

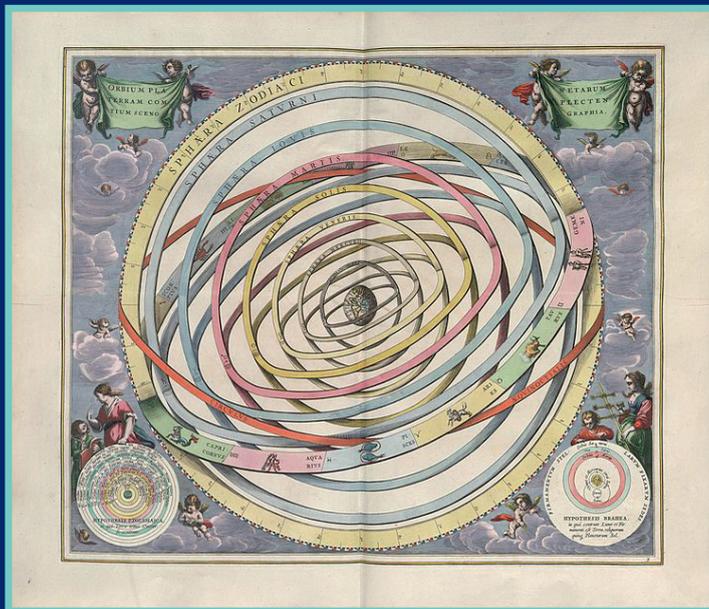
GIUSTIZIA E POLITICA COSTITUZIONALI

Collana diretta da

Alfonso Di Giovine - Mario Dogliani - Gustavo Zagrebelsky

Enrico Albanesi

Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale



G. Giappichelli Editore – Torino

PREMESSA

L'ordinamento giuridico italiano si trova in questi anni a dover prendere una decisione di "politica costituzionale" che appare *critica* (nel senso etimologico del termine): ratificare o meno il Protocollo n. 16 alla *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU)¹, peraltro accanto al Protocollo n. 15 alla medesima Convenzione².

Il Protocollo n. 15, sottoscritto il 24 giugno 2013 a Strasburgo e per la cui entrata in vigore è richiesto che tutte le Alte Parti contraenti della Convenzione esprimano il loro consenso ad essere vincolate dallo stesso, mira, accanto ad altre modifiche alla Convenzione, all'introduzione nel *Preambolo* della CEDU di un riferimento al principio di sussidiarietà ed a quello del margine di apprezzamento. È stata peraltro proprio la mancata ratifica da parte della sola Italia (ora prossima ad avvenire, a seguito dell'approvazione della legge di autorizzazione nel gennaio 2021) ad averne impedito per lungo tempo l'entrata in vigore: entrata in vigore che si produrrà ora il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data di ratifica da parte dell'Italia.

Il Protocollo n. 16, sottoscritto il 2 ottobre 2013 a Strasburgo ed entrato in vigore il 1° agosto 2018 dopo che dieci Alte Parti contraenti della Convenzione hanno espresso il loro consenso ad essere vincolate dallo stesso³,

¹ Cfr. *Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* reperibile in <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>.

² Cfr. *Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentale* reperibile in <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>.

³ Ad oggi gli Stati per i quali il Protocollo n. 16 è entrato in vigore a seguito di ratifica sono sedici (Albania, Andorra, Armenia, Bosnia ed Erzegovina, Estonia, Finlandia, Fran-

ha come contenuto l'introduzione dell'istituto del parere che le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente possono chiedere alla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli.

Nel corso della XVII legislatura (2013-2018) il Governo Renzi presentò alla Camera dei deputati un disegno di legge ordinaria contenente l'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione dei due Protocolli⁴. Il disegno di legge fu esaminato e poi approvato dalla Camera, peraltro senza che emergessero dissensi particolarmente accentuati e manifesti tra le forze politiche e senza che si svolgesse su di esso alcun approfondimento istruttorio nelle forme di audizioni di esperti. L'interesse per il tema fu invece elevato da parte della dottrina la quale, pur non mancando gli Autori di sottolineare specifici profili tecnico-giuridici critici connessi alle modalità di attuazione dei due Protocolli, appariva all'epoca tendenzialmente bendisposta verso la loro ratifica⁵.

Ben diverso il quadro nella XVIII legislatura (2018-...). Un analogo disegno di legge, presentato dal Governo Conte I alla Camera il 10 agosto 2018⁶, ha visto infatti lo svolgimento di una serie di audizioni informali di

cia, Georgia, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, San Marino, Slovacchia, Slovenia, Ucraina). Sei i Paesi che lo hanno firmato ma non ancora ratificato (Belgio, Italia, Norvegia, Repubblica di Moldavia, Romania, Turchia). I restanti Paesi del Consiglio d'Europa non lo hanno neppure firmato.

