

Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*

di **Elisabetta Crivelli** – *Professore associato di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Milano.*

ABSTRACT: The recent decision to postpone the ratification of Protocol n. 16 was preceded by a controversial debate that took place in several parliamentary hearings: the main arguments alleged against ratification were the extension of reasonable length of proceedings and the risk to turn the Strasbourg judge into a “European Constitutional Supreme Court”.

The paper tries to demonstrate that these dangers are overestimated and supports the idea that the new mechanism could strengthen virtuous forms of cooperation between judges, allowing in particular to bring to the attention of the Court of Strasbourg interpretative questions that move and take into account the specificities of Italian legal system.

SOMMARIO: 1. Premessa: lo “spacchettamento” della ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 alla Cedu. – 2. Gli obiettivi all’origine dei due Protocolli. – 3. I tentativi di recepimento del Protocollo n. 16 nella XVII^a e XVIII^a legislatura. – 4. In particolare le audizioni informali presso le Commissioni riunite Giustizia ed Esteri. – 5. Qualche riflessione conclusiva in favore della ratifica del Protocollo 16.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Premessa: lo “spacchettamento” della ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 alla Cedu

Il presente contributo prende spunto dalla decisione della Camera dei Deputati di separare i destini delle ratifiche dei Protocolli n. 15 e n. 16 alla Cedu e ripercorre il dibattito che ha preceduto l'intenzionale accantonamento dell'ingresso nel nostro ordinamento del meccanismo consultivo previsto dal Protocollo n. 16¹.

A seguito di emendamenti approvati il 29 luglio e il 23 settembre, che hanno accolto la proposta delle Commissioni riunite Giustizia e Affari esteri di stralciare dal disegno di legge di autorizzazione alla ratifica di entrambi i Protocolli la parte relativa al recepimento del Protocollo n. 16, il 30 settembre è stato approvato alla Camera un disegno di legge limitato alla “ratifica ad esecuzione del Protocollo n. 15”, che è stato approvato definitivamente anche dal Senato il 12 gennaio 2021².

Una premessa sulla diversa efficacia dei due protocolli può concorrere a spiegare la decisione di separare il loro percorso parlamentare di recepimento, anche se vedremo che i dubbi alimentati da autorevole dottrina italiana non erano mossi tanto dall'intento di accelerare l'entrata in vigore del Protocollo n. 15, quanto da quello di frenare, se non affossare, la ratifica del Protocollo n. 16.

Il Protocollo n. 15 alla Cedu, firmato il 24 giugno 2013, è infatti un Protocollo di emendamento alla Convenzione e come tale richiede la ratifica di tutti gli Stati parti della Convenzione per poter entrare in vigore: trascorsi oltre sette anni dalla sua apertura alla firma, l'unica ratifica mancante era proprio quella dell'Italia³.

¹A seguito dello “spacchettamento” si è avviato un intenso dibattito sulla rivista on line *Giustizia insieme*, www.giustiziainsieme.it, inaugurato dall'editoriale del 12 ottobre 2020 dal significativo titolo *L'estremo saluto al Protocollo 16 annesso alla Cedu* e animato da contributi volti ad auspicare una pronta riattivazione del procedimento di ratifica del Protocollo n.16: cfr. A. RUGGERI, *Protocollo 16: funere mersit acerbo?* 22 ottobre 2020; C. PINELLI, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, 3 novembre 2020, E. LAMARQUE, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, 18 Novembre 2020; C.V. GIABARDO, *Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts*, 28 novembre 2020, E. CANNIZZARO, *La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n. 16*, 8 dicembre 2020, e S. BARTOLE, *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare*, 13 gennaio 2021, B. NASCIBENE, *La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto*, 29 gennaio 2021.

² Cfr. la legge n. 11 del 15 gennaio 2021 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 34 del 10 febbraio: difformemente dal termine di *vacatio* ordinario, la legge è entrata in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione, ossia l'11 febbraio 2021.

³ Il quadro cronologico delle ratifiche degli altri Stati è consultabile all'indirizzo https://www.coe.int/it/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=mpV98Mer

Pertanto, sebbene esso introduca innovazioni importanti per il funzionamento della Corte europea, ma nel complesso più marginali di quelle previste dal Protocollo n. 16, il ritardo italiano nel suo recepimento rischiava di provocare più evidenti conseguenze istituzionali⁴.

Il Protocollo n. 16 invece è un protocollo facoltativo, entrato in vigore il 1 Agosto 2018 al raggiungimento del deposito del decimo strumento di ratifica, e dunque già operante nei confronti degli Stati che l'hanno ratificato⁵: il nostro ordinamento può pertanto valutare con meno urgenza la convenienza di una partecipazione al nuovo meccanismo consultivo, che consente alle più alte giurisdizioni di uno Stato contraente (specificamente individuate dal medesimo Stato in sede di ratifica) di presentare alla Corte europea richieste di pareri consultivi su “questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli”. I pareri adottati non sono vincolanti e, in applicazione del principio di sussidiarietà, spetterà ai giudici interni stabilire, in concreto, le conseguenze dell’interpretazione adottata dalla Corte di Strasburgo rispetto al singolo caso.

2. Gli obiettivi all’origine dei due Protocolli

In via preliminare, può essere utile richiamare il contesto politico da cui hanno origine i due Protocolli e gli obiettivi che si propongono⁶: il Protocollo n. 15 nasce all’interno del processo di

⁴ I lunghi tempi rischiavano cioè di essere letti come uno “sgradevole sabotaggio della riforma del sistema Cedu”, come nota E. LAMARQUE, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, cit., p. 1.

⁵ A febbraio 2021 erano 15 gli Stati che l’avevano ratificato, di cui 9 dell’Unione europea e cioè Albania, Andorra, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, San Marino, Slovacchia, Slovenia, Ucraina. Per un quadro aggiornato sullo stato delle firme e delle ratifiche cfr. https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=vwTf97nS

⁶ Per alcune indicazioni bibliografiche essenziali sul contesto giuridico e politico in cui sono nate le proposte confluite nei Protocolli n.15 e n. 16 cfr. V. ZAGREBELSKY, *Note sulle conclusioni della Conferenza di Brighton per assicurare l’avvenire della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista AIC* n. 4 del 2012; G. RAIMONDI, *La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista AIC*, n. 3 del 2012; C. ZANGHI, *I progetti di protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2013, p. 24 ss.; M. BARNABÒ, *La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell’uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell’uomo*, 20 dicembre 2013, in *Federalismi.it*; F. CHERUBINI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla Cedu*, in *I diritti dell’Uomo: cronache e battaglie*, n. 3 del 2013, p. 30 ss.; N. POSENATO, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, p. 1421 ss. e, volendo, E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quad. cost.* 2013, p. 1021 ss.

Particolarmente interessanti sono anche i contributi raccolti nel volume curato da E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali, Prime riflessioni in vista della*

riflessione sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo e dà seguito ad alcune proposte formulate il 20 aprile 2012 nella cd. Dichiarazione di Brighton, volta a garantire una maggiore efficienza e speditezza nella risoluzione dei ricorsi e a rafforzare la dottrina del margine di apprezzamento da parte del giudice europeo⁷.

Per contrastare “fughe in avanti” agevolate dal canone dell'interpretazione evolutiva della Convenzione come *living instrument*⁸, esso modifica per la prima volta il preambolo della Cedu⁹, introducendo un espresso riferimento al margine di apprezzamento di cui godono gli Stati in relazione alle misure limitative dell'esercizio dei diritti convenzionali.

L'obiettivo di velocizzare i tempi dell'accertamento delle violazioni denunciate a Strasburgo viene perseguito attraverso una serie di eterogenee innovazioni¹⁰, tra le quali, in particolare, la

ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Torino, 2015, tra i quali si segnalano quelli di O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una alta giurisdizione nazionale ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, p. 17; V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, 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*, p. 145, e 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*, p. 97.

⁷ Cfr. la *Dichiarazione di Brighton* - Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo in https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ITA.pdf

⁸ O. POLLICINO ci ricorda come “a condurre i negoziati che hanno portato all'accordo sul testo del Protocollo è stato il Regno Unito, cioè il paese che, tra i quarantasette membri del Consiglio d'Europa, è da sempre quello più ossessionato dal timore che il meccanismo di tutela previsto a Strasburgo non sia rispettoso del principio di sussidiarietà”, in *La Corte costituzionale è una alta giurisdizione nazionale ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16*, cit., p. 33.

⁹ Il significato politico che riveste l'aggiunta al Preambolo della Convenzione, rimasto inalterato dal 1950, è ben sottolineato da M. DE SALVIA, nella sua audizione del 5 novembre 2019 presso le Commissioni riunite Giustizia e Esteri sintetizzata in *Osservazioni in tema di ratifica dei protocolli n° 15 et n° 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU): tracce sintetiche*, in www.camera.it, p. 5.

Anche V. ZAGREBELSKY nota come sia la prima volta che si interviene sul testo originario del Preambolo per introdurre un espresso riferimento a nozioni da molto tempo presenti nella giurisprudenza europea, quali i principi di sussidiarietà e l'apprezzamento del margine di discrezionalità nazionale: cfr. la sua adizione informale, 19 novembre 2019, in <https://webtv.camera.it/evento/15423>. Su queste audizioni si veda *infra* § 4.

Per un approfondimento sull'uso della nozione del principio di sussidiarietà v. lo stesso V. ZAGREBELSKY, *Note sulle conclusioni della Conferenza di Brighton per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 3.

¹⁰ Il Protocollo n. 15 elimina la clausola che attualmente consente alle parti di opporsi alla proposta di una Camera di rinviare il caso alla Grande Camera, in presenza di una questione grave relativa all'interpretazione della Cedu o di un possibile contrasto di giurisprudenza, che nella pratica veniva esercitato dallo Stato per garantirsi -quasi sempre- un doppio grado di giudizio: su questo punto v. G. RAIMONDI, *La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 4 che ci ricorda come la norma vigente “è il risultato di una soluzione di compromesso della disputa che al tempo dell'adozione del Protocollo no. 11 opponeva i fautori di un doppio organo e quindi del doppio grado di giudizio ai sostenitori della Corte unica”.

Il protocollo n. 15 interviene, inoltre, sul criterio introdotto dal Protocollo n. 14 alla Cedu che prevede l'inammissibilità di un ricorso qualora il ricorrente non abbia subito “alcun pregiudizio importante”: tale criterio, ispirato al principio per cui anche una violazione di un diritto fondamentale deve raggiungere una soglia minima di

riduzione da sei a quattro mesi del termine per proporre ricorso alla Corte, ai sensi dell'art. 35, § 1 Cedu.

