sup>.

La Costituzione pone delle garanzie quanto all’indipendenza del potere giudiziario prevedendo che i giudici sia delle giurisdizioni superiori, sia delle giurisdizioni inferiori restino in carica fino al sessantacinquesimo anno d’età<sup>72</sup> e che competente in materia di responsabilità disciplinare sia il Comitato per i giudici e i magistrati. Tale organo, composto da tre membri della magistratura eletti da giudici e magistrati, non è soggetto alla direzione o al controllo di altri nell’esercizio delle sue funzioni<sup>73</sup>. Ulteriormente, per quanto riguarda i giudici delle giurisdizioni superiori, si stabilisce che possano essere rimossi dalla loro carica solo dal Presidente della Repubblica su mozione della Camera dei Deputati sostenuta dal voto favorevole di almeno due terzi dei membri e motivata dall’incapacità comprovata di esercitare le funzioni (a causa di malattia fisica o mentale, o per altre ragioni) o da una grave mancanza comprovata<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Articolo 96A e articolo 100 della Costituzione di Malta.

<sup>72</sup> Articolo 97, paragrafo 1, e articolo 100 della Costituzione di Malta.

<sup>73</sup> Articolo 101B della Costituzione di Malta.

<sup>74</sup> Articolo 97, paragrafo 2, della Costituzione di Malta. Con riferimento a questa riforma, ha avuto modo di pronunciarsi la Commissione di Venezia, la quale ha rilevato che fino al 2016 il Primo ministro poteva proporre chiunque ai fini della nomina. L’introduzione della valutazione a opera del Comitato per le nomine in magistratura rappresenta dunque un’innovazione positiva, la quale però pone due problemi. In primo luogo, il parere di questo Comitato non risulta vincolante. Stando a quanto affermato dalle autorità maltesi, ciò è stato fatto per evitare che il Comitato possa operare scelte discriminatorie, per esempio per ragioni di orientamento sessuale. Al riguardo, la Commissione di Venezia afferma che “achieving a gender balance and the prevention of discrimination are valid goals, but attributing discretion to the Prime Minister in judicial appointments is certainly not the appropriate way to achieve these goals” (European Commission for Democracy through Law, *Malta – Opinion on Constitutional Arrangements and Separation of Powers and the Independence of the Judiciary and Law Enforcement*, 14-15 December 2018, CDL-AD(2018)028, punti 38-39). In secondo luogo, la composizione del Comitato genera qualche dubbio, in quanto due membri sono nominati dal Parlamento (l’Auditore generale e l’Ombudsman), quattro possono essere revocati dal Parlamento (i due ora ricordati, il Chief Justice e il Procuratore generale) e solo uno non è scelto dal potere politico (il Presidente dell’ordine degli avvocati). Secondo le autorità maltesi, le ragioni di tale composizione sarebbero da identificare nelle dimensioni ridotte del potere giudiziario maltese (quarantaquattro membri, tra giudici delle giurisdizioni superiori e inferiori) e nell’esigenza di non lasciare le determinazioni in materia solo ed esclusivamente alla magistratura, assicurando il rispetto del sistema di *checks and balances* (*ivi*, punto 40). Per questi motivi, la Commissione di Venezia ha raccomandato, tra l’altro, che

La causa portata all'attenzione della CGUE trae origine da un'*actio popularis* proposta da Repubblica, un'associazione per la promozione della giustizia e dello Stato di diritto a Malta. L'*actio* mira a ottenere l'annullamento di tutte le nomine di giudici divenute effettive il 25 aprile 2019 e le nomine successive, se non effettuate nel rispetto delle disposizioni dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE e dell'articolo 47 della Carta<sup>75</sup>. Il Primo ministro di Malta, in veste di resistente, obietta che le nomine sono state effettuate nel rispetto della Costituzione e che il modello di nomina realizzato ricalca quello previsto per la scelta dei membri della Corte di giustizia dell'Unione.

Nutrendo il dubbio che la riforma costituzionale del 2016 possa aver rafforzato il potere discrezionale del Primo ministro, la Prima sezione del Tribunale civile, nella veste di Corte costituzionale di Malta, solleva tre questioni pregiudiziali dirette a stabilire, sostanzialmente, se il potere del Primo ministro nella procedura di nomina sia conforme agli articoli 19, paragrafo 1, comma 2, TUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali e, in caso di non conformità, se di ciò si debba tenere conto ai fini delle future nomine o anche ai fini delle nomine già intervenute.