⁴Cfr. XVII legislatura, A.C. 2801, *Ratifica ed esecuzione dei seguenti Protocolli: a) Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013; b) Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013.*

⁵Cfr. E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2015, nonché A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 2014, specie p. 11 ss. e R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in A. Ciancio (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, Aracne, 2014, specie p. 469 ss.

⁶Cfr. XVIII legislatura, A.C. 1124, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013; e del Protocollo n. 16 recante emendamento*

esperti⁷; nonché, specie ai tempi del Governo Conte II, l'emersione di nette riserve da parte di alcune forze politiche di opposizione in merito all'opportunità di ratificare i due Protocolli (specie il n. 16) o comunque di procedere all'esame di un unico disegno di legge riguardante l'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione di entrambi⁸. Dopo l'adozione del disegno di legge del Governo il 4 marzo 2020, come testo base per il seguito dell'esame da parte delle Commissioni riunite Giustizia e Affari esteri della Camera, ed una lunga fase di stallo a causa del precipitare del Paese nell'emergenza connessa al diffondersi dell'epidemia da Covid-19, il 29 luglio 2020 le Commissioni riunite hanno approvato un emendamento che espunge dal disegno di legge le parti riguardanti l'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione del Protocollo n. 16. Il testo, così emendato, è stato quindi approvato dalle Commissioni riunite il 23 settembre 2020⁹ e poi dall'Assemblea della Camera il 30 settembre 2020; per poi passare all'esame del Senato¹⁰ che lo ha approvato il 12 gennaio 2021¹¹.

La scelta di espungere dal disegno di legge le parti riguardanti l'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione del Protocollo n. 16 è derivata dalla presa d'atto che, solamente rendendosi autonomo il percorso legislativo riguardante il Protocollo n. 15 (assai meno controverso dell'altro), si potesse addivenire nei tempi più celeri possibili ad una sua ratifica e consentirne

alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013.

⁷Cfr. XVIII legislatura, *Documenti acquisiti* nella seduta del 12 febbraio 2019 delle Commissioni riunite II e III della Camera dei deputati in sede di Audizioni informali in occasione dell'esame dell'A.C. 1124 sulla Ratifica del Protocollo n. 15 e del Protocollo n. 16.

⁸Cfr. XVIII legislatura, Camera dei deputati, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, Commissioni riunite II e III, resoconto sommario, seduta 4 marzo 2020, p. 25 ss. nonché seduta 29 luglio 2020, p. 7 ss. Si veda altresì XVIII legislatura, Camera dei deputati, Resoconto stenografico, seduta 30 settembre 2020, p. 20 ss.

⁹Cfr. XVIII legislatura, A.C. 1124-35-A, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013.*

¹⁰Cfr. XVIII legislatura, A.S. 1958, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013.*

¹¹Cfr. legge 15 gennaio 2021, n. 11, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013*, pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* 10 febbraio 2021, n. 34.

quindi l'entrata in vigore: come si è notato sopra, è infatti proprio la mancata ratifica dell'Italia ad impedire l'entrata in vigore del Protocollo n. 15¹². La maggioranza (ai tempi del Governo Conte II) ha in ogni caso ribadito la volontà di procedere all'autorizzazione alla ratifica ed all'esecuzione anche del Protocollo n. 16¹³ (così come peraltro auspicato dalla XIV Commissione Politiche dell'Unione europea della Camera¹⁴). Per procedere all'autorizzazione alla ratifica ed all'esecuzione di quest'ultimo sarà però a questo punto necessario che il Governo presenti un distinto disegno di legge oppure si avvii l'esame della proposta di legge parlamentare presentata alla Camera il 6 agosto 2018 ed avente ad oggetto, tra l'altro, proprio l'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione del Protocollo n. 16¹⁵.

* * *

Dal 2018 ha peraltro ripreso linfa il dibattito in dottrina sui profili tecnico-giuridici (che qui soli interessano), specie con riguardo all'istituto del parere di cui al Protocollo n. 16, venendo ad emergere posizioni radicalmente contrarie financo all'*an* della ratifica dello stesso¹⁶.

Il presente lavoro di ricerca vuole esaminare *sine ira et studio* le ricadute

¹² Cfr. XVIII legislatura, Camera dei deputati, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, Commissioni riunite II e III, resoconto sommario, seduta 29 luglio 2020, p. 7 ss. Si veda altresì XVIII legislatura, Camera dei deputati Resoconto stenografico, seduta 28 settembre 2020, p. 37.

¹³ Cfr. XVIII legislatura, Camera dei deputati, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, Commissioni riunite II e III, resoconto sommario, seduta 29 luglio 2020, p. 9.