La novità si comprende bene alla luce del progresso tecnologico che consente comunicazioni assai più rapide che in passato, ma rischia di nascondere un poco nobile obiettivo deflattivo¹¹, diventando «una piccola “trappola” processuale per fare aumentare ulteriormente le percentuali dell'irricevibilità¹²»: occorre infatti ricordare che alcune modifiche nel regolamento di procedura della Corte, applicate rigidamente dalla sua cancelleria, hanno accresciuto il rischio che un ricorso presentato in tempo utile, ma viziato da incompletezze o irregolarità formali, finisca per essere dichiarato inammissibile¹³.

Il progresso tecnologico, che giustifica l'abbreviazione del termine, dovrebbe inoltre valere anche per la Corte Edu, spingendola ad una maggiore semplificazione delle sue comunicazioni: ad oggi, l'utilizzo di quelle in via telematica può essere attivato solo dal momento in cui il ricorso è stato notificato al Governo convenuto e siano state richieste osservazioni alle parti, mentre tale la possibilità non è prevista per l'introduzione del ricorso e, paradossalmente, neppure per l'introduzione di una richiesta di misure cautelari ai sensi dell'art. 39 del Regolamento della Corte¹⁴.

gravità per giustificare l'esame da parte della Corte, viene attualmente bilanciato da una doppia clausola di salvaguardia, che esclude la sua applicabilità qualora il caso richieda comunque un esame nel merito alla luce del rispetto dei diritti dell'uomo, oppure qualora il caso “non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno” (art. 35, § 3, lett. *b* Cedu). Il protocollo n. 15 abroga quest'ultima clausola di salvaguardia, portando la Corte nel prossimo futuro a verificare unicamente la condizione del pregiudizio importante.

L'ultima modifica introdotta dal Protocollo n. 15 riguarda i requisiti di età per l'elezione di un giudice della Corte, rendendo possibile la permanenza in carica fino al compimento dei 74 anni (art. 2, prot. 15 Cedu). I giudici saranno infatti eleggibili fino all'età di 65 anni con la possibilità di terminare il loro mandato di 9 anni.

¹¹ Su questo rischio cfr. anche le interessanti osservazioni di Gian Antonio Lana nella sua audizione davanti alle Commissioni riunite Giustizia e Affari esteri, 5 novembre 2019, in <https://webtv.camera.it/evento/15304>, su cui vd *amplius* il § 4.

¹² Così V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, cit., p. 92.

¹³ Mentre, in passato, per interrompere il termine di 6 mesi dalla pronuncia definitiva era considerata sufficiente la presentazione di una lettera con l'indicazione della violazione, ai sensi del vigente art. 47 del Regolamento di procedura della Corte, modificato il 5 ottobre 2015, è oggi richiesta la produzione dell'intera documentazione, incluse le copie delle sentenze interne. Per un utile quadro della prassi cfr. M. CASTELLANETA, (a cura di), *I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: diritti azionabili e modalità di presentazione*, Fonti e documenti, Studi sull'integrazione europea, supplemento n. 1 del 2019. Per una sintesi delle modifiche all'art. 47 del Regolamento di procedura della Corte Edu cfr. I. ANRO, *Un nuovo art. 47 per il Regolamento di procedura della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Eurojus*, 11 gennaio 2016.

¹⁴ Sul punto cfr. M.L. D'ADDABBO, *Autosufficienza del ricorso alla Corte Edu e formalismo giuridico*, e M. L. AVERSANO, *Tutela d'urgenza e ambito di intervento della Corte*, entrambi in *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa e M. L. Civinini, speciale *Questione Giustizia*, aprile 2019, p. 139 ss. e p. 370 ss.

Per quanto riguarda invece le riflessioni all’origine del Protocollo n. 16, fin dal 2006 la “Commissione di Saggi” nominata per suggerire ulteriori correttivi al sistema della Convenzione, considerò nuove proposte di cooperazione tra la Corte europea e le corti nazionali, tra le quali incluse la possibilità di introdurre un *preliminary ruling mechanism on the model of that existing in the European Union*¹⁵.

L’idea di un meccanismo che aiutasse a chiarire le disposizioni della Convenzione e la giurisprudenza della Corte, “fornendo in questo modo ulteriore attività di indirizzo al fine di aiutare gli Stati parte ad evitare future violazioni” si fece strada, venne discussa e fu oggetto di specifiche riflessioni da parte della Corte di Strasburgo¹⁶, e la Dichiarazione di Brighton invitò il Comitato dei Ministri ad elaborare l’ipotesi di introdurre nella Convenzione “un potere ulteriore della Corte, che gli Stati Parti avrebbero la facoltà di accettare, di esprimere su richiesta dei pareri consultivi relativi all’interpretazione della Convenzione nel contesto di una causa specifica a livello nazionale, senza pregiudizio per il carattere non vincolante dei pareri per gli altri Stati Parti¹⁷”. L’invito si è concretizzato nell’elaborazione del Protocollo opzionale n. 16, il quale, peraltro, ha escluso che tali pareri potessero essere vincolanti anche per lo Stato a cui appartiene il giudice richiedente.

Nel dibattito originario, dunque, il rinvio pregiudiziale d’interpretazione previsto dall’art. 267 del TFUE¹⁸ viene additato quale modello di ispirazione della nuova procedura consultiva, ma

¹⁵ Cfr. La Commissione nominata dai capi di Stato e di Governo dei Paesi membri del Consiglio d’Europa e il suo *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, Doc. CM (2006) 203, 15 novembre 2006.

Nel suo “*Reflection Paper on the proposal to extend the Court’s advisory jurisdiction*”, ECHR, Strasburgo, 2012, doc. 3853038, la stessa Corte Edu ha prospettato che in sede di ricevibilità delle richieste potrebbero essere utilizzati alcuni criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di rinvio pregiudiziale, quale ad esempio il criterio della rilevanza: sul punto v. anche la sintesi di M. MARCHINI, *Il protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Eurojus*, 13 novembre 2014.

¹⁶ Cfr. l’intervento di J. P. JACQUÉ, *Le renvoi préjudiciel devant la Cour européenne de droits de l’homme* nel seminario tenutosi in occasione dell’apertura dell’anno giudiziario della Corte europea nel 2012 dal titolo *How can we ensure greater involvement of national courts in the Convention system?* in https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=events/ev_sem&c=.

Si veda, inoltre, il parere della Corte Edu sulla bozza del Protocollo n. 16 adottato il 6 maggio 2013, *Opinion of the Court on draft Protocol n. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, in https://echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_ENG.pdf

¹⁷ Cfr. la *Dichiarazione di Brighton*, cit., punto 12 d.

¹⁸ I contributi sul meccanismo che dà ai giudici nazionali la facoltà – ovvero l’obbligo nel caso di giudici di ultima istanza – di rivolgersi alla Corte di Giustizia per porre questioni interpretative su una norma comunitaria da applicare sono numerosissimi: si vedano, tra gli altri e tra i più recenti A. TIZZANO, *Il rinvio pregiudiziale e la prassi dei giudici italiani*, in *Il diritto dell’Unione europea* n. 2 del 2018, p. 403 ss.; *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. FERRARO e C. IANNONE, Torino, 2020, e B. NASCIBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali. (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus*, 7 settembre 2020. Per un’indagine storico comparatistica incentrata sul raffronto del meccanismo

ad una riflessione più approfondita l'analogia tra i due meccanismi si rivela parziale, se non addirittura fuorviante.

Le due procedure consultive inserite nell'ordinamento UE e in quello della Cedu si distinguono per aspetti fondamentali come la natura non vincolante del parere reso dalla Corte di Strasburgo, al contrario di quello adottato dalla Corte di Giustizia, o come la facoltà in luogo dell'obbligo delle più alte giurisdizioni di rivolgersi alla Corte europea per il chiarimento interpretativo¹⁹.

Ma ancor più decisiva, per ridurre l'effettiva rilevanza del confronto, è la diversa logica che connota i due sistemi: il Protocollo n. 16 disegna un percorso in cui il parere viene reso da un giudice che non fa parte dell'ordinamento in cui verrà applicato il chiarimento interpretativo; al contrario, nel modello comunitario, i giudici nazionali che si rivolgono alla Corte di giustizia, dovendosi pronunciare su oggetti rispetto ai quali viene in considerazione il diritto dell'unione, sono in sostanza, in forza dei trattati, giudici comunitari²⁰. In comune, però, i due meccanismi conservano la prospettiva di credere che, nella complessità giuridica odierna, l'unica -ancorché impervia- via possibile sia quella del dialogo tra i

previsto dal Protocollo 16 con il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE cfr. L. PIERDOMINICI, *Genesi e circolazione di uno strumento dialogico: il rinvio pregiudiziale nel diritto comparato sovranazionale*, in *Federalismi.it*, 24 giugno 2020, p. 226, special. p. 239 ss: l'autore esclude la riconducibilità diretta dell'istituto dell'advisory opinion CEDU al modello comunitario perché "solo latamente affine al rinvio pregiudiziale, ma connotato da caratteri ben più laschi" e al contempo ricostruisce bene i timori di parte della dottrina sulla possibile instaurazione e mutazione di dinamiche proprie del rinvio pregiudiziale, tra cui il "rischio che, in via di prassi, la non vincolatività dei pareri emessi si tramuti in una generalizzata percepita vincolatività della *res interpretata*", cit. di p. 243.

Per un'analisi delle questioni relative al coordinamento tra i due meccanismi, esaminate nel contesto dei negoziati per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, ripresi di recente, cfr., da ultimo, I. ANRÒ e B. NASCIBENE, *The devil is in the details: does the end of Protocol n° 16 to the ECHR lie in the wrinkles of the EU accession to the ECHR process?* in *Eurojus*, 1 febbraio 2021.

