

*L'independent and impartial tribunal established by law:  
una nuova portata precettiva per l'art. 6 CEDU  
(Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera,  
ric. n. 26374/2018, 1° dicembre 2020, Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland)\**

*di Nicholas Penati – Dottore in Giurisprudenza*

ABSTRACT: This paper aims to illustrate the theoretical and argumentative scheme followed by the European Court of Human Rights in the case of *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* (appl. n. 26374/2018, 1<sup>st</sup> December 2020) in declaring the violation of Art. 6 § 1 ECHR consequent to national practice adopted in the selection of appellate judges. With this sentence, the Court affirms, in first instance, that the expression “impartial tribunal established by law” encompasses, among others, the compliance with the rules of appointment, which must be followed in respect of the Rule of Law and separation of powers; secondly, the ECoHR adopts a three-step threshold test to verify if such a complaint can be encountered in the specific case. The case is of paramount importance because of the significant broadening of the spectrum of protection provided by Art. 6 ECHR, constituting a relevant precedent for the Court to declare similar violation in relation to the controversial reforms of judiciary system adopted by some Countries which ratified the Convention. In particular, in this paper it will be further analyzed the first application of the principles enucleated in the *Ástráðsson v. Iceland*, applied in *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland* (appl. n. 4907/2018, 7<sup>th</sup> May 2021) to declare the violation of Art. 6 § 1 in the appointment procedure of

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

Polish constitutional judges, and the possible similar application to other cases that have been submitted to or will possibly be raised in front of the Court.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I fatti pregressi ed il *background* normativo. – 3. Il caso di Guðmundur Andri Ástráðsson. – 4. Il giudizio della Corte EDU. – 4.1. La nozione di “tribunale costituito per legge”. – 4.2. Il *threshold* test della Grande Camera. – 5. Oltre la sentenza *Ástráðsson v. Iceland*: in particolare, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*.

## 1. Introduzione

Con sentenza emessa il 1° dicembre 2020, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo è tornata sul tema del diritto di ogni individuo ad ottenere che la *sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti*, come solennemente statuito dal primo paragrafo dell’art. 6 della CEDU.

L’oggetto della sentenza oggi in commento inerisce al relevantissimo tema della *rule of law*, concetto che costituisce una vera e propria chiave di volta nell’impianto normativo della *Convenzione*, inerente a tutti i suoi articoli<sup>1</sup>, e che rappresenta la “stella polare”<sup>2</sup> della giurisprudenza della Corte EDU.

In particolare, delle tre dimensioni in cui il principio stato declinato, il tema dell’indipendenza della magistratura inerisce alla dimensione “ibrida” della *rule of law*, in quanto è sia principio generale, *caratteristica del patrimonio spirituale comune degli Stati Membri del Consiglio d’Europa*<sup>3</sup> da cui l’intera *Convenzione* tra ispirazione<sup>4</sup>, sia elemento funzionale, ossia regola dal contenuto sufficientemente fisso<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *Selahattin Demirtaş v. Turkey* (n. 2), n. 14305/17, 22 dicembre 2020, §249.

<sup>2</sup> L’espressione è utilizzata in R. SPANO, *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary*, in *European Law Journal*, 2021, pp. 1-17. Cfr. anche la traduzione di M. Durante, apparsa in *Giustizia insieme*, <https://bit.ly/3fLYjon>.

<sup>3</sup> Così già in *Golder v. United Kingdom*, n. 4451/70, 21 febbraio 1975, §34.

<sup>4</sup> *Rozhkov v. Russia* (n. 2), n. 38898/04, 29 maggio 2017, §76, ma già in *Iliya Stefanov v. Bulgaria*, n. 65755/01, 22 maggio 2008, § 72.

<sup>5</sup> Tale natura tridimensionale della *rule of law* è delineata in R. SPANO, *op. cit.*, p. 5.

Di più, il delicatissimo tema deve essere declinato non soltanto da un punto di vista formalistico, mediante cioè la previsione per legge della disciplina del potere giudiziario (forme e modalità di nomina dei giudici, nonché norme in materia di rimozione, destituzione, promozione, responsabilità disciplinare...), ma anche sostanziale, ossia con l'incorporazione delle garanzie legali nelle attitudini e nelle pratiche quotidiane dell'amministrazione<sup>6</sup>: e ciò in virtù del ruolo peculiare assolto dal potere giudiziario, entro cui le guarentigie sono finalizzate a mantenere ferma la fiducia della società nei suoi riguardi<sup>7</sup>.

L'intervento operato in materia di procedure di selezione dell'organico giudiziario, infatti, richiede un contemperamento di diverse esigenze ed un bilanciamento di principi equamente rilevanti: terzietà, imparzialità, indipendenza, inamovibilità e certezza del diritto (*sub specie* della stabilità delle decisioni giudiziarie e della perfezione della *res iudicata*).

In questa sede, senza la pretesa di volere ricostruire organicamente l'intenso dibattito dottrinale in materia di indipendenza ed imparzialità del giudicante<sup>8</sup>, si vogliono approfondire in particolare le più recenti acquisizioni della giurisprudenza CEDU, e delle prospettive che esse hanno avuto e potranno avere nella prospettiva di un dialogo con la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e, più in generale, nella risposta alle tensioni che percorrono, nel presente, il quadro europeo in relazione al principio esaminato.

Da questo punto di vista, la sentenza oggi in commento, ampliando il precetto dell'art. 6, comma 1, CEDU, riconosce anzitutto come anche il rispetto delle procedure di nomina dei giudici costituisca fattispecie integrante il diritto ad un tribunale terzo ed imparziale, e, al contempo, che il requisito della "istituzione per legge" ammantati di tutela le procedure selettive dagli arbitrii degli altri poteri pubblici, *in primis* dell'Esecutivo.

