



LA CHIUSURA DEL DIALOGO “GIUDICE A GIUDICE”
COME *EXTREMA RATIO* NELLA SENTENZA
L.G. c KRAJOWA RADA SADOWNICTWA

MIRIANA LANOTTE*

ABSTRACT: Until recently, it would have been tautological to say that the question of assessing independence did not arise when the preliminary ruling instrument was activated by a national judge: judges in the Member States were presumed to be independent. However, in the context of the rule of law backsliding, with the adoption of national laws aimed at undermining the guarantee of independence and making the judiciary subject not only to the law but also to the executive, the Court of Justice was obliged, in the *Getin Noble Bank* judgment, to limit this presumption in cases where there is a final judgment of a national court or of the ECHR which gives rise to a presumption of infringement of art. 19(1) TEU and art. 47 of the EU Charter. The *L.G.* judgment is a landmark decision, as it is the first time that the Court of Justice has overturned the “presumption of independence” on the grounds that the Polish Chamber for Extraordinary and Public Affairs cannot be considered a judicial body within the meaning of art. 267 TFEU, due to irregularities in the procedure for the appointment of its members. The aim of this *Insight* is twofold: firstly, to analyse the facts of the case, the context in which the reference is made, the arguments of the AG and the Court's decision, highlighting its new elements, especially in relation to ECHR jurisprudence; secondly, to examine the systemic impact of the judgment.

KEYWORDS: preliminary reference – inadmissibility – independence – rule of law – Court of Justice – ECHR.

I. INTRODUZIONE

Il 21 dicembre 2023 la Corte di giustizia ha pronunciato la sentenza relativa al caso *L.G. c Krajowa Rada Sądownictwa*, nella quale ha statuito l'irricevibilità della domanda pregiudiziale sollevata dal *Sąd Najwyższy (Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych)*, ovvero sia (d'ora in poi) dalla Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche polacca.¹

La sentenza *L.G.* rappresenta una pronuncia storica perché si tratta della prima occasione in cui la Corte di giustizia rovescia concretamente la “presunzione di indipendenza” di cui godono i giudici nazionali in ragione del fatto che la Sezione citata, a causa di irregolarità

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna, miriana.lanotte2@unibo.it.

¹ Causa C-718/21 *L.G. c Krajowa Rada Sądownictwa* ECLI:EU:C:2023:1015.



nella procedura di nomina dei componenti, non rispetta il requisito dell'indipendenza ex art. 19(1)(2) TUE, letto alla luce dell'art. 47 della Carta e, pertanto, non può essere considerata un organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Infatti, si deve osservare che prima della crisi della *Rule of Law* il problema dell'indipendenza nell'ambito del rinvio pregiudiziale si è principalmente posto quando l'organo remittente non faceva parte del sistema giudiziario ordinario di uno Stato membro, ovvero quando l'autorità che sollevava la questione era un soggetto "nuovo" nel dialogo con i giudici di Lussemburgo.² In questi casi la Corte ha operato un controllo rispetto al requisito dell'indipendenza che, spesso, è stato caratterizzato da un approccio ispirato all'idea – non scevra da critiche – di allargare la platea dei soggetti legittimati a sollevare rinvio pregiudiziale.³

Dunque, fino a poco tempo fa, sarebbe stato tautologico affermare che il problema della valutazione dell'indipendenza non si pone quando lo strumento pregiudiziale viene attivato da un giudice (giudicante e non requirente)⁴ posto che si "presume" che i giudici degli Stati membri siano indipendenti.⁵

Tuttavia, come afferma il Presidente della Corte di giustizia Koen Lenaerts, ciò che sembrava "incontestato e incontestabile" nell'ultimo decennio è stato posto sotto attacco.⁶ Si ricordi, sebbene il tema richiederebbe ben altro spazio, che l'approvazione di leggi nazionali volte a minare la garanzia dell'indipendenza e a sottoporre il potere giudiziario non più solo alla legge, ma al potere esecutivo, fa decadere, o meglio attenua sensibilmente, la presunzione in virtù della quale il giudice in uno Stato membro sia da considerarsi *di default* indipendente.⁷

² M Broberg, 'Preliminary References by Public Administrative Bodies: When are Public Administrative Bodies Competent to Make Preliminary References to the European Court of Justice?' (2009) EPL 207; G Butler, 'Independence of non-judicial bodies and orders for a preliminary reference to the Court of Justice' (2020) ELR 870.

³ L'atteggiamento "morbido" della Corte circa il requisito dell'indipendenza dell'organo giurisdizionale è stato più volte sottolineato dagli AG. Si pensi alla causa C-17/00 *De Coster* ECLI:EU:C:2001:366, conclusioni AG Ruiz-Jarabo Colomer, par. 14 e alla causa 54/96 *Dorsch Consult* ECLI:EU:C:1997:245, conclusioni AG Tesauro, par. 40 e, da ultimo, alla causa C-103/97 *Kollensperger e Atwanger* ECLI:EU:C:1998:433, conclusioni AG Saggio, par. 16 e 27. In dottrina, M Broberg e N Fenger, 'The European Court of Justice's Transformation of its Approach towards Preliminary References from Member State Administrative Bodies' (2022) CYELS 169.