¹⁹ Cfr. B. NASCIBENE che riconosce un'analogia parziale che "ha fatto ritenere, erroneamente, che sia nata, per via convenzionale, una sorta di nuovo rinvio pregiudiziale, qualificabile tale anche se di carattere 'speciale' perché riguarda la tutela dei diritti della persona", in *La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto*, cit., p. 2. Anche per E. CANNIZZARO, "i due strumenti appaiono diversissimi: quanto ai soggetti legittimati al rinvio; quanto alla facoltà o all'obbligo di procedervi; quanto all'oggetto del rinvio stesso e, come si dirà in un paragrafo successivo, quanto agli effetti dell'accertamento sulla questione pregiudiziale", in *La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n. 16*, cit., p. 2. Sottolinea le differenze "notevolissime" tra le due procedure R. SABATO, *Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistema penale*, 2019, p. 5, ricordandoci come la procedura di consultazione con la Corte di Strasburgo trovi in realtà un suo antecedente nell'art. 64 della Convenzione americana sui diritti umani, perché mira semplicemente a far acquisire a giudici individuati dallo Stato membro un autorevole parere, non vincolante, sull'interpretazione e l'applicazione della Convenzione.

²⁰ Cfr. le osservazioni di V. ONIDA, *Introduzione al volume, 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 Cedu*, cit., p. 10. M. LUCIANI, invece, considera "il Protocollo 16 una sorta di risposta della Corte EDU alla Corte di giustizia", in *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, cit., p. 2.

giudici²¹, di cui la collaborazione fra le autorità giudiziarie statali e sovranazionali rimane un tassello fondamentale. In questa prospettiva, si sottolinea l'indubbia valenza promozionale del Protocollo n. 16 che "promuove ed agevola i rapporti fra le autorità giurisdizionali degli ordinamenti interessati favorendone il convergere verso obiettivi condivisi²²".

Anche la denuncia del mancato coordinamento tra il rinvio pregiudiziale e quello consultivo alla Corte Edu, contenuta nel noto parere 2 del 2013 della Corte di Giustizia sul progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Cedu, nel quale si paventava il timore che l'applicazione del Protocollo n. 16 potesse incentivare l'elusione dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale²³, è stata oggetto di una recente riflessione che dimostra in modo convincente come l'intreccio tra i due meccanismi potrà porre qualche problema al giudice nazionale, ma sarà comunque superabile se affrontato in un'ottica di collaborazione e non di gerarchia²⁴.

Il Protocollo n. 16 introduce dunque una nuova competenza consultiva in capo alla Corte di Strasburgo che si aggiunge a quella già esistente disciplinata dall'art. 47 Cedu, ma fino ad oggi

²¹ Anche se quella del "dialogo tra giudici" è un'espressione assai inflazionata, S. BARTOLE nota che ancora non si è trovato modo di definire meglio tale fenomeno, *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare*, cit., p. 5. Sul tale dialogo, la bibliografia è sterminata ma, *ex multis*, si segnala l'interessante studio di A. TORRES PEREZ, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009 la quale considera sia le obiezioni di chi si oppone al modello di un dialogo tra i giudici come fonte di legittimazione delle Corti sovranazionali, ed in particolare della Corte di Giustizia, (special. p. 130 ss.), sia la prospettiva di chi ancora questo dialogo all'esistenza di un terreno comune, affermando: "although fundamental rights norms, given their abstract formulation and essential contestability, allow for diverse interpretations, there is common ground among member states permitting the development of a meaningful dialogue and the attainment of common understandings", cit. di p. 123.

Fra i contributi più recenti che problematizzano questo concetto di dialogo cfr., tra gli altri, B. RANDAZZO, *Le Corti e la fascinazione del dialogo: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, in *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti: alla prova della "saga Taricco"*, a cura di C. Amalfitano, Milano, 2018, p. 293 ss.; R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC* n. 4 del 2018, 30 dicembre 2018, e, muovendo da una prospettiva di giustizia costituzionale, D. TEGA, *La Corte nel contesto*, Bologna, 2020, special. p. 184 ss.

²² S. BARTOLE, *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine...*, cit. p. 3.

²³ Cfr. il parere 2/13 del 18 dicembre 2014, § 196-199, laddove afferma che il meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 "potrebbe, segnatamente quando vengano in discussione diritti garantiti dalla Carta che corrispondono a quelli riconosciuti dalla CEDU, pregiudicare l'autonomia e l'efficacia della procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE"aggiungendo che "non è escluso che una domanda di parere consultivo proposta ai sensi del Protocollo n. 16 da un giudice di uno Stato membro che abbia aderito a tale protocollo possa attivare la procedura di previo coinvolgimento della Corte, creando così un rischio di elusione della procedura di rinvio..".

²⁴ Per questa ricostruzione cfr. B. NASCIBENE, *La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto*, cit., § 5 che suggerisce come la soluzione "preferibile, se non imposta (come si dirà poco oltre) dal primato del diritto UE e dalla necessaria coerenza fra Carta e CEDU, è adire prima la Corte di giustizia e poi, se del caso, alla luce del criterio di corrispondenza fra norme, contenuto nell'art. 52, par. 3 Carta, adire la Corte EDU".

assai poco utilizzata²⁵: richiamando la disciplina essenziale del meccanismo, l'art. 1 del Protocollo prevede che gli Stati membri possano indicare le giurisdizioni interne superiori legittimate a chiedere alla Grande Camera un parere sull'interpretazione o sull'applicazione di una norma convenzionale e sui protocolli addizionali. La richiesta deve superare il filtro di un Comitato di 5 giudici della Grande Camera tra i quali includere, quando possibile, il giudice eletto in relazione allo Stato interessato dalla richiesta²⁶. La richiesta, infine, deve essere motivata e non può riguardare un dubbio astratto, ma deve sorgere all'interno di un giudizio concreto.

Un aspetto fondamentale, che si è già più volte richiamato, è che i pareri adottati dalla Grande Camera non saranno vincolanti²⁷, come caldeggiato dalla stessa Corte di Strasburgo nei lavori preparatori²⁸: questa opzione corrisponde al carattere sussidiario della Cedu, che si rinviene in altre importanti disposizioni convenzionali²⁹, e implica che spetterà ai giudici interni stabilire in concreto le conseguenze dell'interpretazione adottata dalla Corte di Strasburgo.

²⁵ L'art. 47 della Cedu dispone che la Corte possa, su richiesta del Comitato dei Ministri, fornire pareri consultivi su questioni giuridiche relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli. Il comma successivo precisa però il divieto di pronunciarsi su questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nella Convenzione e nei Protocolli, così come su altre questioni su cui la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla Convenzione.

Tale limite vuole evitare qualsiasi rischio di sovrapposizione tra la funzione consultiva e quella contenziosa, ma ha finito per scoraggiare l'effettivo impiego della competenza che è rimasta inutilizzata per oltre 30 anni, fino al 2 giugno 2004, quando la Corte ha reso il suo primo parere ex art. 47 Cedu: cfr. Corte Edu, Decisione 2 giugno 2004 pubblicata anche nel volume *Diritti dell'Uomo e Libertà Fondamentali, La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, a cura di M. De Salvia, V. Zagrebelsky, vol. III, Milano, 2006-2008, p. 792. Ad oggi la procedura è stata attivata solo un'altra volta nel 2010: cfr. l'*Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights (No. 2)* pubblicata il 22 gennaio 2010.

²⁶ Cfr. L'art. 2, Prot. n. 16 Cedu. Inoltre, ai sensi dell'art. 3, Prot. n. 16 Cedu, anche il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa e lo Stato interessato dal rinvio hanno diritto di presentare osservazioni per iscritto e di partecipare alle udienze.

²⁷ Cfr. l'art. 5, Prot. n. 16 Cedu.

²⁸ Cfr. il già citato parere al progetto del protocollo adottato il 6 maggio 2013 in https://echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_ENG.pdf, § 12.

²⁹ Nel sistema di tutela convenzionale varie disposizioni sottolineano il carattere sussidiario della Cedu rispetto ai sistemi nazionali di tutela dei diritti dell'uomo: la più importante è l'art. 32 Cedu, che affida alla Corte un ruolo centrale nell'interpretazione della Convenzione, poiché con la ratifica della Convenzione gli Stati si sono obbligati ad adeguare la propria legislazione alle norme convenzionali nel significato ad esso attribuito dalla Corte specificamente istituita. Vi è poi l'art. 13 Cedu, che presuppone l'obbligo statale di garantire rimedi effettivi in caso di violazione dei diritti e relega la competenza della Corte di Strasburgo ad una posizione secondaria rispetto al ruolo delle istanze nazionali di tutela. Ed infine va ricordato l'art. 35 Cedu il quale, subordinando l'ammissibilità di un ricorso alla regola del previo esaurimento delle vie interne, persegue la funzione primaria di offrire alle autorità nazionali, in particolare a quelle giurisdizionali, la possibilità di prevenire violazioni della Convenzione o rimediare ad esse.

La non obbligatorietà del chiarimento, inoltre, come precisato dal rapporto esplicativo³⁰, consente che un soggetto, insoddisfatto dell'applicazione da parte del giudice interno dell'interpretazione fornita dalla Corte Edu, possa ricorrere ai giudici di Strasburgo una volta terminata la procedura nazionale.

Terminando questo quadro introduttivo, mi pare importante sottolineare che i due Protocolli si prefiggono il comune intento di alleggerire³¹ il carico di lavoro della Corte di Strasburgo, scrollandole di dosso la prima parte della definizione di giudice “vittima del suo successo”³².

Il Protocollo n. 15, come si è già evidenziato, persegue tale l'obiettivo introducendo misure concrete che rafforzano direttamente la Corte, mentre il Protocollo n. 16 propone un meccanismo che, coinvolgendo e potenziando il ruolo dei giudici nazionali apicali, confida in una riduzione nel medio termine del numero dei ricorsi³³: le giurisdizioni che chiedono e ottengono un chiarimento sull'interpretazione della Convenzione verrebbero messe nella

³⁰ Cfr. il § 26 del Rapporto esplicativo al Protocollo 16 che afferma chiaramente “il fatto che la Corte abbia emesso un parere consultivo su una questione sollevata nell'ambito di una causa pendente dinanzi a una autorità giudiziaria di una Alta Parte contraente, non impedisce a una parte di tale causa di esercitare successivamente il suo diritto a un ricorso individuale ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione, vale a dire che essa può comunque portare la causa dinanzi alla Corte” in https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ITA.pdf.

³¹ Certamente in questi anni sono stati fatti passi notevoli per alleggerire il carico di lavoro della Corte: basti pensare che mentre nel dicembre 2013 risultavano pendenti dinanzi alla Corte oltre 128.000 ricorsi, tre anni dopo, nel dicembre 2016 erano scesi a 79.000. Nel 2019 ne risultavano pendenti 59.800, risaliti a 62.000 nel 2020.