La portata precettiva della pronuncia, come si dirà in conclusione, che ha avuto riscontro anche al di fuori della giurisprudenza di Strasburgo, è destinata a costituire un relevantissimo precedente per i numerosi ricorsi innanzi ad essa pendenti, aventi il medesimo oggetto.

Tra questi, una primaria attenzione va posta al caso *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, che si inserisce nell'ampio novero delle vicende scaturite a seguito delle controverse riforme

---

<sup>6</sup> Cfr. *Agrokompleks v. Ukraine*, n. 23465/03, 6 ottobre 2011, § 136.

<sup>7</sup> Si veda *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland*, n. 26374/18, 1° dicembre 2020, § 233.

<sup>8</sup> Tema sul quale la dottrina si è ampiamente spesa; cfr. tra i moltissimi, per l'ordinamento nazionale, si rinvia all'ampia disamina svolta in ZANON N., BIONDI F. (CUR.), *L'indipendenza della magistratura oggi*, A. Giuffrè Editore, Milano, 2020.

dell'ordinamento giudiziario intraprese in Polonia a partire dal 2015<sup>9</sup>, e portate all'attenzione non solo dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ma anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

È stato osservato<sup>10</sup>, infatti, che la tendenza dell'ordinamento polacco, ma anche ungherese, alla stabilizzazione di un sistema democratico illiberale<sup>11</sup> – quale sistema disattento ai principi liberali e costituzionali e tuttavia propenso a sottoporre il proprio consenso a periodiche verifiche elettorali – si sia precipuamente manifestata attraverso il sistematico ricorso a riforme in materia di giustizia, con previsioni relative al pensionamento anticipato dei giudici e con la variazione in senso politicizzato dei criteri di reclutamento ed immissione in servizio della nuova magistratura; in particolare poi in Polonia, limiti di ordine politico in ordine alla revisione costituzionale hanno comportato il conseguimento dell'obiettivo mediante interventi legislativi, negli interstizi della Carta fondamentale, in senso limitativo della indipendenza dei giudici apicali, *in primis* costituzionali, allo scopo di farne soggetti legittimatori del processo riformista<sup>12</sup>.

Per quanto qui interessa, preme sin d'ora evidenziare un dato storico. Sebbene, infatti, la sentenza *Ástráðsson v. Iceland* sia antecedente (1° dicembre 2020) alla recentissima *Xero Flor v. Poland* (7 maggio 2021), il ricorso da quest'ultima presentato (3 gennaio 2018) si colloca anteriormente rispetto a quello islandese (31 maggio 2018): tale successione temporale tradisce in maniera piuttosto evidente la scelta di *politica giudiziaria* effettuata dalla Corte di Strasburgo, mossa dall'intento di definire nella Grande Camera un caso, quale quello islandese, sicuramente meno controverso dell'omologo polacco, così da delineare uno schema teorico ed argomentativo di pronta applicazione nelle successive controversie vertenti sulle medesime violazioni dell'art. 6 CEDU, inaugurando sul punto un orientamento giurisprudenziale estensivo e di notevole rilevanza nell'inveramento delle tutele previste dalla Convenzione.

<sup>9</sup> Per una breve ma efficace rassegna sul punto, si veda N. CANZIAN, *Il principio europeo di indipendenza dei giudici: il caso polacco*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2020, pp. 465-476.

<sup>10</sup> Cfr. *Amplius* SAWICKI J., *L'Unione europea come argine all'erosione dello stato costituzionale di diritto. Ai margini di una comparazione complessa, e forse un po' ingrata*, in *costituzionalismo.it*, 3/2020, pp. 153-215.

<sup>11</sup> Sulla problematicità di questa espressione cfr. ZAKARIA F., *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 6/1997, pp. 22-43, e le considerazioni critiche di DALY T.G., *Illiberal Democracy: Time to Stop Using a Problematic Term?*, in *Percorsi costituzionali*, 2/2019, pp. 273-297.

<sup>12</sup> Cfr. CASTILLO-ORTIZ P., *The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe*, in *European Constitutional Law Review*, 15/2019, pp. 48-72.

## 2. I fatti pregressi ed il *background* normativo

La causa portata all'attenzione della Corte EDU origina da una vasta riforma del sistema giudiziario d'Islanda, effettuata a partire dal 2016, mediante l'introduzione di un grado intermedio di giudizio tra le prime cure, effettuate dalle *District Courts* ed il ricorso alla Corte Suprema. Il *Judiciary Act n. 50/2016*, infatti, ha introdotto nell'ordinamento islandese la *Court of Appeal*, composta di quindici giudici selezionati da un apposito *Evaluation Committee*, organo peraltro non ignoto al Legislatore di Reykjavík<sup>13</sup>.

La novella legislativa prevedeva la competenza della commissione in ordine al vaglio delle candidature, da sottoporre poi al Ministro della Giustizia, il quale sarebbe stato vincolato ai rilievi effettuati, salvo potersene discostare previa approvazione da parte del Parlamento (*Section IV (temporary provision)* del *Judiciary Act n. 50/2016*). In ogni caso, eventuali candidati scelti in autonomia dal Ministro, avrebbero dovuto rispettare i requisiti vagliati dall'*Evaluation Committee*, ed indicati all'art. 21 della medesima legge.

La procedura di selezione, svolta tra marzo e maggio 2017, ha portato a ritenere tutti i trentatré candidati dotati dei requisiti di legge, scegliendo tra questi i quindici reputati più qualificati. Sul punto, però, si è consumato l'attrito tra il Ministero e la commissione, che ha cagionato poi i fatti di causa.