⁴ Cause riunite C-74/95 e C-129/95 *X* ECLI:EU:C:1996:491 par. 18-19; e più di recente, causa C-66/20 *XK* ECLI:EU:C:2021:670. Su questa ultima sentenza A Rosanò, 'La Procura della Repubblica tra rinvio pregiudiziale ed esecuzione dell'ordine europeo di indagine penale: considerazioni relative alla causa XK' European Papers (European Forum Insight of 22 March 2022) www.europeanpapers.eu 1.

⁵ Causa C-132/20 *Getin Noble Bank S.A.* ECLI:EU:C:2022:235 par. 69. Per un commento, B Grabowska-Moroz, 'Judicial Dialogue about Judicial Independence in Times of Rule of Law Backsliding: Getin Noble Bank' (2023) CMLRev 796.

⁶ K Lenaerts, 'New Horizons for the Rule of Law Within the EU' (2020) German Law Journal 29.

⁷ *Ex multis*, per una panoramica completa e critica sul tema della *Rule of Law Backsliding* L Pech, 'The European Court of Justice's Jurisdiction over National Judiciary-Related Measures' (2023) Study - PE 747.368;

In questo scenario critico la Corte di giustizia, diversamente dall’approccio più restrittivo adottato nel caso *Banco De Santander*,⁸ aveva stabilito, nella sentenza *Getin Noble Bank*, un limite alla citata presunzione di indipendenza del giudice nazionale, e precisamente, del collegio giudicante in concreto appartenente all’organo giurisdizionale nazionale. In particolare, i giudici di Lussemburgo avevano ribadito in maniera più chiara che “laddove una domanda di pronuncia pregiudiziale promani da un organo giurisdizionale nazionale, si deve presumere che quest’ultimo soddisfi tali requisiti, indipendentemente dalla sua concreta composizione”.⁹ Sennonché, la Corte aveva aggiunto che siffatta presunzione può essere rovesciata, determinando così una “presunzione di non indipendenza”, qualora “una decisione giudiziaria definitiva emessa da un organo giurisdizionale nazionale o internazionale porti a ritenere che il giudice del rinvio non abbia la qualità di organo giurisdizionale indipendente, imparziale e precostituito per legge, ai sensi dell’art. 19, par. 1, secondo comma, TUE, letto alla luce dell’art. 47, secondo comma, della Carta”.¹⁰

La sentenza *L.G.* rappresenta il primo caso in cui siffatto ragionamento è stata applicato in concreto.

Pertanto, il presente contributo si prefigge un duplice obiettivo: da un lato, analizzare i fatti di causa, il contesto in cui il rinvio si inserisce, le argomentazioni dell’AG (v. sezione II) e la decisione della Corte, valorizzandone gli elementi di novità soprattutto nel rapporto con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo (v. sezione III); dall’altro lato, verificare l’impatto di sistema che tale pronuncia assume (v. sezione IV).

A Circolo, *Il valore dello Stato di diritto nell’Unione europea. Violazioni sistemiche e soluzioni di tutela* (Editoriale Scientifica 2023).

⁸ Causa C-274/14 *Banco de Santander* ECLI:EU:C:2020:17. Il rinvio pregiudiziale è stato effettuato nell’ambito di un ricorso presentato dal Banco de Santander SA contro un avviso di recupero emesso dall’Ispettorato tributario spagnolo. Il Banco de Santander ha presentato ricorso al Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), che ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte diverse questioni pregiudiziali. Sebbene la questione principale avesse ad oggetto l’interpretazione e/o la validità di varie decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato, il tema centrale e preliminare era la possibilità di concedere l’attribuzione della qualifica di “organo giurisdizionale” ai Tribunales Económico-Administrativos (d’ora in poi TEA) spagnoli, già, invero, esaminata e accordata dalla Corte nel caso *Gabalfrisa* (cause riunite C-110 e C-147/98 *Gabalfrisa and Others* ECLI:EU:C:2000:145 par. 39). In quest’ultima sentenza la Corte ha statuito che la normativa spagnola relativa ai TEA garantiva una separazione funzionale tra, da un lato, gli uffici dell’Amministrazione tributaria (incaricati della gestione, riscossione e liquidazione dell’imposta) e, dall’altro, i TEA, che statuiscono sui reclami proposti avverso le decisioni di detti uffici senza ricevere nessuna istruzione dall’Amministrazione tributaria. Pertanto, tali garanzie conferivano ai TEA la qualità di terzi rispetto agli uffici autori della decisione costituente l’oggetto del reclamo, nonché l’indipendenza necessaria per poter essere considerati come giurisdizioni, ai sensi dell’art. 267 TFUE. Diversamente in *Banco de Santander* la Corte di giustizia giunge alla conclusione opposta. In dottrina v. S Barbieri, ‘Il dilemma nel dialogo: indipendenza del giudice del rinvio e crisi dello Stato di diritto fra coerenza ed effettività’ (2022) Quaderni AISDUE 464.

⁹ *Getin Noble Bank S.A.* cit. par. 69.

¹⁰ *Ibid.* par. 72.

