



## Il *dilemma nel dialogo*: indipendenza del giudice del rinvio e crisi dello Stato di diritto fra *coerenza* ed *effettività*

**Samuele Barbieri\***

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il *dilemma* nel dialogo: l'indipendenza del giudice tra art. 267 TFUE, tutela giurisdizionale effettiva e art. 19 TUE. – 2. L'*effettività*: da *Dorsch Consult* a *Torresi*. – 3. La *coerenza*: dalla crisi dello Stato di diritto a *Banco de Santander*. – 4. Le ragioni della coerenza e il prezzo da pagare. – 5. Conclusioni.

1. Il processo di integrazione europea si caratterizza non solo per essere un percorso di *integration through law*, bensì e soprattutto di *integration through the Rule of law*<sup>1</sup>. E proprio quando è emersa in seno all'Unione quella che è stata definita la *Rule of law backsliding*<sup>2</sup>, tra gli strumenti a disposizione per la tutela dello Stato di diritto<sup>3</sup> e per

---

\* Dottorando di ricerca in Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Ferrara.

<sup>1</sup> K. LENAERTS, *New Horizons for the Rule of Law Within the EU*, in *German Law Journal*, 2020, p. 29 ss.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Per un esame del quadro normativo UE per fronteggiare la crisi dello Stato di diritto, v. C. HILLION, *Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means*, in

l'indipendenza dei giudici che ne rappresenta una "concretizzazione"<sup>4</sup>, un ruolo determinante è stato affidato al rinvio pregiudiziale.

Oltre a permettere al diritto dell'Unione di mantenere il suo «carattere peculiare»<sup>5</sup>, preservandone il primato, l'effettività e l'autonomia<sup>6</sup>, la «chiave di volta»<sup>7</sup> del sistema rappresentata dall'art. 267 TFUE si è dimostrata uno strumento in grado di sopperire in parte alle criticità dell'attuale assetto normativo anche in relazione alla crisi dello Stato di diritto. Davanti all'inefficacia strutturale della procedura *ex art. 7 TUE*<sup>8</sup> e ai limiti dell'utilizzo dell'art. 258 TFUE<sup>9</sup>, è emerso il dialogo fra e dei giudici<sup>10</sup> come "risposta" dell'Unione alle crisi costituzionali<sup>11</sup> che stanno minando l'indipendenza del potere giudiziario in alcuni Stati membri.

---

C. CLOSA, D. KOCHENOV (eds.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016, p. 59 ss.

<sup>4</sup> Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, punto 32.

<sup>5</sup> Sentenza della Corte del 6 marzo 2018, causa C-284/16, *Achmea*, punto 37.

<sup>6</sup> Sull'importanza della competenza pregiudiziale per il processo di integrazione, v. A. ADINOLFI, *I fondamenti del diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, in *I Post di AISDUE*, 2019, p. 197 ss.

<sup>7</sup> Parere della Corte del 18 dicembre 2014, 2/13, punto 176; sentenza della Corte del 24 ottobre 2018, causa C-234/17, *XC e a.*, punto 79.

<sup>8</sup> Sull'art. 7 TUE, in generale v. B. NASCIBENE, *Lo Stato di diritto e la violazione grave degli obblighi posti dal Trattato UE*, in *rivista.eurojus.it*, 24 ottobre 2017; G. DI FEDERICO, *Defending the Rule of Law in the European Union: Taking Stock of the Polish Situation*, *ivi*, 29 gennaio 2016; L. BESSELINK, *The Bite, the Bark, and the Howl. Article 7 TEU and the Rule of Law Initiatives*, in E. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017, p. 128 ss.

<sup>9</sup> V. *ex multis* K. L. SCHEPPELE, D. KOCHENOV, B. GRABOWSKA-MOROZ, *EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union*, in *Yearbook of European Law*, 2020, p. 3 ss., P. MORI, *L'uso della procedura d'infrazione a fronte di violazioni dei diritti fondamentali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2017, p. 363 ss.

<sup>10</sup> Cfr. F. MARQUES, *Rule of Law, National Judges and the Court of Justice of the European Union: Let's Keep It Juridical*, in *European Law Journal*, 2021, p. 1 ss., K. LENAERTS, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, in *Yearbook of European Law*, 2019, p. 3 ss.

<sup>11</sup> Cfr. A. VON BOGDANDY, P. SONNEVEND, *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Oxford-Portland, 2015.

Infatti, nel diritto dell'Unione europea l'indipendenza del giudice è rilevante – come chiarito in *Land Hessen*<sup>12</sup> – almeno sotto tre diversi profili: in primo luogo, rientra nel principio dello *Stato di diritto*, proclamato dall'art. 2 TUE quale valore<sup>13</sup> su cui si fonda l'Unione e “concretizzato” dall'art. 19, par. 1, comma 2 TUE<sup>14</sup>; in secondo luogo, essa è componente essenziale del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva, principio generale del diritto dell'Unione e oggi codificato all'art. 47 CDFUE<sup>15</sup> il quale a sua volta rappresenta, come chiarito dalle Spiegazioni, la traduzione degli artt. 6 e 13 CEDU; in terzo ed ultimo luogo, essa è essenziale al funzionamento del meccanismo di cooperazione giudiziaria di cui all'art. 267 TFEU, rappresentando uno dei cc.dd. requisiti *Vaassen*<sup>16</sup> sulla base dei quali ricostruire la nozione di «organo giurisdizionale»<sup>17</sup>, propria ed autonoma di diritto dell'Unione.

---

<sup>12</sup> Sentenza della Corte del 9 luglio 2020, causa C-272/19, *Land Hessen*, punto 45.

<sup>13</sup> Cfr. P. MORI, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 73 ss.; L. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazione con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 2020, p. iv ss.; S. MANGIAMELI, *Article 2 TEU*, in H. J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *The Treaty on the European Union – A Commentary*, Heidelberg, 2013, p. 115 ss.

<sup>14</sup> V. 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. 245 ss.; G. TESAURO, *Commento all'art. 19 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, p. 195 ss.

<sup>15</sup> Cfr. D. DOMENICUCCI, F. FILPO, *Commento all'art. 47 CDFUE*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 2017, Milano, p. 863 ss., spec. pp. 878-880; L. PECH, *Article 47 CFREU*, in AA.VV., *The EU Charter of Fundamental Rights*, Portland, 2014, p. 1250 ss.

<sup>16</sup> Sentenza della Corte del 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vaassen Gæbbles*.