Infatti, il Ministro della Giustizia non ha condiviso la scelta della commissione di valutare i candidati sulla base di dodici criteri, tutti considerati in eguale misura, e propendendo invece per attribuire maggiore peso alle trascorse esperienze in ambito giudiziario; secondariamente, rilevava una violazione della legge n. 10/2008 in materia di parità di genere. Da qui la scelta di sottoporre al Parlamento (*Althingi*), una lista di candidati parzialmente differente, composta di undici tra quanti scelti dall'*Evaluation Committee* e di altri quattro, originariamente scartati, nonostante la replica da quest'ultimo fornita in merito alle modalità adottate, secondo cui era prassi consolidata quella di

---

<sup>13</sup> L'introduzione di questa commissione, infatti, risale al *Judiciary Act n. 15/1998*: originariamente composto di tre membri (un Presidente, scelto dalla Corte Suprema, e due membri rispettivamente nominati dai giudici delle *district courts* e dall'Ordine forense islandese), era incaricato di vagliare le candidature per la nomina di giudice di primo grado; per effetto del *Judiciary Act n. 45/2010*, che ne ha ampliato la composizione (cinque membri, di cui due nominati dalla Corte Suprema ed uno eletto dal Parlamento), la competenza è stata altresì estesa alla selezione dei giudici della Corte Suprema e, da ultimo, con il *Judiciary Act n. 50/2016*, della nuova Corte d'Appello.

attribuire il medesimo peso a tutti i criteri di valutazione, e non vi era alcuna violazione della legge sulla parità di genere, in quanto questa trova applicazione solo in caso di parità tra più candidati.

Il successivo passaggio parlamentare, imposto dalla difformità tra le determinazioni della commissione e del Ministero, si è rivelato altresì controverso. Sentiti infatti il Presidente della commissione di valutazione ed il Ministro, durante i lavori del *Constitutional and Supervisory Committee*, la votazione finale in ordine alla validità della scelta operata dal Ministro è avvenuta entro la stretta separazione tra maggioranza e opposizione parlamentare, senza quindi il raggiungimento di un'intesa tra le forze politiche<sup>14</sup>. In particolare, l'opposizione ha sollevato dubbi sull'effettivo scrutinio operato nei confronti dei quattro candidati aggiunti dal Ministro, e lamentato la violazione del principio fondamentale di diritto amministrativo secondo cui la selezione dei funzionari pubblici deve avvenire esclusivamente sulla base del merito<sup>15</sup>. Approvata la lista dei candidati, essa è stata subito sottoposta al Presidente della Repubblica per la firma.

Il procedimento così descritto è stato fin da subito oggetto di controversie giudiziarie, da parte dei quattro candidati scelti dall'*Evaluation Committee* ed esclusi dalla lista ministeriale.

Ebbene, sulla base del principio già richiamato della esclusiva scelta per merito dei funzionari pubblici, la Corte Suprema, nella causa intentata da due dei candidati esclusi, ha statuito che il Ministro avrebbe dovuto condurre un'autonoma procedura valutativa dei quattro candidati propri rispetto a quelli espunti dal *report* della commissione di valutazione, e ciò in applicazione dell'art. 10 dell'*Administrative Procedures Act*<sup>16</sup>. Pur affermando, quindi, il vizio nella procedura seguita dal Ministro della Giustizia, e non sanata nella fase parlamentare, la Corte non ha disciplinato alcuna conseguenza sul punto, limitandosi a confermare il risarcimento del danno disposto dal giudice di prime cure in favore dei due ricorrenti.

---

<sup>14</sup> Ciò sia in commissione che nel voto in aula, dove la mozione dell'opposizione, volta a respingere *in toto* la lista ministeriale, è stata respinta per 31 voti contro 30.

<sup>15</sup> Il principio era stato enucleato dalla Corte Suprema con la sentenza n. 412/2010, peraltro vertente su una questione del tutto analoga al caso odierno: il Ministro della Giustizia aveva sollevato questioni in ordine alla selezione di giudici della *District Court* effettuata dall'*Evaluation Committee*; i supremi giudici avevano giudicato ammissibile la individuazione di figure alternative, purché effettuata sulla base di un procedimento valutativo trasparente e coerente. Ciò soprattutto in caso di nomina dei giudici, giacché il Ministro *non sceglie un funzionario posto sotto la propria autorità, ma un ufficiale appartenente ad un altro potere pubblico e soggetto a specifiche garanzie di indipendenza, ai sensi dell'art. 61 della Costituzione*.

<sup>16</sup> Il quale, laconicamente ma efficacemente, statuisce che: "*An authority shall ensure that a case is sufficiently investigated before a decision thereon is reached*".

### 3. Il caso di Guðmundur Andri Ástráðsson

Il caso particolare posto all'attenzione della Corte EDU origina da una vicenda giudiziaria tutt'altro che complessa: il signor Ástráðsson era stato condannato in primo grado per una violazione al codice della strada. Proposto appello al fine di ottenere una riduzione della pena, il collegio della neo-istituita Corte d'Appello risultava composto da uno dei giudici (A.E.) che erano stati presentati per l'approvazione parlamentare dal Ministro, e che era stato invece escluso dalla lista dell'*Evaluation Committee*: alla luce di questa circostanza, l'appellante proponeva istanza di ricusazione, sulla quale la Corte si pronunciava in senso sfavorevole, motivando che il giudice "*had fulfilled the general eligibility criteria for appointment, had been appointed for an indefinite term and had enjoyed independence in that post as guaranteed by the Constitution and the new Judiciary Act*".

