

Prime riflessioni a margine della decisione del 15 settembre 2021 sulla competenza consultiva della Corte Edu ai sensi dell'art. 29 Convenzione di Oviedo*

di **Benedetta Vimercati** – *Ricercatrice di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Milano*

ABSTRACT: The present paper aims at offering food for thought on the complex relationship between the advisory and contentious jurisdiction of the ECtHR. A recent decision delivered by the ECtHR on its competence in giving advisory opinion on the Oviedo Convention offers the opportunity to deepen the issue of the limits and the conditions on which the different advisory opinion mechanisms within the ECHR system can be sought, received and acted on.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La richiesta di *advisory opinion* del DH-BIO e la sua contestualizzazione nell'accidentato iter gestazionale del Protocollo Addizionale sulla salute mentale. – 3. L'*advisory opinion mechanism* di Oviedo: uno strumento *sui generis* scarsamente regolamentato. – 4. Un esercizio di *self-restraint* da parte della Corte Edu: il rapporto tra il meccanismo di Oviedo e la “tradizionale” competenza consultiva *ex art. 47 CEDU*. – 5. I motivi giuridici (di contesto e generali) del *self-restraint* mostrato dalla Corte Edu. – 6. L'apertura verso il Protocollo n. 16: una contraddizione interna alla Corte?

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

1. Introduzione

Una delle tematiche che – pur con intensità alternate – ha da sempre accompagnato, fin dal suo momento generativo, le riflessioni sul ruolo e sulle funzioni della Corte Edu riguarda la cd. *advisory jurisdiction* e il rapporto che intercorre tra essa e la *contentious jurisdiction*. Su questo tema si è di recente riaccesa l'attenzione quando, a partire dal *Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres* del 2006¹, si è inaugurato un decennio di riflessioni che ha trovato compimento con l'approvazione del Protocollo n. 16 e l'introduzione di un meccanismo di giurisdizione consultiva volto a corroborare e razionalizzare il dialogo tra i giudici sovranazionali e le autorità giurisdizionali dei diversi ordinamenti parte del sistema convenzionale.

L'introduzione di un meccanismo di *advisory opinion* nel sistema della Convenzione era stata già timidamente ipotizzata nei lavori preparatori², trovando poi una prima codificazione nel Protocollo n. 2 entrato in vigore nel 1970³. La completa formalizzazione di tale strumento è avvenuta però solo con il Protocollo n. 11 entrato in vigore nel 1998, che ha individuato gli artt. 47-49 CEDU quale sede normativa dell'istituto⁴. Nonostante l'irrobustimento del suo fondamento giuridico, tale competenza non ha trovato però spazi di fioritura, complice un dettato normativo già di per sé stringente che poneva angusti vincoli sia *ratione personae* che *ratione materiae*, ulteriormente inaspriti dalla stessa Corte. Le riforme istituzionali e procedurali che si sono succedute nel corso degli anni, resesi soprattutto necessarie per razionalizzare il lavoro della Corte

¹ CM(2006)203, *Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres*, 15 novembre 2006, in particolare §4, *Modalité de coopération entre la Cour et les juridictions nationales*. A questo *Rapport* hanno poi fatto seguito, come noto, le dichiarazioni di Interlaken (2010), Izmir (2011), Brighton (2012), Bruxelles (2015) e, da ultimo, Copenhagen (2018). Per un approfondimento dei lavori sul futuro della Corte Edu, si rimanda a L.R. GLAS, *From Interlaken to Copenhagen: What Has Become of the Proposals Aiming to Reform the Functioning of the European Court of Human Rights?*, in *Human Rights Law Review*, 2020, pp. 121 ss.

² Cfr. P. BENVENUTI, *Artt. 47, 48 e 49*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, pp. 695 ss. L'Autore ricorda come sulla scelta di non includere la competenza consultiva, determinante sia stata la volontà di "limitare il ruolo della Corte a quello strettamente giurisdizionale-contenzioso, cosicché ne risultasse meglio evidenziata la novità se non rivoluzionaria, certo molto progressiva della protezione dei diritti dell'uomo a livello regionale europeo: quello della loro giurisdizionalizzazione sul piano internazionale". Si veda anche A.H. ROBERTSON, *Advisory Opinions of the Court of Human Rights*, in *René Cassin Amicorum discipulorumque liber*, Pedone, 1969, pp. 225 ss.

³ Sul dibattito che ha accompagnato la redazione del Protocollo n. 2 si rinvia *ex multis* a R. BEDDARD, *The Second Protocol to the European Convention of Human Rights*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 1964, 13(1), pp. 256 ss.

