

L'indipendenza delle corti nel diritto costituzionale, comparato ed europeo: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Guido Raimondi

SOMMARIO: 1. Indipendenza delle corti e democrazia - 2. Sfera di applicazione della garanzia. - 3. Indipendenza. - 4. Indipendenza delle corti come istituzioni. - 4.1. Dal potere esecutivo. - 4.2. Dal potere legislativo - 5. L'indipendenza dei giudici come persone. - 6. Conclusioni.

1. Indipendenza delle corti e democrazia

Inizio con una banalità, almeno una banalità apparente. Parlare oggi d'indipendenza delle corti non è come farlo venti o anche dieci anni fa.

Vuoi per effetto di una lunghissima e devastante crisi economica, vuoi per altre ragioni, si sono verificati cambiamenti del quadro politico in tutta Europa, il cui effetto più evidente è quello di una preoccupante pressione su aspetti importanti dello Stato di diritto, cosa che evidentemente riguarda molto da vicino il tema di oggi.

Il voto dello scorso 12 settembre del Parlamento europeo, che ha deciso di attivare nei confronti dell'Ungheria la procedura prevista dall'articolo 7 primo comma del Trattato dell'Unione europea in relazione ad una serie di criticità, comprese censure relative all'indipendenza della magistratura e ai diritti dei giudici, si aggiunge

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto richiesto dalla redazione. Relazione presentata al IV Convegno annuale di Diritti Comparati, *L'indipendenza delle Corti nel diritto costituzionale, comparato ed europeo*, Milano - Università Bocconi, 18 - 19 ottobre 2018.

all'iniziativa della Commissione che, in seguito alle riforme del sistema giudiziario realizzate recentemente in Polonia, ha adottato il 20 dicembre 2017 una proposta motivata con la quale il Consiglio viene invitato, sempre sulla base dell'articolo 7 primo comma del Trattato dell'Unione Europea, a determinare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di questo Stato membro, dei valori di cui all'articolo 2, cioè la preminenza del diritto (*Rule of Law*). Su questi temi si è recentemente pronunciata, come tutti sappiamo, la Corte di giustizia dell'Unione europea con la sua sentenza del 25 luglio 2018 (causa C-216/18) che ha esaminato una domanda pregiudiziale dell'Alta Corte irlandese nel quadro dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo che secondo la persona ricercata comportava un rischio di violazione del diritto fondamentale a un equo processo a causa delle riforme del sistema giudiziario realizzate in Polonia, Paese che aveva emesso il mandato. In quest'occasione la Corte di Lussemburgo ha ribadito il principio, già affermato nella sentenza 27 febbraio 2018 (causa C-64/16 *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c. Tribunal de Contas*), secondo il quale l'indipendenza delle corti fa parte del contenuto essenziale dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Questi sviluppi e la sentenza della Corte di giustizia sono discussi in sede scientifica dai giuristi, ma formano anche oggetto di un vivace dibattito politico.

Un'avvertenza mi sembra quindi opportuna. Non è certamente mia intenzione entrare nell'arena politica. A questa impostazione, non solo per dovere, ma anche per convinzione, mi atterrò.

L'approccio esclusivamente giuridico del mio intervento, però, non impedisce di rilevare, come dicevo, che l'evoluzione del quadro politico in Europa negli ultimi anni ha condotto a una situazione nella quale si può constatare una pressione sul principio democratico della preminenza del diritto.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo il ruolo fondamentale dell'articolo 6 della Convenzione, che prevede le garanzie del giusto processo, tra le quali l'indipendenza delle corti, spesso associata all'imparzialità, occupa un posto eminente, nell'ambito del fondamentale principio della preminenza del diritto (*Rule of Law*) è sottolineato con grande forza. E a sua volta la preminenza del diritto è condizione indispensabile della democrazia per come questa è intesa nella Convenzione. In alcune sue celebri

pronunce, come *Delcourt c. Belgio* del 17.1.1970 (§ 25), *De Cubber c. Belgio* del 26.10.1984 (§ 30), *Moreira de Azevedo c. Portogallo* del 23.10.1990 (§ 66), la Corte ha detto con chiarezza che, in una società che possa dirsi democratica ai sensi della Convenzione il diritto a un'equa amministrazione della giustizia occupa un posto di tale rilievo che un'interpretazione restrittiva dell'articolo 6 non corrisponderebbe allo spirito e alla *ratio* di questa disposizione.

Nell'altrettanto celebre caso *Sunday Times c. Regno Unito*, sentenza del 26.4.1979, la Corte ha detto che il diritto a un'equa amministrazione della giustizia "consacra la preminenza del diritto in una società democratica".

Tutto si tiene. Se si attenta all'indipendenza delle corti, è l'intero edificio democratico, su cui la Convenzione si basa, e che essa tende in qualche modo a preservare, che comincia a vacillare.

