

Causa C-326/23**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98,
paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

25 maggio 2023

Giudice del rinvio:

Sąd Najwyższy (Polonia)

Data della decisione di rinvio:

15 marzo 2023

Attori:

C.W.S.A.

C.O.S.A.

D. sp. z o.o.

G.S.A.

C. sp. z o.o.

C.1 S.A.

Convenuto:

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Oggetto del procedimento davanti al giudice nazionale

Procedimento avente ad oggetto il ricorso contro la decisione del Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Presidente dell'Ufficio per la tutela della concorrenza e dei consumatori, Polonia) dell'8 dicembre 2009, con la quale l'accordo concluso dagli attori è stato considerato una pratica restrittiva della concorrenza sul mercato nazionale della produzione e della vendita di cemento grigio, in violazione sia del diritto nazionale sia del diritto dell'Unione europea, e con la quale, conseguentemente, sono state applicate sanzioni pecuniarie.

Richiesta di esaminare la sussistenza dei requisiti di indipendenza e imparzialità di un giudice del Sąd Najwyższy (Corte suprema, Polonia).

Oggetto e fondamento normativo della domanda di pronuncia pregiudiziale

Interpretazione dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE in combinato disposto con l'articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in base all'articolo 267 TFUE)

Questioni pregiudiziali

1. Se l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, del Trattato sull'Unione europea, in combinato disposto con l'articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, debba essere interpretato nel senso che il giudice investito di una causa non debba tener conto di un atto (istanza) di una parte, inammissibile ai sensi del diritto dell'Unione europea e della costituzione di uno Stato membro, che mira a impugnare la nomina di un giudice, che non è soggetta a sindacato giurisdizionale ai sensi dell'ordinamento nazionale e del diritto dell'Unione europea, contestando l'idoneità di tale giudice a giudicare, in considerazione dell'assenza di un nesso tra le circostanze della procedura di nomina di tale giudice e le circostanze della causa di cui è investito, nonché dell'assenza di motivi concreti per contestare la sua imparzialità e indipendenza sulla base di circostanze diverse dalla correttezza della procedura di nomina del giudice, contestata dalla parte in questione, tra cui il comportamento di tale giudice successivo alla sua nomina e la sua influenzabilità da parte del potere legislativo o esecutivo, il che, ai sensi del diritto nazionale, rende tale atto di parte equivalente ad un'inammissibile *actio popularis* e costituisce un grave e manifesto abuso del diritto processuale nazionale.

2. Se l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, del Trattato sull'Unione europea, in combinato disposto con l'art. 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, debba essere interpretato nel senso che una misura, consistente nell'attribuire alle parti la facoltà di chiedere, in base al diritto nazionale, la verifica dell'incidenza di tutte le circostanze relative alla procedura di nomina e al comportamento del giudice successivo ad essa sulla sua imparzialità e indipendenza nella causa in esame, nel contesto del cosiddetto test di imparzialità o di un'istanza di ricusazione del giudice, sia efficace e sufficiente a garantire il rispetto dei requisiti propri di un organo giurisdizionale precostituito per legge, ai sensi del diritto dell'Unione europea.

Disposizioni del diritto dell'Unione rilevanti

Trattato sull'Unione europea: articolo 19, paragrafo 1, secondo comma;

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta dei diritti fondamentali»): articolo 47, prima comma;

Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

Disposizioni del diritto nazionale rilevanti

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Costituzione della Repubblica di Polonia): articoli 179 e 180;

Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Sądzie Najwyższym (legge dell'8 dicembre 2017, recante disciplina della Corte suprema, Polonia): articolo 29;

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (legge del 17 novembre 1964, recante promulgazione del codice di procedura civile, Polonia; in prosieguo: il «k.p.c.»): articolo 49, paragrafo 1, articolo 379, punto 4);

Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (legge del 15 dicembre 2000, in materia di tutela della concorrenza e dei consumatori, Polonia; in prosieguo: la «legge sulla tutela della concorrenza e dei consumatori»): articolo 5, paragrafo 1, punti 1 e 3, articolo 9, articolo 101, paragrafo 1, punti 1 e 2.

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

- 1 Gli attori hanno impugnato la decisione del Presidente dell'ufficio per la tutela della concorrenza e dei consumatori, dell'8 dicembre 2009, con la quale l'accordo concluso tra L.S.A., con sede in M., G.S.A., con sede in C., G.1 S.A., con sede in K., C.2 sp. z o.o., con sede in W., D. sp. z o.o., con sede in S., C.W.S.A., con sede in T., e C.O. S.A., con sede in O., consistente nella determinazione dei prezzi e di altre condizioni di vendita del cemento grigio, nella ripartizione del mercato di produzione e vendita del cemento grigio nonché nello scambio di informazioni commerciali riservate, è stato ritenuto lesivo della concorrenza sul mercato nazionale di produzione e vendita del cemento grigio e ne è stata ordinata la cessazione. Con tale decisione ai suddetti soggetti è stata applicata un'ammenda.
- 2 Con sentenza del 13 dicembre 2013 il Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Tribunale regionale di Varsavia – Tribunale per la tutela della concorrenza e dei consumatori, Polonia) ha modificato la decisione impugnata e ha ridotto le ammende.
- 3 Con sentenza del 21 maggio 2021 il Sąd Apelacyjny w Warszawie (Corte d'appello di Varsavia, Polonia) ha annullato parzialmente la sentenza del Tribunale regionale e, in relazione a tale parte, ha rinviato la causa dinanzi al

Tribunale regionale per un suo riesame, lasciando a tale organo giurisdizionale la decisione in merito alle spese processuali di appello e di rinvio.