¹⁴ Cfr. XVIII legislatura, Camera dei deputati, *Bollettino delle Giunte e delle Commissioni parlamentari*, Commissione XIV, resoconto sommario, seduta 8 settembre 2020, p. 185 ss.

¹⁵ Cfr. XVIII legislatura, A.C. 1107, Quartapelle Procopio, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013, nonché disposizioni in materia di efficacia esecutiva dell'equo indennizzo riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano*.

¹⁶ Si vedano, in particolare, R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 2018, n. 4, p. 642, M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU. Appunti per l'audizione innanzi la 2^a Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in *Sistema Penale*, 2019 e G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 5.

costituzionali dell'eventuale ratifica del Protocollo n. 16 da parte dell'Italia, attraverso una prospettiva ben precisa: quella della Corte costituzionale. Corte che, nell'ottica di un'eventuale ratifica del Protocollo n. 16, potrebbe costituire una delle più alte giurisdizioni legittimate a chiedere parere alla Corte europea dei diritti dell'uomo (la questione invero, come si vedrà, è controversa...).

Le due principali ipotesi di ricerca che si intende dimostrare in questa sede sono le seguenti. Da un lato, sebbene non manchino puntuali questioni controverse in relazione alle modalità di attuazione del Protocollo n. 16 (questioni che si tenterà peraltro di sciogliere in questa sede), si vogliono confutare gli argomenti contrari alla ratifica di quest'ultimo che, in particolare, poggiano sull'assunto di un'incidenza dello stesso sulla sovranità dello Stato italiano. Dall'altro lato, per quanto riguarda in particolare la Corte costituzionale, si intende dimostrare come quest'ultima sia senz'altro configurabile quale una delle più alte giurisdizioni di cui al Protocollo n. 16 e che dalla riconduzione a tale categoria non derivino rischi per l'autonomia della Corte ed il ruolo da questa esercitato nel sistema costituzionale italiano.

Il lavoro si divide in due parti.

Nella *Parte I* saranno delineate alcune coordinate generali di inquadramento teorico, le quali consentiranno di affrontare poi più dettagliatamente e dimostrare le suddette ipotesi di ricerca.

Il primo approfondimento di portata generale che appare opportuno svolgere riguarda la *ratio* ed i caratteri dell'istituto del parere nella dimensione convenzionale (quindi di diritto internazionale) ed in particolare gli effetti giuridici dello stesso (Capitolo 1). Un'indagine, questa, che appare indispensabile per comprendere poi successivamente nella *Parte II* quale sia l'effettiva incidenza giuridica del parere sulla sovranità del nostro Paese ed in particolare quali siano i "margini di manovra" in relazione ad esso di cui verranno a disporre le giurisdizioni richiedenti il parere e, per quanto qui più interessa, la Corte costituzionale.

In secondo luogo, si tenterà di cogliere quale sia, nell'attuale fase dell'evoluzione del ruolo della Corte costituzionale nel nostro ordinamento costituzionale, la "posizione" che questa in esso riveste, attraverso l'analisi delle più rilevanti sentenze della Corte tra il 2007 ed oggi che meglio aiutano a ricostruire questo profilo (Capitolo 2). Ancora una volta, poiché molte delle obiezioni avanzate nei confronti della ratifica del Protocollo n. 16 riguardano l'asserita *deminutio* che la Corte costituzionale verrebbe a subire dall'istituto del parere, è parso utile, in vista della confutazione di

tali argomenti nella Parte II, ricostruire come la Corte costituzionale venga oggi ad atteggiarsi nelle dinamiche che l'ordinamento costituzionale italiano è venuto ad assumere nella corrente fase storica.

Il terzo ambito che è parso meritevole di un approfondimento generale riguarda il "materiale" di cui viene a conoscenza la Corte costituzionale e le modalità attraverso le quali ciò avviene, con particolare attenzione alla nozione di concretezza del giudizio costituzionale; nonché le ricadute che dal diritto dell'Unione europea e dalla CEDU discendono sulla discrezionalità interpretativa del giudice *ex art.* 101, secondo comma, Cost. (Capitolo 3). Profili, questi, tra loro eterogenei, che risulteranno preziosi quando nella Parte II si dovrà riflettere in dettaglio sui seguenti profili: l'incidenza o meno del parere sull'attività interpretativa del giudice interno e, per quanto qui più interessa, della Corte costituzionale; quale sia la natura dell'attività di richiesta di parere alla Corte EDU da parte della Corte costituzionale (volta ad acquisire la conoscenza di norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come frutto dell'interpretazione datane dalla Corte EDU); cosa differenzi l'attività della Corte costituzionale rispetto a quella delle altre alte giurisdizioni legittimate a chiedere parere.