⁴ Cfr. Y. KLERK, *Protocol No. 11 to the European Convention for Human Rights: A Drastic Revision of the Supervisory Mechanism under the ECHR*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1996, 14(1), pp. 35 ss.

anche a seguito dell'allargamento ad Est del Consiglio d'Europa⁵, non sono più riuscite ad incidere su tale sfera di competenza "residuale" consultiva agendo essenzialmente sulla competenza primaria di Strasburgo, ossia la competenza giurisdizionale. Questo almeno fino al nuovo respiro che è stato dato alla *advisory jurisdiction* con il Protocollo n. 16.

Ad oggi, quindi, la competenza consultiva della Corte Edu si articola su due essenziali strumenti: l'art. 47 CEDU e il Protocollo n. 16. Accanto ad essi opera, inoltre, un'ulteriore competenza consultiva riservata alla Corte Edu, il cui fondamento giuridico non è rinvenibile nelle norme della Convenzione, bensì in un diverso Trattato internazionale, la Convenzione sui diritti umani e la biomedicina adottata ad Oviedo nel 1997 ("Convenzione d'Oviedo" o "Oviedo"). In particolare, l'art. 29 Oviedo prevede che il Governo di una Parte, previa informativa alle altre Parti della Convenzione, e il *Council of Europe's Committee on Bioethics* (d'ora in avanti DH-BIO) possano interpellare la Corte di Strasburgo chiedendo un apporto interpretativo su questioni giuridiche che, al di fuori di ogni lite concreta che si svolga davanti a una giurisdizione, vertano su disposizioni della Convenzione di Oviedo.

Il meccanismo ideato dall'art. 29 Oviedo si pone quindi in connessione con le altre competenze consultive attribuite alla Corte Edu, contribuendo a saldare l'interrelazione oggettiva e soggettiva tra due documenti internazionali diversi ma in un certo senso contigui⁶. Anzitutto, infatti, è presente un'intima connessione teleologica tra i due Trattati, in quanto entrambi orientati ad offrire una cornice di protezione dei diritti fondamentali tanto che, nel fornire l'ausilio interpretativo, la Corte

⁵ La vera e propria stagione delle riforme è stata inaugurata con il Protocollo n. 11 ed è proseguita, prima della più recente approvazione dei Protocolli nn. 15 e 16, con i Protocolli nn. 14 e 14bis. Nella ricca dottrina, cfr. L.R. GLAS, *Changes in the Procedural Practice of the European Court of Human Rights: Consequences for the Convention System and Lessons to be Drawn*, in *Human Rights Law Review*, 14, 2014, pp. 671 ss.; R. HARMSSEN, *The Reform of the Convention System: Institutional Restructuring and the (Geo-)Politics of Human Rights*, in J. CHRISTOFFERSEN, M.R. MADSEN (eds.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford Scholarship Online, 2011, pp. 119 ss.; V. ZAGREBELSKY, *L'avvenire del sistema europeo di protezione dei diritti umani affidato per ora al Protocollo n. 14 bis*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, pp. 469 ss.; L.F. MÜLLER, *The Most Recent Development in the Reform Process of the Control System of the European Convention on Human Rights: The Additional Protocol No. 14bis*, in *ZaöRV*, 69, 2009, pp. 397 ss.; L.R. HELFER, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, in *The European Journal of International Law*, 19(1), 2008, pp. 125 ss.

⁶ Nel dibattito dottrinale si sono invero contrapposti un approccio integrazionista e uno separatista, il primo che esaltava la complementarietà tra le due Convenzioni e il secondo maggiormente volto a sottolinearne gli elementi di differenziazione. Cfr., R. ANDORNO, *The Oviedo Convention: a European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law*, in *Journal of International Biotechnology Law*, 2005, pp. 133 ss.; E. ROUCOUNAS, *The Biomedicine Convention in relation to other international instruments*, in J.K.M. GEVERS, E.H. HONDIUS, J.H. HUBBEN (eds.), *Health Law, Human Rights and Biomedicine Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 23 ss.; B.R. KERN, *Die Bioethik-Konvention des Europarates: Bioethik versus Arztrecht?*, in *Medizinrecht*, 1998, pp. 485 ss.

deve attingere dalla propria giurisprudenza afferente a disposizioni convenzionali analoghe rispetto a quelle della Convenzione di Oviedo oggetto della richiesta di parere. In secondo luogo, si registra altresì una parziale sovrapposizione soggettiva, poiché tutti gli Stati che hanno ratificato Oviedo sono – almeno ad oggi – Stati membri del sistema convenzionale⁷. Questa duplice connessione si rafforza poi rivolgendo lo sguardo all'*Explanatory Report* della Convenzione di Oviedo (par. 165), nel quale si prevede che i fatti che violano i diritti di cui alla Convenzione sulla biomedicina possano essere considerati nell'ambito di procedimenti innanzi alla Corte Edu qualora costituiscano, al contempo, una violazione di uno dei diritti contenuti in quest'ultima⁸. Considerando, infine, come la Corte abbia ripetutamente dimostrato di essere incline ad utilizzare in modo sempre più crescente altri strumenti internazionali nei suoi sviluppi argomentativi⁹, emerge così la vocazione della Corte Edu a farsi promotrice, attraverso uno sforzo interpretativo sistemico, della c.d. transnazionalizzazione del diritto costituzionale, per lo meno relativamente all'ambito di protezione dei diritti fondamentali¹⁰.