- 4 La suddetta sentenza è stata impugnata, tra gli altri, da C. sp. z o.o. Questa società ha eccepito la nullità del procedimento (articolo 379, punto 4, k.p.c.), in relazione all'illegittima - a suo avviso - composizione del collegio giudicante della Corte suprema nella causa n. I NSK 8/19, conclusasi con la sentenza del 29 luglio 2020, in base alla quale la Corte d'appello ha riesaminato il caso ed emesso la sentenza impugnata. Del collegio giudicante facevano, infatti, parte persone nominate alla funzione di giudice della Corte suprema su proposta della Krajowa Rada Sądownictwa (Consiglio nazionale della magistratura, Polonia), costituita in forza della ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o zmianie ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa oraz niektórych innych ustaw (legge dell'8 dicembre 2017, recante modifica della legge sul Consiglio nazionale della magistratura e di alcune altre leggi, Polonia; Dz.U. del 2018, posizione 3; in prosieguo: la «legge del 2017»). Analogamente, della sezione della Corte d'appello giudicante nella causa VII AGa 847/20, conclusasi con la sentenza impugnata, faceva parte una persona nominata alla funzione di giudice della Corte d'appello su parere del Consiglio nazionale della magistratura, costituito in forza della legge del 2017. Inoltre l'attrice ha eccepito una violazione dell'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, del 4 novembre 1950, derivante dal fatto che la sentenza impugnata sarebbe stata pronunciata in circostanze in cui all'attrice non sarebbe stato garantito il diritto a che la sua causa fosse decisa da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge, in considerazione della composizione illegittima del collegio della Corte suprema giudicante nella causa n. I NSK 8/19, nonché in considerazione della composizione illegittima del collegio della Corte d'appello di Varsavia, giudicante nella causa n. VII AGa 847/20.
- 5 Sulla base dei suddetti motivi, la società ricorrente ha chiesto l'annullamento della sentenza impugnata, l'annullamento del procedimento nella parte in cui risulterebbe invalido e il rinvio della causa, per un suo riesame, dinanzi ad una sezione della Corte suprema correttamente costituita o, in subordine, l'annullamento della sentenza impugnata e il rinvio della causa, per un suo riesame, dinanzi ad una sezione della Corte d'appello correttamente costituita.
- 6 Con atto del 23 gennaio 2023, C. sp. z o.o. ha presentato un'istanza volta all'accertamento del fatto che il giudice della Corte suprema O.N., designato come componente del collegio giudicante nella causa I NZ 22/22, non soddisferebbe i requisiti di indipendenza ed imparzialità, in considerazione delle circostanze della sua nomina e del suo comportamento successivo alla nomina. A giustificazione di tale istanza sono state dedotte le seguenti circostanze:
 - a) la partecipazione del giudice della Corte suprema O.N. al concorso per un posto vacante di giudice della Corte suprema, indetto dal Consiglio nazionale della magistratura costituito in forza della legge del 2017;

- b) lo svolgimento delle funzioni giudicanti e giurisdizionali da parte del giudice della Corte suprema O.N., nonostante l'emissione dell'ordinanza del Naczelny Sad Administracyjny (Corte suprema amministrativa, Polonia), che ha sospeso l'efficacia della delibera del Consiglio nazionale della magistratura in base alla quale detta persona era stata nominata alla funzione di giudice, e nonostante la delibera del 23 gennaio 2020 delle tre sezioni riunite della Corte suprema - Sezione civile, Sezione penale e Sezione lavoro e previdenza sociale (in prosieguo: la «delibera del 2020»), che dichiarava illegittima la composizione di una sezione in tutti i casi in cui essa comprendesse una persona nominata alla funzione di giudice della Corte suprema su parere del Consiglio nazionale della magistratura, costituito in forza della legge del 2017;
- c) la partecipazione del giudice della Corte suprema O.N., fonte di seri dubbi sulla sua indipendenza, alla pronuncia della sentenza relativa alle proteste successive alle elezioni presidenziali del 2020.

Breve motivazione del rinvio

- 7 Il problema che sorge nel caso di specie unisce due questioni relative a due istituti processuali previsti dal diritto nazionale (la procedura civile polacca), ovvero la ricusazione di un giudice (ai sensi delle disposizioni del codice di procedura civile) e il cosiddetto test di imparzialità, ovvero l'esame dei requisiti di indipendenza e imparzialità di un giudice - in questo caso di un giudice della Corte suprema (ai sensi delle disposizioni della legge sulla Corte suprema), laddove una soluzione analoga è stata prevista (in altri provvedimenti legislativi) per i giudici degli organi giurisdizionali ordinari.
- 8 Le questioni pregiudiziali sono volte a definire il quadro in cui, secondo la Corte suprema, sia possibile conciliare la cornice normativa, derivante dall'ordinamento costituzionale polacco, e la cornice procedurale e garantista, derivante dai valori sottesi al diritto fondamentale di accesso a un giudice ai sensi del diritto dell'Unione, secondo gli standard definiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Alla luce della giurisprudenza sia della Corte di giustizia che della Corte costituzionale, la Corte suprema ritiene che vi sia spazio per un dialogo giurisprudenziale al fine di evitare un approccio che porti a un contrasto insanabile tra il diritto dell'Unione e il diritto nazionale (costituzionale).
- 9 La prima questione riguarda un atto processuale (istanza) di una parte, inammissibile ai sensi del diritto dell'Unione e della costituzione di uno Stato membro, che mira a ricusare la nomina di un giudice, che non è soggetta al controllo giudiziario ai sensi del diritto nazionale e del diritto dell'Unione, contestando l'idoneità di tale giudice a giudicare, in considerazione dell'assenza di un collegamento tra le circostanze della procedura di nomina di tale giudice e le circostanze della causa di cui è investito, nonché dell'assenza di motivi effettivi per mettere in discussione la sua imparzialità e indipendenza sulla base di

circostanze diverse dalla correttezza della procedura di nomina del giudice, contestata dalla parte, tra cui la condotta del giudice dopo la sua nomina e la sua potenziale influenzabilità da parte del potere legislativo o esecutivo. In base al diritto nazionale, tale atto di parte corrisponde a un'inammissibile *actio popularis* e costituisce un grave e manifesto abuso del diritto processuale nazionale. Si pone quindi la questione se in base al combinato disposto dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e dell'articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali, il giudice adito sia obbligato a non tener conto di tale atto.