La sentenza di merito in secondo grado veniva poi ricorsa alla Corte Suprema<sup>17</sup>, la quale, sul punto che qui interessa, statuiva che i vizi riscontrabili nella procedura di nomina attenessero sia all'assenza di una adeguata istruttoria ministeriale, sia alla fase del voto parlamentare, in quanto i candidati erano stati approvati "in blocco" e non con votazioni singole, come previsto dalla *temporary provision IV* del *Judiciary Act 2016*; tali vizi erano considerato tuttavia sostanzialmente irrilevanti, anche in considerazione della nomina avvenuta mediante atto del Presidente della Repubblica, idoneo ad assolvere il requisito formale e sostanziale di "legge", a norma del quale i soggetti scelti erano vincolati, nello svolgimento delle loro funzioni, alla sola legge e, pertanto, indipendenti.

Di fatto, quindi, la Corte argomenta affermando che, intercorso un vizio, peraltro non sostanziale, in una fase precedente alla sanzione della legge, esso risulta *ex post* sanato con efficacia retroattiva: per l'effetto, nel momento in cui i giudici nominati si trovavano a svolgere le proprie funzioni, non era ravvisabile alcuna violazione dell'art. 59 Cost. ("*l'organizzazione del potere esecutivo può essere disposta solo con legge*") né dell'art. 6 CEDU, sicché all'imputato non era stata preclusa la possibilità di giovare di un *fair trial*.

---

<sup>17</sup> La quale aveva invero già respinto il ricorso sulla ricusazione per questioni di rito.



#### 4. Il giudizio della Corte EDU

Nello svolgimento della motivazione, la Corte di Strasburgo evidenzia innanzitutto i confini del proprio *thema decidendum*: i supremi giudici islandesi, infatti, avevano già chiaramente affermato e riconosciuto la violazione delle norme procedurali nella fase della nomina, tra gli altri, di A.E., senza però interrogarsi se tale vizio costituisse un *flagrant breach of the relevant domestic rules* alla luce della giurisprudenza CEDU.

Per tale motivo, la Grande Camera deve pronunciarsi limitatamente alle *conseguenze* che il vizio nella nomina di A.E. hanno comportato nei riguardi del diritto dell'imputato in ordine al di lui diritto ad avere un processo innanzi ad un tribunale costituito per legge, a norma dell'art. 6, comma 1, CEDU.

##### 4.1. La nozione di “tribunale costituito per legge”

L'esame del ricorso fornisce anzitutto alla Corte di rifinire i principii, frutto di amplissima giurisprudenza, relativi alla nozione di “tribunale costituito per legge”. Alla tradizionalissima definizione di tribunale quale organo sostanzialmente caratterizzato dalla funzione giurisdicente, ossia chiamato a risolvere controversie sulla base di una competenza assegnata per legge e secondo una procedura altresì codificata, e caratterizzato da indipendenza (specialmente dall'Esecutivo) e imparzialità<sup>18</sup>, la Grande Camera evidenzia qui l'ulteriore requisito, connaturato nella definizione, della scelta dei giudici secondo requisiti di merito (§220). Requisiti da intendersi sia nel senso di

---

<sup>18</sup> Requisiti enucleati, tra le moltissime pronunce, in *Belilos v. Switzerland*, 29 aprile 1988. Si segnala, sul tema, la recente sentenza *Xhoxhaj v. Albania* (9 febbraio 2021, ric. n. 15227/19), nella quale la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla terzietà ed imparzialità di una commissione con potestà giurisdizionale ancorché non composta da magistrati finalizzata allo svolgimento di indagini sulla carriera della magistratura in un'ottica di contrasto alla corruzione, dichiarando infondata la violazione dell'art. 6, comma 1, CEDU, richiama espressamente i principii enucleati nella sentenza oggi in commento. In particolare, sottolinea come la nozione di “tribunale” sia da intendersi nel senso ampio di organo chiamato ad adottare una decisione sulla base di una procedura codificata, ed istituito secondo previsioni legali. Nel caso di specie, la *Independent Qualification Commission* e la *Special Appeal Chamber* (competente a decidere in via di gravame) erano state costituite con norma di dignità costituzionale (art. 179/b), i procedimenti disciplinati con la diretta applicazione del *Vetting Act* (legge anticorruzione), e dei Codici di procedura civile ed amministrativa, e le modalità di elezione disciplinate con legge (mediante sorteggio), rispettate in fase applicativa. Pertanto, nessuna violazione dell'art. 6, comma 1, CEDU, poteva riscontrarsi, né in ordine all'istituzione degli organi giurisdizionali, né in ordine all'elezione dei componenti né, infine, alla disciplina organizzativa e funzionale.



competenza professionale che di integrità morale, e che debbono essere tanto maggiori quanto più apicale è il tribunale all'interno del sistema giudiziario nazionale.

L'espressione "costituito per legge", poi, non comprende solamente il sostrato normativo che fonda la legittimazione del tribunale ad operare in termini di giurisdizione e/o competenza, ma si estende altresì alla disciplina della nomina dei giudici, in quanto conseguenza applicativa dello scopo del requisito della costituzione per legge, da ricercarsi nella primaria esigenza di tutelare il Giudiziario da ingerenze esterne, *in primis* dell'Esecutivo. Coerentemente, in prospettiva comparata, la Corte osserva che in diciannove ordinamenti, tra i quaranta presi in riferimento tra gli aderenti alla Convenzione, nel requisito in parola è espressamente ricompreso in via legislativa il rispetto delle procedure di nomina (§151).

#### **4.2. Il threshold test della Grande Camera**

La Corte riconosce, tuttavia, che ritenere un tribunale non "costituito per legge" abbia gravi conseguenze in ordine ai principi di certezza del diritto ed inamovibilità dei giudici, che devono essere debitamente rispettati in considerazione dello scopo primario che mirano a perseguire.