Cfr. le statistiche pubblicate dalle Relazioni annuali sull'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/annualreports&c>. L'ultima Relazione disponibile è stata presentata il 28 gennaio 2021, con riferimento all'anno 2020, in https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2020_ENG.pdf.

³² Una conferma indiretta dell'importanza dell'intento deflattivo emerge dall'unico rilievo che viene mosso dalla Corte di Strasburgo nel parere sulla bozza del Protocollo n. 16: la principale preoccupazione dei giudici europei era quella dei costi economici ed organizzativi legati alla necessità di tradurre le richieste e i pareri nella lingua usata nel procedimento nazionale: cfr. *Opinion of the Court on draft Protocol n. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, cit., § 14, in cui si afferma pragmaticamente “the Court is of the view that this could involve a considerable increase in its workload and, in fact, raises the question of who should pay for the translation. It is obvious that if the Court should assume the responsibility for the translations, the corresponding budgetary resources must be made available to it”.

³³ L'obiettivo deflattivo è ben evidenziato da V. ZAGREBELSKY nel suo contributo *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani e falsa sussidiarietà*, cit., p. 96, il quale sottolinea che “questo nuovo strumento è nato per risolvere il problema del sovraffollamento dei ricorsi e non per altro. È nato nella speranza di indurre i sistemi nazionali ad adeguarsi più facilmente alla giurisprudenza convenzionale, in modo da deflazionare i ricorsi. Per questo il risultato a mio modo di vedere sarà modesto”.

condizione di applicarla più correttamente e prevenire indirettamente il formarsi di un successivo contenzioso a Strasburgo³⁴.

3. I tentativi di recepimento del Protocollo n. 16 nella XVII^a e XVIII^a legislatura

L'*iter* per il recepimento congiunto dei Protocolli nn. 15 e 16 ha preso avvio già nella XVII^a legislatura con la presentazione del disegno di legge di iniziativa governativa C. 2801, che proponeva la ratifica di entrambi i Protocolli, abbinato al progetto proposto dal deputato Schullian C. 3132, relativo al solo Protocollo n. 16³⁵: il d.d.l. C. 2801 è stato approvato alla Camera dei Deputati il 26 settembre 2017 ma il Senato non potuto completarne l'esame prima della fine della legislatura, terminata il 22 marzo 2018.

Nel corso dell'attuale XVIII^a legislatura sono state riproposte alla Camera dei Deputati due iniziative, una parlamentare e una governativa, entrambe volte a recepire contemporaneamente i due Protocolli³⁶: l'esame del d.d.l. riunito C. 1124 è stato assegnato in sede referente alle Commissioni Giustizia e Affari Esteri.

Il suo contenuto riproduce sostanzialmente quello presentato nella precedente legislatura, con una sola differenza di rilievo relativa alle modalità con cui la Corte costituzionale avrebbe potuto provvedere all'applicazione del Protocollo n. 16: infatti, nel testo originario dell'art. 3 del d.d.l. C. 2801 della scorsa legislatura, la Corte costituzionale non era inclusa tra le alte giurisdizioni legittimate ad attivare il meccanismo consultivo e veniva inserita da un emendamento approvato in Assemblea che, aggiungendo un terzo comma, disponeva che "la Corte costituzionale può

³⁴ Cfr. i § 15 e 16 del *Documento di riflessione sulla proposta di estendere la competenza consultiva della Corte*, #3853040, 20 febbraio 2012, laddove si precisa "it was common ground that it would, therefore, be of the utmost importance, if the Court's advisory jurisdiction were extended, to design the new procedure in a manner enabling it to decrease the Court's workload in the long run"... "it is clear that the key objective of that reform must be to increase the Court's effectiveness. An extended advisory jurisdiction would have to be set up in a way so as to guarantee that the beneficial effects of it, despite an initially increased workload – characteristic of every reform – would prevail in the long run".

³⁵ Cfr. il disegno di legge di iniziativa governativa C. 2801 recante "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" presentato il 30 dicembre 2014, che ha poi assorbito la proposta di legge C. 3132, presentata il 20 maggio 2015 dal deputato Manfred Schullian (gruppo misto, eletto nelle liste SVP).

³⁶ Cfr. il disegno di legge di iniziativa governativa C. 1124 presentato il 10 agosto 2018 che ha assorbito il progetto di legge di iniziativa sempre del deputato Schullian C. 35 presentato il 23 marzo 2018.

provvedere con proprio regolamento sull'applicazione del Protocollo di cui al comma 1 in conformità agli articoli 14, primo comma, e 22, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87»³⁷.

Tale formula veniva modificata nel d.d.l. della legislatura in corso con un più generico riferimento alla possibilità per la Corte costituzionale di “provvedere con proprie disposizioni all'applicazione del Protocollo 16”: questo susseguirsi di enunciati non particolarmente chiari sull'*an* e sul *quomodo* di una partecipazione del nostro giudice costituzionale denuncia uno dei nodi scoperti e delle resistenze all'origine del rinvio della ratifica italiana.

Un altro contributo interessante emerso dai lavoratori preparatori della precedente legislatura è il parere della Commissione permanente Politiche dell'Unione europea del Senato, che suggeriva di prevedere una sospensione obbligatoria e non facoltativa del giudizio che avrebbe sollevato la richiesta di chiarimento³⁸. La XIV^a Commissione richiamò il noto parere n. 2 del 2013 reso dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea nel punto in cui veniva lamentato il mancato coordinamento tra il meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 e la procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE e propose, per rendere più efficace il dialogo tra le magistrature superiori e la Corte Edu, di configurare come obbligatoria la sospensione del processo analogamente a quanto avviene in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Ritornando all'attuale legislatura, il disegno di legge C. 1124, prima dello stralcio della parte relativa alla ratifica del Protocollo 16, si componeva di quattro articoli, di cui però tre integravano clausole “standard”: gli articoli 1 e 2 del disegno contenevano, rispettivamente, l'autorizzazione alla ratifica e il relativo ordine di esecuzione, mentre l'art. 4 fissava l'entrata in vigore della legge il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale³⁹.

³⁷ Cfr. la proposta emendativa pubblicata nell'Allegato A della seduta del 26 settembre 2017 di iniziativa dei senatori Ferranti, Berretta e Guerini.

³⁸ Cfr. il parere non ostativo con osservazioni approvato dalla Commissione Politiche dell'Unione europea il 18 ottobre 2017 e destinato alle Commissioni riunite Giustizia e Affari esteri. Il testo del parere è rinvenibile all'indirizzo: http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/SommComm/0/1046659/index.html?part=doc_dc-allegato_a:3

³⁹ L'art. 1 del d.d.l. 1124 intitolato *Autorizzazione alla ratifica* recitava “1. Il Presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare i 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”.

L'Art. 2, intitolato *Ordine di esecuzione*, recitava: “1. Piena ed intera esecuzione è data ai Protocolli di cui all'articolo 1 della presente legge, a decorrere dalla data della loro entrata in vigore, in conformità a quanto disposto, rispettivamente, dall'articolo 7 del Protocollo di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), e dall'articolo 8 del Protocollo di

L'articolo più interessante rimaneva dunque il terzo che, rubricato in modo riduttivo - "sospensione del processo", declinava le scelte fondamentali richieste dal recepimento del Protocollo n. 16: esso era suddiviso in tre commi, dedicati il primo all'individuazione delle alte giurisdizioni italiane che possono richiedere i pareri, il secondo alla sospensione facoltativa del processo fino alla ricezione del parere della Grande Camera ed il terzo alla Corte costituzionale ed alla sua già citata possibilità di provvedere con proprie disposizioni all'applicazione del Protocollo 16⁴⁰.

La scelta di lasciare ai Paesi membri un'ampia discrezionalità sull'individuazione delle giurisdizioni apicali ha due vantaggi: sottolinea l'idea che siano gli Stati i primi difensori dei diritti riconosciuti dalla Cedu e al contempo non obbliga la Corte europea a richiamare un concetto unitario di giurisdizione, assai difficile da tracciare⁴¹.

In concreto, il primo comma dell'art. 3 individuava per il nostro ordinamento la Suprema Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti e il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Il secondo comma introduceva un'ipotesi di sospensione facoltativa del processo, prevedendo che le alte giurisdizioni possono sospendere il loro giudizio fino alla ricezione del parere della Grande Camera. Il terzo comma, dedicato alla Corte costituzionale, sollevava numerose questioni⁴²: se, infatti, con l'espressione "la Corte può provvedere" si intende

cui all'articolo 1, comma 1, lettera b)." Per il Protocollo n. 15 ciò significa che piena esecuzione è data il primo giorno del mese successivo alla scadenza dei tre mesi decorrenti dalla data in cui tutte le Alte parti contraenti abbiano espresso il consenso ad essere vincolate dal Protocollo, mentre per il Protocollo opzionale n. 16 la piena esecuzione è data il primo giorno del mese successivo alla scadenza dei tre mesi decorrenti dalla data in cui dieci Alte Parti contraenti la Convenzione abbiano espresso analogo consenso.

Infine l'art. 4, *Entrata in vigore*, si limita a prevedere che "La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale".

⁴⁰ L'art. 3 del d.d.l. 1124, intitolato *Sospensione del processo*, era così formulato:

"1. La Suprema Corte di cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana possono presentare alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo richieste di parere ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, del Protocollo di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), della presente legge.

2. Nei casi di cui al comma 1, il giudice può disporre che il processo sia sospeso fino alla ricezione del parere consultivo della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo.

3. La Corte costituzionale può provvedere con proprie disposizioni all'applicazione del Protocollo di cui al comma 1".

⁴¹ Su questo punto v. M. Lipari, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 22.

⁴² In realtà, le riflessioni svolte nelle audizioni non hanno, se non in qualche caso, attirato l'attenzione dei parlamentari sulla formulazione poco chiara del comma: cfr. l'audizione di A. CANNONE, *Osservazioni relative al disegno di legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione dei Protocolli 15 e 16 alla Cedu*, cit., p. 6, e M. LIPARI per cui "una volta affermato il carattere facoltativo del rinvio, la necessità di una norma 'interposta' con cui la Corte

dire, come pare emergere dai lavori preparatori⁴³, che è lo stesso giudice costituzionale a poter decidere l'*an* del suo inserimento tra le alte giurisdizioni, si tratta di un'opzione di dubbia conformità al diritto internazionale. L'art. 10 del Protocollo n. 16, infatti, prevede che ogni Parte contraente della Convenzione debba indicare al momento della firma o del deposito dello strumento di ratifica le alte giurisdizioni che possono fare richiesta. Ciò significa che i soggetti dell'ordinamento legittimati a compiere tale scelta sono prima il Governo e poi il Parlamento, mentre non consente che siano le stesse giurisdizioni a decidere se rientrare in questo elenco, peraltro suscettibile di successive modifiche⁴⁴. E se nulla vieta alle giurisdizioni apicali ivi inserite di non attivare mai il meccanismo consultivo, appare invece improprio delegare alla stessa Corte costituzionale la scelta relativa alla sua legittimazione.