II. I FATTI DI CAUSA, IL CONTESTO IN CUI IL RINVIO SI COLLOCA E LE CONCLUSIONI DELL'AG

L'occasione per applicare quanto la Corte aveva statuito nella sentenza *Getin Noble Bank* è stata offerta dalla Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte Suprema polacca, che, con decisione del 20 ottobre 2021, ha sollevato un rinvio pregiudiziale di interpretazione dell'art. 19(1)(2) TUE.

La domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia – giunta dinnanzi alla Corte Suprema polacca – in cui L.G. impugnava la decisione di rigetto del KRS (Consiglio nazionale della magistratura polacco) relativa alla sua domanda di poter continuare a esercitare le funzioni di giudice oltre la “nuova” età di pensionamento prevista dalla legge di riforma dell'ordinamento giudiziario polacco.

Occorre fornire qualche ulteriore elemento di dettaglio per una maggiore comprensione del contesto in cui il rinvio pregiudiziale si colloca. In particolare, nel 2017, la Polonia aveva introdotto due leggi relative all'età pensionabile dei giudici (sia di quelli della Corte suprema, che di quelli ordinari). Con la legge polacca sulla Corte Suprema – la cui incompatibilità con il diritto dell'Unione europea è stata contestata e dichiarata nella causa C-619/18¹¹ – la Polonia aveva abbassato l'età pensionabile dei giudici in carica da 70 a 65 anni e concesso al Presidente della Repubblica il potere discrezionale di estendere il periodo di attività giudiziaria dei giudici di tale Corte oltre la nuova età pensionabile fissata.¹² Allo stesso modo, con la legge sui tribunali ordinari – anche essa oggetto di censura da parte della Commissione nella causa C-192/18¹³ – il legislatore polacco aveva previsto l'abbassamento dell'età di pensionamento della magistratura all'età di 60 anni per le donne e di 65 anni per gli uomini e l'attribuzione di un potere di proroga rispetto a tale pensionamento anticipato in capo al Ministro della Giustizia polacco, da esercitarsi discrezionalmente su richiesta dell'interessato.¹⁴

In virtù di questa ultima legge nazionale il giudice L.G. ha informato il KRS della sua volontà di continuare a esercitare le sue funzioni dopo il superamento della “nuova” età pensionabile. Tuttavia, con una risoluzione del 18 febbraio 2021, il KRS ha respinto la domanda di L.G., constatando che la dichiarazione di volontà del giudice era stata presentata dopo la scadenza del termine di prescrizione.¹⁵ Contro tale risoluzione L.G. ha

¹¹ Causa C-619/18 *Commissione c Polonia* ECLI:EU:C:2019:531. Per un'analisi si vedano P Bárd e A Sledzinska-Simon, 'On the Principle of Irremovability of Judges Beyond Age Discrimination: Commission v. Poland' (2020) CMLRev 1555.

¹² Legge 8 dicembre 2017 sulla Corte suprema.

¹³ C-192/18 *Commissione c Polonia* ECLI:EU:C:2019:924. Si legga per un commento, E Cimador, 'La Corte di giustizia conferma il potenziale della procedura d'infrazione ai fini di tutela della rule of law. Brevi riflessioni a margine della sentenza Commissione/Polonia (organizzazione tribunali ordinari)' (2020) Eurojus 60.

¹⁴ Legge del 12 luglio 2017 sui tribunali ordinari.

¹⁵ Il termine di prescrizione è previsto all'art. 69(1) della legge sull'organizzazione dei tribunali ordinari.

presentato ricorso al *Sąd Najwyższy* (Corte Suprema) e la Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche della Corte Suprema ha deciso di sospendere il procedimento e di sollevare un rinvio pregiudiziale.¹⁶

Nell'ambito delle sue osservazioni scritte, la Commissione ha immediatamente rappresentato taluni dubbi sullo *status* di «organo giurisdizionale», ai sensi dell'art. 267 TFUE, della Sezione di controllo straordinario, sostenendo che quest'ultima non soddisfaceva i requisiti derivanti dall'art. 19(1)(2) TUE, e, in particolare quello relativo all'esistenza di un organo giurisdizionale precedentemente istituito per legge. Tali perplessità derivavano, in particolare, dalle seguenti circostanze: *i*) il fatto che la nomina dei membri della sezione fosse avvenuta sulla base delle proposte contenute nella risoluzione n. 331/2018 (adottata il 28 agosto 2018 dal KRS), che, a seguito della sentenza nella causa *A. B. e a.*,¹⁷ era stata annullata dalla Corte suprema amministrativa polacca; *ii*) la circostanza (che emerge in particolare dalla sentenza della Corte di giustizia *W.Ż.*),¹⁸ in virtù della quale, al momento di tali nomine, la citata delibera era oggetto di ricorso dinanzi alla Corte suprema amministrativa polacca che, con ordinanza del 27 settembre 2018, ne aveva sospeso l'esecutività; *iii*) l'ulteriore fatto che, la Corte EDU, nella sentenza dell'8 novembre 2021 relativa alla causa *Dolińska-Ficek e Ozimek c Polonia*, aveva riscontrato che il processo di nomina della Camera in questione avesse violato il requisito di “tribunale costituito per legge” di cui all'art. 6(1) CEDU.¹⁹

Posta la decisione della Corte di giustizia di dichiarare irricevibile il rinvio, questa questione preliminare è divenuta unica e centrale.