Nella *Parte II* ci si soffermerà finalmente sull'analisi dell'istituto del parere di cui al Protocollo n. 16. Si cercherà in primo luogo di confutare gli argomenti contrari alla ratifica del Protocollo n. 16 in generale nonché quelli riguardanti più specificamente il ruolo della Corte costituzionale (Capitolo 4). Si ragionerà poi sulla possibilità o meno di configurare la Corte costituzionale come una delle «più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente» di cui al Protocollo n. 16, affrontandosi anche, alla luce dell'autonomia della Corte costituzionale, le delicate questioni riguardanti la fonte idonea a qualificare quest'ultima come tale nonché la fonte idonea a disciplinare la procedura per la richiesta di parere (Capitolo 5). Si tenterà infine di sciogliere alcuni nodi riguardanti la procedura per la richiesta di parere da parte della Corte costituzionale, quali, ad esempio, la possibilità di richiesta d'ufficio o anche di parte, la questione della sospensione obbligatoria o facoltativa del processo costituzionale, l'individuazione della veste formale della decisione della Corte di chiedere parere (Capitolo 6).

* * *

La decisione di "politica costituzionale", che l'ordinamento giuridico italiano si trova in questi anni a dover compiere, appare *critica*, si è detto sopra.

Si tratta infatti di scegliere se il nostro Paese voglia contribuire alla tutela multilivello dei diritti¹⁷ in Europa attraverso un fecondo dialogo con (per quanto ora più interessa in questa sede) la Corte europea dei diritti dell'uomo; ed in particolare se l'Italia voglia farlo da una posizione che non arrechi alcuna *deminutio* del ruolo di garante costituzionale dei diritti svolto dalla Corte costituzionale ma al contrario assicuri l'incidenza del nostro supremo organo di garanzia costituzionale in tale sistema. Oppure se, al contrario, ci si voglia "arroccare" (e si voglia far "arroccare" la Corte costituzionale), in nome della valorizzazione del sistema nazionale di tutela dei diritti costituzionali, rispetto ad un più vasto sistema in cui tuttavia quella tutela dei diritti non è più ormai esclusivo appannaggio di organi nazionali, perdendo però in questo modo l'Italia ed in particolare la Corte costituzionale la possibilità di contribuire all'edificazione di quel sistema stesso. Come è agevole cogliere, il ratificare o meno il Protocollo n. 16 (e, più in particolare, consentire alla Corte costituzionale di dialogare o meno direttamente e formalmente con la Corte europea dei diritti dell'uomo) costituisce una scelta che impatta sullo sviluppo, in un senso o nell'altro, dei due scenari che si sono appena delineati. Ed è nella prospettiva di favorire lo sviluppo del secondo scenario che, proprio all'indomani della decisione della Camera dei deputati del settembre 2020 di espungere dal disegno di legge le parti riguardanti l'autorizzazione alla ratifica e l'esecuzione del Protocollo n. 16, si sono alzate alcune voci in dottrina¹⁸ in risposta ai sopra menzionati orientamenti profondamente critici di alcuni costituzionalisti emersi nel corso delle audizioni svoltesi nel corso del 2019 alla Camera.

Ed in effetti, proprio in quest'ultima prospettiva, se si guarda alla tutela

¹⁷ Sulla quale cfr. A. CARDONE, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2010, p. 359 ss. Sulla tutela multilivello dei diritti si tornerà *infra* Capitolo 1, par. 1.

¹⁸ In particolare sulla scia dell'editoriale *L'estremo saluto al Protocollo n. 16 annesso alla CEDU* della rivista *Giustizia insieme* del 12 ottobre 2020 che auspicava si riaprisse il dibattito nell'Accademia, nelle giurisdizioni e nella società civile sulla ratifica del Protocollo n. 16. Si vedano in proposito gli articoli di A. RUGGERI, *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*, di C. PINELLI, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, di E. LAMARQUE, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa* e di E. CANNIZZARO, *La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n. 16*, tutti pubblicati sulla rivista *Giustizia insieme*, rispettivamente del 22 ottobre, 3 novembre, 18 novembre e 8 dicembre 2020; nonché il saggio di A. RUGGERI, *Ancora sul prot. 16: verrà dai giudici la sollecitazione al legislatore per il suo recepimento in ambito interno?*, in *Rivista di diritti comparati*, 2020, n. 3, p. 81 ss.

multilivello dei diritti in Europa non come ad una serie di livelli dove l'uno è "superiore" o "inferiore" all'altro (come il termine stesso sembra impropriamente evocare¹⁹), quanto piuttosto come ad una serie di sfere rotanti l'una concentrica all'altra, come le sfere celesti dantesche, non può che auspicarsi che tra tali livelli intercorrano strumenti di dialogo tali da produrre, rimanendo nella similitudine, qualcosa di simile alla musica celestiale («*l'armonia che temperi e discerni*») descritta da Dante nel *Paradiso*.