Se invece la formula vuole semplicemente dire che la Corte potrà, con proprie norme interne, disciplinare il *quomodo* di un'opzione dettata dal Parlamento, allora si tratta probabilmente di una disposizione superflua o comunque applicabile anche per le altre giurisdizioni che saranno chiamate ad adeguare i propri regolamenti interni all'introduzione del nuovo meccanismo consultivo⁴⁵.

L'esame in sede referente del provvedimento ora illustrato ha avuto inizio il 23 gennaio 2019 dinanzi alle Commissioni riunite Giustizia ed Affari esteri ed è proseguito per oltre un anno e mezzo: a partire dal febbraio 2019, è stato calendarizzato un ricco ciclo di audizioni informali⁴⁶ che

costituzionale stabilisca se avvalersi o meno di tale opportunità appare alquanto dubbia", *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 24.

⁴³ L'unico accenno nei lavori preparatori della precedente legislatura induce a ritenere che l'intenzione del legislatore fosse proprio quella di rendere la Corte *domina* di questo scelta: infatti il senatore Casson, relazionando alla Commissione Giustizia il contenuto del disegno di legge S. 2921, precisò che "al comma 3 si prevede, infine, che la Corte costituzionale *possa introdurre previsioni analoghe* a quelle introdotte con l'articolo in esame con proprio regolamento, in conformità agli articoli 14, primo comma, e 22, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87": cfr. Legislatura 17^a - Commissioni 2^o e 3^o riunite - Resoconto sommario n. 19 del 17 ottobre 2017, in http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/SommComm/0/1046611/index.html?part=doc_dc-sedetit_isr

⁴⁴ L'art. 10 del Protocollo n. 16 specifica che "Ciascuna Alta Parte contraente della Convenzione indica, al momento della firma o del deposito del proprio strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione, per mezzo di una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, quali autorità giudiziarie nomina ai fini dell'articolo 1, paragrafo 1, del presente Protocollo. Tale dichiarazione può essere modificata in qualsiasi momento nello stesso modo".

⁴⁵ Il rilievo relativo alla necessità di un'armonizzazione tra il primo e il terzo comma dell'art. 3 del d.d.l., che sottende un chiarimento sulla Corte costituzionale, è mosso anche da F. FRATTINI, audizione svolta l'11 febbraio 2020 in <https://webtv.camera.it/evento/15898>, minuto 55.

⁴⁶ Le audizioni informali che si sono svolte tra il mese di febbraio 2019 e febbraio 2020 dinanzi alle Commissioni riunite Giustizia e Esteri nell'ambito dell'esame del disegni di legge sulla ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 e del Protocollo n. 16 sono state le seguenti: 2 febbraio 2019, audizioni informali di Ginevra Cerrina Feroni, e Francesco Farri in <https://webtv.camera.it/evento/13735>; 5 novembre 2019 audizioni informali di Anton Giulio Lana, Filippo Vari, e Michele De Salvia in <https://webtv.camera.it/evento/15304>; 19 novembre 2019 audizioni informali di Michele

ha visto la partecipazione di studiosi e magistrati che hanno espresso opinioni anche molto diverse tra di loro sull'opportunità per l'Italia di recepire in particolare il Protocollo n. 16, come cercheremo di sintetizzare nel successivo paragrafo.

4. In particolare le audizioni informali presso le Commissioni riunite Giustizia ed Esteri

Le audizioni informali sono strumenti conoscitivi sempre più diffusi nella prassi, che tuttavia non trovano una specifica disciplina nei regolamenti parlamentari e possono essere definiti per esclusione: sono cioè quegli incontri organizzati tra le commissioni ed altri soggetti estranei all'attività parlamentare, (senza alcun limite soggettivo, al di là di quello costituito dalla personale disponibilità dei soggetti auditi⁴⁷) che si svolgono in sede appunto informale, senza resocontazione scritta⁴⁸.

In realtà, per quanto riguarda le audizioni in esame, la pubblicità è stata garantita: tutti gli auditi hanno prestato il loro consenso alla ripresa sulla web tv della Camera dei Deputati⁴⁹ e il testo scritto di alcune delle audizioni è stato successivamente reso disponibile o, più spesso, rielaborato e pubblicato in varie riviste⁵⁰. Se dunque in questa vicenda è stato possibile conoscere non solo

Giacomelli, Raffaele Sabato, Paola Rubini, Vladimiro Zagrebelsky, Agatino Cariola, e Andrea Cannone in <https://webtv.camera.it/evento/15423>; 26 novembre 2019 audizioni informali di Massimo Luciani, Mario Esposito, e Beniamino Caravita di Toritto in <https://webtv.camera.it/evento/15485>; 9 gennaio 2020 audizioni informali di Giovanni Mammone e Guido Raimondi, in <https://webtv.camera.it/evento/15730>; 4 febbraio 2020 audizione informale di Angelo Buscema in <https://webtv.camera.it/evento/15859>; 11 febbraio 2020 audizioni informali di Andrea Saccucci, Filippo Patroni Griffi e Franco Frattini, in <https://webtv.camera.it/evento/15898>.

⁴⁷ Cfr. G. MAGGI, *Audizioni formali e indagini conoscitive, audizioni e incontri informali*, in *L'Italia. Disciplina e forme di pubblicità dell'attività parlamentare nell'ordinamento italiano*, Saggi dell'Osservatorio sulle fonti, 2014, fasc. n. 2 del 2014, p. 76 ss.

⁴⁸ Cfr. L. GIANNITI, N. LUPO, *Corso di diritto parlamentare*, Bologna, 2018, p. 222.

⁴⁹ Infatti, il parere del 26 giugno 2013 della Giunta per il regolamento della Camera dei Deputati prevede che ciascuna Commissione possa disporre d'intesa con la presidenza della Camera la trasmissione, solo sulla web tv, "delle sedute dedicate ad audizioni informali, previa acquisizione del consenso del soggetto audito e con l'assenso, da verificare all'atto dell'inserimento in calendario o all'ordine del giorno dell'audizione stessa, dei rappresentanti dei gruppi pari ad almeno i tre quarti dei membri della Camera".

In generale sulle audizioni informali cfr. G. LETTA, *Le audizioni informali nella prassi della Camera dei deputati*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, n. 1 del 1986, p. 16 e C. GATTI, *Tipologia e disciplina delle audizioni nelle Commissioni permanenti*, in *Il Parlamento della Repubblica: organi, procedure, apparati*, 1998, pp. 59 ss., special. p. 85.

⁵⁰ I testi delle audizioni o loro rielaborazioni sono rinvenibili nei seguenti contributi: F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in *dirittifondamentali.it*, 2019; M. ESPOSITO, *I d.d.l. di ratifica del Protocollo 16 della CEDU: un altro caso di revisione costituzionale per legge ordinaria?*, in *Diritti fondamentali*, n. 2

l'evento, ma anche il contenuto delle riflessioni delle audizioni, in qualche passaggio le riprese televisive hanno registrato un effetto di smarrimento tra i componenti delle Commissioni a seguito della varietà di opinioni che sono state espresse⁵¹.

È stato efficacemente ricordato che l'audizione informale è uno strumento flessibile, che si è dimostrato, “nella prassi, e non da oggi, *bonne a tout faire*” e che al contempo “la sua estrema flessibilità, alla base del suo successo, può diventare in alcuni casi anche il suo limite”⁵²: in questa occasione, pur nel rispetto della pluralità di voci che il mondo accademico deve poter esprimere, le audizioni sono state in alcuni casi il teatro di ricostruzioni dottrinali dove sono stati spesi argomenti eccedenti⁵³ i chiarimenti che avrebbero dovuto consentire ai parlamentari di “acquisire gli elementi di conoscenza necessari per verificare la qualità e l'efficacia delle disposizioni”⁵⁴.

Le voci emerse nelle audizioni sono sintetizzabili in tre posizioni: la prima è prudente o decisamente contraria ad una ratifica italiana, evidenziando i rischi di introdurre un parere sostanzialmente vincolante per il giudice che l'ha richiesto, di allungare i tempi di definizione del giudizio interno e, soprattutto, di favorire una marginalizzazione della Corte costituzionale⁵⁵.

del 2019, 30 dicembre 2019; 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; G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Federalismi*, n. 5 del 2019, p. 10; R. SABATO, *Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistema penale*, 2019; 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*, in www.camera.it; le osservazioni di A. CANNONE sono rinvenibili all'indirizzo https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/002/773/Osservazioni_Prof._Cannone.doc; il testo dell'audizione di F. FARRI è rinvenibile in <https://www.centrostudilivati.it/protocollo-16-cedu-verso-una-super-corte-costituzionale-europea/> con il titolo *Protocollo 16 Cedu. Verso una super Corte costituzionale europea?*; il testo dell'audizione di G. BUSCEMA è rinvenibile sul sito della Corte dei conti, in <https://www.corteconti.it/>, 4 febbraio 2020.

⁵¹ Il vicepresidente della Commissione Giustizia F. Vazio, al termine dell'audizione informale del 4 febbraio 2020 in <https://webtv.camera.it/evento/15859> ammette che “le audizioni non ci hanno consegnato un'univoca interpretazione circa le opportunità di una ratifica dei Protocolli 15 e 16”; e la senatrice L. Boldrini, al termine dell'audizione informale svolta il 19 novembre 2019 in <https://webtv.camera.it/evento/15423>, minuto 2.04, osserva che “sul Protocollo 16 abbiamo proprio sentito pareri molto discordanti”, ma “noi dovremmo riuscire a trovare una sintesi”.

⁵² Così N. LUPO, *Le audizioni sulla riforma elettorale: rito inutile o contributo della scienza (costituzionalistica) alla formazione della legge?* in *Quad. cost.*, n. 3 del 2017, p. 603, special. p. 605.

⁵³ Mi sembra che questa critica di metodo sia mossa anche da S. BARTOLE, *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare*, cit., p. 2.