- 10 Il diritto polacco prevede due misure che consentono alle parti del procedimento di eccepire che, in un caso specifico, il giudice designato a far parte del collegio giudicante non fornisce garanzie di una decisione obiettiva sul caso. La prima è l'istituto della riconsunzione di un giudice in base all'articolo 49 k.p.c.. Tale disposizione prevede la riconsunzione di un giudice in un determinato caso se si verifica una circostanza che potrebbe far sorgere qualche dubbio sull'imparzialità del giudice nella causa in questione (*iudex suspectus*). Non si tratta di un'esclusione di diritto (*ipso iure*), in quanto un procedimento in tal senso deve essere instaurato o su richiesta di una parte o sulla base di una dichiarazione del giudice stesso.
- 11 Nel valutare la sussistenza di circostanze che possano mettere in dubbio l'imparzialità di un giudice, si devono prendere in considerazione due aspetti: la cosiddetta imparzialità oggettiva e soggettiva del giudice. L'aspetto soggettivo significa che nessun giudice può mostrare parzialità o pregiudizio personale ma sussiste la presunzione di imparzialità personale fino a prova contraria. D'altra parte, l'organo giurisdizionale deve essere oggettivamente imparziale e deve quindi fornire garanzie sufficienti per escludere ogni ragionevole dubbio al riguardo (v. sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2009, C-308/07, *Koldo Gorostiaga Atxalandabaso/Parlamento*, EU:C:2009:103).
- 12 Conseguentemente nella giurisprudenza della Corte costituzionale è stato introdotto la nozione di salvaguardia degli indizi esterni di indipendenza. È importante non solo che il giudice che decide nella causa si comporti sempre secondo i principi di indipendenza e imparzialità, ma anche che nella valutazione esterna la condotta del giudice corrisponda a tali standard. Nella giurisprudenza della Corte suprema viene evidenziato, inoltre, che la questione non è se un giudice possa essere fondatamente accusato di mancanza di obiettività, ma se vi siano circostanze sufficienti, dal punto di vista della parte, che possano far sorgere dubbi sull'imparzialità del giudice. Tale aspetto viene sottolineato anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU).
- 13 La riconsunzione di un giudice ai sensi dell'articolo 49, paragrafo 1, k.p.c. non è determinata dalla semplice circostanza di una conoscenza, anche «personale», di una delle parti, ma da un complesso particolare di relazioni personali, che renda difficile per il giudice mantenere l'imparzialità nella decisione di una controversia riguardante tale parte. Tali relazioni possono essere caratterizzate da atteggiamenti

emotivi nei confronti di una determinata persona o da legami che incidano sugli interessi o su una situazione personale del giudice.

- 14 La seconda misura (riguardante i giudici della Corte suprema) è prevista dalla legge sulla Corte suprema, all'articolo 29, paragrafo 5 (introdotto nel 2022 al fine di attuare gli standard derivanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia). Tale misura riguarda la valutazione del rispetto, in particolare da parte di un giudice della Corte suprema, dei requisiti di indipendenza e di imparzialità, tenuto conto delle circostanze della sua nomina e del suo comportamento dopo la nomina, se, nelle circostanze di un determinato caso, ciò può portare a una violazione dello standard di indipendenza o di imparzialità che incida sull'esito della causa, considerate le circostanze riguardanti il soggetto legittimato e la natura del caso. La Corte suprema, quando accoglie l'istanza, esclude il giudice dalla trattazione della causa, ma l'ricusazione del giudice dalla partecipazione a una determinata causa non può costituire un motivo per una sua esclusione dalle altre cause trattate con la sua partecipazione (articolo 29, paragrafo 18, della legge sulla Corte suprema).
- 15 Sia l'istanza di ricusazione di un giudice che l'istanza di verifica dei requisiti di indipendenza e imparzialità non sono misure di carattere generale e pertanto non mirano a escludere un giudice dal decidere in generale. Entrambe le misure sono destinate a essere utilizzate da una parte per ricusare un giudice che, nelle circostanze di un caso specifico, non fornisca la garanzia che la causa venga decisa in modo obiettivo e indipendente, senza alcuna influenza da parte di terzi.
- 16 Ai sensi dell'articolo 179 della Costituzione della Repubblica di Polonia, i magistrati sono nominati dal Presidente della Repubblica di Polonia, su proposta del Consiglio nazionale della magistratura, a tempo indeterminato. Invece, alla luce dell'articolo 29 della legge sulla Corte suprema, il giudice della Corte suprema è una persona nominata a tale carica dal Presidente della Repubblica di Polonia e che presta giuramento davanti al Presidente della Repubblica di Polonia (paragrafo 1). Occorre rilevare, al contempo, che nell'ambito dell'attività della Corte suprema o dei suoi organi è inammissibile contestare la legittima costituzione delle corti e dei tribunali, degli organi costituzionali dello Stato e degli organismi di controllo e di tutela della legge (paragrafo 2), così come è inammissibile che la Corte suprema, o qualsiasi altra autorità, accerti o valuti la legittima nomina di un giudice o il potere, derivante da tale nomina, di esercitare le funzioni in materia di giustizia (paragrafo 3).
- 17 Le circostanze relative alla nomina di un giudice della Corte suprema non costituiscono un motivo esclusivo per contestare una decisione emessa con la partecipazione di tale giudice o per mettere in discussione la sua indipendenza e imparzialità (articolo 29, paragrafo 4, della legge sulla Corte suprema).
- 18 Nella giurisprudenza della Corte costituzionale è stata adottata una posizione analoga. In alcune sentenze la Corte costituzionale ha stabilito che l'articolo 49, paragrafo 1, k.p.c., nella misura in cui ammette l'esame di un'istanza di

ricusazione di un giudice in ragione dell'illegittimità della nomina del giudice da parte del Presidente della Repubblica di Polonia, su proposta del Consiglio nazionale della magistratura, nonché nella misura in cui riconosce che una qualsiasi circostanza relativa alla procedura di nomina di tale giudice da parte del Presidente della Repubblica di Polonia, su proposta del Consiglio nazionale della magistratura, possa costituire un presupposto per far sorgere un fondato dubbio sull'imparzialità del giudice in un determinato caso, è in contrasto con la Costituzione della Repubblica di Polonia. Inoltre, la Corte costituzionale ha giudicato che alcune disposizioni della legge sulla Corte suprema sono in contrasto con la Costituzione della Repubblica di Polonia nella misura in cui forniscono una base normativa per la Corte suprema per decidere sullo status di una persona nominata alla funzione di giudice, compresa la funzione di giudice della Corte suprema, e sui conseguenti poteri di tale giudice, nonché sull'efficacia di un atto compiuto da un organo giurisdizionale con la partecipazione di tale persona, in relazione a detto status.