Ciò ovviamente nei limiti di quanto sia umanamente possibile, trattandosi qui di vicende terrene...

¹⁹ È questa l'obiezione principale che viene opposta, per quanto riguarda l'ambito dell'Unione europea, alla nozione di costituzionalismo multilivello. Cfr. G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The frustrating knot of Europe*, London-New York, Routledge, 2013, p. 23.

PARTE I
COORDINATE GENERALI
DI INQUADRAMENTO

CAPITOLO 1

IL PARERE NELLA DIMENSIONE CONVENZIONALE TRA PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ E RUOLO COSTITUZIONALE DELLA CORTE EDU, INCIDENTALITÀ DEL PARERE E QUESTIONI DI PRINCIPIO

SOMMARIO: 1. La *ratio* sottesa al Protocollo n. 16 attraverso un esame diacronico della sua genesi: la riduzione del contenzioso per il tramite del dialogo tra le corti, tra più efficace realizzazione del principio di sussidiarietà e potenziamento del ruolo costituzionale della Corte EDU. – 2. Alla ricerca del punto di equilibrio della collocazione giuridica del parere nella tensione di forze tendenti verso direzioni divergenti, tra incidentalità ed oggetto circoscritto a questioni di principio. Distinzione tra effetto non vincolante dal punto di vista “verticale” ed effetto giuridico “orizzontale”. L’effetto non vincolante dal punto di vista “verticale” come chiave di volta per la soluzione della questione. – 3. Riscontro della ricostruzione prospettata, nella prassi dei pareri ad oggi resi dalla Corte EDU.

1. *La ratio sottesa al Protocollo n. 16 attraverso un esame diacronico della sua genesi: la riduzione del contenzioso per il tramite del dialogo tra le corti, tra più efficace realizzazione del principio di sussidiarietà e potenziamento del ruolo costituzionale della Corte EDU*

Dal punto di vista teorico, la caratteristica dei pareri (*advisory opinions*) resi da tribunali o corti arbitrali internazionali è quella di essere «authoritative but usually nonbinding statements or interpretations of international law», che si atteggiavano come «less confrontational than contentious cases»¹.

¹ Così J.C. SCHMID, *Advisory Opinions on Human Rights: Moving beyond a Pyrrhic Victory*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 16, 2006, p. 415.

In quanto tali, essi paiono riconducibili dunque all'ambito della *soft law* e mirano ad incoraggiare, piuttosto che obbligare, un dato Stato ad agire in un certo modo². Competenze consultive di tale natura sono attribuite, secondo modalità operative differenti l'una dall'altra, ad esempio, alla Corte internazionale di giustizia³, alla Corte interamericana dei diritti umani⁴ ed alla Corte interafricana dei diritti umani⁵.

Come è stato dimostrato attraverso un'analisi della prassi riguardante l'attività consultiva delle due principali corti internazionali (la Corte internazionale di giustizia e la Corte interamericana dei diritti umani), queste ultime sembrano essere tuttavia riuscite ad imporre obblighi vincolanti agli Stati per il tramite dei pareri resi. Ciò in virtù, tra l'altro, del fatto che, nel rendere parere, tali corti sono chiamate in fin dei conti ad interpretare norme dei trattati: norme, queste ultime, vincolanti in quanto tali gli Stati aderenti⁶. Nel caso della Corte interamericana dei diritti umani, poi, sembrano in particolare aver svolto un ruolo determinante negli sviluppi di tale tendenza anche le oggettive debolezze degli aspetti giurisdizionali del sistema, i quali sono venuti in qualche modo ad essere "compensati" dal ricorso da parte di quest'ultima Corte alle proprie competenze consultive⁷.

Venendosi ora alla competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo di cui al Protocollo n. 16, che in questa sede direttamente interessa, da un esame delle ricostruzioni compiute dalla dottrina emerge

² *Ibidem*.

³ Cfr. M.C. RUNAVOT, *La fonction consultative de la Cour internationale de justice*, in A. Ondoua-S. Symczak (eds.), *La fonction consultative des juridiction internationales*, Paris, Pedone, 2009, p. 21 ss.

⁴ Cfr. L. BURGORGUE-LARSEN, *Advisory jurisdiction*, in L. Burgorgue-Larsen-A. Ubeda de Torres (eds.), *The InterAmerican Court of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 84 ss. e H. TIRGOUDJA, *La fonction consultative de la Cour Interaméricaine des droit de l'homme*, in A. Ondoua-S. Symczak (eds.), *La fonction consultative des juridiction internationales*, cit., p. 67 ss.