⁵⁴ Cfr. l'art. 79, comma 5 del Regolamento della Camera che, disciplinando l'esame in sede referente, prevede che la Commissione provveda ad acquisire gli elementi di conoscenza necessari per verificare la qualità e l'efficacia delle disposizioni contenute nel testo anche avvalendosi delle procedure di cui al capo XXXIII e agli articoli 146 e 148.

⁵⁵ A questa linea sembrano riconducibili le audizioni di M. Luciani, F. Vari, F. Farri e, con posizioni più sfumate, B. Caravita e G. Cerroni. M. Esposito solleva il tema dell'adeguatezza di una legge di rango ordinario per dare esecuzione ai Protocolli alla Cedu. *Contra* questo argomento S. Bartole, che osserva come “mettere in discussione la via della legge

Una seconda voce è più numerosa, ma ad oggi soccombente nella capacità di assicurare la politica sui vantaggi di una partecipazione italiana al nuovo strumento: per questo gruppo di auditi, che spesso vantano una conoscenza “dall’interno” della giurisdizione di Strasburgo o appartengono alle giurisdizioni apicali che dovrebbero venir legittimate a richiedere i pareri, il recepimento del Protocollo n. 16 è un’occasione per rafforzare forme virtuose di cooperazione tra i giudici e consentire di portare all’attenzione della Corte di Strasburgo quesiti interpretativi che tengano conto delle specificità del nostro ordinamento⁵⁶.

Vi è infine una terza voce che non considera il nuovo meccanismo consultivo pericoloso, ma paventa una sua possibile inutilità, ricordando il carattere non obbligatorio della sua attivazione e quello non vincolante del parere reso⁵⁷.

Venendo ai rilievi più puntuali che sono stati mossi al testo del disegno di legge, è stata segnalata la necessità di modificare l’indicazione della Grande Camera, quale attuale destinataria delle richieste, con quella più corretta della Corte europea dei diritti dell’Uomo. Per quanto riguarda l’elenco delle giurisdizioni apicali, il suggerimento è di precisare, per la Corte dei Conti, che la legittimazione venga limitata alle sole alle sezioni di ultima istanza⁵⁸. Alcuni dubbi sono stati

ordinaria prescelta per ratificare l’adesione dell’Italia prima alla CEDU e poi all’UE significa privilegiare un’interpretazione degli artt. 10 ed 11 della Costituzione che non appartiene alla storia della nostra Repubblica”, *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine*, cit., p. 1.

⁵⁶ Anche se ovviamente gli esperti auditi esprimono il loro punto di vista e non quello delle giurisdizioni di cui hanno fatto o fanno parte, mi pare che l’opportunità di una ratifica del Protocollo 16 sia stata considerata complessivamente con favore dall’attuale giudice italiano presso la Corte Edu Raffaele Sabato, *Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, cit., p. 4 ss.; dall’ex Presidente della Corte Edu Guido Raimondi, *La Corte Edu vista dai suoi giudici*, cit. p. 12 laddove afferma “in linea generale vorrei dire che il Protocollo è da accogliere con favore, in quanto potente strumento di cooperazione tra i giudici supremi e costituzionali nazionali, anche per il suo valore simbolico. Detto questo, credo che il giudice nazionale dovrebbe essere prudente nell’utilizzare questo strumento, sia per la sua incidenza sui tempi della procedura interna sia per il suo impatto sulla capacità di lavoro della Corte europea dei diritti dell’uomo, ma al tempo stesso non dovrebbe esitare a farne uso in presenza di una questione non ancora risolta dalla giurisprudenza di Strasburgo”; da Michele De Salvia, già cancelliere e giureconsulto della Corte Edu, che chiede tuttavia di chiarire quale debba essere il ruolo specifico della Corte costituzionale italiana, in *Osservazioni in tema di ratifica dei protocolli n° 15 et n° 16 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU): tracce sintetiche*, cit., p. 9-10; dal Primo presidente della Corte Suprema di Cassazione Giovanni Mammone, in <https://webtv.camera.it/evento/15730>; dall’ex Presidente della Corte dei Conti Angelo Buscema, *Testo audizione*, p. 12 il quale, pur consapevole di alcuni rischi, conclude che “gli strumenti di dialogo costruttivo rappresentano un valore aggiunto da coltivare”, dal Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi e dal consigliere Franco Frattini, in <https://webtv.camera.it/evento/15898>.

⁵⁷ Cfr. quanto affermato da V. ZAGREBELSKY nella sua audizione del 19 novembre, confermando alcune riflessioni già emerse nell’intervista a R. Conti, *La Corte Edu vista dai suoi giudici*, cit., p. 14.

⁵⁸ Cfr. A. BUSCEMA che conclude “appare pertanto opportuno un maggior dettaglio nella definizione degli organi della Corte dei conti che possono ricorrere al nuovo istituto, limitandolo alle sezioni di ultima istanza (sezioni giurisdizionali di appello, ivi incluse le Sezioni riunite, e sezioni centrali di controllo nello svolgimento di funzioni

espressi poi sulla possibile ridondanza di un espresso riferimento al Consiglio di giustizia amministrativa della regione siciliana che potrebbe essere considerato sezione distaccata del Consiglio di Stato⁵⁹.

Ma i due veri nodi scoperti restano quelli legati alla previsione della sospensione facoltativa del giudizio interno che solleva la richiesta di chiarimento (art. 3, comma 2) e la confusa disposizione che disciplina (l'eventuale?) legittimazione della Corte costituzionale (art. 3, comma 3): l'enfaticizzazione dei timori legati a questi due punti hanno convinto il relatore per la Commissione Affari Esteri Yana Ehm a proporre un testo base che stralciasse la prosecuzione dell'esame della ratifica del Protocollo 16, "a causa di profili di criticità connessi al rischio di erosione del ruolo delle alti Corti giurisdizionali italiane e dei principi fondamentali del nostro ordinamento⁶⁰" ed è proprio su questi profili di criticità che tenderemo qualche osservazione finale.

assimilabili a quelle giurisdizionali), garantendo omogeneità di trattamento con le scelte operate nella giurisdizione ordinaria e amministrativa", *Testo audizione*, cit., p. 8.

Si ricordi che le diverse funzioni, giurisdizionali e di controllo, esercitate alla Corte dei conti già in passato sono state oggetto di scrutinio della Corte costituzionale in relazione alla possibilità di sollevare questioni di legittimità costituzionale: cfr. sul giudizio di parificazione del rendiconto statale le sentenze n. 165 del 1963, n. 121 del 1966, n. 142 del 1968 e n. 244 del 1995; sull'esercizio del controllo preventivo di legittimità la sentenza n. 226 del 1976 e, sui controlli finanziari di legalità e regolarità sugli enti locali la sentenza n. 18 del 2019. In dottrina cfr., per tutti, V. ONIDA, *Note critiche in tema di legittimazione del giudice "a quo" nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi (con particolare riferimento alla Corte dei conti in sede di controllo)*, in *Giur. it.*, 1968, IV, p. 232 ss. e più recentemente, G. RIVOSECCHI, *Controlli della Corte dei conti ed incidente di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, n. 2 del 2017, p. 357 ss.

⁵⁹ Sul punto cfr. M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 22.

⁶⁰ Così la deputata Yana Chiara Ehm relatrice per la Commissione III nella Discussione sulle linee generali – A.C. 1124-A e abbinata: XVIII Legislatura, Resoconto stenografico dell'Assemblea, Seduta n. 399 di lunedì 28 settembre 2020, p.35.

Alcuni membri dell'opposizione hanno enfaticamente rivendicato il merito di questo "spacchettamento", considerando la mancata ratifica del protocollo 16 come un vero scampato pericolo, perché alcune criticità quali "una dilatazione certa della lunghezza dei processi", "il rischio di dequotazione della Corte costituzionale" ed "incertezze legate alla natura non vincolante del parere della CEDU" sarebbero state confermate dalla "maggior parte, (dalla) quasi la totalità, dei soggetti auditi": cfr. l'intervento dell'On. De Muro, nel Seduta n. 401 del 30 settembre 2020.

Si noti che il deputato De Muro utilizza pressoché le stesse parole pronunciate nell'audizione da G. Cerrina Feroni, che nella sua analisi "costi benefici" delle nuove disposizioni del Protocollo n. 16, aveva individuato tra i rischi certi: "a) dilatazione certa della lunghezza dei processi; b) incongruenze rispetto a principi costituzionali e rischio di deresponsabilizzazione dei giudici interni e di dequotazione della Corte costituzionale in tema di diritti fondamentali (con rischi di contrasti del genere di quelli che misero in tensione la Supreme Court britannica e la Corte EDU); c) incertezze legate alla natura "non vincolante" del parere e probabile fonte di contenzioso", (v. G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 2).

5. Qualche riflessione conclusiva in favore della ratifica del Protocollo n. 16

Ragionando dei timori che hanno convinto il Parlamento ad accantonare la ratifica del Protocollo n. 16 conviene tenere distinti l'argomento relativo ad un allungamento dei tempi processuali da quello di un possibile indebolimento della Corte costituzionale.

Il primo rappresenta un rischio fondato⁶¹, sia se considerato dal punto di vista dell'ordinamento interno, sia da quello europeo: non è un caso se una delle principali obiezioni a questo meccanismo all'epoca della sua progettazione fu proprio "che al posto di risolvere il sovraccarico di lavoro, viene dato del lavoro in più⁶²".

Ma anche in un'ottica interna, l'impatto sulla durata dei processi è probabile: coglie nel senso chi osserva che, sebbene il Protocollo n. 16 non imponga la sospensione del processo interno, è poco ragionevole che il giudice nazionale, una volta determinatosi a presentare la richiesta, non attenda poi la risposta della Grande Camera⁶³.

Vi sono però tre rilievi che concorrono a ridimensionare la portata di tale rischio: il primo ipotizza che il procedimento interno, laddove possibile, prosegua con il compimento di attività rispetto alle quali il chiarimento sulla questione di principio sull'interpretazione della Convenzione sia irrilevante⁶⁴.

Il secondo fa leva sull'impegno che la Corte Edu metterà nel rendere i pareri entro tempi rapidi. Così è stato nella prima occasione di attivazione del meccanismo, dove la Grande Camera ha reso il

⁶¹ Si tratta di un'osservazione condivisa anche da chi ha diverse posizioni sull'opportunità di una ratifica del Protocollo n. 16: cfr. G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16*, cit., p. 2; M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, cit., p. 7, ma anche A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit., p. 21.