- 19) Tale soluzione è riconosciuta anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia, nelle quale viene stabilito che il solo fatto che i giudici vengano nominati con la partecipazione dell'autorità del potere esecutivo non è idoneo a creare una dipendenza dei giudici nei suoi confronti né a generare dubbi quanto alla loro imparzialità se, una volta nominati, gli interessati non sono soggetti ad alcuna pressione e non ricevono istruzioni nell'esercizio delle loro funzioni (v. sentenza del 19 novembre 2019, A.K. e a., C-585/18, C-624/18 e C-625/18, EU:C:2019:982, punto 133; v. anche sentenze della Corte di giustizia del 2 marzo 2021, A.B. e a., C-824/18, EU:C:2021:153, punto 122; del 20 aprile 2021, Republika, C-896/19, EU:C:2021:311, punto 56; del 15 luglio 2021, Commissione/Polonia, C-791/21, EU:C:2021:596, punto 97). Allo stesso tempo, la circostanza che l'organo, quale il consiglio nazionale della magistratura, che partecipa alla procedura di nomina dei magistrati, sia composto prevalentemente da membri scelti dal potere legislativo, non può, di per sé sola, indurre a dubitare dell'indipendenza dei magistrati selezionati con tale procedura (v. analogamente sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 2020, Land Hessen, C-272/19, EU:C:2020:535, punti 55, 56).
- 20) Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia emerge altresì che la possibilità di una diversa conclusione se la stessa circostanza, unita ad altri elementi, e le condizioni in cui è avvenuta la suddetta selezione, possa far sorgere tali dubbi (sentenza della Corte di giustizia nella causa C-791/21, punto 103). Bisogna osservare che il concetto di «giudice indipendente e imparziale» («independent and impartial tribunal», in inglese, «unabhängiges und unparteiisches Gericht», in tedesco) in effetti costituisce una categoria per la valutazione dell'imparzialità dell'organo giurisdizionale (e non dell'indipendenza del giudice), anche se tali concetti sono strettamente legati tra loro.
- 21) In base ai criteri elaborati dalla Corte di giustizia nella sentenza del 29 marzo 2022 (Getin Noble Bank, C-132/20, EU:C:2022:235), la Corte suprema gode della «presunzione di indipendenza» che può essere superata o in forza di una decisione

- giudiziaria, passata in giudicato, con la quale venga accertato che l'organo giurisdizionale giudicante come il giudice del rinvio non è un organo giurisdizionale indipendente, imparziale e precostituito per legge, o indicando altri elementi che potrebbero ledere l'indipendenza e l'imparzialità di tale organo giurisdizionale.
- 22 Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, le disposizioni di diritto nazionale oggetto di un ricorso per inadempimento devono, in linea di principio, essere valutate alla luce della loro interpretazione da parte degli organi giurisdizionali nazionali (v. sentenza del 15 luglio 2021, Commissione/Polonia, C-791/19, EU:C:2021:596, e giurisprudenza ivi citata). Allo stesso tempo, nelle cause in materia di giustizia, gli organi giurisdizionali nazionali, valutando i criteri di cui all'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE e all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali, non possono non tenere conto delle norme di diritto nazionale, ivi comprese quelle di rango costituzionale.
- 23 Il diritto nazionale (così come quello internazionale) non precisa lo standard di indipendenza o di imparzialità. Non definisce nemmeno cosa si debba intendere per indipendenza e imparzialità ai sensi di legge, né in cosa possa o debba consistere la loro violazione. Non viene nemmeno chiarito se l'unico criterio per valutare la mancanza di indipendenza e di imparzialità sia la condotta del giudice stesso o anche altre circostanze, da lui indipendenti. Nella decisione della Corte suprema del 23 febbraio 2023 si è sostenuto che le circostanze relative alla nomina del giudice, ai sensi dell'articolo 29, paragrafo 5, della legge sulla Corte suprema, devono essere intese non come circostanze di carattere generale, riguardanti soluzioni sistemiche per il procedimento di nomina dei giudici, ma come circostanze individuali della nomina, relative a un particolare giudice.
- 24 Alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, l'indipendenza del giudice in senso costituzionale si compone di diversi elementi importanti, che includono: 1) l'imparzialità nei confronti delle parti del procedimento; 2) l'indipendenza nei confronti degli organi (istituzioni) extragiudiziari; 3) l'indipendenza del giudice nei confronti delle autorità e degli altri organi giudiziari; 4) l'indipendenza dall'influenza di fattori politici, in particolare dei partiti politici; 5) l'intima indipendenza del giudice.
- 25 A parte il primo dei summenzionati elementi, che riguarda l'imparzialità, gli altri non possono, di regola, limitarsi a una valutazione nell'ambito di una singola causa trattata, poiché la dipendenza da organi (istituzioni) stragiudiziali, da autorità e organi giudiziari o da fattori politici, in particolare da partiti politici, significa, in linea di principio, che un giudice è privo in generale dell'attributo dell'indipendenza. Pertanto, l'accertamento della mancanza di indipendenza in questo senso, e in realtà questo è l'oggetto dell'istanza proposta nel caso in esame, non si riferisce ad una causa specifica, in quanto l'esistenza di una dipendenza deve sempre portare all'adozione di misure appropriate per rimuovere un giudice dalla funzione giudicante in ogni causa. A maggior ragione nelle ipotesi riguardanti il modello normativo, costituzionale, della nomina dei giudici. Nel

caso in cui si accerti l'esistenza di una «dipendenza» da fattori o persone che partecipano alla procedura di nomina del giudice in generale, che dimostri l'assenza di indipendenza di un giudice, tale giudice perde di conseguenza l'idoneità a svolgere la sua funzione in generale, mentre le svariate circostanze della nomina possono riguardare una valutazione del comportamento dello stesso candidato alla funzione di giudice o dei membri degli organi che partecipano alla procedura di nomina (le cui decisioni non possono essere influenzate dal candidato e vengono prese secondo una procedura specifica, stabilita dalla legge), che non possono essere esaminate in termini di mancanza di indipendenza nel senso generale suindicato. Se, invece, alcune circostanze concretizzatesi nella procedura di nomina giustificassero la riconsiderazione del giudice, ciò dovrebbe avvenire secondo le norme generali previste dalla procedura ordinaria di riconsiderazione, ad esempio, per il caso in cui un giudice debba trattare una causa con la partecipazione di un membro del Consiglio nazionale della magistratura, che durante la procedura di nomina esprime pareri sul giudice stesso, o anche di una persona che ricopre la carica di Presidente della Repubblica in quel momento, laddove la valutazione dell'imparzialità dovrebbe essere fatta ogni volta individualmente.

- 26 Tuttavia, seri dubbi sorgono innanzitutto in merito al fatto che le circostanze della nomina di un giudice (intese in senso stretto, come riferite alla procedura e alla base giuridica della procedura di nomina nonché, in concreto, allo stesso svolgimento della procedura di nomina), senza specificarne la natura, possano incidere sulla valutazione dell'indipendenza o dell'imparzialità di un giudice in generale. In realtà, l'istanza presentata nel caso in esame si concentra su tale aspetto, dal quale vengono tratte conseguenze generali, sotto forma di inidoneità a svolgere le funzioni da parte del giudice della Corte suprema O.N., nonché da parte del giudice della Corte d'appello coinvolto nella pronuncia della sentenza impugnata. La fondatezza di tale istanza sarebbe supportata, secondo l'istante, dal fatto che il giudice della Corte suprema O.N. avrebbe ignorato la «manifesta irregolarità della sua nomina, nonché l'irregolarità della nomina di altri giudici, designati su parere del neocostituito Consiglio nazionale della magistratura». Tale interpretazione dello status di giudice va oltre i criteri indicati dall'attuale giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale.
- 27 Nella giurisprudenza prevale la tesi che non sia sufficiente addurre le circostanze relative alla nomina di un determinato giudice della Corte suprema (compresi eventuali vizi nella procedura di nomina) e il suo comportamento dopo la nomina (in particolare, attività giurisdizionale e pre-giurisdizionale, dichiarazioni e interventi nella sfera pubblica o altre attività pubbliche) che possano dare adito a fondati dubbi sul possesso in capo allo stesso dei requisiti di indipendenza e di imparzialità, ma che sia necessario indicare anche le circostanze che dimostrino che tale carenza possa incidere sull'esito del caso specifico, in considerazione delle circostanze riguardanti il soggetto legittimato e della natura del caso.
- 28 Tuttavia, viene espressa anche una tesi contraria, ossia che per valutare la mancanza di indipendenza e di imparzialità di un giudice, alla luce dell'articolo