Pur ricco di potenzialità, tale strumento è rimasto a lungo sulla carta e solo di recente è stato attivato a seguito di una richiesta promossa dal DH-BIO che ha innescato, per la prima volta, il meccanismo dormiente di cui all'art. 29 Oviedo. Invitata a pronunciarsi in sede consultiva, il 15 settembre 2021 la Grande Camera ha però dichiarato – con una decisione probabilmente destinata a fare scuola – la propria incompetenza *ratione materiae*, forte anche di una maggioranza significativa di 13 voti contro 4¹¹.

⁷ Questo elemento di parziale comunanza rappresentava, al tempo della redazione, un elemento di potenziale differenza poiché la Convenzione di Oviedo era stata aperta all'adesione anche di Stati non parti del Consiglio d'Europa (ex art. 34), alcuni dei quali hanno partecipato ai lavori di scrittura della Convenzione (Stati Uniti, Canada, Giappone, Santa Sede e Australia).

⁸ Cfr. F. SEATZU, *The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 31(81), 2015, pp. 5 ss.

⁹ Giurisprudenza che è sempre più di frequente costellata di richiami ad altri documenti internazionali (anche non ratificati dallo Stato a cui la decisione si rivolge). Cfr., *ex multis*, B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011. J. ARATO, *Constitutional Transformation in the ECtHR: Strasbourg's Expansive Recourse to External Rules of International Law*, in *Brooklyn journal of international law*, 37(2), 2012, pp. 350 ss.; G. ULFSTEIN, *Evolutive Interpretation in the Light of Other International Instruments*, in A. VAN AAKEN, I. MOTOC (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford, 2018, pp. 83 ss.

¹⁰ G. ULFSTEIN, *Transnational constitutional aspects of the European Court of Human Rights*, in *Global Constitutionalism*, 10(1), 2021, pp. 151 ss.; N. TSAGOURIAS (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

¹¹ CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, 15 settembre 2021, disponibile sul portale <https://hudoc.echr.coe.int/>.

Tra le numerose suggestioni offerte dalla penna dei giudici di Strasburgo, due sono però le ragioni che rendono la pronuncia in esame particolarmente significativa e su cui si è deciso di focalizzare le pagine a seguire. In primo luogo, attraverso lunghe ed articolate argomentazioni, i giudici chiariscono l'ambito di applicazione concreta del meccanismo consultivo di cui all'art. 29 Oviedo, aiutando a comprendere e a risolvere i numerosi interrogativi che la mancata attivazione aveva sollevato e, più in generale, a dipanare il delicato rapporto tra *advisory e contentious jurisdiction* nel sistema convenzionale. Più che di un'unica competenza consultiva della Corte Edu, siamo infatti di fronte ad una pluralità di competenze (quella *ex art. 29 Oviedo*, quella *ex art. 47 CEDU* e quella *ex Protocollo n. 16*) difficilmente riconducibile ad unità, a motivo della distanza che intercorre tra i tre istituti differenziati non solo per fonte ma altresì per oggetto, finalità, procedure, condizioni, limiti e soggetti coinvolti.

In secondo luogo, la dichiarazione di incompetenza della Corte porta a chiedersi se si sia di fronte ad un'occasione mancata nel percorso di potenziamento della giurisdizione consultiva e del ruolo "costituzionale" della Corte Edu. Sebbene con tale pronuncia la Corte si ponga in continuità con i precedenti approdi sulla competenza consultiva *ex art. 47*, essa potrebbe nel mentre apparire come un contraddittorio passo indietro rispetto all'implementazione della *advisory jurisdiction* operata tramite l'approvazione del Protocollo n. 16.

2. La richiesta di *advisory opinion* del DH-BIO e la sua contestualizzazione nell'accidentato iter gestazionale del Protocollo Addizionale sulla salute mentale

La domanda che ha dato origine alla decisione della Corte proveniva, come accennato, dal DH-BIO che, nel dicembre 2019, ha portato all'attenzione della Corte Edu una richiesta di parere su due disposizioni racchiuse nella Convenzione di Oviedo: l'art. 7 e l'art. 26. L'art. 7 prevede che una persona affetta da un disturbo mentale grave non possa essere sottoposta, in mancanza di preventivo consenso, a un qualsiasi trattamento volto a risolvere o contenere tale disturbo, a meno che il non procedere possa recare un grave pregiudizio alla sua salute e sempre che questo avvenga nel rispetto delle "condizioni di protezione" previste *ex lege* che devono ricomprendere procedure di sorveglianza e di controllo oltre che le possibili vie di ricorso per opporsi al trattamento coatto. Entrambi i limiti si pongono quale esplicitazione di quanto previsto dall'art. 26 Oviedo ove si

afferma che l'esercizio dei diritti tutelati dalla Convenzione non possa essere oggetto di restrizioni ad eccezione di quelle che, sempre per previsione legislativa, integrino una misura necessaria per tutelare la sicurezza pubblica, per prevenire infrazioni penali e per proteggere la salute pubblica, i diritti e le libertà altrui.

