

SILVANA SCIARRA
(Strasburgo, 27 gennaio 2023)

“Ricorso” alla e “discorso” sulla Convenzione EDU

Signor Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, illustri giudici, eccellenze, signore e signori.

Sono profondamente onorata di parlare in questa solenne cerimonia di fronte a un pubblico illustre, dopo la molto stimolante introduzione della presidente O'Leary. È straordinario che le nostre vite personali e professionali possano incrociarsi di nuovo, in questa occasione formale.

Sono onorata per la Corte costituzionale italiana, che rappresento, e spero che il messaggio che – attraverso la mia voce – sarà condiviso con i giudici che agiscono a vario titolo, offrirà l'opportunità per una maggiore conoscenza reciproca e per una più stretta cooperazione.

“Cooperazione” è davvero una parola chiave, così come la nozione di “interessi comuni”.

Il messaggio che auspico in tale contesto di cooperazione è che le corti costituzionali occupano una posizione privilegiata nel sostenere le democrazie e nel promuovere l'integrazione di norme comuni, ogniqualvolta sono in gioco i diritti umani. Lo fanno perché hanno una responsabilità peculiare, inerente al giudizio costituzionale.

In particolare, negli ultimi tempi, le questioni di indipendenza della magistratura stanno scuotendo l'armonia dell'ordinamento giuridico internazionale, preso nella sua interezza, vale a dire nella combinazione di diritto costituzionale e convenzionale, spesso intrecciato con standard regionali, soprattutto quelli dell'UE.

L'indipendenza si basa, tra gli altri criteri, sulla coerenza e sulla trasparenza degli argomenti giuridici, che sono meglio esemplificati attraverso la scelta dei precedenti.

Permettetemi di sottolineare un'altra parola chiave: “armonia”.

È responsabilità assoluta delle corti costituzionali stabilire il giusto equilibrio tra tutti i parametri da prendere in considerazione e costruire un equilibrio globale all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali.

La loro posizione istituzionale in tutti i paesi li rende portatori di pluralismo e di valori democratici.

Alla fine degli anni Novanta, nel secolo scorso, negli ambienti accademici – tra questi l'Istituto universitario europeo – sono state avanzate proposte innovative per favorire l'integrazione delle norme giuridiche –, innescate dal parere 2/1994 sull'adesione delle Comunità europee alla CEDU.

Le proposte che circolavano in quegli anni si basavano sull'analisi delle competenze esistenti in vari campi; miravano a responsabilizzare tutte le istituzioni europee nell'applicazione delle politiche in materia di diritti umani.

Una presunta lacuna in tali politiche ha reso il ricorso alla CEDU uno strumento cruciale in un più ampio processo di costruzione costituzionale. Pertanto, il ricorso alla CEDU avrebbe dovuto implicare un ampliamento delle competenze.

Come tutti sappiamo, nessuna Costituzione europea ha visto la luce come risultato di tutti questi sforzi.

Tuttavia, erano state create aspettative più ampie. Si potrebbe obiettare che i tribunali hanno acquisito in seguito una visibilità ancora più forte nella transizione verso un discorso sulla CEDU.

Ecco che arriva l'escamotage linguistico che userò.

“Discorso” sulla come seguito al “ricorso” alla CEDU, è usato nella mia presentazione per esemplificare i passi avanti che devono essere intrapresi, al fine di amplificare la democratizzazione dei sistemi giuridici nazionali e procedere nella direzione di una più stretta cooperazione tra le istituzioni internazionali e di conseguenza tra i tribunali.

Ad esempio – spero che apprezzerete questo tocco di orgoglio nazionale anziché di autoreferenzialità – la Corte costituzionale italiana ha pronunciato nel 2007 le cosiddette “sentenze

gemelle” [348 e 349 del 2007: n.d.r] sul ruolo della CEDU come “parametro interposto” nel giudizio costituzionale. La Corte ha sottolineato la “natura speciale” della Convenzione, a differenza di altri trattati internazionali, che hanno dato vita a un “sistema per la protezione uniforme dei diritti fondamentali”.

Il ricorso alla CEDU, in questo come in altri ordinamenti giuridici nazionali, mette in moto la cooperazione tra i tribunali, che si sviluppa poi in un discorso sulla CEDU, vale a dire un’interpretazione meno frammentaria delle norme internazionali da parte dei giudici nazionali.

I riferimenti al Protocollo n. 16 e ai pareri consultivi confermano che i discorsi sulla CEDU possono essere sviluppati in modi diversi e in campi diversi. Tutti convergono verso una nozione unitaria di democrazia.

È stato sostenuto che, nonostante il loro carattere non vincolante, tali pareri “irradiano” sostanzialmente effetti generali.

Il testo del Protocollo n. 16 chiarisce che solo i giudici designati come supremi dalle parti contraenti possono richiedere pareri consultivi (articolo 1, paragrafo 1) e che la procedura può avere origine solo nelle cause pendenti (articolo 1, paragrafo 2).

Questa è l’ennesima conferma delle responsabilità assunte dai tribunali, ai quali viene chiesto di mostrare coerenza nelle proprie argomentazioni giuridiche.