Secondo l'Avvocato generale, il semplice fatto che i giudici siano nominati dall'esecutivo non determina una situazione di dipendenza tale da generare dubbi quanto all'indipendenza e all'imparzialità delle autorità giudicanti, a meno che "un determinato giudice sia stato invalidamente nominato e qualora tale irregolarità sia stata di una gravità tale da generare un rischio reale che [...] l'esecutivo possa in tal modo mettere in pericolo l'integrità del processo di nomina"<sup>76</sup>.

Richiamata la giurisprudenza della CGUE sulla nozione di indipendenza del potere giudiziario e, in particolare, la sentenza *AK*, l'Avvocato generale afferma che i giudici devono essere liberi da qualsiasi rapporto di subordinazione o di controllo gerarchico da parte del potere esecutivo o del potere legislativo e devono godere di garanzie effettive intese a sottrarli a siffatte pressioni esterne<sup>77</sup>.

Dunque, eventuali vizi nella procedura di nomina possono risultare contrari all'articolo 19, paragrafo 1, TUE soltanto se siano di natura e gravità tali da creare un rischio concreto che altri organi (*in primis*, l'esecutivo) possano esercitare "un potere discrezionale indebito attraverso una nomina contraria alla legge, mettendo così in pericolo l'integrità del risultato al quale ha condotto il processo di nomina (e suscitando quindi, a sua volta, un dubbio legittimo nei singoli quanto all'indipendenza e all'imparzialità dei giudici interessati)"<sup>78</sup>.

Alla luce della disciplina posta dalla Costituzione maltese con riferimento all'inamovibilità dei giudici, tranne che per i casi di incapacità o grave mancanza, al meccanismo previsto al fine di accertare l'eventuale responsabilità disciplinare e all'obbligo per il Primo ministro o il Ministro della giustizia di motivare la scelta difforme rispetto all'indicazione formulata dal Comitato, l'Avvocato generale conclude rilevando che l'articolo

---

almeno la metà dei componenti del Comitato sia scelta da e tra i giudici, che le proposte del Comitato siano formulate direttamente al Presidente della Repubblica e che risultino vincolanti nei suoi confronti (*ivi*, punto 44).

<sup>75</sup> Nonché delle raccomandazioni contenute nel parere della Commissione di Venezia.

<sup>76</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Hogan presentate il 17 dicembre 2020, causa C-896/19, *Repubblica*, ECLI:EU:C:2020:1055, punto 55, ove l'Avvocato generale richiama la già citata sentenza *Réexamen Simpson/ Consiglio*.

<sup>77</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Hogan, cit., punto 70.

<sup>78</sup> *Ivi*, punto 71.



19, paragrafo 1, TUE, interpretato alla luce dell'articolo 47 della Carta, non osta a disposizioni costituzionali che riconoscano al Primo ministro un ruolo nel processo di nomina dei giudici<sup>79</sup>.

Da parte sua, la CGUE ricorda che l'organizzazione della giustizia è materia di competenza nazionale, fermo il fatto però che gli Stati sono tenuti a rispettare gli obblighi di diritto dell'Unione rilevanti al riguardo, in particolar modo per quel che attiene alla tutela dell'indipendenza del potere giudiziario. Facendo riferimento alla propria giurisprudenza sul punto, la CGUE sottolinea che questo requisito è essenziale al fine del buon funzionamento del rinvio pregiudiziale, costituisce un aspetto fondamentale per quel che attiene al diritto a una tutela giurisdizionale effettiva e a un equo processo e rientra nell'ambito del principio dello Stato di diritto quale valore comune dell'Unione<sup>80</sup>.

Fondando il proprio ragionamento sui precedenti *A.K.* e *A.B.*, la Corte afferma che, affinché l'indipendenza – nonché l'imparzialità – del potere giudiziario possa essere garantita, devono esistere, in particolare, regole sulla composizione dell'organo, sulla nomina, sulla durata delle funzioni nonché sulle cause di astensione, di ricusazione e di revoca dei suoi membri, grazie alle quali fugare qualsivoglia dubbio legittimo quanto alla capacità dell'organo giudicante di resistere a pressioni esterne, soprattutto ove provenienti dai poteri legislativo ed esecutivo<sup>81</sup>.