29, paragrafi 5 e seguenti, della legge sulla Corte suprema, sia sufficiente il presupposto di una nomina del giudice asseritamente viziata (si tratta delle nomine effettuate sulla base delle proposte del Consiglio superiore della magistratura secondo le disposizioni in vigore dal 2018, ossia sulla base della legge del 2017) e, inoltre, che possa essere considerata «condotta successiva alla nomina» l'adozione, da parte del giudice la cui imparzialità e indipendenza sono contestate, di decisioni in contrasto con la giurisprudenza della Corte EDU e con le conclusioni derivanti dalla delibera della Corte suprema del 2020. Ai sensi di tale delibera, la composizione irregolare di un organo giurisdizionale o il contrasto della composizione di un organo giurisdizionale con le disposizioni di legge si verifica anche quando del collegio di un organo giurisdizionale fa parte una persona, nominata alla funzione di giudice della Corte Suprema su parere del Consiglio nazionale della magistratura in base alla procedura stabilita dalle disposizioni della legge del 2017. Tale tesi non tiene conto della giurisprudenza della Corte costituzionale e, secondo il giudice del rinvio, è connessa al riconoscimento di un atto normativo incostituzionale, come la suddetta delibera, come valido e presuntivamente vincolante per tutti i collegi della Corte suprema.

- 29 Nell'istanza in esame è stata eccepita l'«invalidità» delle nomine giudiziarie facendo riferimento allo standard previsto dal diritto dell'Unione e dall'articolo 6 CEDU (diritto a un giusto processo), ma è stata completamente omessa la valutazione se nel caso concreto si verifichi una dipendenza del giudice, o eventualmente dell'organo giurisdizionale, dal potere legislativo o esecutivo in considerazione delle modalità (circostanze) della nomina del giudice stesso e della natura di tale dipendenza, o se esistano dubbi sull'imparzialità in ragione del fatto che dopo la nomina tale giudice venga sottoposto a pressioni o riceva istruzioni nell'esercizio delle sue funzioni (sentenza della Corte di giustizia nelle cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18). Nel caso dei giudici della Corte suprema ciò significa, altresì, che la mancanza di una verifica individuale dei suddetti criteri deve essere considerata come una violazione del suddetto standard del diritto dell'Unione, che avrebbe dovuto essere realizzato con la sua adozione. È stato solo, quasi in aggiunta, evidenziato che il giudice della Corte suprema O.N. ha partecipato alla pronuncia della sentenza sulle proteste riguardanti lo svolgimento delle elezioni del Presidente della Repubblica di Polonia del 2020, favorevole dal punto di vista del partito politico da cui proveniva il candidato vincente, e ciò dava l'impressione che la sua attività giurisdizionale fosse favorevole alla forza politica che ha reso possibile la sua nomina alla Corte suprema. Indipendentemente dalla fondatezza di tale tesi, bisogna osservare che, a dire il vero, si tratta dello svolgimento di funzioni decisorie nonostante l'invalidità, secondo l'istante, del procedimento di nomina alla funzione di giudice.
- 30 Alcuni collegi della Corte suprema (si tratta di giudici nominati presso la Corte prima del 2018) ritengono che il comportamento di un giudice, successivo alla nomina, comprenda anche lo svolgimento di funzioni decisorie da parte dello stesso. Con l'ordinanza del 27 febbraio 2023 è stata negata l'efficacia vincolante della sentenza della Corte costituzionale del 20 aprile 2020 nella parte in cui

dichiarava incostituzionale la delibera del 2020, emessa con la partecipazione dei giudici che avevano adottato la suddetta decisione, giudicando corretta ed asseritamente produttiva di effetti giuridici la propria delibera, ritenuta incostituzionale, per cui ciò è avvenuto in palese violazione del principio del *nemo iudex in causa sua*.

- 31 Inoltre, con l'ordinanza del 4 aprile 2023 la Corte suprema ha chiesto alla Sezione ampliata della Corte suprema se dall'articolo 29, paragrafo 5, della legge sulla Corte suprema derivi che per escludere un giudice della Corte suprema dalla trattazione di un caso sia necessario che si verifichino cumulativamente tutte le condizioni ivi elencate, alla luce delle quali un giudice della Corte suprema non soddisfa i requisiti di indipendenza e imparzialità, o se sia sufficiente, nelle circostanze specifiche del caso, che si verifichi solo una di tali condizioni.
- 32 Tale istanza, ossia basata solo su questo presupposto, sarebbe in realtà speciosa; un modo, sconosciuto al diritto nazionale e al diritto dell'Unione, che permetterebbe di contestare il diritto di un giudice a svolgere le sue funzioni. Inoltre, servirebbe di fatto a valutare ogni volta non un determinato giudice, ma la prerogativa presidenziale di nominarlo, che invece non può essere riesaminata sulla base di disposizioni non previste dalla Costituzione della Repubblica di Polonia. Nella sentenza del 5 giugno 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato che l'articolo 179 della Costituzione della Repubblica di Polonia è «una norma compiuta per quanto concerne la determinazione della competenza del Presidente della Repubblica di Polonia in materia di nomina dei giudici, in quanto disciplina tutti gli elementi necessari della procedura di nomina».
- 33 Nella sua giurisprudenza la Corte costituzionale ha precisato che, nell'ordinamento giuridico polacco, un giudice è una persona che ha ricevuto l'atto di nomina da parte del Presidente della Repubblica di Polonia, e i motivi per rimuovere un giudice dalle funzioni giudicanti devono emergere dalla Costituzione della Repubblica di Polonia e dalla legislazione basata su di essa. Una prerogativa del Presidente della Repubblica non è soggetta a sindacato giurisdizionale.
- 34 Un'esclusione generale di un giudice dalle funzioni giudicanti significherebbe di fatto - in contrasto con la legge e, soprattutto, con la Costituzione della Repubblica di Polonia e con il diritto dell'Unione - la «sospensione» di tale giudice dallo svolgimento delle funzioni. Una tesi analoga viene adottata dalla Corte costituzionale per quanto riguarda la completa «ricusazione» dalle funzioni giudicanti mediante un atto di rango inferiore alla legge (una delibera della Corte Suprema), che porta alla creazione del peculiare istituto del giudice collocato a riposo ab initio. L'esercizio delle prerogative, e quindi anche di quelle in materia di nomina dei giudici, non impone la motivazione delle decisioni adottate dal Presidente della Repubblica di Polonia in tale materia.
- 35 La proposta del Consiglio nazionale della magistratura, ai sensi dell'articolo 179 della Costituzione della Repubblica di Polonia, costituisce, secondo la