La novità sta nell’interpretazione della sussidiarietà che finisce nella complementarità e nella condivisione delle responsabilità, piuttosto che nel considerare la Corte EDU un organo giurisdizionale di ultima istanza.

Il primo parere, pronunciato in risposta ad un rinvio della Corte di cassazione francese, ha dato luogo a risposte interessanti, quanto al suo effetto *erga omnes*, ben al di là dello Stato in cui ha avuto origine.

Il parere riguardava il riconoscimento nel diritto interno di una relazione legale di filiazione tra un bambino, nato attraverso un accordo di maternità surrogata gestazionale all’estero, e la madre affidataria.

La Corte europea dei diritti dell’uomo ha consigliato al giudice nazionale di ritenere che il diritto del minore al rispetto della vita privata ai sensi dell’articolo 8 della Convenzione esiga che il diritto interno preveda la possibilità di riconoscimento di un rapporto legale di filiazione con la madre affidataria, designata nell’atto di nascita legalmente stabilita all’estero, come “madre legale” e che “il diritto del minore al rispetto della vita privata ai sensi dell’articolo 8 della Convenzione non richiede che tale riconoscimento assuma la forma dell’iscrizione nel registro delle nascite [...]”. Un altro mezzo, come l’adozione del bambino da parte della madre affidataria, può essere utilizzato, conformemente all’interesse superiore del bambino.

La Corte costituzionale italiana ha citato il parere in alcune sentenze, anche se con accenti diversi [33/2021 ad es.: n.d.r]. Vale la pena ricordare che l’Italia non ha ratificato il Protocollo.

La Corte di cassazione ha fatto riferimento allo stesso parere sia in un’ordinanza che solleva una questione di costituzionalità, sia in una recente decisione storica, che è arrivata come risposta alla sentenza di inammissibilità di una Corte costituzionale in un caso riguardante il figlio di una coppia dello stesso sesso, nato attraverso la maternità surrogata [sul tema, cfr. la giurisprudenza richiamata in 79/2022: n.d.r].

In questa sentenza la Corte di cassazione ha citato, tra l’altro, la sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nella causa *D.B. e altri c. Svizzera*, pronunciata il 22 novembre 2022 e non definitiva ad oggi, per sostenere il concetto secondo cui, qualunque sia il comportamento dei genitori, l’interesse superiore del minore dovrebbe diventare una componente della nozione di ordine pubblico internazionale. Quest’ultima, “tradizionalmente concepita come meramente preclusiva e oppositiva”, dovrebbe piuttosto svolgere una funzione positiva: nuovi rapporti di genitorialità dovrebbero entrare sulla scena internazionale.

La conseguenza di questo significativo passo avanti è l’acquisizione di un “valore uniforme”, da applicare per il riconoscimento dell’interesse superiore del minore.

L'esempio qui citato – in cui sia la Corte costituzionale, sia la Corte di cassazione ricorrono al parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo – non è altro che una conferma che il Protocollo n. 16 è già interpretato come uno strumento influente nel contesto del diritto internazionale dei diritti umani. Ed è così in un campo molto delicato, che riguarda l'interesse superiore del bambino.

Le opinioni entrano nel discorso giuridico come *res interpretata* e acquisiscono una legittimazione giuridica – non meramente fattuale, persuasiva o morale – all'interno del più ampio spettro della giurisprudenza convenzionale.

Questo approccio originale – lo definisco un esempio di diritto in azione – merita di essere sottolineato quando i **tribunali, come i tribunali italiani che ho citato, fanno riferimento ai pareri consultivi, pur operando in un Paese che non ha ratificato il Protocollo n. 16.**

C'è una ragione profonda per questo: un discorso sulla protezione dei diritti umani deve implicare un'ampia generalizzazione di tutti gli interessi in gioco e una rilevanza degli stessi per tutti gli Stati parti della Convenzione. L'articolo 43, paragrafo 2, della Convenzione fa riferimento – questo punto va ricordato – a “una questione seria di importanza generale”, che deve essere decisa dalla Grande Camera.

Facciamo un altro esempio.

Sui temi legati al suicidio assistito, che veicolano implicazioni etiche molto delicate, la convergenza tra le corti costituzionali italiana [sul tema, cfr. [207/2018](#) e [242/2019](#): n.d.r] e quella austriaca, come per i riferimenti alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, mostrano coerenza di argomentazioni giuridiche, che rafforzano l'autorità del giudizio costituzionale.

Permettetemi ora di passare a quella che suggerisco di chiamare un'interconnessione – simile alle parole del Presidente O'Leary nel suo discorso molto stimolante di oggi – tra la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo, sui casi relativi a misure disciplinari rivolte ai giudici, che potrebbero comportare gravi conseguenze per coloro che sono penalizzati.

I casi polacchi – anche se non gli unici, come abbiamo sentito nel “Seminario giudiziario” tenutosi oggi, prima di questa solenne udienza – si sono rivelati cruciali nella giurisprudenza di entrambi i tribunali.