Sul punto l'AG Rantos ha sostenuto, diversamente dalla Corte di giustizia, che la Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche poteva essere considerata una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 267 TFUE e che, di conseguenza, la Corte di giustizia era competente a rispondere alle questioni pregiudiziali.

In maniera chiara l'AG ha affermato che a differenza del famoso adagio che recita «l'abito non fa il monaco», nel contesto della valutazione del concetto di «giurisdizione» ex art. 267 TFUE, si può sostenere che “la toga faccia il giudice”.²⁰ Questo assunto secondo

¹⁶ Le questioni pregiudiziali, su cui la Corte però non si è espressa, erano le seguenti: *i*) se l'art. 19(1)(2) TEU osti a una disposizione di diritto nazionale, come quella prevista dall'art. 69(1) ter, prima frase, che subordina l'efficacia della dichiarazione di un giudice di voler continuare a esercitare le sue funzioni di giudice dopo il raggiungimento dell'età pensionabile all'autorizzazione di un'altra autorità; *ii*) se l'art. 19(1)(2) TUE osti a che una disposizione nazionale sia interpretata nel senso che la dichiarazione tardiva di un giudice di voler continuare a esercitare le sue funzioni di giudice dopo il raggiungimento dell'età pensionabile non produce alcun effetto, a prescindere dalle circostanze dell'inosservanza del termine e dall'importanza di tale inosservanza per il procedimento relativo alla concessione dell'autorizzazione a continuare a esercitare le funzioni di giudice.

¹⁷ Causa C-824/18 *A.B. e al.* ECLI:EU:C:2021:153.

¹⁸ Causa C-487/19 *W.Ż.* ECLI:EU:C:2021:798.

¹⁹ CtEDU *Dolińska Ficek and Ozimek v Poland*. App. n. 49868/19 e 57511/19 [8 novembre 2021].

²⁰ Causa C-718/21 *L.G. c Krajowa Rada Sądownictwa* ECLI:EU:C:2023:150, conclusioni AG Rantos, par. 26.

l'AG Rantos – similmente a quanto sostenuto dall'AG Bobek nelle conclusioni nella causa *Getin Noble Bank*²¹ e, ancora prima, dall'AG Tanchev nella causa *A.K.*²² – è giustificato dal fatto che l'esame del requisito dell'indipendenza va distinto a seconda della disposizione che viene in considerazione. Tale ragionamento – criticato dalla dottrina perché foriero di creare diversi *standard* di indipendenza a discapito della coerenza che invece dovrebbe caratterizzare siffatto requisito²³ – si basa sulla circostanza che gli art. 267 TFUE, 19(1), TUE, e 47 della Carta hanno finalità diverse e richiedono, di conseguenza, una analisi differente del requisito dell'indipendenza. In dettaglio, a differenza dell'art. 19(1)(2) TUE, che imporrebbe un esame di natura “sistemica” delle caratteristiche di un sistema giudiziario e dell'art. 47 della Carta che richiederebbe un esame di natura “pratica” e caso per caso per valutare l'esistenza di un rimedio effettivo nel caso di specie, l'art. 267 TFUE, riferendosi a una nozione di “giurisdizione” di natura “funzionale” volta a consentire di identificare gli organi nazionali che possono dialogare con la Corte, necessiterebbe di un esame di natura “formale”, condotto con riferimento all'organo stesso, e non con riferimento ai singoli membri dell'organo che ha proposto la domanda.²⁴

Ad abundantiam l'AG ha ricordato che il requisito dell'indipendenza è solo uno, nonché l'ultima, delle caratteristiche non cumulative che l'organo deve rispettare per essere definito giurisdizionale e che, dunque, l'indagine circa il rispetto di questo requisito va svolta alla luce anche degli altri elementi individuati dalla giurisprudenza della Corte.²⁵

III. LA SENTENZA DELLA CORTE: GLI ELEMENTI DI NOVITÀ

La Corte di giustizia, occupandosi della questione preliminare volta a valutare la ricevibilità del rinvio, ha applicato la regola (già ricordata) elaborata nel caso *Getin Noble Bank*.

Ne consegue che, posta la definitività delle due sentenze della CEDU²⁶ e della Corte Suprema amministrativa polacca,²⁷ entrambe attestanti la violazione del principio del tribunale precostituito per legge in relazione alla nomina del collegio della Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche, la Corte di giustizia – che ci tiene a specificare di essere l'“unica responsabile dell'interpretazione del diritto dell'Unione”²⁸ – ha ritenuto che essa non possiede lo *status* di organo giurisdizionale indipendente e

²¹ Causa C-132/20 *Getin Noble Bank S.A.* ECLI:EU:C:2021:557, conclusioni AG Bobek, par. 36-41.

²² Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18 *A.K.* ECLI:EU:C:2020:1053, conclusioni AG Tanchev, par. 111.

²³ S Barbieri, 'Il dilemma nel dialogo' cit. 468; M Fiscaro, 'La Corte di giustizia nella sala degli specchi: il principio di indipendenza giudiziaria tra art. 267 TFUE, art. 47 della Carta e art. 19 TUE' (2022) *Diritti umani e diritto internazionale* 388.

²⁴ *L.G. c Krajowa Rada Sądownictwa*, conclusioni AG Rantos, cit. par. 26.