Nel suo preambolo, la Convenzione, nel riaffermare l'attaccamento degli Stati firmatari alle libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo, dice con chiarezza che il loro mantenimento "... si fonda essenzialmente, da una parte, su *un regime politico effettivamente democratico* [corsivo aggiunto] e dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei diritti dell'uomo...". La Convenzione è stata concepita come uno strumento di concordia tra gli Stati europei intorno a un patrimonio comune d'ideali e di tradizioni politiche, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto, uno strumento fondato sul concetto di società *effettivamente* democratica, caratterizzata dalla preminenza del diritto e sul rispetto dei diritti umani.

Nella sua giurisprudenza la Corte ha chiarito che gli elementi caratteristici di una società effettivamente democratica sono il pluralismo, la tolleranza e l'apertura mentale (*Handyside c. Regno Unito* (pl.), 7.12.1976, § 49; *Young, James and Webster c. Regno Unito*, 13.8.1981, Serie A no. 44, § 63; di recente, *Izzettin Dogan et al. c. Turchia* (GC), 26.4.2016, §§ 108-109). In particolare, in *Handyside* la Corte ha sottolineato non solo l'importanza della libertà di espressione, protetta dall'articolo 10 della Convenzione, ma anche la necessità del rispetto di opinioni che sono diverse, e quindi del pluralismo come carattere essenziale della società democratica. La Corte ricorda in questa sentenza che la protezione della libertà di

espressione non riguarda solo le informazioni e le idee che sono favorevolmente recepite ovvero sono ritenute innocue o indifferenti, ma anche quelle che offendono, turbano o disturbano lo Stato o qualunque settore della popolazione. Queste, dice la Corte, sono "... le esigenze di quel pluralismo, di quella tolleranza e di quell'apertura mentale senza i quali non vi è una 'società democratica". Con la sentenza *Young, James and Webster c. Regno Unito*, la Corte ha integrato questo concetto aggiungendo il rispetto delle minoranze. Dice la Corte che, anche se gli interessi individuali possono a volte esser subordinati a quelli di un gruppo, la democrazia non significa semplicemente che le opinioni della maggioranza debbano sempre prevalere: è necessario trovare un equilibrio che assicuri alle minoranze di essere trattate in modo equo ed adeguato ed eviti ogni abuso di posizione dominante. In un suo recente intervento sul *Corriere della Sera*, il Prof. Sabino Cassese ci ha ricordato che, anche per far fronte a queste esigenze, non è possibile ridurre la democrazia a elezioni e che in una democrazia effettiva una certa quota di poteri deve necessariamente essere attribuita a organi non elettivi.¹

Non basta quindi che sia assicurata la possibilità di governare il Paese alla forza o alle forze politiche che ottengono la maggioranza alle elezioni, ma è necessario che la vita democratica sia aperta, tollerante, pluralistica e che i diritti delle minoranze siano tutelati. Non mi pare che ci sia bisogno di sottolineare quanto il diritto a un'equa amministrazione della giustizia, inclusa, in una posizione eminente, la tutela dell'indipendenza dei giudici, sia coesistente a questo modello di democrazia, l'unico compatibile con la Convenzione. Modelli per così dire "semplificati" di democrazia – si è potuto parlare di "democrazia illiberale"! – non sono certamente adattabili agli impegni che si assumono con la partecipazione alla Convenzione. L'attentato all'indipendenza delle corti non si traduce quindi in una semplice violazione della Convenzione, ma rivela un problema di sistema che alla lunga rende incompatibile l'ordinamento del Paese interessato con le premesse indispensabili per la partecipazione al meccanismo europeo di tutela dei diritti umani.

¹ S.Cassese, *Ma Di Maio non lo sa*, in *Corriere della Sera*, 10 ottobre 2018.

2. Sfera di applicazione della garanzia

Venendo ora, dopo questa lunga premessa, al tema specifico dell'indipendenza delle corti, ricordo che l'articolo 6 della Convenzione stabilisce che ogni persona, ha diritto, nelle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti, sia esaminata, tra l'altro, "da un tribunale indipendente e imparziale".

Sul rapporto tra le nozioni d'indipendenza e imparzialità tornerò tra un momento.

E' bene precisare rapidamente che, a differenza del corrispondente articolo 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si applica a tutte le procedure giurisdizionali, l'articolo 6 della Convenzione riguarda solo quelle che attengono, secondo le nozioni autonomamente definite dallo strumento europeo, a "diritti e doveri di carattere civile" o a una "accusa penale".

Sempre rapidamente, per quanto riguarda la sfera di applicazione della garanzia, rammento che nella giurisprudenza della Corte le esigenze d'indipendenza e imparzialità dei giudici si pongono riguardo a un "tribunale". Non è necessario che si tratti di un organo qualificato tale dal diritto interno. Nella giurisprudenza il "tribunale" si caratterizza in senso materiale per il suo ruolo giurisdizionale, quello cioè di decidere in conformità a norme di giuridiche e all'esito di una procedura organizzata, ogni questione che rientri nella sua competenza (*Strivay, Simon e Simon c. Belgio* (dec.), 5.9.2002; *H. c. Belgio*, 30.11.1987, § 50, serie A no 127, e *Sramek c. Austria*, 22.10.1984, § 36, serie A no 84).