⁵ Cfr. A. ONDOUA, *La fonction consultative de la Cour Africaine des droits de l'homme*, in A. Ondoua-S. Symczak (eds.), *La fonction consultative des juridiction internationales*, cit., p. 105 ss.

⁶ Si veda l'analisi critica di tale prassi compiuta da J.C. SCHMID, *Advisory Opinions on Human Rights*, cit., p. 415 ss.

⁷ Per approfondimenti sul punto, cfr. P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Prot. 16 Cedu nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 3 ss.

una *ratio* plurima sottesa alla sua introduzione: la riduzione del carico di lavoro in capo alla Corte EDU⁸; una più efficace realizzazione del principio di sussidiarietà nel sistema convenzionale di protezione dei diritti dell'uomo⁹; il potenziamento del dialogo tra i giudici nazionali e la Corte EDU¹⁰; il rafforzamento del ruolo costituzionale di quest'ultima¹¹.

Solo una ricostruzione in chiave storica, che ripercorra la genesi del Protocollo n. 16, sembra però aiutare a comprendere il modo in cui le dif-

⁸ Cfr. in particolare M. DE SALVIA, *Osservazioni in tema di ratifica dei protocolli n° 15 et n° 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU): tracce sintetiche* [reperibile tra i *Documenti acquisiti* della seduta del 12 febbraio 2019 delle Commissioni riunite II e III della Camera dei deputati in sede di Audizioni informali in occasione dell'esame dell'A.C. 1124 sulla Ratifica del Protocollo n. 15 e del Protocollo n. 16], 2019, p. 7; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore: luci ed ombre del nuovo rinvio interpretativo a Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 720; V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 91; G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Prot. 16 Cedu*, *ivi*, p. 148. Nella letteratura internazionale cfr. J. GERARDS, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights. A Comparative and Critical Appraisal*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 21, No. 4, 2014, p. 639.

⁹ Cfr. M. DE SALVIA, *Osservazioni in tema di ratifica dei protocolli n° 15 et n° 16*, cit., p. 7; E. CRIVELLI, *Il protocollo n. 16 alla CEDU entra in vigore*, cit., p. 719; O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte di Strasburgo ex Prot. 16 Cedu?*, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 33 s.; G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali?*, cit., p. 149.

¹⁰ Cfr. M. DE SALVIA, *Osservazioni in tema di ratifica dei protocolli n° 15 et n° 16*, cit., p. 7; R. CONTI, *La richiesta di parere consultivo alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Prot. 16 Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo*, cit., p. 101; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, Aracne, 2011, p. 247. Nella letteratura internazionale cfr. J. GERARDS, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16*, cit., p. 637 s. e T. VOLAND-B. SCHIEBEL, *Advisory Opinion of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?*, in *Human Rights Law Review*, Vol. 17, 2017, p. 80.

¹¹ Cfr. M. DE SALVIA, *Osservazioni in tema di ratifica dei protocolli n° 15 et n° 16*, cit., p. 7; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 247. Nella letteratura internazionale cfr. K. DZEHTSIAROU-N. O'MEARA, *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?*, in *Legal Studies*, Vol. 34, No. 3, 2014, p. 444 ss. e T. VOLAND-B. SCHIEBEL, *Advisory Opinion of the European Court of Human Rights*, cit., p. 79 s.

ferenti esigenze, appena menzionate, sono in rapporto tra loro ed il “peso” che ciascuna di esse è venuta ad assumere, specie se guardate rispettivamente da una prospettiva tecnico-giuridica o da una prospettiva politica. Ciò che infatti sembra emergere più analiticamente, nel ripercorrere le tappe della gestazione del Protocollo n. 16, è la sussistenza di una *ratio* “pratica” e contingente sottesa alla sua introduzione (quella cioè di ridurre il carico di lavoro gravante sulla Corte EDU); di un paio di obiettivi di ampio respiro istituzionale (quello cioè di potenziare il ruolo costituzionale della Corte EDU e quello di realizzare più efficacemente il principio di sussidiarietà nel sistema convenzionale dei diritti dell’uomo); di uno strumento, infine, per raggiungere i tre obiettivi appena menzionati (il dialogo tra la Corte EDU e le corti nazionali, concretizzantesi nell’istituto del parere, che costituisce il “cuore” del Protocollo stesso).