Pertanto, essa entra nel vivo di un'argomentazione che sviluppa sulla base di test tripartito, articolato sui seguenti criteri:

a. Anzitutto, la violazione lamentata dal ricorrente deve essere manifesta. Per consolidata giurisprudenza, la Grande Camera ha riconosciuto tale valutazione alla competenza delle corti nazionali, discostandosene solamente allorché essa sia *flagrant* (arbitraria o manifestamente irragionevole). Nel caso di specie, la giurisprudenza della Corte Suprema, in esito ai giudizi di cui si è riferito *supra*, ha pacificamente affermato esservi stata una manifesta violazione di legge.

b. Secondariamente, si richiede che tale manifesta violazione abbia carattere sostanziale, ossia, nel caso in parola, risulti idonea ad incidere concretamente sulla capacità del Giudiziario di agire senza interferenze di altri poteri pubblici, preservando la *rule of law* e la separazione dei poteri. Ebbene, sul punto, la Corte afferma che la *ratio* delle ripetute riforme legislative intercorse a partire dal 2010 è stata quella di affrancare sempre di più il Giudiziario dal controllo dell'Esecutivo, a partire dalla nomina dei giudici: ciò mediante

l'istituzione dell'*Evaluation Committee* ed il conferimento di una potestà vincolante nei riguardi del Ministro della Giustizia, il quale ha visto progressivamente ridursi la propria discrezionalità, sempre subordinata, a norma dell'art. 10 dell'*Administrative Procedures Act*, al compimento di un'approfondita istruttoria e valutazione. La Grande Camera ravvisa due vizi:

- i. Un primo, nella procedura seguita dal Ministro della Giustizia, come già rilevato dalla Corte Suprema islandese, in quanto totalmente avulsa dalle disposizioni e principi del diritto amministrativo nazionale<sup>19</sup>: i giudici di Strasburgo rilevano infatti che la scelta di prediligere l'esperienza professionale è stata comunque effettuata arbitrariamente su quattro dei complessivi trentatré candidati, escludendone anche taluni più qualificati (§264).
- ii. Un secondo, durante l'*iter* parlamentare, in quanto, da un lato, esso si è svolto senza che il Legislatore fosse adeguatamente informato delle scelte del Ministro, e in secondo luogo, poiché avvenuto in palese violazione della *temporary provision IV*, ossia mediante votazione la lista di candidati, così come rimaneggiata dal Ministro, "in blocco" e non per singolo candidato, per decisione – suggerisce la Corte – che sembra motivata da scelte eminentemente politiche.
- c. Infine, occorre verificare le conseguenze che le Corti traggono dall'accertamento delle manifeste e sostanziali violazioni del diritto nazionale. A riguardo, la *Convenzione* impone alla Corte EDU un criterio di sussidiarietà nella supervisione del rispetto dei contenuti del trattato, rispetto alle Parti contraenti (§250). Pertanto, in linea di principio, la Grande Camera si rimette all'interpretazione ed applicazione del diritto nazionale effettuato dai Tribunali, che devono applicare la giurisprudenza convenzionale una volta acclarata la violazione di legge: il potere "correttivo" della Corte opera, pertanto, allorché il bilanciamento effettuato dai giudici nazionali addivenga ad esiti iniqui, come è nel caso di specie.

Ebbene, i giudici di Strasburgo osservano come la Corte Suprema islandese non abbia correttamente bilanciato l'esigenza di garantire la certezza del diritto con il rispetto del principio sancito dall'art. 6, comma 1, CEDU: essa ha infatti incentrato la propria argomentazione

---

<sup>19</sup> La già menzionata necessità di condurre un'istruttoria formale, nonché il principio di preferenza per merito.

sull'intervenuta nomina, da parte del Presidente della Repubblica, dei giudici ricusati per vizi di nomina, che avrebbe di per sé sola sanato la procedura selettiva. Se, da un lato, la Corte EDU non solleva questioni in ordine alla validità, almeno *formale*, della nomina, in quanto questione di mero carattere nazionale, tuttavia evidenzia che l'*iter* ad essa precedente risulta *sostanzialmente* viziato al punto da contravvenire al diritto al "tribunale costituito per legge".

**5. Oltre la sentenza *Ástráðsson v. Iceland*: in particolare, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland***

Come si diceva nelle premesse, la sentenza in commento costituisce una pronuncia di primaria importanza in quanto amplia la portata precettiva dell'art. 6, comma 1, della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in relazione al diritto dell'individuo ad essere giudicato da un "tribunale costituito per legge".

Infatti, oltre ai già consolidati requisiti dell'instaurazione dell'organo giudicante su base legale, e della previsione per legge di norme sulla giurisdizione e competenza, tale diritto ricomprende ora anche il rispetto delle norme per la selezione dei giudici, ponendo alle corti nazionali l'ulteriore onere di verificare che i propri componenti, o i componenti dei tribunali gerarchicamente inferiori, siano stati correttamente nominati secondo legge.

La pronuncia, tuttavia, non si spinge a statuire le conseguenze della violazione: rimettendo infatti l'applicazione allo Stato, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri, la Corte afferma che, per l'effetto, non discende l'onere di riaprire tutti i procedimenti simili a quello del ricorrente, facendo salva la *res iudicata* in conformità alla legge islandese. È onere delle Corti, pertanto, bilanciare il rispetto del principio di cui all'art. 6 CEDU all'esigenza di certezza e stabilità del diritto.