Dalla lettura congiunta di questi due articoli, il DH-BIO ricavava altrettanti interrogativi. Segnatamente, infatti, si chiedeva alla Corte di esplicitare quali fossero le “condizioni di protezione” di cui all'art. 7 che gli Stati sono tenuti a regolamentare per soddisfare i requisiti minimi di protezione e se, in caso di trattamento da effettuare senza consenso su una persona affetta da disturbo mentale al fine di proteggere soggetti terzi da un grave pregiudizio, si dovessero ritenere applicabili le medesime condizioni di tutela come definite ai sensi del primo interrogativo. Entrambi i quesiti venivano accompagnati dalla sollecitazione alla Corte Edu di fare riferimento, nel condurre tale attività interpretativa, alle disposizioni della CEDU e alla sua pertinente giurisprudenza.

Quella su cui il DH-BIO chiedeva alla Corte Edu di avventurarsi è una strada invero già battuta dai giudici sovranazionali, che spesso sono intervenuti consegnando una *extensive case-law* con riferimento alle discipline nazionali in materia di trattamenti di disturbi mentali¹². L'elaborazione di questa *extensive case-law*, lo sottolinea la stessa Corte nella sua *opinion*, è contrassegnata da un approccio interpretativo dinamico che, nel campo in oggetto, deve essere orientato dagli standard medici e legali affermatasi sia a livello nazionale che internazionale. Sono proprio questi standard recepiti nella giurisprudenza convenzionale a fornire, infatti, una guida per le autorità nazionali competenti così da assicurare che “as a minimum, national law is and remains fully consistent with the relevant standards under the Convention, including those that impose positive obligations on States”¹³. La presenza di una cospicua, e a maggior ragione consolidata, giurisprudenza che fissa principi e standard di garanzia sarebbe – almeno in astratto e su un piano generale – elemento capace di nullificare o per lo meno far scemare la funzionalità e l'utilità di un intervento interpretativo chiarificatore¹⁴.

¹² Già nel *Report* del 2012 della FRA *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems* si documentava la ricca casistica concernente la privazione della libertà di soggetti con disabilità intellettuali e psicologiche tra cui l'*involuntary placement* e la sua finalità terapeutica.

¹³ Cfr. CEDU, *Decision on the competence of the Court, cit.*, par. 69.

¹⁴ Si veda sul punto M. LUCIANI, *I Protocolli 15 e 16 CEDU: note critiche*, in www.sistemapenale.it, 2019 il quale, pur rivolgendosi nello specifico al Protocollo n. 16, afferma come in presenza di una giurisprudenza consolidata, “non

Occorre quindi innanzitutto comprendere cosa possa aver mosso il DH-BIO a farsi pioniere nella attivazione di questo meccanismo. La forse più immediata risposta ha a che fare con il percorso di redazione di un Protocollo Addizionale alla Convenzione di Oviedo che il DH-BIO ha intrapreso dal 2013 con l'intenzione di disciplinare il delicatissimo ambito dell'internamento e dei trattamenti obbligatori di pazienti con disturbi psichici. La decisione di dar corso a questo iter di redazione del Protocollo si era resa necessaria sia per aggiornare il quadro giuridico di Oviedo rispetto al paradigma nel frattempo molto mutato con cui a livello medico-scientifico, tenendo conto di tutti i riflessi che esso esercita anche sul piano giuridico, si approccia la cura dei disturbi psichici sia per contenere l'elevato numero di infrazioni che in questo ambito sono state rinvenute dalla stessa Corte Edu; proprio dalla giurisprudenza sovranazionale si mirava quindi a ricavare indicazioni funzionali a definire aggiornati standard internazionali volti a favorire una armonizzazione delle discipline nazionali¹⁵.

Intrapreso ormai quasi un decennio addietro, tale percorso non è però ancora giunto a compimento a causa della forte opposizione e del dissenso che le bozze sinora elaborate (e in particolare la più recente bozza del 2018) hanno suscitato. Sia soggetti istituzionali¹⁶ sia organizzazioni impegnate sul fronte della disabilità hanno evidenziato come il *Draft* del Protocollo trattasse ambigualmente la possibilità di legittimare pratiche e forme di istituzionalizzazione ormai desuete e ritenute inconciliabili con il livello di tutela garantito non solo da numerosi ordinamenti tramite la legislazione domestica ma, soprattutto, da altri documenti internazionali¹⁷. Con

si capisce cosa mai dovrebbe spingere il giudice nazionale (...) a chiedere il parere. In realtà, è proprio in assenza di "giurisprudenza consolidata" che avrebbe senso richiedere i pareri". Al contempo, occorre sottolineare come, secondo l'approccio ermeneutico dinamico adottato dalla Corte Edu, tale giurisprudenza consolidata sarebbe ben suscettibile di modificarsi. Sul punto si rimanda a G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU*, in www.forumcostituzionale.it, 2014. Sulla distinzione tra giurisprudenza consolidata e diritto vivente, anche alla luce dell'impatto sulle dinamiche interpretative da parte delle autorità giurisdizionali nazionali, cfr. G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Rivista AIC*, 2015, pp. 1 ss.