²⁵ *Ibid.* par. 20.

²⁶ CtEDU *Dolinska Ficek and Ozimek v Poland* cit.

²⁷ Sentenza del Naczelny Sąd Administracyjny (Corte suprema amministrativa) del 21 settembre 2021.

²⁸ *L.G. c Krajowa Rada Sądownictwa* cit. par. 46.

imparziale previamente istituito dalla legge ai sensi dell'art. 19(1)(2) TUE, letto alla luce dell'art. 47(2) della Carta.

La sentenza merita di essere valorizzata per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo, la pronuncia rafforza il rapporto, definito dall'ex Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo Robert Spano, “simbiotico”, tra la Corte di giustizia e la Corte EDU in materia di tutela dello Stato di diritto,²⁹ e in particolare di indipendenza del giudice, e rappresenta un ulteriore e valido esempio di interazione e collaborazione tra le due Corti,³⁰ anche in ottica di una futura (si auspica non lontana nel tempo) adesione dell'Unione alla CEDU.³¹

Il rapporto simbiotico e reciproco si evince chiaramente da alcuni passaggi della sentenza *L.G.*, in cui la Corte di giustizia ha riportato testualmente – con annessi numeri di paragrafi – il ragionamento della Corte EDU sul diritto ad un “tribunale istituito per legge” svolto nella sentenza *Dolińska-Ficek e Ozimek c Polonia*. Si pensi al punto 47 in cui i giudici di Lussemburgo ricordano che secondo la giurisprudenza di Strasburgo il concetto di tribunale “istituito dalla legge” ai sensi dell'art. 6(1) della CEDU – il cui scopo è, tra l'altro, quello di proteggere la magistratura da qualsiasi influenza esterna impropria– comprende il rispetto delle norme nazionali che disciplinano la nomina dei giudici. Da ciò consegue che l'esame del requisito di “organo giurisdizionale costituito per legge” deve sistematicamente considerare se la presunta irregolarità in un determinato caso sia così grave da aver minato tali principi e compromesso l'indipendenza della corte o dell'organo giurisdizionale in questione.

Ancora, il rapporto di allineamento delle due Corti emerge anche dal punto 48 della pronuncia relativa al caso *L.G.* nella quale la Corte di giustizia sottolinea che la Corte EDU nella sentenza *Dolińska-Ficek e Ozimek c Polonia* per constatare la violazione ai sensi dell'art. 6(1) CEDU si è basata anche su diverse decisioni della Corte Suprema polacca adottate, a loro volta, in virtù della sentenza *A. K. e a.* della Corte di giustizia.³²

In secondo luogo, vale la pena di sottolineare che la Corte di giustizia, “prendendo in prestito” e condividendo le conclusioni della Corte EDU, rivela – anche se in sede di rinvio

²⁹ R Spano, 'The Rule of Law as the Lodestar of the European Convention of Human Rights: The Strasbourg Court and the Independence of the Judiciary' (2021) ELJ 211.

³⁰ Sul tema del dialogo tra Corte EDU e Corte di giustizia, si v., *ex multis*, K Lenaerts, 'The ECHR and the CJEU: Creating Synergies in the Field of Fundamental Rights Protection' (2018) prd-echr.coe.int; LS Rossi, 'I rapporti fra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU nella giurisprudenza delle rispettive Corti' (2020) I Post di AISDUE 41; I Anrò, 'Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza' (2020) *Federalismi* 109.

³¹ I Anrò, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali* (Giuffrè 2015); rispetto alla attuale ripresa dei negoziati si v. L Tomasi, 'L'interazione tra Corte EDU e Corte di giustizia e la ripresa dei negoziati per l'adesione dell'UE alla CEDU' (2023) *Federalismi* 1; E Di Franco e M Correia de Carvalho, 'Mutual Trust and EU Accession to the ECHR: Are We Over the Opinion 2/13 Hurdle?' *European Papers* (European Forum Insight of 22 January 2024) www.europeanpapers.eu 1221; N Bergamaschi, 'Prime considerazioni sul nuovo tentativo di adesione dell'Unione alla CEDU e sui suoi principali ostacoli' (2024) *Quaderni AISDUE* 1.

³² Cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18 *A. K. e a.* ECLI:EU:C:2019:982.

pregiudiziale e non di infrazione – le carenze specifiche dell'ordinamento polacco in materia di indipendenza in relazione alla Sezione di controllo straordinario e delle questioni pubbliche. Essenzialmente, le conclusioni (della Corte EDU) che la Corte di giustizia ha fatto proprie sono le seguenti: *i)* l'assenza di sufficienti garanzie di indipendenza (dal potere legislativo ed esecutivo) del KRS nella sua nuova composizione; *ii)* la circostanza che la nomina dei giudici interessati alla Sezione di Controllo Straordinario e Affari Pubblici, sulla base della Risoluzione n. 331/2018, era stata effettuata in violazione dei principi della separazione dei poteri e dell'indipendenza della magistratura, per cui tali giudici non potevano essere considerati indipendenti e imparziali; *iii)* il fatto che la nomina di quegli stessi giudici da parte del Presidente della Repubblica polacco fosse avvenuta nonostante l'esecutività della risoluzione n. 331/2018 fosse stata sospesa. Tale ultima circostanza, secondo i giudici di Lussemburgo, riflette una profonda negazione da parte del potere esecutivo dell'indipendenza e del ruolo della magistratura e dimostra che siffatte nomine erano deliberatamente finalizzate a impedire l'effettivo corso della giustizia.³³