Per esempio, la Corte ha ritenuto applicabile l'articolo 6 verificando l'indipendenza e l'imparzialità di una camera parlamentare, la Camera dei rappresentanti di Malta, che poteva pronunciare pene detentive e ammende (*Demicoli c. Malta*, 27.8.1991).

Dicevo del rapporto tra indipendenza e imparzialità. Dalla giurisprudenza emerge che la Corte, senza considerare analoghe queste due nozioni, le ritiene però complementari. In effetti, per esempio nella sentenza *Kleyn e altri c. Paesi Bassi*, 6.5.2003, § 192, e

in molte altre, la Corte si è espressa nel senso che, “essendo le nozioni di indipendenza e imparzialità obiettiva strettamente legate [essa] le esaminerà congiuntamente, nella misura in cui esse sono entrambe pertinenti nella fattispecie.”

Detto questo, le mie osservazioni si concentreranno ovviamente sull'indipendenza, che è il tema di oggi.

3. Indipendenza

Indipendenza è un concetto molto simile a quello di libertà. E' indipendente chi è libero, cioè chi non dipende da qualcun altro. In effetti, è la condizione di libertà nel giudizio che si richiede al giudice. Si può dire, se ci si pone dal punto di vista dell'etica del giudice, che i giudici hanno il *dovere* di essere liberi, e quindi di non porsi in situazioni di dipendenza da altri poteri, perché le parti hanno diritto a che il loro giudizio sia privo di condizionamenti. Anche la nozione d'imparzialità ha a che fare con la libertà di giudizio, perché, almeno nella sua forma subiettiva, la si può costruire come indipendenza da se stessi.

Nella prospettiva dell'obbligo convenzionale ad assicurare l'indipendenza delle corti il tema dell'indipendenza riguarda sia le giurisdizioni in quanto tali sia i giudici come persone. Nell'uno e nell'altro caso vi può essere un problema d'indipendenza sia in riferimento al potere esecutivo, che è evidentemente l'ipotesi più frequente, sia in riferimento al potere legislativo. Alcuni analizzano il tema dell'indipendenza delle corti anche da “altri poteri”, come i poteri sociali, i gruppi di pressione, gli organi d'informazione e le parti in causa, che siano pubbliche o private.² Viene portato ad esempio il caso *Sigurdsson c. Islanda*, sentenza del 10.4.2003, un caso nel quale la Corte suprema islandese – con un voto a maggioranza di tre a due – aveva rigettato una richiesta di risarcimento avanzata dal ricorrente contro la Banca nazionale d'Islanda, in una situazione nella quale il

² F.Tulkens, J.Lotarski, *Le tribunal indépendant et impartial à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, 2004, p. 741.

marito di una dei giudici della maggioranza aveva ricevuto dalla stessa banca un notevole vantaggio economico grazie ad una sostanziosa remissione di un debito.³ Credo però che in questi casi sia piuttosto in gioco una questione d'imparzialità, per cui limiterei l'analisi all'indipendenza delle corti dagli altri poteri pubblici, quindi essenzialmente dal potere esecutivo e da quello legislativo. Teoricamente il problema potrebbe porsi anche riguardo alle autorità indipendenti, ma al momento su questo non c'è (ancora) giurisprudenza.

4. Indipendenza delle corti come istituzioni

4.1. Dal potere esecutivo

A proposito dell'indipendenza delle corti dal potere esecutivo sono interessanti due casi portati contro la Francia, *Beaumartin*, sentenza del 24 novembre 1994, e *Chevro*, sentenza del 13 febbraio 2003. Questi casi riguardano la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese concernente le difficoltà d'interpretazione dei trattati internazionali. Fino alla sentenza GISTI del 1990 il Consiglio di Stato opinava che la questione dell'interpretazione di trattati internazionali il cui testo fosse ambiguo o incerto non appartenesse alla sua competenza, ritenendo si trattasse di un atto di governo relativo alle relazioni internazionali e quindi non suscettibile di tutela giurisdizionale. Di fronte a un testo ritenuto non sufficientemente chiaro, il Consiglio di Stato si rimetteva, con un rinvio pregiudiziale, all'interpretazione del Ministero degli affari esteri.⁴ Successivamente alla sentenza GISTI, il Consiglio di Stato ha abbandonato la prassi del rinvio pregiudiziale al Ministero degli affari esteri e ha interpretato esso stesso gli accordi internazionali. Se il parere del Ministero viene richiesto, il Consiglio di Stato ora non se ne considera vincolato.

³ *Ibidem*.

⁴ A partire dalla sentenza *Veuve Murat, Comtesse de Lipona*, del 23 luglio 1823, *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, p. 545.