<sup>17</sup> V. *ex multis*: M. BROBERG, N. FENGER, *Broberg and Fenger on Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2021, p. 43 ss.; V. CAPUANO, *Le condizioni soggettive di ricevibilità del rinvio pregiudiziale*, in F. FERRARO, C. IANNONE, *Il rinvio pregiudiziale*, Torino, 2021, p. 33 ss.; N. WAHL, L. PRETE, *The Gatekeepers of Article 267 TFEU: on Jurisdiction and Admissibility of References for Preliminary Rulings*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 511 ss., spec. 516 ss.; T. TRIDIMAS, *Knocking on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, in *ibidem*, 2003, p. 9 ss., spec. p. 27 ss.; C. BARNARD, E. SHARPSTON, *The Changing Face of Article 177 References*, in *ibidem*, 1997, p. 1113 ss., spec. p. 1141 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.; C. NAÔME, *Le renvoi préjudiciel en droit européen*, II ed., Bruxelles, 2010, p. 94 ss.; A. BARAV, *Tânnoment préjudiciel: la notion de juridiction en droit*

Relativamente a tale ultimo profilo, la Corte di giustizia ha adottato uno *standard* di indipendenza dell'organo di rinvio meramente formale e flessibile, attirando le critiche di coloro che ne denunciavano il disallineamento rispetto al diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva. A tal proposito, celebre fu l'attacco dell'avvocato generale Colomer in *De Coster*<sup>18</sup>, il quale sottolineava come l'atteggiamento della Corte fosse a tal punto incoerente e tenue rispetto all'indipendenza che anche Sancho Panza come governatore dell'isola di Baratteria avrebbe avuto ottime *chances* di veder dichiarata ricevibile una propria domanda pregiudiziale<sup>19</sup>. Un *doppio standard* dell'indipendenza – *formale* nello scrutinio sulla ricevibilità del rinvio pregiudiziale, *sostanziale* ai fini della tutela giurisdizionale effettiva (e oggi in quanto valore fondante dell'Unione) – efficacemente rappresentato dal raffronto fra i casi *Wilson*<sup>20</sup> e *Torresi*<sup>21</sup>.

Questo è il dilemma davanti al quale si trova la Corte di giustizia rispetto allo *standard* dell'indipendenza del giudice del rinvio: innalzarlo per renderlo coerente con gli altri profili oppure abbassarlo per inseguire l'effettività del dialogo pregiudiziale e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, assumendo il rischio di frammentare il principio in parola sulla base della dimensione normativa considerata.

In questa sede si propone un *cambio di paradigma*: indagare non le potenzialità del rinvio pregiudiziale nella tutela dei valori dell'Unione, bensì chiedersi se con il senno di oggi il *dilemma* che in passato la Corte di giustizia ha evaso può reggere davanti alla *crisi dello Stato di diritto*.

---

*communautaire*, in C. BAUDENBACHER, C. GULMANN, K. LENAERTS (eds.) *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Bruxelles, 2007, p. 79 ss.; 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. Inoltre, la questione pregiudiziale posta dal giudice nazionale sulla "propria" indipendenza solleva diverse questioni attinenti al rapporto fra ricevibilità e incompetenza, v. P. IANNUCELLI, *L'indépendance du juge national et la recevabilité de la question préjudicielle concernant sa propre qualité de «jurisdiction»*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2021, p. 823 ss.

<sup>18</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, del 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*.

<sup>19</sup> *Ibidem*, punto 14.

<sup>20</sup> Sentenza della Corte del 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson*.

<sup>21</sup> Sentenza della Corte del 17 luglio 2014, cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*.

In altre parole, il riconoscimento dell'indipendenza del giudice quale principio «che riveste un'importanza cardinale»<sup>22</sup>, alla luce degli artt. 19 TUE e 47 CDFUE, per l'intera architettura dell'Unione, può permettere la coesistenza di un doppio *standard*? A tale domanda la Grande Sezione sembra aver dato una risposta in *Banco de Santander*<sup>23</sup> nel senso della prevalenza della *coerenza* sull'*effettività*, richiamando l'attenzione sulla necessità di una precisazione alla luce della crisi dello Stato di diritto.

Nella presente relazione, si ricostruiranno i termini del *dilemma* nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Da una parte, si analizzeranno le ragioni dell'*effettività* e le caratteristiche del tenue *standard* dell'indipendenza dell'organo del rinvio (par. 2). Dall'altra parte, si verificherà se e in che misura la giurisprudenza relativa all'indipendenza alla luce degli artt. 19 TUE e 47 CDFUE abbia avuto un impatto sulle condizioni di ricevibilità di cui all'art. 267 TFUE e quali sono le caratteristiche di tale diverso *standard* (par. 3). Infine, si indicheranno le ragioni che giustificano la strada della coerenza imboccata in *Banco de Santander*. Un tale esito non solo va salutato con favore per la coerenza rispetto al *presente*, ma ha anche il pregio di riconsegnare una nozione sostanziale di indipendenza del giudice del rinvio che la Corte di giustizia *in passato*, prima di consegnarsi all'*effettività*, aveva adottato (par. 4). E tuttavia, le ragioni che sostenevano l'*effettività* rimangono e meritano una risposta: del resto, anche la *coerenza* ha il suo prezzo.

2. Le ragioni dell'*effettività* del dialogo pregiudiziale, sulle quali si basa uno *standard* flessibile di indipendenza, capace di adattarsi alle specificità dei rimedi stragiudiziali o amministrativi nazionali posti fuori dagli ordinamenti giudiziari (e dalle loro garanzie), sono riconducibili a due ordini di questioni: oltre alla necessità di garantire

---

<sup>22</sup> Così ripetutamente definito, v. sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, punto 58.

<sup>23</sup> Sentenza della Corte del 21 gennaio 2020, causa C-274/14, *Banco de Santander*.

l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione<sup>24</sup>, anche la tutela dei diritti dei singoli ha assunto un ruolo determinante<sup>25</sup>.

Quest'ultimo argomento va letto alla luce dell'incontro fra il fenomeno di “fuga dalla giurisdizione” e la sovrapproduzione normativa a livello europeo<sup>26</sup>. Se da una parte gli Stati membri ricorrono con sempre maggiore intensità, per rispondere alla “domanda di giustizia”, a rimedi esterni agli ordinamenti giudiziari nonché a forme di sindacato di decisioni dell'amministrazione in autotutela che precedono l'eventuale scrutinio del giudice amministrativo, dall'altra parte il legislatore dell'Unione si dimostra deferente, demandando all'autonomia procedurale degli Stati membri la scelta in ordine ai rimedi per la tutela dei diritti dei singoli, soprattutto e sempre più in aree altamente tecniche e specializzate del diritto.

Tale premessa si salda con quel ruolo dell'art. 267 TFUE nel sistema di tutela giurisdizionale dei trattati che il giudice comunitario ha chiarito negli stessi anni in cui – e non sembra un caso – andava sposando anche lo *standard* più tenue di indipendenza. A fronte delle continue critiche sull'accessibilità ai singoli delle azioni di annullamento avverso atti delle istituzioni di portata generale<sup>27</sup>, la Corte rivendicò la coerenza e la completezza del sistema<sup>28</sup>. E un tassello

---

<sup>24</sup> «[T]he Court is less preoccupied with substantive standards of fairness and independence, and more with a functional criterion, namely to make the preliminary reference procedure available to all judicial bodies responsible for dealing with questions of Community law», così T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 28.

<sup>25</sup> Cfr. M. BROBERG, *Preliminary References as a Means for Enforcing EU Law*, in E. JAKAB, D. KOCHENOV (eds.), *op. cit.*, p. 99 ss.

<sup>26</sup> Cfr. A. ADINOLFI, *Rinvio pregiudiziale e metodi alternativi di soluzione delle controversie tra vecchie e nuove questioni*, in AA.VV., *Liber Amicorum in onore di Antonio Tizzano*, Torino, 2018, p. 20 ss.