giurisprudenza della Corte costituzionale, una significativa limitazione della libertà d'azione del Presidente, il quale non può nominare una qualsiasi persona che soddisfi i requisiti per la candidatura a giudice, ma solo una persona la cui candidatura sia stata presa in considerazione e proposta dal Consiglio nazionale della magistratura. La Costituzione della Repubblica di Polonia subordina l'esercizio di tale prerogativa da parte del Presidente della Repubblica di Polonia alla presentazione di un'apposita proposta del Consiglio nazionale della magistratura, ma solo l'atto di nomina crea lo status di giudice. Tuttavia, la Costituzione della Repubblica di Polonia non stabilisce direttamente le fasi che precedono la presentazione della proposta, né determina le qualifiche che un candidato alla funzione di giudice deve possedere. I poteri del Presidente sono di natura indipendente ed egli li esercita in nome e per conto proprio e sotto la propria responsabilità.

- 36 L'ordinanza del Presidente della Repubblica di Polonia con la quale avviene la nomina alla funzione di giudice non è un atto amministrativo e non è soggetta alla giurisdizione dell'organo giurisdizionale amministrativo, mentre la nomina stessa non costituisce una questione di natura amministrativa. Non esiste una procedura che consenta di valutare la validità, la correttezza o le conseguenze dell'esercizio di tale potere da parte del Presidente della Repubblica. Non è possibile creare una procedura di revisione né a livello internazionale né a livello legislativo. La nomina di un giudice è un atto di diritto costituzionale, che trova la sua fonte direttamente nella norma costituzionale. In quanto tale, non è un atto di diritto amministrativo. Nessun organo ha quindi l'autorità di verificare la sua correttezza o i suoi effetti. Nemmeno la Corte EDU è un organo autorizzato a valutare l'esercizio di una prerogativa costituzionale del Presidente della Repubblica di Polonia. Il modello di nomina dei giudici adottato dalla Costituzione polacca comporta la necessità di garantire che lo status del giudice sia insindacabile, in modo da non esporlo a possibili tentativi di contestazione attraverso la ricerca di circostanze che potrebbero influenzare la valutazione della correttezza della procedura di nomina applicata nella fase precedente alla nomina da parte del Presidente della Repubblica. L'insindacabilità dello status così intesa costituisce chiaramente una componente della garanzia di inamovibilità, che non è prevista come un «privilegio» del giudice ma è ancorata alle garanzie inerenti al diritto a un giudice, che comprendono la stabilità delle decisioni giudiziarie passate in giudicato.
- 37 Alla luce dell'articolo 179 in combinato disposto con l'articolo 144, paragrafo 3, punto 17, della Costituzione della Repubblica di Polonia, nonché del diritto dell'Unione, non è possibile nominare un giudice nelle forme di un atto meramente simbolico, privo di effetti pratici reali. La nomina di un giudice è allo stesso tempo il conferimento ad una determinata persona della competenza ad esercitare il potere giudiziario. Un'istanza che faccia riferimento alle circostanze della nomina di un giudice, volte a verificarne negativamente l'indipendenza e l'imparzialità, comporterebbe in ogni caso una limitazione o addirittura l'impossibilità per il giudice di esercitare il potere giudiziario.

- 38 In assenza di un espresso fondamento costituzionale, in uno Stato democratico di diritto come anche nel diritto dell'Unione la nomina di un giudice non può essere contestata in alcun modo. Infatti, il soddisfacimento dei requisiti costituzionali ha l'effetto di conferire al giudice un mandato avente la portata massima prevista dalle norme di legge, mentre i principi di stabilità della carica e di inamovibilità da ciò derivanti servono, di fatto, a garantire il diritto a un giusto processo ai sensi dell'articolo 45, paragrafo 1, della Costituzione della Repubblica di Polonia, nonché dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, in combinato disposto con l'articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali. La valutazione dell'atto di conferimento del mandato e della sua efficacia in base al diritto polacco non è, invece, soggetta a valutazione alla luce del diritto dell'Unione. L'indipendenza e l'imparzialità non sono in alcun modo legate alla procedura con la quale il giudice è stato nominato, purché si tratti di una procedura adottata in uno Stato democratico. Le norme costituzionali e le disposizioni del diritto dell'Unione non solo non forniscono elementi per contestare l'indipendenza di un giudice in ragione delle modalità della nomina alle funzioni ma, al contrario, sono volte a garantire tale indipendenza, proteggendo il giudice da qualsiasi influenza esterna, da parte del potere sia legislativo, sia esecutivo, sia giudiziario.
- 39 Come prima illustrato, anche nel diritto dell'Unione non si rinviene un fondamento per contestare la nomina di un giudice in uno Stato membro e per impedirgli così di esercitare le sue funzioni e quindi, soprattutto, di giudicare. Ciò è dimostrato anche dal fatto, eccepito dall'istante, che il giudice della Corte suprema O.N. è stato nominato alla funzione di giudice della Corte suprema avendo «piena consapevolezza» dell'emissione dell'ordinanza della Corte suprema amministrativa, che sospendeva l'esecuzione della delibera del Consiglio nazionale della magistratura nella parte relativa alla presentazione della proposta per la nomina alla funzione di giudice della Corte suprema, che comprendeva anche quest'ultimo. Secondo l'istante, ciò dimostrerebbe l'inosservanza della legge da parte del giudice della Corte suprema O.N.. Non è molto chiaro su quale base l'istante formuli tale conclusione. Innanzitutto, va sottolineato che O.N. (che all'epoca non era ancora giudice) non ha partecipato ad alcun procedimento dinanzi alla Corte suprema amministrativa di adozione di una misura cautelare in relazione alla delibera del Consiglio nazionale della magistratura, quindi non gli è stata notificata l'ordinanza citata dall'istante e non risulta che fosse a conoscenza di una qualsiasi misura cautelare. Anche solo per questo motivo, quindi, la tesi che lo stesso non la osservi è erronea. In effetti, l'asserita inosservanza avrebbe potuto verificarsi solo nella piena consapevolezza dell'emissione di tale ordinanza e del suo oggetto. Non è quindi chiaro da quali circostanze l'avvocato dell'istante deduca la conoscenza, da parte del giudice della Corte suprema ON, della misura cautelare e la sua inosservanza. Se lo fa sulla base della motivazione della delibera del 23 gennaio 2020, che fa riferimento a «notizie ricavate dai media», allora anche a prescindere dal fatto che la stessa è stata emessa in violazione della procedura e che costituisce, di fatto, una norma giuridica, le deduzioni contenute nella delibera in merito a tale questione non corrispondono assolutamente al vero, costituiscono insinuazioni non provate da parte dei firmatari di questa motivazione