¹⁵ Lo stesso DH-BIO aveva dichiarato che questa giurisprudenza avrebbe costituito la base su cui incardinare la riflessione sui contenuti del Protocollo Addizionale (*Draft Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning the protection of human rights and dignity of persons with mental disorder with regard to involuntary placement and involuntary treatment*, 2018, par. 1 del Preambolo).

¹⁶ In senso critico si sono espressi: il *Rapporteur* sui diritti delle persone con disabilità dell'ONU, l'Alto Commissario per i diritti umani dell'ONU, il Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, la *Parliamentary Assembly* del *Council of Europe*, il *Committee on the Rights of Persons with Disabilities*. Tra le organizzazioni della società civile si ricordano la International Disability Alliance, lo European Disability Forum, al Mental Health Europe etc.

¹⁷ Per una disamina su diritti delle persone con disabilità nel diritto internazionale si veda, tra i numerosi Autori, N. FOGGETTI, *La tutela delle persone con disabilità nel diritto internazionale*, Key editore, 2017.

riferimento al livello internazionale non si dimentichi, infatti, come la Convenzione internazionale sui diritti delle persone con disabilità incentiva, diversamente, la deistituzionalizzazione, abbracciando un paradigma orientato alla valorizzazione ed implementazione dell'autonomia e dell'inclusione delle persone con disabilità, anche di tipo psicologico o psico-sociale.

È quindi probabile che il DH-BIO abbia coinvolto la Corte Edu non tanto per ottenere un "generico" supporto interpretativo quanto, piuttosto, con l'intento di avvantaggiarsi del suo parere così da superare il disaccordo "politico" sulla redazione del Protocollo evitando, in ultima istanza, di incorrere in un voto contrario in sede di Comitato dei Ministri. Si ricordi infatti come è quest'ultimo l'organo titolato ad approvare il Protocollo e come esso comprenda non solo gli Stati parti della Convenzione di Oviedo ma tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, che coincidono con gli Stati parte della CEDU. Il DH-BIO non esplicita tale intento, includendo nella sua richiesta solo un vago riferimento alla utilità del parere "with a view to informing the current and future work of the DH-BIO in the area". Pur formulato in termini generici, questo obiettivo velato – ma non invisibile – non è sfuggito alla Corte che lo usa come uno dei motori del rigetto della domanda a cui i giudici di Strasburgo giungono tramite una lettura del meccanismo di Oviedo che riduce in maniera significativa il margine di azione della Corte Edu in relazione a questa tipologia di competenza consultiva.

3. L'*advisory opinion mechanism* di Oviedo: uno strumento *sui generis* scarsamente regolamentato

Il meccanismo di *advisory opinion* sulla Convenzione di Oviedo è pressoché privo di una completa ed esaustiva regolamentazione. Contenuti e indicazioni posso infatti essere unicamente tratti dallo scarso dettato normativo dell'art. 29 che se, da una parte, specifica la delimitazione *ratione personae* dell'istituto, dall'altra, poco esplicita sulla delimitazione *ratione materiae* e nulla aggiunge circa la procedura applicabile né in merito all'effetto giuridico di tali pareri. Per lungo tempo sono quindi rimaste irrisolte talune problematiche procedurali e sostanziali, frutto della stringata disciplina racchiusa nell'art. 29 Oviedo e conseguenza dell'aver mancato di fondare sul piano giuridico l'innovativo ruolo che si attribuiva alla CEDU. Tanto che era stato preventivato

come questa competenza *sui generis* avrebbe potuto rischiare di rimanere del tutto inattiva e inutilizzabile¹⁸.