<sup>27</sup> V. *ex multis* C. AMALFITANO, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel Sistema comunitari*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2003, p. 13 ss.; D. WAELBROECK, A. M. VERHEYDEN, *Les conditions de recevabilité des recours en annulation des particuliers contre les actes normatifs communautaires*, in *Cahiers de droit européen*, 1995, p. 399 ss.; A. BARAV, *Direct and Individual Concern: An Almost Insurmountable Barrier to the Admissibility of Individual Appeal to the EEC Court*, in *Common Market Law Review*, 1974, p. 191 ss.;

<sup>28</sup> All'art. 263 TFUE si affiancherebbero, qualora i ricorrenti non privilegiati non possano ricorrere direttamente alla Corte, il rinvio pregiudiziale di validità nonché l'eccezione di invalidità (art. 277 TFUE). V. sentenza della Corte del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, punto 23; del 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA)*, punti 36-42; del 1° aprile 2004, causa C-263/02 P, *Commissione c. Jégo-Quéré*, punti 29-39. Sul rapporto fra tali rimedi, v. K.

fondamentale dell’ingranaggio della tutela dei singoli veniva affidato al rinvio pregiudiziale di validità<sup>29</sup>. È dunque chiaro come, al fine di garantire la tutela giurisdizionale di persone fisiche e giuridiche, la Corte tentava di espandere il dialogo pregiudiziale, ammettendo rinvii da parte di organismi deputati a risolvere controversie aventi ad oggetto i diritti riconosciuti dall’ordinamento comunitario.

A sostegno di una lettura flessibile del requisito dell’indipendenza si dichiarò l’avvocato generale Wahl<sup>30</sup> in *Torresi* dove veniva in causa la qualifica come «organo giurisdizionale» del Consiglio Nazionale Forense (CNF)<sup>31</sup>: «un’applicazione eccessivamente rigorosa dei criteri individuati dalla giurisprudenza della Corte sull’ammissibilità dei rinvii pregiudiziali»<sup>32</sup> priverebbe i singoli del loro «giudice naturale»<sup>33</sup>, la Corte di giustizia. Dunque, proprio le ragioni che militerebbero a favore di un allineamento con gli artt. 6 CEDU e 47 CDFUE suggeriscono «un’interpretazione meno rigida della nozione di “organo giurisdizionale”»<sup>34</sup>.

Il conflitto fra *standard* di indipendenza emerge anche dalle conclusioni dell’avvocato generale Bobek in *Pula Parking*<sup>35</sup> dove veniva in luce la questione se il notaio croato nel procedimento di

---

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., C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, *The Action for Annulment, the Preliminary Reference on Validity and the Plea of Illegality: Complementary of Alternative Means?*, in *Yearbook of European Law*, 2006, p. 451 ss.

<sup>29</sup> Sentenza della Corte del 22 ottobre 1987, causa C-314/85, *Foto-Frost*. Nonostante il rinvio pregiudiziale di validità sia obbligatorio, il giudice rimane libero di ritenere che l’atto non sollevi alcun dubbio di legittimità, profilo che fa dubitare della sua capacità di “completare” il sistema di tutela giurisdizionale. Sul punto v. le conclusioni dell’avvocato generale Jacobs, del 21 marzo 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA)* e cfr. A. ADINOLFI, *L’accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997.

<sup>30</sup> Conclusioni dell’avvocato generale Wahl, del 10 aprile 2014, causa C-58/13 e C-59/13, *Torresi*.

<sup>31</sup> Già riconosciuto «giurisdizione» nella sentenza della Corte del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, anche sulla base della rapida disamina del profilo della terzietà condotto dall’avvocato generale Léger (conclusioni del 20 giugno 1995, punto 13).

<sup>32</sup> Conclusioni Wahl alla causa *Torresi*, cit., punto 49.

<sup>33</sup> *Ivi*.

<sup>34</sup> *Ibidem*, punto 48.

<sup>35</sup> Conclusioni dell’avvocato generale Bobek, del 27 ottobre 2016, causa C-551/15, *Pula Parking*.

esecuzione civile rispondesse alla definizione di “organo giurisdizionale” a norma dell’art. 2, lett. a) del regolamento (UE) n. 1215/2012 relativo al riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale<sup>36</sup>. Pur non riguardando direttamente l’aspetto dell’indipendenza, l’avvocato generale richiama il diverso *standard* che deve ispirare la Corte nella valutazione della qualità di “organo giurisdizionale” nei diversi contesti: relativamente all’art. 267 TFUE l’approccio verso la verifica dei criteri deve essere «indulgente, incline al riconoscimento della ricevibilità in caso di dubbio»<sup>37</sup>. Un’asserzione ripetuta anche nelle conclusioni in *Getin Noble Bank*: «mentre il principio dell’indipendenza dei giudici nel diritto dell’Unione è sempre lo stesso, cosa esattamente sarà esaminato, nonché il livello di controllo esercitato, dipenderanno da quale disposizione del diritto dell’Unione viene effettivamente applicata»<sup>38</sup>.

Sorretta da tali argomenti, la traduzione pratica dell’approccio teso all’effettività del dialogo si riduce ad un «esercizio *qualitativamente* diverso rispetto alla valutazione se siano stati rispettati i requisiti concernenti l’indipendenza dei giudici ai sensi dell’articolo 47 della Carta e dell’articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE (enfasi aggiunta)»<sup>39</sup> e i sintomi di tale diversa “qualità” dello *standard* di indipendenza emergono da due aspetti che caratterizzano l’esame della Corte.

In primo luogo, e in particolare, per quanto attiene ad organismi interni alle amministrazioni, la valutazione della Corte si riduce ad uno scrutinio *formale*. Assente qualsiasi valutazione sulla concreta portata delle disposizioni di diritto nazionale che dovrebbero garantire l’indipendenza, interna ed esterna, dei membri dell’organo del rinvio, la Corte ha dimostrato di accontentarsi di disposizioni di principio o del mero rinvio operato dalla normativa rilevante alle guarentigie della magistratura o alle altre garanzie costituzionali, senza che venissero

---

<sup>36</sup> Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

<sup>37</sup> Conclusioni Bobek alla causa *Pula Parking*, cit., punto 104.

<sup>38</sup> Conclusioni dell’avvocato generale Bobek, dell’8 luglio 2021, causa C-132/20, *Getin Noble Bank*, punto 102.

<sup>39</sup> Conclusioni dell’avvocato generale Tanchev, del 27 giugno 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a.*, punto 111.



concretamente verificate le condizioni relative al principio di inamovibilità o alla imparzialità di giudizio dei suoi membri<sup>40</sup>.

Così in *Dorsch Consult*<sup>41</sup>, nonostante i dubbi espressi dall'avvocato generale Tesouro<sup>42</sup>, la Commissione di sorveglianza sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, emanazione del *Bundeskartellamt*, veniva ritenuta soddisfare il requisito dell'indipendenza sulla base di una disposizione che prevedeva per i suoi membri l'applicazione analogica delle stesse garanzie di cui godevano i magistrati in relazione all'annullamento della nomina e alla loro rimozione<sup>43</sup>. Un atteggiamento della Corte che l'avvocato generale Tesouro censurò, con amara ironia, sottolineando che «[s]e un organo non è giurisdizione, non lo diventa solo perché il convento non passa di meglio»<sup>44</sup>. Allo stesso modo, in *Köllensperger e Atzwanger*<sup>45</sup> la Corte di giustizia riconosceva la qualità di «giurisdizione» al *Tiroler Landesvergabeamt* (Ufficio per l'aggiudicazione degli appalti) sulla base del fatto che la disciplina dell'organo rinviava genericamente alle cause di astensione invocabili contro i funzionari pubblici previste nella legge sul procedimento amministrativo<sup>46</sup> e della previsione che «ricalcava»<sup>47</sup> il divieto di impartire ordini ai membri degli organi giurisdizionali collegiali previsto all'art. 20 della Costituzione austriaca; un rinvio che tuttavia – come indicava l'avvocato generale

---

<sup>40</sup> Fra i numerosi casi: sentenza della Corte del 14 novembre 2002, causa C-411/00, *Felix Swoboda*; del 30 marzo 2006, causa C-259/04, *Emmanuel*, punto 24; del 14 novembre 2002, causa C-411/00, *Felix Swoboda*; del 18 giugno 2002, causa C-92/00, *HI*, punto 27; del 29 novembre 2001, causa C-17/00, *De Coster*, punti 17-21; del 6 luglio del 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson*, punti 36-37; del 18 novembre 1999, causa C-275/98, *Unitron Scandinavia*; del 2 marzo 1999, causa C-416/96, *El-Yassini*, punto 21; sentenza del 22 ottobre 1998, cause riunite C-9/97 e C-118/97, *Jokela*, punto 20; ordinanza del 25 maggio 1998, causa C-361/97, *Nour*; sentenza della Corte del 16 luglio 1992, causa C-67/91, *Asociación Española de Banca Privada*.