e non possono costituire un dato di fatto. Inoltre, anche se il candidato avesse ricavato dai media la conoscenza più generica del fatto stesso dell'esistenza dell'ordinanza cautelare, egli avrebbe potuto ipotizzare che l'ordinanza, secondo le norme applicabili ai procedimenti civili, fosse conforme a tali norme, ossia si applicasse alla parte della delibera del Consiglio nazionale della magistratura non ancora definitiva. Per quanto riguarda O.N., la delibera del Consiglio nazionale della magistratura era definitiva ed esecutiva e quindi non era nemmeno ammissibile, né proceduralmente possibile, emettere un'ordinanza cautelare a tale riguardo. Di conseguenza, alla data della nomina, non si poteva ipotizzare che la Corte suprema amministrativa con le sue decisioni, comprese le ordinanze cautelari, avesse violato gravemente la legge. Tale ipotesi poteva verificarsi solo dopo aver preso conoscenza del contenuto dell'intera ordinanza, cosa che, per le ragioni menzionate, alquanto oggettive, non era possibile. Qualsiasi interferenza nel contenuto della delibera del Consiglio superiore della magistratura in un momento successivo è irrilevante in questo caso poiché, per ovvie ragioni, tale interferenza non può avere alcun effetto retroattivo. A prescindere da quanto suesposto, tale «misura cautelare» non ha alcun effetto nel diritto pubblico e nei confronti del Presidente della Repubblica di Polonia.

- 40 La parte istante, denunciando quelli che considera vizi della procedura della nomina, contesta in realtà lo status del giudice anziché chiederne la ricusazione sulla base di circostanze idonee a dimostrare la mancanza di imparzialità del giudice in un caso specifico. Una simile istanza costituisce in realtà un'istanza fittizia che mira, in modo inammissibile ai sensi del diritto dell'Unione europea e della costituzione di uno Stato membro, a contestare la nomina di un giudice, e ciò non è possibile né ai sensi del diritto nazionale né ai sensi del diritto dell'Unione europea, e pertanto - secondo la Corte suprema - dovrebbe essere disattesa.
- 41 La seconda questione riguarda le misure procedurali summenzionate, nel contesto dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, in combinato disposto con l'articolo 47, primo comma, della Carta dei diritti fondamentali, ed è volta a stabilire se costituisca una procedura efficace e sufficiente a verificare la sussistenza dei criteri propri di un organo giurisdizionale precostituito per legge, ai sensi del diritto dell'Unione, quella di conferire alle parti, ai sensi del diritto nazionale, la facoltà di chiedere la verifica dell'incidenza dell'insieme delle circostanze relative alla procedura di nomina e del comportamento del giudice successivo alla nomina sulla sua imparzialità e indipendenza nell'esaminare il caso di cui è investito, nel contesto del cosiddetto test di imparzialità o di un'istanza di ricusazione del giudice.
- 42 Nonostante il principio di coerenza e uniformità del diritto dell'Unione, la Corte suprema non è a conoscenza di casi in cui, oltre alla Polonia, anche gli ordinamenti giuridici di altri Stati membri abbiano introdotto nuove soluzioni di natura procedurale o legislativa che consentano di adeguare le disposizioni nazionali ai requisiti derivanti dalla citata giurisprudenza della Corte di giustizia. Secondo la Corte suprema, le disposizioni di cui alla questione pregiudiziale sono volte ad adeguare lo standard del diritto polacco in materia di ammissibilità della

verifica dell'indipendenza e dell'imparzialità di un giudice alle conclusioni derivanti dalle citate sentenze della Corte di giustizia. Tali disposizioni mirano inoltre a introdurre uno strumento di verifica giudiziaria del requisito del «giudice precostituito per legge», ai sensi dell'articolo 6 della CEDU.

- 43 Le misure summenzionate sembrano sufficienti a determinare se la composizione di un organo giurisdizionale sia corretta, soprattutto perché, nonostante la loro pubblicità e talvolta anche l'esortazione mediatica ad utilizzarle, il loro numero è esiguo, il che significa che le parti processuali, in realtà, molto raramente contestano l'imparzialità e l'indipendenza dei giudici della Corte suprema, anche di quelli nominati dopo il 2018. Nelle cause civili (presso la Sezione civile della Corte suprema), da allora sono state presentate, in totale, circa 40 istanze di ricusazione di un giudice e di test di prova. Considerando il numero delle cause promosse davanti alla Sezione civile della Corte suprema, oscillante fra le 5 000 e le 7 000 all'anno, si tratta di una frazione sostanzialmente trascurabile.
- 44 Le misure previste sono sufficienti per realizzare il diritto delle parti alla corretta composizione dell'organo giurisdizionale a condizione, ovviamente, che vengano applicate correttamente sia dalle parti che dalla Corte suprema. Si tratta sia dell'ammissibilità della formulazione di pertinenti obiezioni delle parti del procedimento, sia del giudizio della Corte suprema, o di un altro organo giurisdizionale, su un giudice della Corte suprema, sia della contestazione delle decisioni prese dalla Corte suprema, emesse con la partecipazione del giudice, in ragione di svariate circostanze. Il presupposto di un legislatore razionale e il principio di legalità (articolo 7 della Costituzione della Repubblica di Polonia), nonché i principi dell'Unione, impongono che la valutazione non consista nel «contestare» una sentenza o nel «mettere in discussione» lo status del giudice, e che essa avvenga secondo la procedura e le norme previste da apposite disposizioni (l'articolo 49 k.p.c. e l'articolo 29, paragrafi 5 e seguenti, della legge sulla Corte suprema sono attualmente da considerarsi tali). Tuttavia, la prassi giurisprudenziale degli ultimi anni indica una tendenza diversa, ovvero che le disposizioni della Costituzione della Repubblica di Polonia, le leggi nazionali e il diritto dell'Unione spesso costituiscono solo un pretesto per formulare valutazioni e per adottare, da parte di collegi giudicanti (in particolare quelli composti da giudici nominati presso la Corte suprema prima del 2018), atti giudiziari che non trovano alcuna base normativa nella legge. Alcune sezioni della Corte suprema ritengono che l'indicazione delle sole circostanze della nomina sia sufficiente per la trattazione dell'istanza come istanza di ricusazione del giudice, anche se tale prassi interpretativa è in diretta contraddizione sia con le disposizioni di legge invocate sia con le decisioni della Corte costituzionale e, inoltre, non è supportata da alcuna disposizione del diritto dell'Unione.
- 45 Tutto ciò sarebbe dovuto all'impossibilità di applicare effettivamente l'articolo 29, paragrafo 5, della legge sulla Corte suprema. Ad esempio, nella decisione del 15 novembre 2022 la Corte suprema ha dichiarato che i difetti del test di indipendenza e imparzialità di un giudice sono di natura sistemica e sono così gravi da rendere praticamente impossibile il suo utilizzo come rimedio efficace.