Nel caso *Beaumartin*, precedente al mutamento di giurisprudenza, la Corte ha osservato che il Consiglio di Stato si era rimesso a un'autorità inquadrata nel potere esecutivo per risolvere il problema giuridico che ad esso era stato sottoposto e aveva osservato che l'interposizione dell'autorità ministeriale, decisiva per l'esito della procedura giurisdizionale, non era suscettibile di alcun ricorso da parte degli interessati, che del resto non avevano avuto nessuna possibilità di esprimersi sull'utilizzazione del rinvio pregiudiziale e sulla formulazione della questione, per cui veniva a mancare la necessaria indipendenza del tribunale chiamato a giudicare la controversia.⁵

La Corte ha poi precisato, nel caso *Chevrol*, successivo al mutamento di giurisprudenza del Consiglio di Stato, che la semplice richiesta di collaborazione al potere esecutivo nell'interpretazione di un trattato, cioè di una norma giuridica da applicare alla fattispecie litigiosa, non è in sé contraria alla Convenzione, osservando anzi che una tale collaborazione può facilitare la ricostruzione di certe situazioni di fatto che determinano l'applicazione degli accordi internazionali, come la condizione di reciprocità. In questo caso però il Consiglio di Stato si era ritenuto obbligato a seguire il parere del ministero, cioè di un'autorità esterna, per di più inquadrata nel potere esecutivo, senza sottoporre questo parere né alla critica né a un dibattito contraddittorio, così privandosi volontariamente della competenza che avrebbe consentito ad esso di esaminare e prendere in considerazione degli elementi di fatto che potevano essere cruciali per la soluzione della controversia,⁶ per cui il Consiglio di Stato non si poteva considerare, neanche in questa occasione, un "tribunale indipendente" e quindi l'articolo 6 era stato violato.

Sempre a proposito dell'indipendenza delle corti dall'esecutivo dal punto di vista istituzionale, presentano un certo interesse i casi britannici che riguardano la determinazione da parte del Ministro dell'interno del periodo punitivo di una pena detentiva da subire "finché piaccia a Sua Maestà" (*at Her Majesty's Pleasure*). La Corte se ne è occupata una prima volta a proposito d'imputati minorenni nei casi *V. e T. c. Regno Unito*, sentenze del 16.12.1999, chiarendo che

⁵ *Beaumartin c. Francia*, 24.11.1994, § 38.

⁶ *Chevrol c. Francia*, 13.2.2003, §§ 80-82.

l'articolo 6 della Convenzione, nel suo ramo penale, copre l'insieme della procedura, comprese le vie di ricorso e la determinazione della pena, determinazione cui appartiene la fissazione del "periodo punitivo", e giungendo alla conclusione che questa disposizione era stata violata, perché la decisione non era stata presa da un tribunale indipendente.⁷ La stessa conclusione è stata poi adottata dalla corte anche per gli adulti nel caso *Stafford c. Regno Unito*, sentenza del 28 maggio 2002.

4.2 *Dal potere legislativo*

A proposito dell'indipendenza delle corti dal potere legislativo credo si possa accennare alla vicenda delle cosiddette "leggi di validazione", anche se la Corte affronta questi casi nella prospettiva generale dell'equità del processo e non in quella specifica dell'indipendenza del giudice. Ma si tratta evidentemente dell'indipendenza istituzionale della giurisdizione rispetto al potere legislativo.⁸

Con la sentenza *Zielinski e Pradal, Gonzales e altri c. Francia* ⁹del 1999 la Corte di Strasburgo si è occupata di un fenomeno che riguarda anche altri Paesi europei, in particolare il nostro.

Si trattava della prassi francese, cosiddetta delle *lois de validation*, largamente utilizzata anche in Italia, che consiste nell'intervento del legislatore con leggi interpretative aventi effetto retroattivo anche nei giudizi già iniziati. La legge francese che veniva in rilievo nella fattispecie (si trattava di una vicenda di previdenza sociale) era stata ritenuta conforme a Costituzione dal Consiglio costituzionale francese. I ricorrenti denunciavano che l'intervento dello Stato nei procedimenti giurisdizionali che li riguardavano con una legge retroattiva aveva violato i principi dell'equo processo in particolare sotto il profilo dell'eguaglianza delle armi tra le parti. La Corte ha trovato una violazione dell'articolo 6 della Convenzione. La

⁷ *V. c. Regno Unito*, 16.12.1999, § 114; *T. c. Regno Unito*, 16.12.1999, § 113.

⁸ Anche F.Tulkens, J.Lotarski, *op. cit.*, p. 739, inquadrano il tema delle leggi "di validazione" in quello dell'indipendenza del giudice.

⁹ *Zielinski e Pradal, Gonzales et autres c. France*, (GC), no. 24846/94 et 34165/96 à 34173/96), 28 octobre 1999.