<sup>41</sup> Sentenza della Corte del 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*.

<sup>42</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Tesouro, del 15 maggio 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, punti 27-36.

<sup>43</sup> Sentenza *Dorsch Consult*, cit., punto 36.

<sup>44</sup> Conclusioni Tesouro alla causa *Dorsch Consult*, cit., punto 40.

<sup>45</sup> Sentenza della Corte del 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllensperger e Atzwanger*.

<sup>46</sup> *Ibidem*, punto 22.

<sup>47</sup> *Ibidem*, punto 23.

Saggio<sup>48</sup> – non veniva tradotto in specifiche cause di astensione o di ricasazione dei membri nonché in precise garanzie contro le ingerenze esterne.

Così, vi sono casi in cui la Corte si è ritenuta soddisfatta non sulla base di un rinvio alle disposizioni nazionali relative alla magistratura, ma in virtù di semplici petizioni di principio, senza alcun esame in ordine alla loro concreta traduzione. In *Gabalfrisa*<sup>49</sup> la Corte accettava di rispondere alle domande pregiudiziali del *Tribunal Económico-Administrativo Regional* sulla base del fatto che il diritto nazionale prevedeva formalmente una separazione funzionale fra i membri di tale *Tribunal* e l'ufficio dell'Amministrazione competente per la riscossione dei tributi, sulle cui decisioni poteva essere chiamato a statuire<sup>50</sup>. Eppure l'avvocato generale Saggio<sup>51</sup> aveva segnalato la presenza di un forte legame strutturale fra i *Tribunales* e tale ufficio, essendo la loro nomina e quella del Presidente riservata al Ministro dell'economia il quale godeva anche del potere di revoca senza che vi fosse una disciplina tassativa delle ipotesi di rimozione<sup>52</sup>.

Lo scrutinio sulla ricevibilità del rinvio pregiudiziale si basa, dunque, su di una “presunzione di indipendenza” in presenza di un discutibile *standard* minimo garantito dal diritto nazionale – spesso ridotto a petizioni di principio o a rinvii alle leggi sull'ordinamento giudiziario o amministrativo – che emerge mirabilmente dal passaggio della sentenza *Köllensperger e Atzwanger* laddove la Corte di giustizia afferma, in merito al già ricordato articolo 20 della Costituzione austriaca, che non le spetta «presumere che tale disposizione possa essere applicata in modo contrario alla Costituzione austriaca e ai principi dello Stato di diritto (enfasi aggiunta)»<sup>53</sup>.

In secondo luogo – e paradossalmente rispetto all'asserzione per cui la nozione di «organo giurisdizionale» ex art. 267 TFUE è propria ed

---

<sup>48</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Saggio, del 24 settembre 1998, causa C-103/97, *Köllensperger e Atzwanger*, punti 16 e 27.

<sup>49</sup> Sentenza della Corte del 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.*

<sup>50</sup> Sentenza *Gabalfrisa e a.*, cit., punto 39.

<sup>51</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Saggio, del 7 ottobre 1999, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.*, punti 13-20.

<sup>52</sup> Conclusioni Saggio alla causa *Gabalfrisa e a.*, cit., punto 16.

<sup>53</sup> Sentenza *Köllensperger e Atzwanger*, cit., punto 24.

autonoma del diritto dell'Unione – talvolta la Corte dimostra di conferire importanza alla qualifica, giurisdizionale o meno, che di tale organo dà l'ordinamento nazionale. Come emerge chiaramente in *Torresi*<sup>54</sup>, uno degli argomenti decisivi per dichiarare ricevibili le domande poste dal CNF è la sua natura di giudice speciale conferita dalla Costituzione. E a nulla è rilevato la circostanza<sup>55</sup> che i suoi componenti fossero chiamati a statuire sul diniego dell'iscrizione all'ordine circondariale dei c.d. “avvocati comunitari”, essendo come minimo dubbia la loro terzietà e obiettività a causa dell'appartenenza all'ordine professionale. La scelta della Corte segue le argomentazioni dell'avvocato generale Wahl il quale richiama la “*presunzione Köllensperger e Atzwanger*” per affermare che «ogniquale volta sia chiaro che a un organo nazionale è formalmente attribuito lo status di organo giurisdizionale nel rispettivo ordinamento giuridico [...] non spetta alla Corte presumere che tali disposizioni possano essere applicate in modo contrario ai principi sanciti nell'ordinamento giuridico interno o ai “principi dello Stato di diritto”»<sup>56</sup>.

3. Al contrario, ben diverso è lo *standard* di indipendenza del giudice quando componente del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva e contenuto dell'obbligo che grava sugli Stati membri a norma dell'art. 19, par. 1, comma 2 TUE.

---

<sup>54</sup> Per una critica dello *standard* di indipendenza adottato dalla Corte in *Torresi*, v. G. DI FEDERICO, *La libera circolazione degli avvocati nell'Unione europea, tra abuso del diritto e identità nazionale. Il caso degli abogados dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2014, p. 553 ss.

<sup>55</sup> Il doppio *standard* di indipendenza in *Torresi* e *Wilson* risulta palese alla luce delle conclusioni dell'avvocato generale Stix-Hackl, dell'11 maggio 2006, causa C-506/04, *Wilson*, punto 57, laddove afferma che: «un avvocato europeo [...] ha legittimi motivi di temere che, a seconda dei casi, la totalità o la maggior parte dei membri di tali organi abbiano un comune interesse contrario al suo, ossia quello di confermare una decisione che esclude dal mercato un concorrente nonché di paventare il venir meno dell'equidistanza dagli interessi in causa».

<sup>56</sup> Conclusioni Wahl alla causa *Torresi*, cit., punto 53. Un cortocircuito emerso anche in altre occasioni: v. ordinanza della Corte, del 13 febbraio 2014, causa C-555/13, *Merck Canada*, punto 22 ove l'argomento determinante per la ricevibilità delle questioni poste dal *Tribunal Arbitral necessário* è il suo inserimento nell'elenco degli organi giurisdizionali previsto all'art. 209 della Costituzione portoghese, come sottolineato da A. ADINOLFI, *Rinvio pregiudiziale e metodi alternativi di soluzione delle controversie*, cit., p. 24.