Al di là del caso di specie portato all'attenzione della Corte, la sentenza riveste una duplice rilevanza "esterna": quanto al rapporto simbiotico tra la giurisprudenza della Corte EDU e quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nonché in relazione alle controversie attualmente pendenti innanzi ai Giudici di Strasburgo e vertenti sulla medesima materia, assumendo particolare rilievo le questioni sorte a seguito delle recenti controverse riforme del sistema giudiziario polacco, ungherese o georgiano.

È infatti agevole evidenziare, anzitutto, come la giurisprudenza comunitaria in punto di diritto ad un tribunale terzo, imparziale e precostituito per legge (art. 47 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, letto in combinato disposto con gli artt. 2 e 19 TUE<sup>20</sup>) sia stata elaborata con chiaro riferimento ai precedenti della Corte EDU: emblematico, ma anche problematico, è il caso della recente sentenza *A.K. v. Krajowa Rada Sądownictwa* e *CP e DO v. Sąd Najwyższy*, nn. C-585/18, C-624/18 e C-625/18, 19 novembre 2019, nella quale la CGUE riconosce apertamente il debito nei confronti della Corte di Strasburgo<sup>21</sup>.

Infatti, la Corte di Lussemburgo arriva a formulare un *independence test* (in dottrina chiamato anche *A.K. Test*), articolato secondo quattro criteri, ossia a) le condizioni nelle quali è stato creato l'organo, b) le caratteristiche del medesimo, c) la capacità di resistere alle influenze esterne e, per quanto qui interessa, d) le modalità con le quali sono stati nominati i membri<sup>22</sup>.

Del resto, è evidente che il sostrato normativo comune implichi una necessaria dimensione dialogica tra le due Corti<sup>23</sup>, rinvenibile anche nella sentenza *E. Simpson v. Consiglio dell'Unione Europea* e *H.G. v. Commissione europea*, ricc. riuniti nn. C-452/18 RX-II e C-453/18 RX-II, 26 marzo 2020, ove, in un caso simile a quello sollevato da Ástráðsson, l'argomentazione ivi svolta al fine di ricomprendere nella portata dell'art. 47 della Carta la tutela contro le inique procedure di nomina dei giudizi richiama espressamente il precedente della Corte EDU oggi in parola (in

<sup>20</sup> La comune *ratio* ispiratrice delle fonti comunitarie e della Convenzione è riconosciuta già nella sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses v. Tribunal de Contas*, n. C-64/16, 27 febbraio 2018, nella quale si legge espressamente: “il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione, cui fa riferimento l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, costituisce, infatti, un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e che è attualmente affermato all'articolo 47 della Carta” (§35). Più dettagliatamente, sul tema delle norme parametro comunitarie, si veda N. CANZIAN, *op.cit.*, spec. p. 470.

<sup>21</sup> “Secondo costante giurisprudenza di detta Corte, al fine di determinare se un organo giurisdizionale possa essere considerato «indipendente» ai sensi del suddetto articolo 6, paragrafo 1, occorre fare riferimento, segnatamente, alle modalità di nomina e alla durata del mandato dei suoi membri, all'esistenza di garanzie contro il rischio di pressioni esterne e al fatto se l'organo di cui trattasi appaia indipendente” (cfr. *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*, nn. 55391/13, 57728/13 e 74041/13, 6 novembre 2018, §144).

<sup>22</sup> Cfr. *funditus* sul punto FILIPEK P., *Only a Court Established by Law Can Be an Independent Court*, in *VerfBlog*, 23 gennaio 2020; KRAJEWSKI M., *The AG Opinion in the Celmer Case: Why the Test for the Appearance of Independence is Needed*, in *VerfBlog*, 05 luglio 2018; KRAJEWSKI M., ZIÓLKOWSKI M., *EU judicial independence decentralized: A.K.*, in *Common market law review*, 4/2020, pp. 1107-1138; MAZZURI J., *Su alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'UE: fra perfezionamento di un modello internazionale di indipendenza della magistratura e tentativi di riforma del CSM italiano*, in *DPCEonline*, 1/2020, pp. 967-978; ZIÓLKOWSKI M., *Two Faces of the Polish Supreme Court After “Reforms” of the Judiciary System in Poland: The Question of Judicial Independence and Appointments*, in *European Papers*, 2 giugno 2020.

<sup>23</sup> Cfr. R. SPANO, *op. cit.*, p. 13.

particolare, la sentenza di primo grado, emessa il 12 marzo 2019, ma interamente confermata anche nell'impianto argomentativo dalla Grande Camera nel dicembre 2020)<sup>24</sup>.

In secondo luogo, come si diceva, la decisione in parola è destinata a produrre effetti anche in relazione ai ricorsi sollevanti innanzi alla medesima Corte europea dei diritti dell'uomo, sempre in relazione alle recenti e contestate riforme giudiziarie intervenute in Polonia, Ungheria<sup>25</sup> e Georgia.

In Polonia, in particolare, numerosi sono stati gli interventi del Legislatore volti a modificare l'organizzazione del potere Giudiziario in maniera tale da accrescere l'ingerenza del Governo, ma anche del Parlamento medesimo, nelle procedure di nomina e revoca dei togati<sup>26</sup>.

In particolare, si segnala che pendono attualmente innanzi alla Corte EDU ricorsi che presentano numerosi tratti in comune e punti di contatto con la sentenza *Ástráðsson v. Iceland*: si vedano ad esempio *Sobczyńska & others v. Poland*, nn. 62765/14, 62769/14, 62772/14 e 11708/18, promossi contro il veto presidenziale alla nomina di taluni giudici, effettuato nonostante il parere positivo del *National Council of the Judiciary*, avverso il quale sia il Tribunale amministrativo che la Corte costituzionale polacca hanno denegato la propria competenza<sup>27</sup>, ovvero *Reczkowicz & others v. Poland*, nn. 43447/19, 49868/19 e 57511/19, con la quale è lamentata la violazione dell'art. 6 CEDU in relazione alla Sezione disciplinare della Corte Suprema, composta da membri scelti dal Consiglio Superiore della Magistratura che, dopo la riforma del 2017, è interamente eletto dal Parlamento nazionale, anche nella composizione togata.