Corte naturalmente non ha assolutamente contestato la correttezza della decisione del Consiglio costituzionale che aveva concluso per la costituzionalità della disposizione litigiosa, ma ha affermato con chiarezza che la conformità alla costituzione di una determinata disposizione legislativa non ne garantisce la conformità alla Convenzione, le cui esigenze, in certi casi, possono essere più elevate di quelle della costituzione nazionale.

La Corte di Strasburgo si è occupata di leggi interpretative con effetto retroattivo sui giudizi in corso in particolare in due casi, *Agrati ed altri*, riguardante il trattamento economico del personale scolastico ATA trasferito nei ruoli dell'amministrazione della pubblica istruzione, e *Maggio ed altri*, in materia di calcolo delle contribuzioni pensionistiche per i lavoratori italiani in Svizzera, noto come il caso delle "pensioni svizzere". Nel caso *Agrati* la normativa litigiosa era stata esaminata dalla Corte costituzionale italiana, su rinvio della Corte di cassazione, anche sotto il profilo della conformità alla Convenzione, e la Corte italiana aveva ritenuto che la legge non ponesse problemi dal punto di vista della Convenzione.

La Corte di Strasburgo, come nel caso francese, è giunta ad una diversa conclusione. Richiamandosi alla giurisprudenza *Zielinski e Pradal*, la Corte ha osservato che una legge retroattiva con effetti sui giudizi in corso non è automaticamente in violazione dell'articolo 6 della Convenzione, ma occorre, perché il principio dell'equo processo sia salvo, che il legislatore sia spinto da "compelling reasons", cioè da ragioni imperative, che nel caso mancavano, perché in sostanza nelle sue difese dinanzi alla Corte il governo italiano si era limitato ad invocare l'interesse finanziario dello Stato, cioè una circostanza che la giurisprudenza precedente aveva già escluso potesse giustificare un intervento legislativo con effetto retroattivo sui giudizi in corso.

Nel caso *Maggio* la Corte di Strasburgo ha svolto un ragionamento analogo. Come si sa, la questione delle pensioni svizzere è stata poi esaminata dalla Corte costituzionale italiana, che, a differenza del Consiglio costituzionale francese, non si è conformata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (sent. n. 264 del 2012), facendo applicazione della cosiddetta teoria dei "controlimiti".

5. *L'indipendenza dei giudici come persone*

Nel giudicare l'indipendenza personale del giudice, la Corte europea esamina i criteri oggettivi che possono rivelare un rapporto di subordinazione, anche questi criteri possono variare secondo il contesto di ogni caso.¹⁰ Già nel classico caso *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, sentenza del 23.6.1981, la Corte ha chiarito che non basta che il diritto nazionale qualifichi un organo come "tribunale" perché se ne debba presumere l'indipendenza.

Come la Corte ha detto, ad esempio, nel caso *Langborger c. Svezia*, sentenza del 22.6.1989 (§ 32), occorre analizzare il modo di designazione, cioè le procedure di nomina, dei membri del tribunale, la durata del loro mandato e l'esistenza di garanzie contro possibili pressioni esterne. Nella sentenza *Findlay c. Regno Unito* del 25.2.1997, la Corte ha riepilogato la sua giurisprudenza sul punto, ricordando per l'appunto che per stabilire se un tribunale può essere considerato "indipendente" bisogna prendere in considerazione in particolare le procedure di nomina dei giudici e la durata del loro mandato, l'esistenza di una protezione contro le pressioni esterne e anche verificare, così aggiungendo questa importante dimensione, se vi sia o non *apparenza* di indipendenza (§ 73).

Il punto fondamentale è se i giudici messi in causa godano di sufficienti garanzie di indipendenza. La giurisprudenza della Corte, pur attribuendo una certa importanza alla nozione di separazione dei poteri tra organi politici e organi giudiziari (*Stafford c. Regno Unito* (GC), 28.5.2002, § 78) non impone alcuna particolare teoria costituzionale in materia di delimitazione della sfera di azione dei differenti poteri dello Stato. Nel caso *McGonnell c. Regno Unito*, sentenza dell'8.2.2002 (§ 51), la Corte ha esaminato il caso del Balivo dell'isola di Guernesey, un particolare magistrato che esercita funzioni legislative ed esecutive oltre a quelle giudiziarie. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto che quest'autorità non si potesse considerare indipendente – specie sotto il profilo dell'apparenza – e ha quindi affermato la violazione dell'articolo 6, ma solo perché nel caso di specie il Balivo aveva concorso all'adozione delle decisioni che erano

¹⁰ F.Tulkens, J.Lotarski, *op. cit.*, p. 741,

sub judge, non perché la sua figura cumulasse attribuzioni di diversi poteri dello Stato.

Dicevo che quattro criteri sono utilizzati principalmente dalla Corte per analizzare il requisito dell'indipendenza di un tribunale, cioè le procedure di nomina di giudici, la durata del loro mandato, le garanzie e le protezioni contro possibili pressioni esterne e l'apparenza. Vorrei ora riferirmi a qualche esempio per ciascuno dei criteri.