La Corte di giustizia, ispirandosi alla giurisprudenza del giudice di Strasburgo, ha sottolineato la necessità che le garanzie che presiedono l'indipendenza (sia *esterna* che *interna*) degli organi giudiziari debbano essere tali da non generare alcun legittimo dubbio per il singolo. Così nella sentenza *Wilson* la Corte sottolinea la necessità che l'ordinamento interno preveda regole relative «alla composizione dell'organo e alla nomina, durata delle funzioni, cause di astensione, di ricasazione e di revoca dei suoi membri, che consentano di fugare *qualsiasi legittimo dubbio* che i singoli possano nutrire in merito all'impermeabilità del detto organo rispetto a elementi esterni ed alla sua neutralità rispetto agli interessi contrapposti (enfasi aggiunta)»<sup>57</sup>. Allo stesso modo, il concetto viene ribadito dalla Corte anche nella sentenza *A.K. e a.*<sup>58</sup> laddove si sostiene la necessità che un organo giurisdizionale, nel qual caso la Sezione Disciplinare istituita presso la Corte suprema polacca, «*appaia* indipendente..., con la precisazione, a quest'ultimo riguardo, che viene in rilievo la fiducia stessa che ogni giudice deve ispirare ai singoli in una società democratica (enfasi aggiunta)»<sup>59</sup>. Ne deriva uno scrutinio che, lungi dall'essere un esercizio *formale*, assume le caratteristiche di una valutazione *sostanziale* della posizione dell'organo e dei suoi membri rispetto all'indipendenza, sia esterna che interna, alla luce del complesso della normativa nazionale e della prassi stessa con cui quest'ultima viene applicata.

Rispetto alla dimensione esterna dell'indipendenza alla luce degli artt. 19 TUE e 47 CDFUE, i giudici del Kirchberg hanno posto l'accento sull'importanza del *principio della inamovibilità* dei membri di un organo giurisdizionale, funzionale alla sua stabilità e coesistente al “diritto al giudice precostituito” quale componente irrinunciabile della tutela giurisdizionale effettiva. In particolare, il principio in parola richiede la previsione tassativa delle ipotesi di rimozione dall'incarico dei giudici e di annullamento delle decisioni di nomina. Inoltre,

---

<sup>57</sup> Sentenza *Wilson*, cit., punto 53.

<sup>58</sup> Sentenza della Corte del 19 novembre 2019, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, *A.K. e a.*

<sup>59</sup> *Ibidem*, punto 128. Sulla rilevanza del concetto di “dubbio del singolo”, mutuato dalla giurisprudenza della Corte EDU, v. M. KRAJEWSKI, M. ZIÓLKOWSKI, *EU Judicial Independence Decentralized: A.K.*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1107 ss., spec. pp. 1123-1125.

procedimenti e decisioni relativi alla nomina, alla composizione e ad ogni altro aspetto del rapporto di servizio devono essere ispirati al principio di proporzionalità.

In questo senso, sebbene la Corte abbia chiarito nella sentenza dei giudici maltesi<sup>60</sup> che la nomina governativa di per sé non implica l'assoggettamento del giudice alle influenze del potere esecutivo, è precluso allo Stato membro l'introduzione di norme che, minacciando l'indipendenza del potere giudiziario, alterino la separazione dei poteri<sup>61</sup>. Sulla base di tale premessa, la Corte ha ritenuto contrarie al principio di inamovibilità disposizioni di diritto nazionale aventi per effetto il pensionamento anticipato dei giudici e che affidino al presidente della Repubblica o ad un organo da questo fortemente determinato le decisioni in ordine alla proroga del servizio<sup>62</sup>; l'istituzione di una apposita sezione del supremo giudice dalla dubbia indipendenza a ragione della sua composizione, competente a conoscere dei procedimenti disciplinari avverso i membri degli organi giurisdizionali<sup>63</sup>; infine, una normativa nazionale che non garantisca un procedimento trasparente ed effettivo per quanto attiene l'impugnazione dei provvedimenti aventi ad oggetto le candidature da presentare all'organo esecutivo per la nomina ad un posto di giudice<sup>64</sup>.

Data la sua importanza per garantire l'indipendenza esterna dell'organo giurisdizionale, il principio in parola viene valorizzato dal giudice di Lussemburgo anche in relazione al profilo della ricevibilità di un rinvio pregiudiziale, dapprima in *Banco de Santander* e successivamente in *UX*<sup>65</sup>.

Nella prima sentenza veniva in luce come non fosse garantita l'inamovibilità dei membri dei *Tribunal Económico-Administrativo Central* (TEAC), alle cui diramazioni periferiche era stata riconosciuta la qualità di "giurisdizioni nazionali" in *Gabalfrisa*. Sulla base delle

---

<sup>60</sup> Sentenza della Corte del 20 aprile 2021, causa C-896/19, *Repubblika*.

<sup>61</sup> *Ibidem*, punti 54-55.

<sup>62</sup> Sentenza *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, cit.; sentenza della Corte del 5 novembre 2019, causa C-192/18, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*.

<sup>63</sup> Sentenza della Corte del 15 luglio 2021, causa C-791/19, *Commissione c. Polonia (Regime disciplinare dei giudici)*.

<sup>64</sup> Sentenza della Corte del 2 marzo 2021, causa C-824/18, *A.B. e a.*

<sup>65</sup> Sentenza della Corte del 16 luglio 2020, causa C-658/18, *UX*.

conclusioni dell'avvocato generale Hogan<sup>66</sup> – il quale, facendo riferimento alla giurisprudenza relativa agli artt. 2, 19 TUE e 47 CDFUE, ammoniva che «[d]a quando è stata pronunciata [la sentenza *Gabalfrisa*] il diritto dell'Unione non è rimasto immobile»<sup>67</sup> – la Corte sottolinea come non siano sufficienti a garantire l'indipendenza dell'organo le regole relative alla rimozione dei suoi membri, essendo questi ultimi sottoposti alla generale normativa sul procedimento amministrativo e allo statuto dei funzionari pubblici<sup>68</sup>.

Così in *UX* il giudice di pace di Bologna domandava se poteva considerarsi un giudice ai sensi dell'art. 267 TFUE, a ragione della disciplina nazionale relativa al trattamento economico e lavoristico dei magistrati onorari. Dopo aver sottolineato che il principio dell'inamovibilità esige che «i giudici possano continuare a esercitare le proprie funzioni finché non abbiano raggiunto l'età obbligatoria per il collocamento a riposo o fino alla scadenza del loro mandato»<sup>69</sup> e che «può conoscere eccezioni solo a condizione che ciò sia giustificato da motivi legittimi e imperativi, nel rispetto del principio di proporzionalità»<sup>70</sup>, la Corte di giustizia, ponendosi in linea con *Banco de Santander*, stabilisce che il richiamato principio non solo comporta la presenza di norme tassative che prevedano i casi di rimozione ma aggiunge anche che tali garanzie devono essere specifiche – la Corte parla di «garanzie ulteriori»<sup>71</sup> – rispetto a quelle generali del diritto amministrativo o del diritto del lavoro. Non più soddisfatta da apodittiche garanzie, la Corte sembra richiedere anche che esse siano previste e regolate in fonti normative nazionali che *di per sé* rappresentino una garanzia, non essendo sufficiente che il rapporto tra i membri dell'organo giurisdizionale e l'amministrazione a cui sono organicamente legati sia regolato dalle generali norme in materia di

---

<sup>66</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Hogan, del 1° ottobre 2019, causa C-274/14, *Banco de Santander*.

<sup>67</sup> *Ibidem*, punto 4.

<sup>68</sup> Sentenza *Banco de Santander*, cit., punto 66.

<sup>69</sup> Sentenza *UX*, cit., punto 48.

<sup>70</sup> *Ivi*.