Da ultimo, si deve valorizzare che la Corte prende in esame con la stessa dovizia di dettaglio anche la sentenza definitiva della Corte amministrativa polacca, così confermando, come aveva chiarito nella sentenza *A.K.*, il ruolo peculiare ed essenziale dei giudici comuni nella difesa dell'indipendenza del giudice. In particolare, la Corte avalla le statuizioni della Corte amministrativa polacca nella quali si afferma: *i)* che le modifiche apportate all'art. 44 della legge KRS nel 2017 e 2018 hanno reso inefficaci i rimedi precedentemente disponibili contro le delibere del KRS che proponevano candidati per la nomina a giudici della Corte suprema; *ii)* che le citate riforme legislative erano chiaramente tese a impedire a un giudice di esaminare se le nomine alla Corte suprema soddisfacessero i requisiti derivanti dall'art. 19(1)(2) TUE; *iii)* che il fatto che il mandato dei membri del KRS allora in carica era stato ridotto e la composizione di tale organo rimescolata, ha di fatto aumentato l'influenza del potere legislativo ed esecutivo sul sistema giudiziario.³⁴

Sembra allora che la Corte nella pronuncia *L.G.* sia riuscita a svolgere un esercizio (ben riuscito) di bilanciamento tra l'esigenza di non bloccare completamente il meccanismo del rinvio pregiudiziale e la necessità di mantenere uno *standard* accettabile di indipendenza. In altri termini, i giudici di Lussemburgo hanno cercato, sì, di mantenere aperto il dialogo con i giudici comuni, ma hanno stabilito la soglia oltre la quale il mancato rispetto dell'indipendenza produce necessariamente l'effetto di inabilitare il giudice nazionale a interloquire con la Corte di giustizia. Inoltre, la sentenza *L.G.*, ha creato un sistema – non tanto di dialogo – quanto di vera e propria collaborazione (attraverso l'uso delle sentenze) tra Corti nazionali ed europee, la cui funzione è quella di rispondere adeguatamente alle carenze sistemiche dell'indipendenza della magistratura.³⁵

³³ *L.G. c. Krajowa Rada Sądownictwa* cit. par. 48-51.

³⁴ *Ibid.* par. 56-59.

³⁵ Sul principio della leale cooperazione si v. autorevole dottrina F Casolari, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo delle crisi* (Editoriale scientifica 2020).

IV. CONCLUSIONI: LA VALUTAZIONE POSITIVA DELL'APPROCCIO *GETIN NOBLE BANK* DELLA SUA SUCCESSIVA APPLICAZIONE IN *L.G.*

La soluzione prospettata nella pronuncia *Getin Noble Bank* e attuata nel caso *L.G.* è stata considerata dalla dottrina come un "errore giuridico e strategico",³⁶ una "versione annacquata" dello *standard* di indipendenza previsto nella pronuncia *Banco de Santander*.³⁷

In particolare, la critica consiste nel fatto che la soluzione contraddice comunque la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia (e in particolare le sentenze *ASJP*³⁸ e *Banco de Santander*) nella misura in cui, sebbene nel caso di specie la Corte sia giunta a dichiarare il rinvio irricevibile, tale soluzione resta una eccezione che non copre tutti i casi in cui, in un contesto di crisi sistemica del valore dello Stato di diritto, un giudice possa essere non indipendente.³⁹

Seppure le preoccupazioni della dottrina possano risultare in parte condivisibili, la scelta dalla Corte di giustizia di rafforzare la presunzione di indipendenza e di limitarla solo in casi specifici sembra l'unica in grado di contemperare le diverse esigenze sia da un punto di vista giuridico che strategico.

In primo luogo, si deve osservare che i giudici di Lussemburgo nel ribadire la presunzione di non indipendenza non hanno creato nulla di nuovo, ma hanno solo reso esplicita una presunzione che era già immanente nel sistema dell'Unione europea. Tale presunzione non crea *standard* di indipendenza differenti, come, tra l'altro, la Corte sembra suggerire nella recente sentenza *NADA*.⁴⁰ In questa pronuncia, infatti, i giudici di Lussemburgo, dichiarando irricevibile la questione pregiudiziale sollevata dalla Commissione arbitrale austriaca competente in materia di lotta contro il doping (nel settore dello sport) per mancanza del requisito di indipendenza, cita entrambe le sentenze *ASJP* e *Banco de Santander*, cioè a dire che il requisito dell'indipendenza è unico e unitario (sia ai sensi dell'art. 267 TFUE che ex art. 19(1) TUE e 47 della Carta).⁴¹

Ne consegue che la presunzione di indipendenza è, invece, volta a garantire che l'ordinamento europeo continui a funzionare secondo quei principi essenziali di autonomia e completezza degli strumenti di tutela giurisdizionale e, pertanto, essa trova giustificazioni di natura ordinamentale da cui non si può prescindere, pena una regressione dello stesso processo di integrazione dell'Unione europea.