Per quanto riguarda le procedure di nomina posso ricordare un caso che riguarda il nostro Paese, la decisione *Predil Anstalt S.A. c. Italia* dell'8.6.1999, nella quale l'indipendenza del giudice amministrativo, TAR e Consiglio di Stato, veniva messa in discussione a causa della nomina governativa di una parte dei membri di queste giurisdizioni. La Corte ha osservato che se è vero che il Presidente e almeno cinque magistrati per ogni TAR, un quarto dei magistrati del Consiglio di Stato e il Presidente del Consiglio di Stato sono nominati su proposta del potere esecutivo, la maggioranza dei magistrati amministrativi sono nominati a seguito di concorso pubblico e che la Costituzione italiana prevede che l'indipendenza del Consiglio di Stato dal governo sia assicurata dalla legge. La Corte si è anche riferita alla circostanza che tutte le decisioni in materia disciplinare, di promozione e di trasferimento dei magistrati amministrativi sono di competenza del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, un organo nel quale la maggioranza dei membri è liberamente eletta dall'insieme dei magistrati amministrativi. La violazione dell'articolo 6 è stata così esclusa. Alla stessa conclusione la Corte è giunta a proposito del Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana nella decisione *Majorana c. Italia* del 26.5.2005.

Nel caso *Maktouf e Damjanović c. Bosnia Erzegovina* (GC), sentenza del 18.7.2013 (§ 49), i ricorrenti erano stati condannati dalla Corte della Bosnia Erzegovina (Corte di Stato) per crimini di guerra commessi contro civili durante la guerra del 1992-1995. Il primo ricorrente si doleva della mancanza d'indipendenza della Corte di Stato, specialmente perché due dei suoi membri erano stati nominati dall'Ufficio dell'Alto Rappresentante della comunità internazionale in Bosnia Erzegovina per un periodo rinnovabile di due anni. La Corte ha ritenuto che non vi fossero ragioni per dubitare dell'indipendenza dei giudici internazionali della Corte di Stato rispetto agli organi

politici della Bosnia Erzegovina, alle parti in causa e anche riguardo all'istituzione dell'Alto Rappresentante. La loro nomina era stata motivata proprio dalla volontà di rafforzare l'indipendenza delle camere della Corte di Stato competenti a giudicare i crimini di guerra e quindi di ristabilire la fiducia del pubblico nel sistema giudiziario. Il fatto che i giudici messi in causa fossero magistrati di carriera distaccati dalle magistrature dei rispettivi Paesi costituiva una garanzia aggiuntiva contro possibili pressioni esterne.

Incidentalmente osservo che la grande maggioranza delle sentenze e delle decisioni della Corte in questa materia riguarda, com'è naturale, l'indipendenza dei giudici dall'esecutivo. A proposito delle procedure di nomina si può però citare almeno un caso che riguarda l'indipendenza dal potere legislativo. Nel caso *Filippini c. San Marino*, decisione del 26.8.2003, la Corte ha chiarito che il fatto che i giudici siano eletti dal Parlamento non è, di per sé, sufficiente a far dubitare della loro indipendenza. Bisogna invece valutare l'indipendenza alla luce delle garanzie di cui i giudici godono dopo l'elezione.

A proposito della durata del mandato, nel caso *Maktouf e Damjanović* al quale mi sono appena riferito, nel quale i giudici "internazionali" della Corte di Stato bosniaca erano nominati per un periodo di due anni rinnovabile, la Corte non ha trovato questa soluzione problematica, osservando che, sebbene si trattasse di un termine indubbiamente breve, questo era comprensibile data la natura provvisoria della presenza di giudici internazionali nella Corte di Stato e del meccanismo del distacco dei giudici dalle loro magistrature nazionali.

Va detto che l'influenza della durata del mandato dei giudici sulla valutazione complessiva dell'indipendenza dipende molto dalle circostanze e quindi dal complessivo status del giudice in questione. Se un mandato di due anni rinnovabile è stato considerato adeguato nel caso della Corte di Stato bosniaca, come un mandato di tre nel caso *Sramek c. Austria*, sentenza del 22.10.1984, un periodo di quattro anni è stato invece considerato insufficiente nel caso *Incal c. Turchia*, sentenza del 9.6.1998. Chiaramente in quest'ultimo caso hanno pesato gli altri elementi pertinenti valutati dalla Corte. Si trattava di un magistrato militare componente della Corte di sicurezza dello Stato, per il quale un mandato di quattro anni rinnovabile è stato ritenuto troppo breve alla luce del fatto che il giudice in questione

continuava ad appartenere all'esercito, ovviamente inquadrato nel potere esecutivo, restava sottoposto alla disciplina militare e alle valutazioni dell'esercito e che nella procedura di nomina largo spazio era riservato all'amministrazione (§ 68).