<sup>71</sup> *Ibidem*, punto 49.

procedimento amministrativo e di diritto del lavoro<sup>72</sup>. Ed è proprio all'esito di un esame completo e complesso della normativa italiana rilevante che la Corte dichiarava ricevibili le questioni poste dal giudice di pace.

Riguardo invece alla dimensione interna, davanti alla crisi dello Stato di diritto la terzietà dei membri di un organo giurisdizionale è stata ribadita come una delle componenti centrali dell'indipendenza, imponendosi «il rispetto dell'obiettività e l'assenza di qualsivoglia interesse nella soluzione da dare alla controversia all'infuori della stretta applicazione della norma giuridica»<sup>73</sup>.

Sul punto, va notato che già nella giurisprudenza relativa alla ricevibilità *ex art. 267 TFUE* la Corte aveva ritenuto potesse esservi contiguità organica fra l'amministrazione e i membri dell'organo in seno ad essa chiamato a statuire sulle sue decisioni, ma con il necessario contro-bilanciamento di una "separazione funzionale"<sup>74</sup>, ovvero di norme che ne garantissero l'obiettività di giudizio e la terzietà. Proprio su tale base il giudice di Lussemburgo ha costantemente escluso – in qualche modo contemperando il tradizionale approccio flessibile relativo all'indipendenza – la ricevibilità di domande pregiudiziali poste da diverse autorità amministrative<sup>75</sup>. In particolare, «the acid test»<sup>76</sup> per ritenere soddisfatta la necessaria separazione funzionale è la possibilità dell'organo stesso di partecipare quale parte nel procedimento giurisdizionale che a seguito della sua decisione può

---

<sup>72</sup> Un profilo già emerso in precedenza nella sentenza della Corte del 24 maggio 2016, causa C-396/14, *MT*, punti 22-30 e del 9 ottobre 2014, causa C-222/13, *TDC*, punti 28-36.

<sup>73</sup> Sentenza del 25 luglio 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, punto 65 e sentenza *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, cit., punto 73

<sup>74</sup> Il concetto di "separazione funzionale" viene avanzato nella sentenza della Corte del 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, sulla base delle conclusioni dell'avvocato generale Tizzano, del 29 gennaio 2002. Secondo T. TRIDIMAS, *Knocking on Heaven's Door*, cit., pp. 31-32, tale più attento approccio della Corte si spiegherebbe alla luce delle critiche ricevute, fra le quali un ruolo importante è stato assunto dalle conclusioni dell'avvocato generale Colomer in *De Coster*.

<sup>75</sup> Di recente, si noti il caso del notaio polacco, v. ordinanza della Corte, del 1° settembre 2021, causa C-387/20, *OKR*; sentenza della Corte del 16 settembre 2020, *Anesco e a.*; del 16 febbraio 2017, causa C-503/13, *Panicello*; sentenza del 22 dicembre 2010, causa C-517/09, *RTL Belgium*; ordinanza del 14 maggio 2008, causa C-108/07, *Pilato*; sentenza della Corte del 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Syfait*.

<sup>76</sup> N. WAHL, L. PRETE, *op. cit.*, p. 527.

essere iniziato dal singolo. Così in *Torresi*, il fatto che il CNF non potesse partecipare al giudizio dinnanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione a seguito della propria pronuncia era stato uno degli elementi rilevanti che indussero i giudici del Kirchberg ad aprire le proprie porte al giudice speciale italiano<sup>77</sup>. Tuttavia, anche in questo caso la crisi dello Stato di diritto ha aggravato lo *standard* di indipendenza del giudice del rinvio nel senso di non ritenere più determinante *in re ipsa* tale argomento.

In *Banco de Santander* emergeva la presenza di cause di astensione e di ricusazione opponibili contro i membri del *TEAC* nonché la mancata possibilità di quest'ultimo di essere parte nel successivo procedimento giurisdizionale. E tuttavia, a differenza del precedente *Gabalfrisa*, la Corte legge tali garanzie in controluce con la complessiva normativa che interessa il *TEAC*. Emerge, allora, che ai sensi dell'art. 243 della legge spagnola che disciplina il funzionamento del *Tribunal* è prevista la possibilità di un ricorso straordinario contro le sue decisioni, proponibile solo dal direttore generale dei tributi del Ministero e deciso da una sezione speciale di cui quest'ultimo è membro di diritto insieme al direttore dell'Amministrazione finanziaria. Ne deriva che il «ricorso straordinario per l'unificazione della giurisprudenza che può essere proposto contro le decisioni del *TEAC* mett[e] in risalto i vincoli organici e funzionali che esistono tra tale organismo e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, e in particolare il direttore generale dei tributi presso tale ministero nonché il direttore generale della direzione da cui promanano le decisioni contestate dinanzi a detto organismo»<sup>78</sup>.

4. Non tutti hanno salutato con favore il “cambio di passo” che la Corte di giustizia sembra aver intrapreso rispetto all'indipendenza dell'organo del rinvio, adducendo i classici argomenti dell'effettività del dialogo: l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e la tutela dei diritti dei singoli<sup>79</sup>. Ma davanti a questi dubbi viene da chiedersi: non è la coerenza stessa un *valore*? L'effettività del dialogo

---

<sup>77</sup> Sentenza *Torresi*, cit., punto 23.

<sup>78</sup> Sentenza *Banco de Santander*, cit., punto 76.

<sup>79</sup> Cfr. C. REYNS, *Saving Judicial Independence: A Threat to the Preliminary Ruling Mechanism?*, in *European Constitutional Law Review*, 2021, p. 26 ss.



pregiudiziale può giustificare la funzionalista frammentazione di un principio, quale quello dell'indipendenza del giudice, alla base sia della costruzione sovranazionale (art. 2 TUE) ma anche degli stessi ordinamenti nazionali (art. 4, par. 2 TUE), essendo essenziale per il “diritto al giudice naturale”, precipitato delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri<sup>80</sup>? Fino a che punto può essere legittimato un cortocircuito tale per cui si risponde ai quesiti pregiudiziali posti da un organo non conforme al principio della tutela giurisdizionale effettiva perché per il suo tramite si offra una tutela ai singoli?

Coerenza che – occorre notare – può tradursi in credibilità della giurisprudenza della Corte con riflessi anche esterni alle sue competenze, se si riflette sul fatto che la Commissione europea, nel parere motivato *ex art. 7, par. 1 TUE* relativo alla Repubblica di Polonia, per giustificare come l'indipendenza dei giudici sia un valore fondante dell'Unione ormai da tempo consolidato nell'ordinamento sovranazionale, ha fatto ricorso alla giurisprudenza comunitaria relativa all'indipendenza ... ai sensi dell'art. 267 TFUE<sup>81</sup>.

Non si ignora, in questa sede, la poliedrica natura dell'indipendenza del giudice<sup>82</sup> ricordata in *Land Hessen* laddove si afferma che «il criterio relativo all'indipendenza che l'organo di rinvio deve soddisfare per poter essere considerato “una giurisdizione”, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, può essere valutato alla luce di questa sola disposizione»<sup>83</sup>: una *spada* che impone un *facere* agli Stati membri, quando contenuto del diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva e/o obbligo di diritto primario *ex art. 19 TUE*; uno *scudo* quando si limita a comportare l'irricevibilità di un rinvio pregiudiziale proveniente da un organo non conforme a requisiti *Vaassen*<sup>84</sup>. E tuttavia nulla impedisce di valutare l'indipendenza del giudice del rinvio con un differente *standard* rispetto al passato, più *sostanziale* che *formale*, dato

---

<sup>80</sup> Sentenza *Wilson*, cit., punto 46.