In tale ottica, occorre partire dall’allargamento del Consiglio d’Europa (da ventitré a quarantasette Stati dal 1990)¹², specie con l’adesione alla CEDU dei Paesi dell’Europa centro-orientale e dell’ex Unione Sovietica; e dall’entrata in vigore del Protocollo n. 11 nel 1998. L’adesione di un notevole numero di nuovi Paesi alla CEDU ha condotto infatti ad un inevitabile incremento dei ricorsi alla sua Corte¹³. Dal canto suo, il Protocollo n. 11 ha ridefinito la competenza della Corte (ora non più soggetta alla disponibilità delle parti); ha rimosso il ruolo di “filtro” svolto dalla Commissione europea dei diritti dell’uomo nei confronti dei ricorsi; ha infine introdotto il meccanismo del ricorso individuale diretto alla Corte. Si tratta di innovazioni strutturali che hanno trasformato profondamente la fisionomia della Corte europea dei diritti dell’uomo, al punto da potersi parlare oggi di una vera e propria *nouvelle Cour* o *new Court* rispetto a quella delineata nella versione originaria della Convenzione¹⁴. Anche queste innovazioni, avendo

¹² Sul quale cfr. S. CROFT-J. REDMOND-G. WHYN REES-M. WEBBER (eds.), *The enlargement of Europe*, Manchester-New York, Manchester University Press, 1999, p. 142 ss.

¹³ Sul nesso tra l’allargamento ad Est e l’incremento del numero dei ricorsi cfr. O. POLICINO, *Allargamento dell’Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 73 ss. e R. HARMSSEN, *The European Convention on Human Rights after the enlargement*, in *International Journal of Human Rights*, Vol. 5, No. 4, 2001, p. 24 ss.

¹⁴ Sulla fisionomia della *nouvelle cour* per effetto del Protocollo n. 11, cfr. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 4 ss. e, organicamente, p. 19 ss. nonché (sulla «new’ European Court of Human Rights») cfr. E. BATES, *The Evolution of the European Convention on Human*

il Protocollo n. 11 reso l'accesso alla Corte direttamente disponibile da parte degli individui, hanno contribuito all'aumento del numero dei ricorsi¹⁵.

In questo contesto, peraltro, da un lato, va rammentato come negli stessi anni la giurisprudenza della Corte si è iniziata a caratterizzare per un innovativo attivismo a fronte dell'ingresso, con l'allargamento ad Est, di nuovi Paesi dotati di standard di protezione dei diritti umani non del tutto soddisfacenti: cosa che ha portato la Corte ad abbandonare il «suo ruolo di custode secondario della tutela dei diritti fondamentali in Europa e ad amplificare l'impatto interordinamentale della propria giurisprudenza»¹⁶. A partire da quegli anni, la Corte ha insomma iniziato ad affermarsi, «pur nel suo ruolo di *giurisdizione sussidiaria* delle libertà», non solo come custode dell'assetto delle libertà esistenti in Europa ma come principale artefice di «un catalogo dei diritti improntato ad una lettura non solo incrementale, ma anche progressista» delle stesse¹⁷; e ad intendere quindi la Convenzione come un «constitutional instrument of European public order»¹⁸, volto a determinare principi e standard minimi di tutela dei diritti umani in Europa. Un attivismo che si è peraltro venuto a combinare con la tendenza della Corte EDU, inaugurata a partire dal 2000, a superare un atteggiamento di *self-restraint* riguardante gli effetti delle proprie sentenze¹⁹

Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 432 ss.

¹⁵ Sull'aumento del numero dei ricorsi alla luce del Protocollo n. 11, cfr. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., p. 7 ss.

¹⁶ Cfr. O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, cit., p. 90. Cfr. altresì R. HARMSEN, *The European Convention on Human Rights after the enlargement*, cit., p. 29 ss.

¹⁷ Così D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 4 s.

¹⁸ Cfr. European Court of Human Rights, case *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, 23 March 1995, application No. 15318/89, para. 75. Sull'anima *lato sensu* 'costituzionale' della CEDU, cfr. A. GUZZAROTTI, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della CEDU: rapida ma anche inarrestabile?*, in C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 16 ss. Sull'impatto costituzionale della Convenzione sui sistemi giuridici nazionali in chiave comparata cfr. H. KELLER-A. STONE SWEET (eds.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁹ Tale tendenza è efficacemente descritta nel dettaglio dalla Corte costituzionale italiana in Corte costituzionale, sentenza 18 luglio 2013, n. 210, punti 7.1 e 7.2 del *Considerato in diritto*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2915 ss.

e, attraverso molteplici tecniche, a conferire *una sorta* di “effetto diretto” alle sentenze stesse²⁰. Dall’altro lato, non può sottacersi come la centralità assunta dal ricorso individuale abbia finito anch’esso per esaltare la natura di giurisdizione costituzionale che la Corte EDU svolge, in quanto volta a realizzare una tutela in concreto dei diritti individuali del singolo individuo²¹.

Ciò che in ogni modo qui rileva è in particolare, come si diceva sopra, l’aumento esponenziale del numero dei ricorsi e quindi del carico di lavoro della Corte, giunti a livelli tali da minacciare il buon funzionamento del sistema²².