Credo sia interessante notare che la Corte può essere investita di questioni di questo genere non solo da ricorrenti i quali paventano che l'indipendenza dei giudici del loro caso non sia stata sufficientemente garantita, ma anche dagli stessi magistrati.

In tema, per l'appunto, di durata del mandato, è celebre il caso *Baka c. Ungheria* (GC), sentenza del 23.6.2016, citato anche dalla decisione del Parlamento europeo relativa all'Ungheria cui accennavo in apertura. La Corte deve valutare con estrema attenzione casi nei quali un giudice si dolga di un'abbreviazione del suo mandato a causa di dichiarazioni critiche e di opinioni espresse nel quadro delle sue attività professionali. In questo caso *Baka* il ricorrente era stato eletto Presidente della Corte suprema ungherese per un mandato di sei anni. Sulla base di una riforma legislativa promossa dallo stesso governo, l'esecutivo metteva fine al mandato del ricorrente con un anticipo di tre anni e mezzo. Invocando gli articoli 6 e 10 (libertà di espressione) della Convenzione, il ricorrente si doleva del fatto di non essere potuto ricorrere a un giudice contro la prematura conclusione del suo mandato e che l'azione del governo era motivata da intenti punitivi riguardo a delle dichiarazioni da lui rilasciate nella sua veste ufficiale a proposito di progetti di riforma del sistema giudiziario. La Corte ha trovato una violazione anche dell'articolo 10. Interessa di più, però, nel nostro contesto, il ragionamento della Corte sull'articolo 6, in relazione al quale la Corte ha concluso che lo Stato convenuto aveva menomato l'essenza del diritto del ricorrente ad adire un giudice. A questa conclusione la Corte è giunta notando la crescente importanza che strumenti internazionali, sentenze di corti internazionali e la prassi di altri organi internazionali attribuiscono alle garanzie processuali in caso di rimozione o licenziamento di magistrati.

Venendo alle garanzie e alle protezioni contro possibili pressioni esterne, la giurisprudenza della Corte insiste innanzitutto sull'*inamovibilità* del giudice, come emerge in particolare dalle sentenze *Campbell e Fell c. Regno Unito*, 28.6.1984 (§ 80) e *Urban c. Polonia*, 30.11.2010 (§ 45), che la descrivono come un corollario dell'indipendenza del giudice.

Con le sentenze *Piersack c. Belgio*, 1.10.1982 (§ 30) e *Micallef c. Malta*, 15.10.2009 (§ 98), la Corte ha precisato che l'inamovibilità del giudice garantisce la fiducia del pubblico nei tribunali di una società democratica.

Se manca uno statuto formale d'inamovibilità, questo non vuol dire che ci si trovi necessariamente di fronte a un caso di mancanza di indipendenza. Nel caso *Morris c. Regno Unito*, sentenza del 26.2.2002 (§ 68), la Corte si è riferita all'esistenza di *garanzie ulteriori*, che possono sopperire alla mancanza di inamovibilità formale. In questo caso si trattava di un magistrato militare nominato per un periodo di tempo limitato, ma al di là del quale egli sarebbe andato in pensione. La Corte ha tenuto conto del fatto che nell'esercizio delle sue funzioni il giudice non rispondeva ad alcuna autorità superiore e non era responsabile nei confronti della gerarchia militare, concludendo che se è vero che bisogna certamente considerare l'inamovibilità dei giudici come un corollario della loro indipendenza, l'assenza di consacrazione esplicita di questa condizione non implica un difetto d'indipendenza se l'inamovibilità è riconosciuta di fatto.

Infine, qualche parola sull'apparenza. Come si è già anticipato, anche in tema d'indipendenza, come per l'imparzialità, la Corte accorda un ruolo importante alle apparenze, cioè alla percezione della giustizia da parte del giudicabile. Secondo la famosa frase del Lord Chief Justice Hewart, ormai entrata nel linguaggio comune, giustizia deve non solo essere fatta, ma deve apparire come fatta¹¹. La Corte si è appropriata di questo principio, direttamente evocato nella sentenza *Campbell e Fell*, che ho già citato (§ 81).

In diverse sentenze la Corte ha messo l'accento sulla fiducia che i tribunali di una società democratica devono ispirare ai giudicabili.¹²

Nel caso *Kress c. Francia*, sentenza del 7.6.2001 la Corte ha applicato il principio alle procedure del Consiglio di Stato francese, nelle quali all'epoca un magistrato, denominato tradizionalmente "commissaire du gouvernement" anche se non era dipendente

¹¹ *R v Sussex Justices, Ex parte McCarthy* ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER Rep 233). La frase originale era: «...[it] is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.»

¹² *Sramek c. Austria*, 22.10.1984, § 42; *Fey c. Austria*, 24.2.1993, § 30; *Padovani c. Italia*, 26.2.1993; § 27; *Remli c. Francia*, 23.4.1996, § 48.

dell'esecutivo, presentava conclusioni dinanzi alla formazione di giudizio, un po' come il procuratore generale dinanzi alla Corte di cassazione, e poi partecipava alla deliberazione. Questa prassi è stata ritenuta contraria all'articolo 6 soprattutto sulla base della teoria delle apparenze.