Per quel che concerne la delimitazione *ratione personae*, essa viene circoscritta a due soli soggetti ossia il DH-BIO¹⁹ e il Governo di una Parte. Il riconoscimento della legittimazione ai singoli Stati si coglie guardando all’oggetto e alle finalità della Convenzione di Oviedo esplicitate nell’art. 1 dove, nell’aprire il Trattato, si dichiara che “Ogni Parte prende nel suo diritto interno le misure necessarie per rendere effettive le disposizioni della presente Convenzione”. Un obbligo di adeguamento e di implementazione che si avvantaggia altresì di un meccanismo di monitoraggio incardinato nel Segretario Generale del Consiglio d’Europa, il quale – ai sensi dell’art. 30 – potrà chiedere alle Parti di fornire spiegazioni su come il diritto interno abbia o stia assicurando l’applicazione effettiva di tutte le disposizioni della Convenzione. In questo quadro, il parere consultivo può essere dunque visto come funzionale ad una valutazione preliminare da parte degli ordinamenti nazionali sulla compatibilità della legislazione interna con le disposizioni internazionali, evitando così di incorrere nelle sanzioni che, nell’ordinamento domestico, vengono previste per garantire il rispetto delle disposizioni della Convenzione²⁰. Se è indubbio, in potenza, il vantaggio dell’apporto di tale strumento per i singoli Stati parti, esso potrebbe però rivelarsi un’arma a doppio taglio. Indicativo in questo senso potrebbe essere proprio il fatto che fino ad ora nessuno degli Stati che hanno ratificato Oviedo abbia deciso di sfruttarlo; al di là della plausibile “dimenticanza” della sua esistenza, è infatti possibile ipotizzare una certa resistenza da parte degli stessi Stati nel chiedere alla Corte un parere suscettibile di produrre – *a fortiori* dentro una flebile cornice normativa – riflessi diretti sulle politiche e sulle legislazioni nazionali²¹.

¹⁸ Cfr. A. GITTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione sulla biomedica*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 3, 1998, p. 719 ss.: “Forse si confida in una pacifica o distratta attuazione dell’art. 29 della Convenzione sulla biomedicina, ma sembra un po’ ingenuo sperare nell’instaurazione, da parte di chi si è sempre mostrato geloso custode dell’effettività del sistema di tutela della Cedu, di una prassi così eversiva e così gravida di sviluppi imprevedibili per la Corte”.

¹⁹ Più precisamente, l’art. 29 – tramite rimando all’art. 32 – fa riferimento al Comitato Direttivo per la Bioetica (CDBI). Era quest’ultimo che poteva presentare richiesta di *advisory opinion* alla Corte Edu. Nel gennaio 2012 ha però avuto luogo una riorganizzazione degli organi intergovernativi del Consiglio d’Europa in conformità della quale, a partire dal 1° gennaio 2012, il DH-BIO ha assunto i compiti che la Convenzione di Oviedo attribuiva al CDBI.

²⁰ Cfr. Convenzione di Oviedo, Chapter VIII – Infringements of the provisions of the Convention, artt. da 23 a 25.

²¹ Come emerge anche dall’occasione in cui la Corte Edu ha rammentato agli Stati la possibilità di avvalersi di tale meccanismo. Il riferimento è al noto caso *Vo c. Francia* deciso dalla Grande Camera nel 2004, 53924/00 (8/7/2004), in occasione del quale i giudici di Strasburgo hanno ricordato che “the Court may be requested under Article 29 of the Oviedo Convention to give advisory opinions on the interpretation of that instrument”.

Con riferimento all'ambito *ratione materiae*, l'unica limitazione testualmente prevista nell'art. 29 Oviedo è quella che esclude dalla sottoposizione della competenza consultiva della Corte Edu le questioni giuridiche che siano oggetto di "*a pending process*". Dal tenore letterale potrebbe quindi desumersi come alla Corte non sia aprioristicamente precluso esprimersi sull'interpretazione di disposizioni che, non coinvolte in un processo in corso, possano divenire in futuro oggetto di un procedimento contenzioso. Allo stesso tempo, la mancanza di un qualsivoglia altro limite esplicito consentirebbe di non ritenere ostativo al pronunciamento di Strasburgo il fatto che la questione giuridica coinvolga disposizioni sostanziali afferenti ai diritti tutelati nella Convenzione di Oviedo.

Questa modesta puntualizzazione dei confini del meccanismo di cui all'art. 29 Oviedo veniva ricollegata non solo alla *ratio* e alla peculiarità dello strumento di Oviedo ma anche alle specificità dell'omonima Convenzione. L'attivazione del canale stragiudiziale della Corte di Strasburgo era stata infatti incoraggiata per rinvigorire la fisiologica interazione tra la Convenzione di Oviedo e la CEDU; pur muovendosi dentro un ambito maggiormente circoscritto rispetto a quello su cui agisce il sistema convenzionale, la Convenzione di Oviedo si prefigge infatti l'obiettivo di articolare alcuni dei principi sanciti nella CEDU. Questo duplice collegamento – ideale ed istituzionale – avrebbe pertanto potuto contribuire a cementare un ampio, armonico e organico sistema europeo di protezione dei diritti. Dal momento che la Convenzione di Oviedo nasceva priva di un organo giurisdizionale *ad hoc*, la Corte Edu era stata individuata come il soggetto naturalmente più indicato per essere coinvolto nell'interpretazione stragiudiziale delle disposizioni di Oviedo. Il sistema così delineato, forte del fatto che la Corte Edu non agisce nei confronti di Oviedo come organo propriamente giurisdizionale, aveva fatto propendere per una lettura della competenza consultiva non eccessivamente delimitata che, difficilmente, avrebbe potuto interferire con la competenza primaria giurisdizionale del giudice sovranazionale.