<sup>81</sup> COM (2017) 835final, del 20 dicembre 2017, proposta motivata a norma dell'art. 7, par. 1 TUE, v. la giurisprudenza richiamata in nota a p. 23.

<sup>82</sup> Di “natura poliedrica” in riferimento all'art. 19, par. 1 TUE parla M. E. BARTOLONI, *op. cit.*

<sup>83</sup> Sentenza *Land Hessen*, cit., punto 46.

<sup>84</sup> Usano tali espressioni M. BONELLI, M. CLAES, *Judicial Serendipity: how Portuguese Judges Came to the Rescue of the Polish Judiciary*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 622 ss., spec. p. 633.

che non può essere priva di conseguenze l'asserzione per cui «l'indipendenza dei giudici nazionali è essenziale, in particolare, per il buon funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale»<sup>85</sup>.

Una coerenza che va salutata con favore non solo perché rafforza l'indipendenza del giudice come “principio di sistema”<sup>86</sup>, essendo lo *Stato di diritto* un valore su cui si fonda l'Unione ex art. 2 TUE, ma che permette anche un riallineamento con la sua elaborazione originaria nella giurisprudenza della Corte.

Infatti, nonostante l'indipendenza costituisca «un attributo non accessorio, ma intrinseco, della funzione di giudice»<sup>87</sup> essa ha avuto una lenta incubazione nella giurisprudenza comunitaria. Dopo un “timido” accenno in *Pretore di Salò*<sup>88</sup>, solamente in *Corbiau*<sup>89</sup> la Corte definisce l'indipendenza quale requisito che «per la sua stessa natura»<sup>90</sup> deve essere presente nella nozione di giudice.

La tarda maturazione si deve, del resto, al suo essere tratto “genetico” della nozione di giudice: «[t]ale criterio, forse perché connotato con l'essenza stessa della funzione giudicante, è stato esplicitato per la prima volta solo nella sentenza *Corbiau*»<sup>91</sup>, avvertiva l'avvocato generale Tesauro nelle conclusioni in *Dorsch Consult*. E se innegabilmente la nozione di organo del rinvio, come già dichiarato, è propria ed autonoma di diritto dell'Unione, è parimenti innegabile che il modello a cui pensavano i redattori dell'art. 177 TCEE<sup>92</sup> era quello del “giudice” espressione della funzione giurisdizionale più che ad organismi ibridi e/o appartenenti all'amministrazione: l'indipendenza è

<sup>85</sup> Sentenza *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit., punto 43.

<sup>86</sup> Cfr. G. BUTLER, *Independence of Non-judicial Bodies and Orders for a Preliminary Reference to the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2020, p. 870 ss.

<sup>87</sup> Conclusioni Stix-Hackl alla causa *Wilson*, cit., punto 55.

<sup>88</sup> Sentenza della Corte dell'11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*.

<sup>89</sup> Sentenza della Corte del 30 marzo 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, punti 15-17; sentenza della Corte del 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali a carico di X*, punto 18.

<sup>90</sup> Sentenza *Corbiau*, cit., punto 15.

<sup>91</sup> Conclusioni Tesauro alla causa *Dorsch Consult*, cit., punto 27.

<sup>92</sup> Data la chiara ispirazione al modello di scrutinio incidentale di costituzionalità, per quanto indiretto, v. N. CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1962, p. 97: «[c]on alcune varianti il sistema dei trattati di Roma è analogo all'art. 2 della legge italiana 11 marzo 1953, n. 87, per quanto concerne l'introduzione dei giudizi avanti la Corte costituzionale».

«la principale caratteristica che distingue un giudice nazionale da un'autorità amministrativa»<sup>93</sup>.

Infatti, la lettura *sostanziale* e non formale del requisito dell'indipendenza emerge chiaramente già in *Corbiau*. Sulla base delle conclusioni dell'avvocato generale Darmon – il quale richiamava le esigenze connesse ad una tutela giurisdizionale effettiva<sup>94</sup> – la Corte di giustizia rifiutava di rispondere alle domande pregiudiziali del direttore delle imposte di Lussemburgo che secondo il supremo giudice amministrativo nazionale aveva tutte le caratteristiche proprie della giurisdizione, compreso il profilo dell'indipendenza. Ma i giudici di Lussemburgo non ritennero allora provata alcuna “presunzione di indipendenza” discendente dall'appartenenza nominale dell'organo all'ordinamento giudiziario.

Ma qual è il prezzo della *coerenza*? È evidente come l'innalzamento dello *standard* dell'indipendenza dell'organo del rinvio comporti un sacrificio in termini di effettività, come dimostra *Banco de Santander* dove sono state dichiarate irricevibili le domande pregiudiziali poste da un organo (il *TEAC*) che non solo in precedenza poteva interrogare il giudice di Lussemburgo secondo la sentenza *Gabalfrisa*, ma che è chiamato a statuire su rilevanti controversie in materia fiscale all'interno dell'ordinamento spagnolo. E tuttavia possono essere avanzate diverse argomentazioni – relative al rapporto fra ordinamento nazionale e sovranazionale e allo stesso art. 267 TFUE – che inducono a non drammatizzare il nuovo corso.

In primo luogo, va ribadita la giurisprudenza *Fratelli Costanzo*<sup>95</sup> ove la Corte afferma «che [s]arebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva [...] allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali»<sup>96</sup>. Questo significa – come ben noto – che il principio del primato non grava solo sugli organi giurisdizionali bensì

---

<sup>93</sup> Conclusioni Stix-Hackl alla causa *Wilson*, cit., punto 45.

<sup>94</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Darmon, del 16 febbraio 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, punti 10-40.

<sup>95</sup> Sentenza della Corte del 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*.

<sup>96</sup> *Ibidem*, punto 31.

su tutte le articolazioni dello Stato membro, compresi gli organi di varia natura appartenenti all'amministrazione a cui la Corte di giustizia in passato ha riconosciuto la qualità di giurisdizione. Doveri discendenti dal diritto dell'Unione che – va ricordato – vengono presidiati anche dal principio della responsabilità dello Stato<sup>97</sup>.

In secondo luogo, si deve ricordare che la Corte già in *Heylens*<sup>98</sup> stabiliva che «l'esistenza di un rimedio di natura giurisdizionale contro qualsiasi decisione di un'autorità nazionale [...] è essenziale per assicurare al singolo la tutela effettiva del suo diritto [...] tale esigenza costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato sancito negli artt. 6 e 13 [CEDU]»<sup>99</sup>. La presenza di un rimedio giurisdizionale contro ogni decisione dell'amministrazione o di organi interni agli ordini professionali assume particolare importanza non solo a norma del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva ma oggi anche alla luce dell'art. 19 TUE che obbliga gli Stati membri a garantire i rimedi giurisdizionali necessari «nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione». Inoltre, non da oggi è stato denunciato che riconoscere la possibilità ad organi amministrativi di porre alla Corte questioni pregiudiziali genera il rischio di disfunzioni in quanto «il ricorso giurisdizionale successivamente proposto contro la decisione di detto organo può risultare condizionato dalla questione sollevata [...] di modo che il vero e proprio organo giurisdizionale si vedrà in gran parte privato della facoltà di ricorrere al rinvio pregiudiziale giacché, pur potendo in teoria proporre una nuova questione, esso imporrebbe alle parti un ulteriore ritardo nello svolgimento della causa principale»<sup>100</sup>.