⁶² Lo spiega bene V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, cit., p. 93, alla luce della tensione sull'attribuzione delle risorse tra Comitato dei Ministri e Corte europea.

⁶³ Altrimenti, come osserva M. LUCIANI "avrebbe compiuto un atto processuale inutile": op. ult. cit., p. 5.

⁶⁴ Lo suggerisce R. SABATO, ricordando che "in astratto, dopo aver posto il quesito alla Corte di Strasburgo, l'alta giurisdizione nazionale potrà se necessario far proseguire il processo con altri adempimenti che fossero necessari, in attesa dell'emissione del parere", *Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU* cit., p. 5.

A questo proposito può essere interessante ricordare che la stessa Corte costituzionale, a fronte di un'ipotesi di sospensione obbligatoria, come quella prevista dall'art. 23 della l. 87 del 1953, ha precisato che "il citato art. 23 della legge n. 87 del 1953, interpretato alla luce del principio della ragionevole durata del processo che pervade ogni giudizio – civile, penale, o amministrativo che sia, non esclude che il giudice rimettente possa limitare il provvedimento di sospensione al singolo momento o segmento processuale in cui il giudizio si svolge, ove solo ad esso si applichi la disposizione censurata e la sospensione dell'attività processuale non richieda di arrestare l'intero processo, che può proseguire con il compimento di attività rispetto alle quali la questione sia del tutto irrilevante": cfr. Corte cost., sent. n. 180 del 2018, cons. dir. 7. Sulla vicenda v. R. RUDONI, *Promovimento in via incidentale del processo costituzionale e sospensione "parziale" del processo principale*, in *Forum Quad. cost.*, 19 marzo 2019.

parere il 10 aprile 2019, a meno di sei mesi dalla richiesta sollevata dalla Corte di cassazione francese⁶⁵, mentre ha impiegato circa nove mesi per rispondere alla seconda richiesta sollevata dalla Corte costituzionale armena⁶⁶.

Il terzo argomento si fonda sulla convinzione che l'allungamento inevitabile dei tempi di definizione del giudizio interno sia un costo che verrà ripagato nel medio termine: la "scommessa"⁶⁷, infatti, è che i chiarimenti resi riducano le eventuali frizioni esistenti tra la tutela giudiziaria interna e la protezione internazionale dei diritti fondamentali⁶⁸, senza precludere la via del ricorso individuale che deve restare sempre aperta dopo la procedura nazionale.

A questo proposito, è possibile che la proposizione di un ricorso in un ambito in cui la Corte ha già chiarito in che modo intende interpretare la questione di principio possa concorrere a renderne la stesura più mirata o a valutarne in anticipo le ragionevoli *chances* di accoglimento.

Anzi, nell'ottica deflattiva, l'attivazione del meccanismo da parte della Corte costituzionale risulterebbe particolarmente utile perché il giudice delle leggi, allorquando adotta sentenze con effetti *erga omnes*, è l'unico che ha la possibilità di «moltiplicare» le conseguenze del chiarimento interpretativo proveniente da Strasburgo.

Quest'ultimo rilievo ci porta all'altro nodo scoperto che ha frenato la ratifica ovvero, come si è già detto, la legittimazione della Corte costituzionale: la scelta di non includerla nell'elenco delle giurisdizioni apicali del primo comma dell'art. 3 del d.d.l. e poi reinserirla nel terzo comma in una confusa formulazione, mette a nudo la visione di una Corte di Strasburgo che si porrebbe in concorrenza con le giurisdizioni costituzionali e di supreme magistrature che fanno un uso dei

⁶⁵ E. LAMARQUE non esclude una soluzione ancora più estrema e cioè quella di vietare la sospensione del giudizio davanti al giudice nazionale "in modo da fare pressione sulla Corte di Strasburgo per ottenere una decisione in tempi rapidissimi, sotto la 'minaccia' della formazione di un giudicato nazionale in possibile contrasto con gli obblighi convenzionali", *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, cit., p. 2.

⁶⁶ La seconda richiesta di parere è stata sollevata il 9 agosto 2019 dalla Corte costituzionale armena, dichiarata ammissibile l'11 ottobre dal Panel di 5 giudici e il relativo parere è stato pubblicato il 29 maggio 2020: cfr. <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinions&c=>.

⁶⁷ La definisce tale G. RAIMONDI, nella sua audizione del 9 gennaio 2020, <https://webtv.camera.it/evento/15730>, minuto 21.

⁶⁸ Ovviamente la riduzione sarebbe ancora più efficace se del parere si avvantaggiassero giudici chiamati a pronunciarsi su controversie di contenuto ripetitivo, che verrebbe risolto in modo conforme ai chiarimenti della Corte europea. Cfr. A. RUGGERI che osserva come a fronte di un probabile allungamento dei tempi processuali "il beneficio che, però, in cambio se ne avrebbe è d'immediata evidenza, per il tramite della consultazione della Corte europea potendosi assistere ad una più diffusa e radicata implementazione della Convenzione e, con essa, ad una più efficace salvaguardia dei diritti da essa riconosciuti.", in *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit., p. 21.

chiarimenti ricevuti contrario ai principi propri dell'esercizio della funzione giurisdizionale⁶⁹. Come è stato recentemente osservato, temere che questi giudici “si assoggettino acriticamente e supinamente ai pareri della Corte di Strasburgo significa mettere in discussione la credibilità di quelle supreme magistrature nel momento stesso in cui si pretende di difenderne l'integrità e indipendenza⁷⁰”.

A questa logica si contrappone quella che ha ispirato l'approvazione del Protocollo n. 16, che si fonda su una responsabilità condivisa tra giudici europei e giudici nazionali nella tutela dei diritti fondamentali e presuppone che il giudice più importante nell'affermazione dei valori convenzionali sia il giudice comune nazionale.

La nuova procedura consultiva non andrà ad incidere sulla validità del quadro dei rapporti tra giudice costituzionale e giudici comuni, delineato a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 e precisato dalla sent. 49 del 2015⁷¹, e l'obiezione per cui l'interpretazione della Corte europea non potrà non pesare sulla risposta della Corte costituzionale⁷² non tiene conto dell'autonomia interpretativa che il nostro giudice costituzionale, così come le altre giurisdizioni apicali, mantengono nell'applicare il chiarimento reso, come confermato dall'epilogo della vicenda francese sul primo parere sollevato in tema di maternità surrogata.

Infatti, dal 1° agosto 2018 ad oggi, il meccanismo consultivo previsto dal Protocollo n. 16 è stato attivato quattro volte e la Corte Edu ha reso due pareri: pur essendo un campione numericamente ancora poco significativo e senza poter ricostruire nel dettaglio le singole vicende

⁶⁹ Così S. BARTOLE *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine...*, cit., p. 2.

⁷⁰ La formula appare infatti illegittima se intesa nel senso di lasciare alla discrezionalità della stessa Corte, e non a quella del legislatore, l'inclusione nell'alveo delle alte giurisdizioni legittimate a richiedere il parere: cfr., per queste perplessità O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una “Alta giurisdizione nazionale”*, cit., p. 293 ss. G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16*, cit., p. 10 che osserva come “se è apprezzabile il non invadere la sfera di autonomia della Corte, per certezza del diritto la scelta di includerla o meno fra le alte giurisdizioni legittimate a richiedere il parere dovrebbe spettare però al legislatore, alla luce del principio di separazione dei poteri e della titolarità del potere di autorizzare la ratifica dei trattati internazionali” e M.C. CARTA, *Le incognite della nuova competenza consultiva della Corte EDU ispirata al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 3 del 2020, pp. 559 ss. p. 563, nota 20.

⁷¹ Cfr. Corte cost., sent. 49 del 2015 che precisa che le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo alle quali dare rilievo nella ricerca dell'esatto significato della disposizione convenzionale devono essere quantomeno espressive di una “interpretazione consolidata”.

⁷² Cfr. da ultimo, F. BIONDI, che afferma che “ciò che appare evidente, in altre parole, è che se il giudice nazionale, per quanto di ultima istanza, chiede alla Corte Edu un parere sulla portata di una disposizione della Cedu rispetto ad un caso concreto e tale parere evidenzia, per quanto indirettamente, che c'è un contrasto tra legge nazionale e Cedu, inducendo il giudice a sollevare la questione di legittimità costituzionale, la Corte costituzionale si troverà “con le mani legate”, in *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, n. 18 del 2019, p. 12.

processuali, in tutti i casi emergono richieste legate alle peculiarità dell'ordinamento a cui appartiene l'alta giurisdizione che si rivolge a Strasburgo.

La prima richiesta è stata sollevata poco dopo l'entrata in vigore del Protocollo dalla Corte di Cassazione francese sul delicato tema della maternità surrogata, ed in particolare sulla possibilità del riconoscimento dell'atto straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il "genitore d'intenzione" di un paese in cui viga il divieto di ricorrere a tale pratica⁷³.

Un anno dopo, nell'ottobre 2019, la Corte costituzionale armena⁷⁴, muovendo da un caso di particolare risonanza relativo all'incriminazione dell'ex presidente della Repubblica armena Robert Kocharyan, ha chiesto un chiarimento sulla nozione e la portata del concetto di "legge"

⁷³ La Corte di cassazione francese, con la decisione 638 del 5 ottobre 2018, ha posto ai giudici di Strasburgo un duplice quesito: in primo luogo ha chiesto se, rifiutando di trascrivere nei registri dello stato civile il certificato di nascita di un bambino nato all'estero a seguito di una maternità surrogata in quanto designa come sua madre legale la "madre intenzionale", e ammettendo la trascrizione dell'atto del "padre intenzionale", in quanto padre biologico del bambino, uno Stato ecceda il margine di apprezzamento consentitogli dall'articolo 8 Cedu; a questo riguardo, si è chiesto anche se sia necessario distinguere a seconda che il bambino sia stato concepito con i gameti della "madre intenzionale" o meno. Il secondo quesito chiede se, in caso di risposta positiva a una delle due domande precedenti, la possibilità per la "madre intenzionale" di adottare il figlio del coniuge, padre biologico, soddisfi i requisiti dell'articolo 8 della Convenzione.