Come si accennava, l'art. 29 Oviedo non definisce nulla sulla procedura da applicare e sugli effetti di cui sarebbero rivestiti i pareri della Corte. Sugli elementi procedurali, parte della dottrina aveva avanzato l'ipotesi che si dovessero applicare per analogia le disposizioni che regolano la procedura di *advisory opinion* del meccanismo cugino dell'art. 47 CEDU, come in effetti confermato in occasione dell'*opinion* dalla Corte, la quale risolve agilmente il problema della

procedura applicabile facendo riferimento in via analogica alle disposizioni che regolano il meccanismo dell'art. 47²².

Più controverso e soprattutto più problematico è invece il profilo attinente agli effetti dei pareri e, di conseguenza, al riconoscimento o meno della vincolatività delle pronunce consultive della Corte. È possibile ipotizzare come il silenzio sul punto fosse dettato dalla non necessità di affermare la non vincolatività del parere, assecondandosi il trend invalso nella maggioranza se non nella totalità delle Corti internazionali a cui è attribuita tale competenza e che hanno rappresentato una fonte di ispirazione per i redattori della Convenzione di Oviedo²³. Analogamente, altra fonte di ispirazione è indubbiamente l'*advisory opinion mechanism* di cui all'art. 47 CEDU i cui pareri, come esplicitato nell'*Explanatory report* al Protocollo n. 2, non devono essere considerati vincolanti²⁴.

4. Un esercizio di *self-restraint* da parte della Corte Edu: il rapporto tra il meccanismo di Oviedo e la “tradizionale” competenza consultiva ex art. 47 CEDU

Quali che siano le implicazioni e le potenzialità insite nello strumento, la Grande Camera ha deciso di non avvalersene, giudicando la questione come esorbitante dalla propria competenza *ratione materiae*. È però interessante verificare come i giudici siano giunti a tale conclusione, esercitando un *self-restraint* che si avvale di un superamento del mero dettato normativo dell'art. 29 Oviedo, reso possibile dall'instaurazione di un forte parallelismo tra quest'ultimo e l'art. 47 CEDU. Dentro un continuo gioco di rimandi e di tracciamento delle analogie e divergenze con gli altri meccanismi di competenza consultiva attribuiti alla Corte Edu, la Grande Camera coglie l'occasione per sciogliere i dubbi procedurali e sostanziali che hanno accompagnato l'istituto fin nell'imminenza della redazione della Convenzione di Oviedo. Tra questi, infatti, una prima nodale

²² Cfr. CEDU, *Decision on the competence of the Court*, cit., par. 3. Si da così applicazione al *Chapter IX* delle Regole sul funzionamento della Corte (*Rules* da 82 a 90) e alla procedura bifasica ivi disciplinata.

²³ Il riferimento non può che essere alla Corte di Giustizia Internazionale, alla Corte interamericana dei diritti umani e alla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (cfr. P. PROLI, *Art. 47-49*, in V. ZAGREBELSKY, P. DE SENA, S. BARTOLE (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2012, p. 766 ss.).

²⁴ Sulla mancata specificazione potrebbero poi aver probabilmente inciso sia la *ratio* e la natura dell'*advisory opinion mechanism* di cui all'art. 29 sia la peculiarità del sistema di Oviedo.

incertezza che la Corte affronta nel suo *iter* argomentativo e che costituisce il cuore della decisione, è quella concernente il rischio che la competenza di cui all'art. 29 Oviedo avrebbe generato – nella vacuità dei confini disegnati – un'espansione della competenza consultiva oltre le rigorose condizioni di esercizio fissate dal Protocollo n. 2 e, in seguito, dall'art. 47 CEDU.

Con il dichiarato intento di salvaguardare la primarietà della competenza giurisdizionale della Corte Edu, il Protocollo n. 2 aveva infatti agito su due fronti che corrispondono ai due limiti confluiti nell'art. 47§2 ove si prescrive, in primo luogo, che i pareri della Corte non possano vertere su questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e delle libertà definiti nel Titolo I della Convenzione e nei Protocolli e, in secondo luogo, che medesima preclusione debba valere anche qualora si sia in presenza di questioni giuridiche su cui la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla CEDU²⁵.