All'epoca vi furono critiche soprattutto della dottrina francese, che giunse a mettere in ridicolo la teoria delle apparenze ponendo la domanda: "teoria delle apparenze o apparenza di teoria?"¹³ Credo però che a queste critiche sia stato risposto efficacemente facendo notare come la teoria delle apparenze sia l'unico modo per trattare i problemi d'indipendenza del giudice che possono emergere in sede di deliberazione della decisione giudiziaria, un momento che è normalmente segreto.¹⁴

6. Conclusioni

Credo che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che abbiamo rapidamente esaminato, fornisca una solida protezione al principio di indipendenza delle corti.

Articolando il proprio esame sui quattro elementi principalmente sviluppati, cioè le procedure di nomina di giudici, la durata del loro mandato, le garanzie e le protezioni contro possibili pressioni esterne e l'apparenza, la Corte si è dotata di una griglia di lettura sufficientemente comprensiva e flessibile, all'interno della quale i differenti elementi che la compongono interagiscono tra di loro, così permettendo alla giurisprudenza di offrire soluzioni equilibrate di fronte alle situazioni le più diverse.

E' stato osservato che questa giurisprudenza – unitamente a quella elaborata in tema d'imparzialità – ha avuto una notevole influenza all'interno degli Stati parte della Convenzione, assumendo un ruolo rilevante nella progressiva emancipazione dei giudici dal

¹³ D.Chabanol, *Théorie de l'apparence ou apparence de théorie? Humeurs autour de l'arrêt Kress*, A. J. D. A., *Actualité juridique droit administratif*, 1/2002, p. 10.

¹⁴ F.Tulkens, J.Lotarski, *op. cit.*, p. 743.

potere politico, sia esso esecutivo o legislativo.¹⁵ Sarebbe veramente difficile dissentire da questo giudizio.

A questo vorrei aggiungere, in un momento nel quale il tema dell'indipendenza delle corti rischia di assumere dimensioni sistemiche, che il valore dei principi elaborati nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo va oltre i singoli casi decisi. Non vorrei entrare nel merito della tesi sostenuta da Alec Stone Sweet, secondo il quale, a partire dall'entrata in vigore del Protocollo n. 11 alla Convenzione, che ha reso obbligatorio per tutti gli Stati parte il ricorso individuale, la Corte europea dei diritti dell'uomo sarebbe divenuta la corte costituzionale d'Europa.¹⁶ Certamente gli autori della Convenzione, parlando nel preambolo di una "unione sempre più stretta" tra gli Stati firmatari avevano in mente uno spazio condiviso di democrazia effettiva all'interno del quale regnasse la preminenza del diritto e fossero assicurati i diritti fondamentali, con il contenuto minimo stabilito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Come si sa, la giurisprudenza parla di "ordine pubblico europeo".¹⁷ Ma mi fermerei qui, perché questa è materia per un altro convegno.

Pragmaticamente, mi limiterei ad osservare che è prevedibile che nel prossimo futuro il tema dell'indipendenza delle corti sarà frequentemente sottoposto all'attenzione non solo della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma anche della Corte di giustizia dell'Unione europea. Direi che è rassicurante la convergenza tra le giurisprudenze delle due corti che è possibile osservare soprattutto negli ultimi tempi, con la Corte di Lussemburgo che sempre più spesso insiste nella citazione dell'articolo 52 § 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la norma che, a proposito dei diritti contemporaneamente protetti dalla Convenzione e dalla Carta, prevede che il loro contenuto minimo sia quello fissato dalla Convenzione.

Esistono dunque gli strumenti giuridici per garantire, anche rispetto al tema dell'indipendenza delle corti, il modello di democrazia assunto a premessa dagli Stati firmatari della Convenzione

¹⁵ F.Tulkens, J.Lotarski, *op. cit.*, p. 768.

¹⁶ A. Stone Sweet, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, Yale Law School, Faculty Scholarship Series. 71.

¹⁷ *Loizidou c. Turchia* (GC) (eccezioni preliminari), 23.3.1995, § 93.

Guido Raimondi

*L'indipendenza delle corti nel diritto costituzionale, comparato ed europeo:
la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*

europea dei diritti dell'uomo, un modello che è lo stesso che è alla base dell'Unione europea.

Abstract: This essay aims at highlighting the importance of judicial independence as a guarantee in the perspective of the European Court of Human Rights. Courts are regarded as vital institutions for the safeguard of democracy and the rule of law and their independence has to be evaluated in relationship with executive and legislative power. An often neglected aspect taken into account by the case-law of the European Court of Human Rights regards the independence of judges as individuals.

Keywords: Judicial independence, European Court of Human Rights, executive power, legislative power, guarantees.

Guido Raimondi – Presidente Corte europea dei diritti dell'uomo