Con riferimento alla questione posta dal giudice maltese, viene fatto presente che, prima del 2016, la normativa costituzionale in materia di nomina di giudici non era mai stata cambiata dalla sua adozione nel 1964, quando si prevedeva che spettasse al Primo ministro procedere alle nomine tenendo conto solo del requisito per cui i candidati a un posto di giudice dovevano soddisfare le condizioni previste dalla Costituzione. Quindi, l'adesione di Malta all'Unione europea è avvenuta, nel 2004, sulla base della disciplina precedente alla riforma. Questo dato assume rilievo, secondo la Corte, in quanto lo Stato che voglia entrare a far parte dell'Unione è tenuto a rispettare i valori dell'Unione e a continuare a conformarsi a essi. Pertanto, una regressione non è ammessa, anche per quel che riguarda la tutela dello Stato di diritto e, in particolare, delle garanzie di indipendenza dei giudici<sup>82</sup>.

A opinione della CGUE, la creazione del Comitato per le nomine in magistratura è idonea a rafforzare l'indipendenza del potere giudiziario, in quanto rende obiettivo il processo di selezione, contenendo il margine di manovra di cui dispone il Primo ministro. A sua volta, il Comitato vede tutelata la sua indipendenza da una serie di previsioni costituzionali relative alla sua composizione, alla sua autonomia e alla trasparenza delle sue decisioni, e anche nel caso in cui il Primo ministro non intenda conformarsi alle indicazioni del Comitato, comunque operano delle garanzie consistenti nel fatto di dover rendere pubbliche le proprie ragioni tramite una comunicazione alla Camera dei deputati e tramite una dichiarazione pubblicata nella gazzetta ufficiale. Pertanto, la CGUE esclude che l'articolo 19, paragrafo 1, comma 2, TUE, osti a disposizioni quali quelle dell'ordinamento maltese<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> *Ivi*, punti 82-83, 93. Quanto al parere della Commissione di Venezia, l'Avvocato generale ritiene che esso, per quanto basato su un'analisi raffinata abbia carattere essenzialmente politico, miri al raggiungimento di un sistema ideale e non abbia carattere dispositivo rispetto alla questione di legittimità ai fini dell'articolo 19, paragrafo 1, TUE (punto 88).

<sup>80</sup> Corte giust., 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblika*, ECLI:EU:C:2021:311, punti 48-51.

<sup>81</sup> *Ivi*, punti 53-54, 57-58.

<sup>82</sup> *Ivi*, punti 61-65.

<sup>83</sup> *Ivi*, 67, 71-73.

### 5.1. Alcune considerazioni sulla nozione di tribunale costituito per legge quale requisito del potere giudiziario e quale diritto fondamentale nell'ordinamento dell'Unione europea.

La risposta della CGUE stupisce per un dato: la mancanza di qualsivoglia riferimento alla nozione di tribunale costituito per legge. Infatti, la CGUE né richiama tale concetto, né tantomeno menziona la pronuncia della Corte EDU<sup>84</sup>. Al contrario, i giudici di Lussemburgo identificano il parametro ermeneutico di riferimento nell'indipendenza del potere giudiziario. Pare potersi parlare allora, anche in questo caso, di una intervenuta funzionalizzazione della costituzione per legge che, da un punto di vista oggettivo, può essere intesa non tanto come requisito in quanto tale degli organi giudiziari, bensì come requisito dell'indipendenza che è, a sua volta, requisito degli organi giudiziari.

Ciò non pone un problema quanto all'effettività della tutela giurisdizionale che deve essere garantita dagli organi statali ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, comma 2, TUE. Che si tratti di un requisito autonomo delle autorità giudiziarie o di un requisito di un ulteriore requisito è poco rilevante: comunque gli Stati membri saranno tenuti a provvedere al riguardo.

Tuttavia, si configura, questa, come un'impostazione che va a smorzare gli entusiasmi che erano sorti dopo le prime pronunce rese dalla CGUE con riferimento alla nozione di tribunale costituito per legge. L'emersione di un orientamento in materia era stata salutata con favore, in quanto le corti nazionali avrebbero potuto – e dovuto – procedere autonomamente nel valutare la loro natura di tribunali costituiti per legge, con conseguente loro rafforzamento nei rapporti con il potere legislativo e con il potere esecutivo. Inoltre, la Commissione europea avrebbe potuto avviare procedure d'infrazione per il mancato rispetto di tale requisito<sup>85</sup>.