Essi rendono la misura essenzialmente illusoria e la rinuncia alla sua applicazione - o l'inosservanza di requisiti formali, che ne indeboliscono l'efficacia pratica - non dovrebbe essere considerata come espressione di negligenza di una parte.

- 46 In un'altra decisione del 27 febbraio 2023, la Corte suprema ha dichiarato che la struttura del test previsto dalla legge sulla Corte suprema viene giustamente descritta come una procedura volta a rendere impossibile l'applicazione dell'articolo 6, paragrafo 1, CEDU, come interpretato dalla Corte EDU nelle sentenze emesse nelle cause contro la Polonia (Reczkowicz, Dolińska-Ficek e Ozimek, nonché Advance Pharma sp. z o.o.), basandosi sulla sentenza della Grande Camera della Corte EDU nella causa Guómundur Andri Astraósson contro Islanda (ricorso 26374; sentenza della Grande Camera della Corte EDU del 1° dicembre 2020). Con tale sentenza del 1° dicembre 2020 è stato infatti stabilito che la nozione «precostituito per legge» si riferisce anche alla procedura di nomina dei giudici (paragrafo 228), mentre un organo giurisdizionale che non rispetta i requisiti di indipendenza, in particolare nei rapporti con il potere esecutivo, e di imparzialità non può essere definito un «organo giurisdizionale» ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, CEDU. Per questo motivo, nel valutare se un organo giurisdizionale soddisfi il necessario requisito di indipendenza e imparzialità, la Corte di Strasburgo ha stabilito che occorre tener conto, considerato il medesimo scopo, del modo in cui i suoi membri sono stati nominati. La sentenza del 1° dicembre 2020 ipotizza e descrive un test in tre fasi, da applicare in tutti i casi in cui vi siano dubbi sulla corretta nomina del giudice adito. I suoi elementi si applicano integralmente quando, in primo luogo, si riscontra una violazione del diritto nazionale nel procedimento di nomina di un giudice (successivamente, si esamina la sua natura – la seconda fase - e se la violazione del diritto nazionale di una certa natura sia stata accertata e sanata dai giudici nazionali – terza fase). Gli elementi di questo test si riferiscono, ovviamente, all'indipendenza e all'imparzialità intese in termini oggettivi, non soggettivi.
- 47 Il fatto che tale misura funzioni, ma che in realtà si tratti di una questione diversa, è dimostrato, ad esempio, da decisioni della Corte suprema emesse in altre cause. È significativo che in tali cause le sezioni della Corte suprema siano state formate da giudici nominati presso questa Corte prima del 2018 (senza giudici nominati a partire dal 2018). In altre parole, finché tali giudici giudicano «tra di loro», non vedono alcun ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge, escludendo un altro giudice della Corte suprema (nominato in conformità alla legge del 2017), adducendo, come suesposto, vizi nella procedura di nomina e il fatto che tale giudice non si sia dimesso a causa di tali presunti vizi. La formula utilizzata nell'articolo 29, paragrafo 5, della legge sulla Corte suprema indica che dovrebbe essere valutata non solo tale circostanza (la nomina), ma anche se, nel contesto della causa in esame, le circostanze della nomina e il comportamento del giudice successivo ad essa possano portare a una violazione dello standard di indipendenza o di imparzialità che influisca sull'esito della causa, tenendo conto delle circostanze inerenti al soggetto legittimato e della natura della causa.

- 48 Riassumendo, il diritto nazionale prevede misure per verificare l'imparzialità e l'indipendenza dei giudici della Corte suprema. La loro corretta applicazione porta al giusto risultato. Se la parte fa un uso corretto dell'istanza di ricusazione del giudice o del cosiddetto test di imparzialità, e l'organo giurisdizionale che la esamina applica la legge (parimenti in modo corretto), un organo giurisdizionale deve ritenersi formato correttamente.
- 49 Inoltre, va sottolineato che le parti del procedimento (in particolare nei procedimenti civili) si avvalgono raramente sia dell'istanza di ricusazione di un giudice sia del test di imparzialità, anzi, dal punto di vista del numero totale di cause instaurate davanti alla Corte suprema, decisamente molto raramente. Sorge pertanto la domanda se in un caso in cui una parte non si avvalga dei diritti processuali ad essa concessi, non contestando la composizione dell'organo giurisdizionale in un determinato caso (cosa che, ovviamente, non è avvenuta nella causa in esame), si possa parlare di una composizione dell'organo giurisdizionale incompatibile con il diritto nazionale e il diritto dell'Unione. Poiché, dal punto di vista delle parti stesse, la valutazione deve riferirsi alla sfera dell'indipendenza esterna, ossia alla percezione di soggetti terzi, in particolare delle parti del procedimento, in una situazione in cui le parti non mettono in discussione l'indipendenza e l'imparzialità del giudice della causa, non si può parlare affatto di un giudice che non rispetti i requisiti previsti dal diritto nazionale e dal diritto dell'Unione. Infatti, è solo tale elemento di indipendenza esterna che può determinare se un giudice, tenendo conto sia delle modalità con le quali si è svolta la sua procedura di nomina sia del suo comportamento successivo ad essa, possa essere soggetto a un controllo per quanto riguarda il rispetto del criterio di un giudice indipendente in un caso particolare, senza tener conto del suo status costituzionale in quanto tale.
- 50 Alla luce di tutto ciò, la Corte suprema ha proposto alla Corte di giustizia le suddette questioni pregiudiziali.