<sup>24</sup> *E. Simpson v. Consiglio dell'Unione Europea e H.G. v. Commissione europea* (riesame), 26 marzo 2020, § 74. Peraltro, nella medesima sentenza (§ 72) si ribadisce nuovamente che “poiché l'articolo 47, secondo comma, prima frase, della Carta corrisponde all'articolo 6, paragrafo 1, prima frase, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, il suo significato e la sua portata sono, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La Corte deve, pertanto, sincerarsi che l'interpretazione da essa fornita dell'articolo 47, secondo comma, della Carta assicuri un livello di protezione che non conculchi quello garantito all'articolo 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo”.

<sup>25</sup> Si veda MORI P., *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria: recenti sviluppi*, in *federalismi.it*, 8/2020, pp. 166-210.

<sup>26</sup> Cfr. *ex plur.* DI GREGORIO A., ANGELI A., SAWIKI J., *La controversa approvazione del “pacchetto giustizia” nella Polonia di “Diritto e Giustizia”: ulteriori riflessioni sulla crisi del costituzionalismo polacco alla luce del contesto europeo*, in *DPCEonline* 3/2017, pp. 787-803; ORLANDI M.A., *La Polonia di Kaczyński: l'approvazione del “pacchetto giustizia” e l'avvio della procedura dell'art. 7 TUE*, in *DPCEonline*, 4/2017, pp. 1013-1019; SADURSKI W., *How Democracy Dies (in Poland): A Case-Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding*, in *Sydney Law School Research Paper*, 1/2018, pp. 2-71; ŚLEDZIŃSKA-SIMON A., *The Rise and Fall of Judicial Self-Government in Poland: On Judicial Reform Reversing Democratic Transition*, in *German Law Journal*, 7/2018, pp. 1839-1870.

<sup>27</sup> <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-6710189-8937763&filename=Comunicazione%20of%20Sobczynska%20and%20Others%20v.%20Poland%20-%20procedures%20for%20appointing%20and%20promoting%20judges.pdf>.

È evidente quindi che la pronuncia emessa contro l'Islanda costituirà una solida base argomentativa nelle conclusioni della Corte EDU, in considerazione del motivo di fondo, comune a tutti i ricorsi citati, della violazione della imparzialità, terzietà e precostituzione per legge di organi giudicati la cui nomina è stata fortemente condizionata dagli altri pubblici poteri.

Non casualmente, si evidenzia che il Governo polacco è intervenuto nel procedimento davanti alla Camera Semplice, sostenendo una interpretazione restrittiva del ruolo dei giudici di Strasburgo e del principio di sussidiarietà, per cui è prerogativa esclusiva delle corti nazionali interpretare il diritto interno alla luce della CEDU, potendo la Corte intervenire soltanto a fronte delle più palesi e gravi violazioni (es. nomina di giudici privi *in toto* dei requisiti, cfr. §195).

Appare particolarmente rilevante dare conto della circostanza che la Corte EDU ha già avuto modo di dare seguito ai principii espressi nella sentenza in commento con la recentissima *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland*, pronunciata dalla Prima Sezione della Corte in data 7 maggio 2021, che costituisce a tutti gli effetti una piana applicazione dell'impianto teorico ed argomentativo enucleato dalla Grande camera nel caso islandese.

La vicenda portata all'attenzione dei Giudici di Strasburgo presenta significative analogie con il caso *Ástráðsson*: la ricorrente, nel corso di una causa intentata contro il Governo polacco per risarcimento del danno, eccepiva l'illegittimità costituzionale della normativa primaria innanzi alla Corte costituzionale, la quale giudicava in un Collegio composto, tra gli altri, da uno dei c.d. *giudici soprannumerari*, eletti in conseguenza di una articolata vicenda che aveva a più riprese investito i rapporti tra Parlamento, Presidente della Repubblica e Corte costituzionale a cavallo tra il 2015 e il 2017.

In breve, il Parlamento, sul finire della legislatura, approvata una riforma nelle procedure di selezione dei Giudici costituzionali, aveva proceduto alla nomina di cinque nuovi giudici, per tre dei quali il mandato sarebbe terminato prima dello spirare della legislatura medesima, che non prestarono però giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica.

Il successivo Parlamento (di diverso colore politico), revocando l'elezione precedentemente effettuata, procedeva alla nomina di cinque nuovi giudici, che giuravano tempestivamente. La Corte costituzionale dichiarava tale procedura illegittima, limitatamente ai tre giudici il cui mandato spirava nel termine della precedente legislatura, ma il Parlamento, a mezzo di riforma della legge sull'ordinamento giudiziario, disponeva che tutti e cinque i nuovi eletti entrassero comunque in



carica e svolgessero effettiva attività giurisdizionale. Il Giudice delle Leggi, in questa composizione *soprannumeraria*, riteneva tale riforma conforme a Costituzione.