Invece, la sentenza *Repubblika* frena quello sviluppo giurisprudenziale e, per quel che riguarda la dimensione oggettiva della costituzione per legge, riconduce tutto nel già noto alveo dell'indipendenza del potere giudiziario. Sarà dunque questo il dato che dovrà essere valorizzato tanto dalle corti nazionali, quanto dalla Commissione europea nell'ambito delle loro competenze<sup>86</sup>.

Quanto alla dimensione soggettiva, il tema non è affrontato in questa pronuncia. Viene però da chiedersi se anche il diritto a un giudice costituito per legge possa essere inglobato nel diritto a un giudice indipendente.

Per esigenze di coerenza interpretativa rispetto a quanto affermato da parte della Corte di giustizia con riferimento alla dimensione oggettiva in *Repubblika*, bisognerebbe dare risposta positiva; però, nella sentenza *Réexamen Simpson*, la Corte ha valorizzato tale autonoma figura

---

<sup>84</sup> Da parte sua, invece, l'Avvocato generale ha provveduto a un riferimento meramente ornamentale (conclusioni dell'Avvocato generale Hogan presentate il 17 dicembre 2020, cit., punto 80), pur concentrando poi la sua analisi sui profili di indipendenza del potere giudiziario.

<sup>85</sup> In questi termini, sia quanto alle corti nazionali, sia quanto alla Commissione europea, M. LELOUP, *The appointment of judges and the right to a tribunal established by law: The ECJ tightens its grip on issues of domestic judicial organization: Review Simpson*, in *Common Market Law Review*, p. 1156-1157.

<sup>86</sup> L'aspetto innovativo della sentenza è da identificarsi nell'affermazione del principio di non regresso rispetto al livello di tutela dei valori fondativi dell'Unione tramite la valorizzazione dell'articolo 49 TUE e, propriamente, degli obblighi di natura politica connessi all'adesione all'Unione. Tale previsione va ad aggiungersi così agli articoli 2 e 19 TUE, 267 TFUE e 47 della Carta dei diritti fondamentali quale previsione utilizzabile con riferimento alla tutela dello Stato di diritto. Al riguardo, M. LELOUP, *Repubblika: Anything new under the Maltese sun?*, in *Verfassungsblog*, 21 aprile 2021 e D. KOCHENOV, A. DIMITROVS, *Solving the Copenhagen Dilemma: The Republika Decision of the European Court of Justice*, in *Verfassungsblog*, 28 aprile 2021.

di diritto, anche attraverso il richiamo alla giurisprudenza della Corte EDU e, tra l'altro, alla prima delle due pronunce *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*. Dunque, dovrebbe riconoscersi la natura a se stante del diritto a un tribunale costituito per legge.

Ulteriormente, va notato che, nella stessa pronuncia, nell'interpretare l'articolo 47 della Carta, la CGUE ha posto in rilievo l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta.

Nelle Spiegazioni alla Carta, si chiarisce che tale previsione intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta stessa e la CEDU, con la conseguenza che, nell'interpretare la prima, si deve tenere conto della seconda, nonché dei protocolli a essa relativi e della giurisprudenza della Corte EDU. In questo modo, si arriva a individuare uno standard di tutela che opera quale soglia minima al di sotto della quale il diritto dell'Unione non può spingersi. Al contrario, è ammessa una protezione superiore nel contesto comunitario.

Dunque, questa previsione svolge, al tempo stesso, una funzione interpretativa e di *standard setting*, realizzando una forma di parallelismo interpretativo tra Carta e CEDU superabile solo *in melius* nell'ordinamento dell'Unione<sup>87</sup>.

Come detto in precedenza, il paragrafo 2 dell'articolo 47 corrisponde al paragrafo 1 dell'articolo 6 CEDU. Quindi, considerando quanto affermato dalla *Grande Chambre* della Corte EDU nella sentenza *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, bisognerebbe arrivare a concludere che il riconoscimento del diritto a un tribunale costituito per legge operato nel sistema CEDU varrebbe anche quale *minimum standard* per l'ordinamento dell'Unione europea<sup>88</sup>.

Sorge allora un problema quanto alla sostenibilità della scelta compiuta dalla CGUE nel ricondurre, sul piano oggettivo, la costituzione per legge nell'ambito dell'indipendenza del potere giudiziario.