In un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione contro la Polonia ai sensi dell'articolo 258 TFUE, la Grande Sezione precisa che anche la “mera prospettiva” che i giudici siano destinatari di misure disciplinari emesse da un organo la cui indipendenza non è garantita può pregiudicare la loro indipendenza. A sostegno della sua tesi, la Corte di giustizia cita la giurisprudenza della Corte EDU [(Corte EDU, 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, Corte EDU, 9 marzo 2021, *Eminağaoğlu c. Turchia*).]

La CGUE richiama l'art. 19 TUE, che, secondo le parole della Corte stessa, concretizza lo Stato di diritto, un valore sancito dall'articolo 2 TUE e una condizione per godere dei diritti connessi all'appartenenza all'Unione.

La CGUE si spinge fino ad affermare che la combinazione di varie riforme adottate dal legislatore polacco ha determinato una “rottura strutturale che non consente più di preservare l'apparenza di indipendenza e imparzialità della giustizia”.

La decisione è stata emessa il 15 luglio 2021.

Nel maggio 2021 – non molto tempo prima – la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stabilito nella causa *Xero Flor c. Polonia* che la presenza di un giudice eletto dal nuovo parlamento nel 2015 – uno dei cosiddetti “giudici duplicato” – era in violazione dell'articolo 6 della CEDU, vale a dire del diritto di essere ascoltati da un tribunale istituito dalla legge.

Il caso è stato deciso a seguito di una denuncia alla Corte costituzionale, percepita dal denunciante come un organo non indipendente. Un comunicato stampa emesso dalla stessa Corte costituzionale ha attaccato la Corte europea dei diritti dell'uomo per il suo difetto di competenza sull'organizzazione della giustizia e per costituire una minaccia alla sovranità della Polonia.

Le monumentali sentenze prodotte da entrambe le corti sono arricchite da riferimenti a criteri oggettivi su come misurare l'indipendenza della magistratura. Questi criteri sono il risultato di

riflessioni e indagini condotte da organismi nazionali e internazionali, soprattutto il Consiglio d'Europa e la Commissione europea, con attente valutazioni dei rapporti nazionali.

Prendono in considerazione vari standard, ad esempio le modalità di finanziamento del sistema giudiziario, il funzionamento di organi indipendenti di autogoverno e persino la comunicazione con i media.

Un solido contributo alla costruzione della nozione di indipendenza è offerto dalla CGUE.

La causa principale è *Wilson*, che risale al 2006 (C-506/04), in cui sono citate diverse sentenze della Corte EDU (*Campbell e Fell c. Regno Unito; De Cubber c. Belgio; Incal contro Turchia*).

In questa sentenza la CGUE ha esemplificato alcuni criteri. L'obiettività nell'ambito del procedimento riguarda la composizione dell'organo, la nomina dei giudici, la durata del servizio e i motivi previsti per l'astensione. Qualsiasi "ragionevole dubbio nella mente degli individui" dovrebbe essere respinto. Questo è l'obiettivo della CGUE in questa sentenza, che è stata seguita da un flusso coerente di decisioni più recenti, che chiariscono ancora di più le nozioni di indipendenza, in connessione con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Passo ora ad alcune osservazioni conclusive.

Ho suggerito come i tribunali nazionali, comprese le corti costituzionali, offrano un'interpretazione in evoluzione della CEDU, che è stata accentuata dall'applicazione del Protocollo n. 16. Ciò è avvenuto anche nei campi più delicati del diritto, che coinvolgono questioni etiche. Ho privilegiato l'interesse superiore del bambino come esempio.

Ho anche sostenuto che in tutti questi casi il ricorso alla CEDU si trasforma in un discorso sulla CEDU.

Questo escamotage linguistico viene utilizzato per proporre che i tribunali nazionali debbano essere protagonisti nel consolidamento di una visione unitaria del diritto dei diritti umani.

Questa è una risorsa per le democrazie.

Nel dopoguerra, la ricerca della pace ispirò coloro che si assunsero la responsabilità di pavimentare con norme il terreno lasciato vuoto dagli eserciti. L'espressione "corpo costituente" è usata per descrivere il rituale che accompagna l'ingresso della legge nel campo precedentemente dominato dal conflitto.

La metafora di un "corpo" porta con sé la nozione di vita: accade quando i tribunali costruiscono standard comuni, in una lettura coerente e viva delle fonti giuridiche.

Questo processo interpretativo dovrebbe alimentare costantemente la cultura creata dagli organi costituenti e allargare lo spazio per costituzionalizzare i diritti fondamentali e creare uno scenario di pace, che è ciò che tutti ci aspettiamo.

Un discorso sulla CEDU è rafforzato – come ho indicato – dalla fertilizzazione incrociata e dall'orientamento reciproco tra le magistrature.

Le corti costituzionali dialogano tra loro adottando un linguaggio comune: si avvicinano nel condividere il linguaggio dei diritti umani e nell'adottare criteri oggettivi, suggeriti da indagini transnazionali.

Quando difendono l'indipendenza della magistratura, agiscono come custodi responsabili dello Stato di diritto e adottano una semantica del potere nel preservare la democrazia.

Grazie per la vostra cortese attenzione.

I miei migliori auguri al Presidente O'Leary e a tutta la Corte per il nuovo anno giudiziario.