In terzo ed ultimo luogo, non va dimenticato che la Corte di giustizia in *Kühne & Heitz*<sup>101</sup> ha affermato che in virtù del principio di leale collaborazione, qualora all'esito di un procedimento giurisdizionale sia stato stabilito in via definitiva che una decisione dell'amministrazione

---

<sup>97</sup> Sentenza della Corte del 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*; del 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*; del 4 ottobre 2018, causa C-571/16, *Kantarev*.

<sup>98</sup> Sentenza della Corte del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*.

<sup>99</sup> *Ibidem*, punto 14.

<sup>100</sup> Conclusioni Colomer alla causa *De Coster*, cit., punto 39. Di recente conclusioni dell'avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, del 16 dicembre 2021, causa C-453/20, *CityRail*, punto 56.

<sup>101</sup> Sentenza della Corte del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*.

è basata su di un'interpretazione del diritto dell'Unione in contrasto con quella successivamente fatta propria dalla Corte di giustizia, se il diritto nazionale prevede una tale possibilità, l'amministrazione ha il dovere di rivedere tale decisione.

Volgendo lo sguardo ad un elemento relativo alle condizioni di ricevibilità *ex art. 267 TFUE*, si deve sottolineare che la Corte si è dimostrata di recente più favorevole a rispondere a questioni pregiudiziali poste da organismi stragiudiziali di soluzione delle controversie previsti dalla legge e la cui giurisdizione possa dirsi obbligatoria, come risulta in particolare dai casi *Merck Canada*<sup>102</sup>, *Ascendi*<sup>103</sup>, *Consorti sanitari del Maresme*<sup>104</sup>. Occorre notare che nei casi menzionati non erano sorti problemi relativi all'indipendenza dei membri di tali organi arbitrali i quali, essendo organicamente e funzionalmente separati dall'amministrazione, non subivano commistioni che ne inquinassero la terzietà, oltre a godere di tutte le altre garanzie proprie della giurisdizione.

Come suggerito<sup>105</sup>, dovrebbe allora la Corte di giustizia – pur non essendo questa la sede per una disamina delle potenzialità e criticità di tale soluzione – prendere definitivamente atto anche di tale manifestazione della funzione giurisdizionale negli ordinamenti nazionali e decidere non di attenuare tanto il requisito dell'indipendenza dell'organo del rinvio per espandere le maglie del dialogo pregiudiziale, considerato il suo valore cardine per l'ordinamento dell'Unione (artt. 2 e 19 TUE), quanto quello dell'obbligatorietà che porterebbe la Corte a rispondere a quesiti pregiudiziali posti da organismi di varia natura alternativi a quelli offerti dall'ordinamento giudiziario ma che sappiano offrire tutte le garanzie di indipendenza proprie della funzione giurisdizionale.

Tanto premesso, la strada della coerenza è tuttavia solo all'inizio e sembra che la giurisprudenza sia ancora caratterizzata da quell'approccio caso per caso a suo tempo contestato dall'avvocato

---

<sup>102</sup> Sentenza *Merck Canada*, cit.

<sup>103</sup> Sentenza della Corte del 12 giugno 2014, causa C-377/13, *Ascendi*.

<sup>104</sup> Sentenza della Corte del 6 ottobre 2015, causa C-203/14, *Consorti Sanitari del Maresme*.

<sup>105</sup> Cfr. A. ADINOLFI, *Rinvio pregiudiziale e metodi alternativi di soluzione delle controversie*, cit.

generale Colomer<sup>106</sup>. Si fa riferimento in particolare alla recente pronuncia *Minister Sprawiedliwości*<sup>107</sup> dove la Corte ha riconosciuto la ricevibilità delle questioni pregiudiziali poste dal Tribunale disciplinare dell'Ordine degli avvocati di Varsavia, chiamato a giudicare sul ricorso del Procuratore generale avverso il provvedimento di archiviazione di un procedimento disciplinare. Per quanto coinvolga il complesso della normativa rilevante e non possa dirsi superficiale, l'esame della Corte conduce ad un esito perlomeno dubbio. In primo luogo, viene ritenuto sufficiente l'assioma contenuto nell'art. 89 della Costituzione polacca per cui i Tribunali disciplinari agiscono in modo indipendente<sup>108</sup>. In secondo luogo, il fatto che l'elezione dei suoi membri sia demandato all'Assemblea dell'ordine, stante la sua natura collegiale, sarebbe incapace di minarne l'indipendenza e l'imparzialità<sup>109</sup>. In terzo luogo, a nulla rileva, sotto il profilo dell'indipendenza, che l'art. 11, par. 4 della legge professionale riconosca il potere assembleare di rimuovere i membri del Tribunale. Infatti – secondo la Corte – la rimozione è affidata non ad un organo esterno ma interno all'ordine professionale<sup>110</sup> – confondendo così l'*autodichia* con l'indipendenza – e la disposizione è di fatto lettera morta dato che non è mai stata utilizzata dall'Assemblea, circostanza che, incredibilmente, legittima la Corte a giustificare l'assenza di una esaustiva definizione delle cause di rimozione<sup>111</sup>.

Una sentenza che può dirsi, nonostante l'equilibrismo dei richiami a *Torresi* e a *Banco de Santander*, nonché alla giurisprudenza della Corte relativa agli artt. 19 TUE e 47 CDFUE, rappresentare una (temporanea?) deviazione dal cammino della coerenza intrapreso dalla Corte.

**5.** Nel dilemma fra coerenza ed effettività, la crisi dello Stato di diritto ha esercitato una spinta sulla «chiave di volta» del sistema: la

---

<sup>106</sup> V. *supra* nota 18.

<sup>107</sup> Sentenza della Corte del 13 gennaio 2022, causa C-55/20, *Minister Sprawiedliwości*.

<sup>108</sup> *Ibidem*, punto 68.

<sup>109</sup> *Ibidem*, punto 70.

<sup>110</sup> *Ibidem*, punti 73-75.

<sup>111</sup> *Ibidem*, punto 76.

Corte di giustizia ha scelto di adottare un maggiore *standard* di indipendenza dell'organo di rinvio, adoperando uno scrutinio più attento delle relative normative nazionali, il quale si è tradotto in un restringimento della via per Lussemburgo a sfavore di organi amministrativi non destinatari delle garanzie proprie della giurisdizione, come testimonia *Banco de Santander*.

Se la strada va salutata con favore rispetto ai summenzionati organi, i termini del *dilemma* si complicano rispetto alle giurisdizioni nazionali investite dalla crisi dello Stato di diritto<sup>112</sup>, come emerge dalla recente sentenza *Getin Noble Bank*<sup>113</sup>, ove la Corte, mediante una tortuosa argomentazione, ha dichiarato ricevibile un rinvio pregiudiziale da parte di una sezione della Corte suprema polacca, della cui indipendenza sia il Mediatore polacco che, in parte, la stessa Commissione dubitavano, a ragione della procedura di nomina di uno dei suoi componenti.

La «chiave di volta» del sistema di tutela giurisdizionale riuscirà a sopportare il peso fra coerenza ed effettività?

---

<sup>112</sup> Cfr. D. SARMIENTO, *The Polish Dilemma*, in *Despite our Differences*, 17 July 2017.

<sup>113</sup> Sentenza della Corte del 29 marzo 2022, causa C-132/20, *Getin Noble Bank*.