Appare sin da ora evidente che la tipologia di intervento legislativo di conferma della nomina dei giudici soprannumerari, in palese contrasto con la declaratoria di incostituzionalità della procedura di elezione, unitamente alla circostanza che la disciplina si applicasse a giudici costituzionali, e quindi dotati di un *quid pluris* rispetto alla giurisdizione ordinaria, nel senso della tenuta dell'architettura dello Stato di diritto, hanno reso il caso polacco di una complessità e delicatezza maggiori rispetto a quello islandese, tale da giustificare la scelta della Corte EDU di trattare con priorità quest'ultimo, ancorché successivo, così da "preparare il terreno" per sanzionare la spregiudicata condotta del Legislatore di Varsavia.

Applicando al caso di specie il *threshold test* di cui si è dato conto *supra* (par. 4.2.), la Corte:

- a. ha rinvenuto un *relevant breach of the domestic law* nella misura in cui il Legislatore ha adottato una risoluzione con cui revocava l'elezione dei Giudici effettuata dal Parlamento nella precedente legislatura, sia in quanto tale strumento è del tutto estraneo all'ordinamento nazionale, sia in quanto in palese violazione dell'art. 194 Cost., come già rilevato dalla Corte costituzionale polacca, a mente del quale i Giudici costituzionali debbono essere eletti dal Parlamento in carica nel momento in cui il seggio diviene vacante; ulteriore *relevant breach* è rappresentato poi dalla circostanza che il presidente della Repubblica abbia rifiutato di ricevere il giuramento dei cinque giudici originariamente nominati.
- b. ha ritenuto che la violazione avesse *carattere sostanziale*, in quanto ritenuta tale già dalla Corte costituzionale, e poiché realizzata a mezzo dell'interferenza del Presidente della Repubblica e del Governo nella procedura di nomina e nel diniego di pubblicazione delle sentenze di declaratoria di incostituzionalità della procedura, nonché a causa dei successivi interventi legislativi, adottati in aperto contrasto con la giurisprudenza costituzionale.
- c. ha rilevato l'assenza, nell'ordinamento nazionale, di qualsiasi mezzo disponibile al ricorrente per censurare l'illegittimità della nomina, tale da escludere che il Giudice nazionale abbia tentato l'applicazione del diritto interno conformemente alla Convenzione, e consentendo così l'intervento in via sussidiaria (ma qui, si direbbe, sostitutiva) della Corte.

Da ultimo, un profilo di criticità in ordine alla possibile violazione dell'art. 6 CEDU, destinato, se portato all'attenzione della Corte EDU a soccombere per i medesimi motivi enucleati nella sentenza *Ástráðsson*, attiene alla nomina dei giudici della Corte Suprema della Georgia, Stato altresì



aderente alla *Convenzione*, e che è stata oggetto di critiche e attenzioni da parte della comunità internazionale. Il caso è di particolare interesse proprio in quanto presenta negli antefatti una serie di problematicità affini a quelle portate all'attenzione della Corte nel caso islandese.

Per effetto della riforma costituzionale del 2018, infatti, la Corte Suprema della Georgia è stata integrata di dodici nuovi giudici, aumentando contestualmente la durata del mandato da decennale a perpetuo. La procedura di nomina prevede un vaglio delle candidature da parte del Consiglio Superiore della Magistratura (HCJ), la conduzione di *public hearings* da parte del *Legal Committee* del Parlamento monocamerale e una approvazione finale in seduta plenaria.

In primo luogo, la Legge organica sul potere giudiziario ha esonerato il HCJ dal motivare le candidature ammesse al vaglio parlamentare, riducendo fin dal principio la trasparenza della procedura, ma anche gli eventuali spazi di ricorso da parte dei candidati estromessi; in secondo luogo, gravi violazioni del Regolamento parlamentare sono state poste in essere dal *Chairman* del *Legal Committee* il quale ne ha disciplinato le norme procedurali non già con l'approvazione dei commissari, ma dei capigruppo. Nello svolgimento dei lavori, poi, la Commissione ha più volte operato in assenza del *quorum* previsto<sup>28</sup>.

La più grave violazione è però rinvenibile *ab origine*, nella circostanza che nella lista di venti candidati proposti dal HCJ per l'approvazione parlamentare ve ne fossero cinque (collocati, nella graduatoria da esso stilata, nelle prime cinque posizioni) che non risultavano tra i venti migliori nel totale di quanti valutati, cui sono seguiti tutti i vizi procedurali anzidetti, trasfusi in ultimo nella votazione finale della commissione, effettuata nel silenzio del regolamento e senza una preventiva definizione sul punto, e da ultimo nel *plenum*, ove la rarifica plebiscitaria delle scelte della Commissione si è svolta con l'astensione delle opposizioni.

Alla data odierna non pende, per il caso georgiano, alcun ricorso avanti la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in ordine ad una possibile infrazione dell'art. 6 CEDU, facilmente prospettabile ogniquale volta uno dei giudici nominati in esito al riferito procedimento sia chiamato a comporre un collegio giudicante della Corte Suprema, e tuttavia i vizi procedurali così brevemente tratteggiati risultano essere tali e tanto gravi da determinare una manifesta violazione del diritto ad un tribunale

---

<sup>28</sup> Dal *report* citato, peraltro, si desume anche che la maggior parte degli interventi dei Commissari (e dei Parlamentari non membri della Commissione, autorizzati nondimeno a partecipare e a prendere parola) sia stata di carattere eminentemente politico, e finalizzata a muovere aperta critica all'operato governativo, o a sollecitare i candidati a prendere posizione. (*OSCE-ODIHR Second report on the nomination and appointment of Supreme Court of Georgia*, June-December 2019, p. 14)

terzo, imparziale e precostituito per legge, sicché la Corte di Strasburgo, qualora investita della questione, non avrebbe che da riportarsi alle conclusioni già delineate nella sentenza *Ástráðsson*, come già efficacemente fatto nel caso polacco della *Xero Flor*.