³⁶ B Grabowska-Moroz, 'Judicial Dialogue about Judicial Independence in Times of Rule of Law Backsliding' cit. 800.

³⁷ D Kochenov e P Bárd, 'Kirchberg Salami Lost in Bosphorus: The Multiplication of Judicial Independence Standards and the Future of the Rule of Law in Europe' (2022) JComMarSt 150.

³⁸ Causa C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* ECLI:EU:C:2018:117 par. 52.

³⁹ A von Bogdandy e L Dimitrios Spieker, 'Can Democracy be Restored as Quickly as it Can Be Dismantled?' (2024) Max Planck Research science magazine 14.

⁴⁰ Causa C-115/22 *NADA* ECLI:EU:C:2024:384.

⁴¹ *Ibid.* par. 30.

In secondo luogo, occorre sottolineare che, per ragioni di economia processuale, alla questione relativa la sussistenza del requisito dell'indipendenza *ex art. 267 TFUE* – in quanto procedurale e preliminare – non può che essere destinato uno spazio limitato. Se in ogni rinvio pregiudiziale, la Corte dovesse, sempre e in ogni caso, prima di risolvere la questione di merito (sempre che vi riesca), stabilire se il singolo giudice che sottopone la questione di interpretazione o validità sia o meno un organo indipendente, la “chiave di volta” del sistema diventerebbe uno strumento complesso, dai tempi lunghi, che non risponderebbe più alla sua vera funzione, ovvero quella di fornire al giudice comune una risposta che gli permetta di prendere una decisione utile alla risoluzione del caso nazionale.⁴²

In terzo luogo, occorre riflettere su un punto centrale: la necessità di garantire la tutela giurisdizionale effettiva dei soggetti. In altri termini, la domanda che ci si dovrebbe porre è: pur ammettendo che la Corte scegliesse di applicare un test sull'indipendenza approfondito tutte le volte in cui in un rinvio pregiudiziale si lamenti il difetto di indipendenza del giudice *a quo*, cosa succederebbe se iniziasse sistematicamente a precludere ai giudici nazionali, come eccezionalmente avvenuto in *L.G.*, di attivare lo strumento pregiudiziale? Ne deriverebbe, oltre che ad un isolamento (per ora parziale) dei collegi nazionali appartenenti a giurisdizioni nazionali in cui lo Stato membro è responsabile di violazioni sistemiche dei valori, anche una potenziale negazione della tutela giurisdizionale effettiva dei singoli soggetti. Infatti, qualora il rinvio pregiudiziale abbia ad oggetto un diritto del singolo derivante dal diritto dell'Unione, la risposta della Corte risulterebbe (ancor di più) dirimente e, si aggiunga, non solo per il caso di specie data l'efficacia *erga omnes* delle pronunce dei giudici di Lussemburgo. Perché se è vero che ogni soggetto ha diritto a che la sua causa sia esaminata da un tribunale imparziale e indipendente e pre-costituito per legge, è anche vero che il soggetto deve avere la possibilità di accedere alla giustizia e dunque, ai rimedi esperibili nell'ordinamento dell'Unione, tra i quali, evidentemente il rinvio pregiudiziale.

A tale ultimo proposito è utile ricordare che la Corte di giustizia nella causa *NADA* si è premurata di specificare che, anche quando l'autorità che solleva il rinvio non può essere considerata un organo giurisdizionale, tale circostanza non la dispensa “dall'obbligo di garantire l'applicazione del diritto dell'Unione nell'adozione delle proprie decisioni e di disapplicare, ove occorra, le disposizioni nazionali che appaiano contrarie a disposizioni del diritto dell'Unione dotate di effetto diretto, posto che, infatti, tali obblighi gravano su tutte le autorità nazionali competenti e non soltanto sulle autorità giurisdizionali”.⁴³ Tuttavia, è evidente che siffatto inciso oltre a ribadire l'ovvio, non colma il *vulnus* che viene a crearsi quando il giudice nazionale – e non un soggetto che non è inserito nell'organizzazione del sistema giudiziario nazionale (come nel caso *NADA*) – a causa della sua mancata indipendenza non può ottenere l'interpretazione del diritto dell'Unione da parte della

⁴² Parere 2/13 *Adesione dell'Unione europea alla CEDU* ECLI:EU:C:2014:2454 par. 176.

⁴³ *NADA* cit. par. 55.

Corte che, come noto, chiarisce a precisa il significato e la portata delle disposizioni europee e dunque anche di quelle contenenti i diritti dei singoli.⁴⁴

E allora, consapevole di muoversi in un campo minato dove qualsiasi soluzione presenta delle criticità – proprio perché si è in presenza di crisi sistemiche –, si ritiene che l'affermazione di un esame formale (per usare le parole dell'AG) di indipendenza ai sensi dell'art. 267 TFUE, ad eccezione dei casi in cui vi siano state sentenze definitive che accertino la violazione del requisito (come avvenuto nel caso *L.G.*), consenta quantomeno un vantaggio: far giungere alla Corte questioni che riguardano diritti dei singoli garantiti dal diritto UE.