La vicenda francese è stata ampiamente commentata cfr., tra gli altri, B. RANDAZZO, *Diritto ad avere un genitore v. diritto a divenire un genitore alla luce della giurisprudenza della Corte Edu: le trasformazioni degli istituti dell'adozione e della filiazione "sorrette" da un'ambigua invocazione del preminente interesse del minore*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2017, special. p. 11 ss.; R. RUSSO, *Il caso Mennesson, vent'anni dopo. Divieto di maternità surrogata e interesse del minore. Nota a Arrêt n°648 du 4 octobre 2019 (10-19.053) – Cour de Cassation Assemblée plénière*, in *Giustizia insieme*, 20 novembre 2019; R. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post- Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019; L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, www.fsjeurostudies.eu, n. 2 del 2019, p. 160 ss.; L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Dir. um. dir. int.*, n. 2 del 2019, p. 418 ss.; O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatoriosullefonti.it* n. 2 del 2019; M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio AIC*, n. 5 del 2019, 3 settembre 2019, p. 1 ss.; e volendo, E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 709 ss.

⁷⁴ La richiesta di parere è stata trasmessa il 25 settembre, ricevuta dalla Corte il 5 ottobre 2020, ma formalmente depositata il 19 novembre a seguito di alcune integrazioni, probabilmente richieste, come nota I. Anrò, dalla stessa Corte Edu ai sensi del par. 25 delle linee guida sull'applicazione del Protocollo n. 16 approvate il 18 settembre 2017, che dispongono che "the court or tribunal may be requested at this stage to supplement its request where it is considered to be deficient". Cfr. I. ANRÒ, *Una nuova richiesta di parere ex Protocollo 16 alla Corte EDU: la Corte Suprema slovacca ed il meccanismo per le indagini a carico degli agenti di polizia*, in *Eurojus*, 7 dicembre 2020, p. 2.

rilevante ai sensi dell'articolo 7 della Cedu, che sancisce il principio di irretroattività del diritto penale⁷⁵.

La terza richiesta è stata sollevata dalla Corte suprema slovacca con l'intento di verificare se il meccanismo di indagine sui reclami contro la polizia dipendente dal Ministero dell'Interno rispondesse ai criteri di indipendenza e imparzialità⁷⁶, con riferimento agli articoli 2, 3 e 6, par. 1 della Cedu.

Infine, il 5 novembre 2020, la Corte suprema amministrativa della Lituania ha richiesto un chiarimento sulla corretta interpretazione dell'articolo 3 del Protocollo n. 1 della Cedu, che assicura il diritto a libere elezioni, a partire da una vicenda relativa al rifiuto della commissione elettorale lituana di permettere la candidatura di un ex deputato, che era stato destituito.

Come si è già accennato, il seguito interno del primo parere fuga, almeno per ora, il dubbio di chi teme una sorta di automatismo legato al chiarimento reso dalla Corte europea e conferma l'autonomia decisionale del giudice ricevente di tradurre i pareri in una soluzione che tenga conto delle peculiarità del singolo caso.

In quella vicenda francese, la Corte di Strasburgo aveva chiarito che l'art. 8 della Cedu impone allo Stato di dare un riconoscimento legale alla relazione tra il minore e la "madre d'intenzione", ma non obbliga al riconoscimento di questa relazione fin dall'inizio, perché gli Stati possono prevedere altri meccanismi, come il ricorso all'adozione del bambino, sempre che, in conformità con il principio dell'interesse superiore del minore, questa procedura avvenga in tempi rapidi.

⁷⁵ La richiesta è stata dichiarata ammissibile l'11 ottobre 2019 e il parere è stato reso il 29 maggio 2020: cfr. Corte Edu, Advisory opinion no. P16-2019-001). È interessante notare che non tutti i quesiti posti dalla Corte costituzionale armena sono stati esaminati ed in particolare quelli che postulavano risposte di "natura teorica e generale", sono stati dichiarati irricevibili. Sulla vicenda cfr. F. VITARELLI, *Il nuovo meccanismo del Protocollo 16: un "rinvio pregiudiziale convenzionale" per rafforzare il dialogo con la Corte EDU?* in *Sistema Penale*, 18 novembre 2019, p. 1 e S. GIORDANO, *La ragionevole prudenza della Corte Edu: tra prevedibilità e accessibilità del precetto. Considerazioni a caldo sul parere della Corte (CEDH 150) del 29.5.2020*, in *Giustizia insieme*, 10 settembre 2020 che sottolinea come le questioni sollevate muovevano da un procedimento giudiziario dai forti connotati politici e "prudentemente, la Corte si limita a riaffermare nel parere principi ormai ben consolidati nella sua giurisprudenza e patrimonio ormai acquisito del diritto convenzionale".

Un'utile sintesi si rinviene anche nel Bollettino di giurisprudenza Corte di cassazione – Corte europea dei diritti dell'uomo, redatto dal gruppo di lavoro permanente costituito a seguito del Protocollo d'intesa tra le due Corti firmato nel 2015: v. Bollettino I, 2020, p. 1 ss.

⁷⁶ Cfr. la richiesta sollevata. Su questa vicenda, v. I. ANRÒ, *Una nuova richiesta di parere ex Protocollo 16 alla Corte EDU: la Corte Suprema slovacca ...*, cit.

La Corte di Cassazione francese, dopo aver ricevuto il parere della Grande Camera, con un “colpo di scena” finale⁷⁷ ha però deciso di non avvalersi della soluzione che aveva ipotizzato e cioè la strada dell’adozione, ritenendola in contrasto con un legame stabilitosi ormai da molto tempo e basato su uno *status* comunque riconosciuto in un certificato, anche se non trascritto, e ha preferito, riconoscere la maternità legale della “madre d’intenzione”, rigettando la domanda di annullamento della trascrizione dell’atto di nascita dei bambini⁷⁸.

Tale esito, che ha visto i giudici francesi chiudere la vicenda con una soluzione – cioè la trascrizione dell’atto di nascita di un bambino nato all’estero da maternità surrogata- “che va perfino oltre quanto previsto nel parere” è stato accolto con grande favore dalla stessa Corte Edu, come sottolineato nel discorso d’inaugurazione dell’anno giudiziario 2020 dell’ex Presidente Sicilianos che lo addita a “perfetto esempio dell’approccio basato sul dialogo su cui è fondato il Protocollo n. 16”⁷⁹.

La vicenda francese presenta anche un ulteriore profilo di interesse, lasciando prefigurare che i pareri resi nella nuova competenza consultiva verranno utilizzati anche dalle giurisdizioni di Stati che non hanno ratificato il Protocollo e che dunque non possono partecipare attivamente a questo dialogo: così, nella recente sentenza n. 230 del 2020, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa all’impossibilità per coppie di donne omosessuali unite civilmente di essere indicate, entrambe, quali genitori nell’atto di nascita formato in Italia, quantunque avessero fatto ricorso all’estero alla procreazione medicalmente assistita, vietata in Italia.

Nel motivare l’inammissibilità della questione, ritenendo che il riconoscimento dello *status* di genitore alla “madre intenzionale” non implichi una scelta costituzionalmente imposta e quindi rappresenti un obiettivo perseguibile solo per via legislativa, la Corte impiega come argomento

⁷⁷ La definizione è di R. SABATO, *Riflessioni sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistemapenale.it*, 2019, p. 12.

⁷⁸ Cfr. Cour de cassation, Arrêt n°648 du 4 octobre 2019, 10-19.053, annotato da R. RUSSO, *Il caso Mennesson, vent’anni dopo divieto di maternità surrogata e interesse del minore*, in *Giustiziansieme.it*, 20 novembre 2019.

⁷⁹ Cfr. il discorso tenuto il 31 gennaio 2020 in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario dall’ex Presidente Sicilianos, che osservò “*Our advisory opinion stated that the right to respect for the child’s private life required domestic law to provide for the possibility of recognising the legal parent-child relationship with the intended mother. Such recognition could be achieved by means of adoption. A few months after our advisory opinion, the Court of Cassation, sitting as a full court, finally opted for having foreign birth certificates registered in France in order to establish the parent-child relationship between such children and their intended mothers*”, concludendo appunto che “*it thus went even further than our opinion. This is a perfect example of the dialogue-based approach established under Protocol No. 16*”, in https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20200131_Sicilianos_JY_ENG.pdf, p. 2.

anche un passaggio del parere reso dalla Grande Camera in risposta alla Cassazione francese⁸⁰, senza porsi il problema di attingere da un chiarimento dato nel quadro di uno strumento internazionale non ratificato dall'Italia.

Si adoperava dunque un chiarimento pensato per l'ordinamento francese, in cui però esiste la possibilità dell'adozione piena per le coppie omosessuali e lo si adatta al nostro dove, almeno fino ad oggi, la tutela dell'interesse del minore così concepito viene attuata solo dalla giurisprudenza con l'adozione c.d. non legittimante in favore del partner dello stesso sesso del genitore biologico del minore.

Se dunque rimane nelle mani dei giudici interni decidere *se* chiedere il chiarimento e stabilire poi *come* applicarlo, pare ragionevole riconsiderare i vantaggi di diventare una parte attiva e dialogante di questo meccanismo, anziché attingere da pareri tagliati sulle specificità di altri ordinamenti e valutare l'opportunità di un recepimento del Protocollo n. 16, accantonato troppo frettolosamente con una scelta che ci allontana dall'"obiettivo di una maggiore armonizzazione ed efficacia della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali contemplati nella Convenzione e nei suoi Protocolli"⁸¹.

⁸⁰ La Corte costituzionale, nel motivare l'inammissibilità, ricorda che "nello stesso senso la Corte EDU ha recentemente chiarito che gli Stati non sono tenuti a registrare i dettagli del certificato di nascita di un bambino nato attraverso la maternità surrogata all'estero per stabilire la relazione legale genitore-figlio con la madre designata: l'adozione può anche servire come mezzo per riconoscere tale relazione, purché la procedura stabilita dalla legislazione nazionale ne garantisca l'attuazione tempestiva ed efficace, nel rispetto dell'interesse superiore del minore (Grande camera, parere 10 aprile 2019): cfr. Corte cost., sent. 230 del 2020, cons. dir. 6.

⁸¹ Questo era l'obiettivo perseguito dalla Commissione Politiche dell'Unione europea che, pur esprimendo parere favorevole allo stralcio, invitava "ad addivenire quanto prima anche alla ratifica del Protocollo n. 16 al fine di potersi avvalere di nuovi strumenti atti a favorire ulteriormente l'interazione e il dialogo tra i giudici nazionali e la Corte europea dei diritti dell'uomo": cfr. il resoconto del 23 settembre 2020, in <https://documenti.camera.it/leg18/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2020/09/23/leg.18.bo10440.data20200923.com0203.pdf>