## 6. Conclusioni.

Dall'analisi svolta *supra*, emergono più dubbi che certezze quanto alla nozione di tribunale costituito per legge. Nella giurisprudenza della Corte EDU, la dimensione soggettiva e la dimensione oggettiva di tale figura appaiono confuse e sovrapposte e sembra dunque necessario un ulteriore chiarimento da parte dei giudici di Strasburgo<sup>89</sup>. Quanto al test soglia,

---

<sup>87</sup> Parla di funzione ermeneutica, *standard setting* e parallelismo interpretativo N. LAZZERINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione*, Milano, 2018, p. 36. Sull'articolo 52, paragrafo 3, si vedano S. PEERS, S. PRECHAL, *Article 52 – Scope and Interpretation of Rights and Principles*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), cit., p. 1498 ss. e F. FERRARO, N. LAZZERINI, *Articolo 52*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 1062 ss.

<sup>88</sup> Si ribadiscono però in questa sede le critiche già mosse in precedenza al ragionamento svolto dalla Corte di Strasburgo: la ricostruzione di questa figura nella pronuncia relativa al caso islandese appare ambigua, in quanto basata – almeno, a opinione di chi scrive – su di una sostanziale confusione tra la dimensione oggettiva e soggettiva del tribunale costituito per legge. Dunque, le indicazioni della Corte EDU non appaiono adeguate al fine di chiarire la natura di questo concetto nell'ordinamento dell'Unione europea.

<sup>89</sup> A conferma di questo, si veda Corte EDU, 7 maggio 2021, 4907/18, *Xero Flor w Polsce sp. zo.o c. Polonia*, recentissima pronuncia con cui la Corte EDU ha riconosciuto la violazione del diritto a un tribunale costituito per legge con riferimento alle modalità di selezione di un membro della Corte costituzionale polacca. Nel confermare l'impostazione emersa in *Guðmundur Andri Ástráðsson* (GC) (anche per quel che riguarda il test soglia), la Corte, al punto 247, afferma: “Subsequently, the Court examined the interaction between the requirement that there be a “tribunal established by law” and the conditions of independence and impartiality. It noted that although the right to a “tribunal established by law” was a stand-alone right under Article 6 § 1 of the Convention, a very close interrelationship had been formulated in the Court’s case-law between that specific right and the guarantees of

pare potersi parlare della riproposizione in chiave più sistematica della pregressa giurisprudenza della Corte. Di conseguenza, non si condivide l'opinione di chi ritiene che sia stata aggiunto un ulteriore strumento utilizzabile nel contrasto alla crisi dello Stato di diritto in atto in Ungheria e in Polonia<sup>90</sup>.

Quanto alla CGUE, le prime indicazioni inerenti alla dimensione oggettiva del concetto in questione sembrano essere state superate dalla sentenza *Repubblika*, che ha ricondotto la costituzione per legge nell'ambito dell'indipendenza del potere giudiziario. L'evoluzione giurisprudenziale successiva sembra allora segnata e questo assume rilievo per quel che riguarda la causa pendente *Euro Box Promotion*, relativa alla composizione di certi collegi dell'Alta Corte di cassazione e di giustizia rumena. Nelle proprie conclusioni, nel delineare i caratteri di quella che chiama la garanzia del tribunale costituito per legge, l'Avvocato generale Bobek richiama ampiamente la giurisprudenza della Corte EDU e, in particolar modo, il test soglia definito nella sentenza *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, ponendolo in relazione di continuità con gli orientamenti della CGUE<sup>91</sup>. Alla luce della sentenza *Repubblika*, è da ritenere che questa lettura non sarà condivisa da parte dei giudici di Lussemburgo.