È dunque per risolvere l’esigenza “pratica” di deflazionare il carico di lavoro sulla Corte che a metà degli anni Duemila si è iniziato a mettere mano ad alcune riforme. Nel 2004 è stato firmato il Protocollo n. 14, poi entrato in vigore nel 2010, con cui è stato introdotto il “filtro” dei giudici unici, dei comitati e delle sezioni²³. Nel 2006 un gruppo di Saggi è stato incaricato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa di studiare ulteriori misure per scongiurare quello che si presagiva essere il rischio di un vero e proprio collasso della Corte EDU sotto il peso dei ricorsi. Ed è proprio nel *Rapporto dei Saggi* del 15 novembre 2006 che è comparsa per la prima volta l’idea di introdurre l’istituto del parere.

Nel loro *Rapporto*, i Saggi ricordano in prima battuta le due “anime” del sistema di tutela convenzionale dei diritti: da un lato, l’«individual su-

²⁰ Sul punto, cfr. L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell’efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la “giustizia del caso singolo”*, in R. Romboli-A. Ruggeri (a cura di), *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 83 ss., O. POLLICINO, *Allargamento dell’Europa a est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, cit., p. 92 ss., V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU. Tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, Key editore, 2019, p. 55 ss. e B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., p. 105 ss. Sulle ricadute specie sul piano interno, cfr. anche E. MALFATTI, *I “livelli” di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Terza edizione, Torino, Giappichelli, 2018, p. 186 ss.

²¹ Cfr. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., p. 5.

²² *Ivi*, p. 7.

²³ Sulle articolazioni della Corte EDU risultanti dal Protocollo n. 14, cfr. D. TEGA, *Corte EDU: dinamiche processuali e politica*, in R. Romboli-A. Ruggeri (a cura di), *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit., p. 4 ss. Per un’analisi del Protocollo n. 14 e della sua *ratio* cfr. C.G. HIOUREAS, *Behind the Scenes of Protocol No. 14: Politics in Reforming the European Court of Human Rights*, in *Berkeley Journal of International Law*, vol. 24, No. 2, 2006, p. 718 ss.

pervision», dall'altro, la «“constitutional” mission» della Corte, entrambe viste nell'ottica del principio di sussidiarietà, definito come una delle pietre angolari dell'intero sistema. L'aumento esponenziale del numero dei ricorsi a partire dall'entrata in vigore del Protocollo n. 11, si aggiunge nel *Rapporto*, costituisce tuttavia una minaccia al funzionamento stesso delle funzioni della Corte, a tutela del quale è stato predisposto il Protocollo n. 14 (che a quell'epoca, lo si ricorda, non era ancora entrato in vigore ma nel *Rapporto* è già ritenuto insufficiente a raggiungere l'obiettivo che ci si era prefissi nell'adottarlo)²⁴.

Ecco quindi che, tra le vie proposte nel *Rapporto* per ridurre la mole di ricorsi gravanti sulla Corte EDU, si prospetta l'istituzionalizzazione di forme di dialogo tra quest'ultima e le corti nazionali (a rigore, il *Rapporto* parla di «forms of co-operation»). Lo strumento che si immagina per concretizzare tale auspicato dialogo è appunto, una volta esclusa la possibilità di un rinvio pregiudiziale alla Corte EDU²⁵, l'introduzione di una «advisory opinion» che, come si legge a chiare lettere nel *Rapporto*, potrebbe rafforzare il dialogo tra le corti e la missione “costituzionale” (virgolettato nel testo) della Corte EDU. Con specifico riguardo all'istituto del parere, non si menziona espressamente il principio di sussidiarietà ma un indiretto riferimento ad esso sembra esserci nel momento in cui si ricorda come nel sistema convenzionale sia compito delle corti nazionali assicurare la tutela dei diritti umani sul piano nazionale²⁶. Quanto ai caratteri del parere, il *Rapporto* propone l'introduzione di un parere facoltativo; non vincolante; non soggetto a restrizioni quanto al suo ambito materiale (a differenza del parere di cui all'art. 47 CEDU²⁷); per il quale possano fare richiesta solo le corti costituzionali o di ultima istanza; riguardante questioni di principio o di interesse generale concernenti l'interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli; in relazione alla richiesta del quale la Corte EDU avrebbe la possibilità di dichiarare l'inammissibilità²⁸.

Come si accennava sopra, dunque, al momento della genesi dell'idea, l'istituto del parere è stato inteso come uno strumento per realizzare un

²⁴ Cfr. *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, 15 November 2006, CM(2006)203, para. 26.

²⁵ Sulla differenza tra i due istituti si tornerà *infra* Capitolo 4, par. 7.

²⁶ Cfr. *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, cit., para. 76.

²⁷ Sul quale cfr. *infra* par. 2.

²⁸ Cfr. *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, cit., paras. 76-86.