Si aggiunga, inoltre, un ulteriore profilo che potrebbe essere sollevato come argomentazione critica rispetto all'approccio *L.G.*

In dettaglio, sebbene la Corte di giustizia si sia allineata alle sentenze della Corte di Strasburgo – come sottolineato nel paragrafo precedente e come alcuni autori hanno affermato⁴⁵ – la soluzione adottata potrebbe non porsi realmente in continuità con la giurisprudenza della Corte EDU violando, così, la presunzione *Bosphorus*.⁴⁶

Infatti, mentre la Corte di giustizia applica una presunzione di indipendenza del giudice nazionale “smentita” solo nei casi eccezionali, come quello di specie; la Corte di Strasburgo, nel valutare le violazioni dell'art. 6(1) CEDU,⁴⁷ come chiarito nella sentenza *Guðmundur Andri Ástráðsson c Islanda*,⁴⁸ ritiene che l'esame del requisito di “organo giurisdizionale costituito per legge” debba sistematicamente considerare se la presunta irregolarità in un determinato caso sia così grave da aver minato tali principi e compromesso l'indipendenza della corte o dell'organo giurisdizionale in questione.⁴⁹ Dunque, nel primo caso opera una presunzione di indipendenza salvo sentenza definitiva attestante il contrario, nel secondo caso, invece, si prevede che in presenza di irregolarità della nomina questa deve essere sempre valutata e indagata perché farebbe presumere la violazione dell'art. 6 CEDU e, quindi, la mancata indipendenza del giudice.

Tale potenziale critica potrebbe essere superata o almeno attenuata in virtù di due argomenti: uno fattuale e uno strettamente giuridico.

⁴⁴ Causa 61/79 *Denkavit italiana* ECLI:EU:C:1980:100 par. 16.

⁴⁵ M Fiscaro, ‘La sentenza *Krajowa Rada Sądownictwa* e i diversi volti dell'indipendenza giudiziaria nell'ordinamento dell'Unione europea’ (2024) Quaderni AISDUE 1.

⁴⁶ E Cannizzaro, ‘Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso *Bosphorus*’ (2005) *RivDirInt* 762; S Douglas-Scott, ‘Comment on *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, Application No. 45036/98, Judgment of the European Court of Human Rights (Grand Chamber) of 30 June 2005’ (2006) *CMLRev* 243.

⁴⁷ M Leloup, ‘Who Safeguards the Guardians? A Subjective Right of Judges to their Independence under Article 6(1) ECHR’ (2021) *EUConst* 27.

⁴⁸ CtEDU *Guðmundur Andri Ástráðsson c Islanda* App. n. 26374/18 [1 dicembre 2020]. Si legga, A Rosanò, ‘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’ (2021) *Eurojus* 38.

⁴⁹ P Bard e D Kochenov, *Kirchberg Salami Lost in Bosphorus* cit. 160.

In primo luogo, si deve dare atto che la *Rule of Law Backsliding* ha costituito un'occasione per un importante lavoro di allineamento – seppure bisognoso ancora di ulteriori interazioni – tra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo. Il “rapporto simbiotico” tra le due Corti è evidente, tanto, dalla “presa in prestito” da parte della Corte di giustizia di nozioni, (si pensi a quella di “carezza sistemica”)⁵⁰ o di metodi valutativi (si pensi al test di “apparenza di indipendenza”)⁵¹ utilizzati e conati dalla Corte di Strasburgo, quanto, dai continui e reciproci riferimenti nelle sentenze di entrambe le Corti alla loro giurisprudenza come dimostrato anche nel caso *L.G.*

Il secondo motivo riguarda, invero, i diversi compiti che le due Corti sono chiamate a svolgere. Mentre la Corte EDU ha come precipua finalità quella di salvaguardare i diritti fondamentali; la Corte di giustizia si trova, invece, a dover operare valutazioni più complesse che coinvolgono questioni di sistema che vanno bilanciate. Proprio per questo la Corte di giustizia non ignora le valutazioni svolte dalla Corte di Strasburgo, ma al fine di salvaguardare lo strumento pregiudiziale, afferma che le pronunce derivanti dall'ordinamento CEDU devono essere prese in considerazione e hanno effetti anche nell'ordinamento dell'Unione quando divengono definitive, come avvenuto poi nel caso *L.G.*

Sebbene il quadro risulti complesso e la decisione di chiudere il dialogo come *extrema ratio* non può che avere necessariamente conseguenze anche negative, si prende atto che lo schema “emergenziale” messo a punto dalla Corte di giustizia e la relazione “di alleanza” con la Corte di Strasburgo siano, in questo scenario, la migliore soluzione “di compromesso” a cui si potesse addivenire. D'altronde non si può biasimare la Corte di giustizia in relazione a tale approdo posto che spesso, in completa “solitudine”, ha dovuto (e ancora deve) far fronte a violazioni dei valori fondativi senza un reale supporto delle istituzioni politiche dell'Unione, quali la Commissione europea e il Consiglio, che avrebbero finanche adeguati strumenti per agire.

⁵⁰ M Lanotte, 'I criteri funzionali al riconoscimento di una “carezza sistemica o generalizzata” dei valori fondanti dell'Unione europea' (2022) Quaderni AISDUE 130.

⁵¹ A.K. cit. par. 128. Il test è stato elaborato dalla Corte di Strasburgo, CtEDU *Sramek c Austria* App. n. 8790/79 [22 ottobre 1984] par. 42.