Con riferimento alla dimensione soggettiva del tribunale costituito per legge, sorge un duplice ordine di dubbi. Da un lato, ci si può chiedere se la riconduzione della costituzione per legge all'indipendenza del potere giudiziario – ancorché avvenuta sul piano oggettivo – renda coerente l'orientamento *Repubblika* con quello già emerso in *Réexamen Simpson* e sul quale, per esempio, fonda il proprio ragionamento l'Avvocato generale Tanchev nelle cause pendenti *W. Ż.* e *Prokurator Generalny (Chambre disciplinaire de la Cour suprême - Nomination)*, concernenti la nomina dei giudici della Corte suprema polacca<sup>92</sup>. Dall'altro, la scelta compiuta dalla CGUE nella sentenza *Repubblika* solleva delle perplessità se si guarda a essa, sul piano soggettivo, attraverso il prisma offerto dall'articolo 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali e prendendo in considerazione la sentenza *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda* della *Grande Chambre* della Corte EDU. Infatti, se nel sistema CEDU esiste un diritto a un tribunale costituito per legge, esso deve esistere anche nell'ordinamento dell'Unione. Un

---

“independence” and “impartiality”. The institutional requirements of Article 6 § 1 shared the common purpose of upholding the fundamental principles of the rule of law and the separation of powers. The Court found that the examination under the “tribunal established by law” requirement had to systematically enquire whether the alleged irregularity in a given case was of such gravity as to undermine the aforementioned fundamental principles and to compromise the independence of the court in question”. Quanto alla sentenza ora richiamata, si vedano M. SZWED, *What Should and What Will Happen After Xero Flor. The judgement of the ECtHR on the composition of the Polish Constitutional Tribunal*, in *Verfassungsblog*, 9 maggio 2021, J. JARACZEWSKI, *From boars to courts – the landmark ECtHR case Xero Flor v. Poland*, in *EU Law Live*, 11 maggio 2021 e M. COLI, *The judgment of the Strasbourg Court in Xero Flor v. Poland: The capture of the Polish Constitutional Court condemned by a European court, at last!*, in *Diritti comparati*, 1° luglio 2021.

<sup>90</sup> Così M. LELOUP, *Guðmundur Andri Ástráðsson: the right to a tribunal established by law expanded to the appointment of judges*, in *Strasbourg Observers*, 18 dicembre 2020, che afferma “the broadened interpretation of the right to a tribunal established by law also puts a new arrow in the quiver of the European courts against the rule of law backsliding that has taken place in Poland and Hungary”.

<sup>91</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek presentate il 4 marzo 2021, cause riunite C-357/19 e C-547/19, *Euro Box Promotion e altri*, ECLI:EU:C:2021:170, punti 137-138, 140.

<sup>92</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev presentate il 15 aprile 2021, causa C-487/19, *W. Ż. () e des affaires publiques de la Cour suprême – nomination*, ECLI:EU:C:2021:289, punto 65 e conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev presentate il 15 aprile 2021, C-508/19, *Prokurator Generalny (Chambre disciplinaire de la Cour suprême - Nomination)*, ECLI:EU:C:2021:290, punto 23. In entrambi i casi, l'Avvocato generale fa riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU e, in particolare alla sentenza *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda* della Grande Camera.

livello superiore di tutela potrà essere riconosciuto nell'ambito di quest'ultimo, però la soglia minima definita nel sistema CEDU deve essere rispettata.

Viene spontaneo chiedersi, allora, se il diritto a un tribunale costituito per legge possa essere ricompreso nel diritto a un tribunale indipendente e imparziale.

In caso di risposta positiva, bisognerebbe concludere che il diritto dell'Unione europea ha definito uno standard di tutela inferiore rispetto a quello emerso nel sistema CEDU ove – ferme le critiche sopra svolte – si riconosce la natura autonoma del diritto a un tribunale costituito per legge. Il che sarebbe in patente violazione dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta.

In caso di risposta negativa, quindi ove si distinguesse tra i due, dovrebbe domandarsi perché lo stesso non possa accadere quando si affronta la questione considerando la dimensione oggettiva della tutela giurisdizionale effettiva<sup>93</sup>.

Resta comunque il fatto che la nozione di tribunale costituito per legge si configura quanto mai come sfuggente ed elusiva e che entrambe le Corti, prima o poi, dovranno ritornare sul tema.

---

<sup>93</sup> Un possibile sviluppo ulteriore si sarebbe potuto avere nelle cause riunite da C-763/19 a C-765/19, relative alla nomina di alcuni giudici polacchi. Tuttavia, le questioni pregiudiziali sollevate al riguardo sono state ritirate ed è stata disposta la cancellazione delle cause dal ruolo della Corte (si veda Corte di giustizia, ordinanza del Presidente della Corte del 7 maggio 2020, cause riunite da C-763/19 a C-765/19, *D.S. e altri contro S.P. e altri*, ECLI:EU:C:2020:414).