Questi due rigidi limiti, che già da soli circoscrivono in maniera significativa la latitudine nel meccanismo consultivo, sono ulteriormente irrigiditi sia attraverso un rimando all'*Explanatory report* al Protocollo n. 2 sia grazie alla giurisprudenza della Corte Edu che ha offerto una lettura molto restrittiva dei criteri di ricevibilità di una richiesta di parere. L'*Explanatory report* ha infatti cura di esplicitare come il limite della competenza consultiva su questioni che formano oggetto di un ricorso nell'ambito di procedimenti presenti e pendenti vada esteso anche nel futuro, nel passato e finanche nella sfera della eventualità, andando così a dare copertura a procedimenti giurisdizionali passati, futuri o persino meramente ipotetici. Si aggiunge, inoltre, come la questione debba possedere *a legal character* e non possa coinvolgere *matters of policy* e, pertanto, un apprezzamento dell'opportunità politica da parte del giudice sovranazionale. La Corte è quindi tenuta ad annichilire il proprio supporto ermeneutico nel caso in cui, per rispondere alla richiesta, sia costretta ad eccedere dai confini della pura attività interpretativa apportando di fatto aggiunte, migliorie e correzioni capaci di impattare sulla sostanza della disposizione²⁶.

²⁵ In dottrina era stato evidenziato come l'esclusione di tali questioni giuridiche dal raggio di azione della competenza consultiva della Corte fosse dipesa, anzitutto, dal fatto che la loro inclusione avrebbe potuto pregiudicare la competenza contenziosa della Corte Edu, soprattutto laddove quest'ultima si fosse trovata a dovere giudicare un caso la cui problematica giuridica fosse stata già risolta in sede consultiva. In secondo luogo, si rilevava come la seconda limitazione avrebbe consentito di escludere questioni inerenti a potenziali violazioni di obblighi scaturenti dalla Convenzione che però non toccano i diritti e le libertà; ipotesi plausibile soprattutto nel caso dei ricorsi interstatali *ex art. 33*. Cfr. P. BENVENUTI, *Artt. 47, 48 e 49*, op.cit.

²⁶ Così l'*Explanatory Report to Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions Strasbourg*, 6.V.1963, ETS 44.

La stessa giurisprudenza della Corte ha inoltre contribuito ad un irrigidimento di questi vincoli, ammettendo nella sua competenza consultiva essenzialmente questioni di natura amministrativa/procedurale quali problematiche giuridiche concernenti l'elezione dei giudici, i compiti del Segretario generale del Consiglio d'Europa e la procedura del Comitato dei Ministri in fase di esecuzione delle sentenze²⁷.

Questa operazione di significativo restringimento della *advisory jurisdiction* trova riflesso anche nella decisione in commento, in occasione della quale la Corte, con l'obiettivo di delimitare tale competenza, offre un'interpretazione dei tre elementi fondamentali racchiusi nella disposizione dell'art. 29 Oviedo (*legal question, interpretation, present Convention*) che muove dalla forte comunanza con il disposto dell'art. 47 CEDU. Al di là di una prima identità terminologica che i giudici intravedono tra le due disposizioni appoggiandosi e risalendo anche ai lavori preparatori della Convenzione di Oviedo²⁸, essi estrapolano un'omogeneità rispetto alla *ratio* delle limitazioni che animano i due strumenti, evidenziando come il senso che ha mosso le radicali perimetrazioni della giurisdizione consultiva con riferimento all'art. 47 CEDU trovasse altresì riverbero nella storia redazionale della Convenzione sulla biomedicina. Durante la redazione di quest'ultima, la Corte aveva mostrato talune perplessità a fronte di proposte che miravano ad instaurare un meccanismo per certi versi analogo a quello che è confluito nel Protocollo n. 16 e che si sostanziava in una sorta di procedimento pregiudiziale. In un *Draft* del 1995, si riconosceva infatti alla Corte la possibilità di esprimersi sull'interpretazione delle disposizioni della Convenzione di Oviedo su richiesta del Governo di una Parte, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e, in particolare, di qualsiasi organo giurisdizionale di una delle parti della Convenzione al fine di ottenere una pronuncia pregiudiziale²⁹. Chiamata ad esprimere il proprio giudizio sull'opportunità di una simile proposta³⁰, i giudici di Strasburgo avevano sottolineato come l'esercizio di tale competenza si

²⁷ Esempi che si ritrovano nei *Recueil des Travaux Préparatoire du Protocole n. 2* e a cui la Corte ha dato seguito nei rarissimi casi in cui si pronunciata ai sensi dell'art. 47. La Corte Edu ha avuto l'opportunità di esprimersi tramite tale procedura solo in tre occasioni: CEDU, *Decision on the Competence of the Court to Give and Advisory Opinion*, 2 giugno 2004; *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. 1)*, 12 February 2008; *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)*, 22 January 2010.

²⁸ Cfr. CEDU, *Decision on the competence of the Court, cit.*, par. 47.

²⁹ Si veda *Opinion n. 184 del 1995 della Parliamentary Assembly, Draft Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine*.

³⁰ La posizione della Corte sul punto è espressa nell'*opinion* del 6 novembre 1995, ove i giudici propongono di modificare l'articolo, spingendo verso una formulazione più aderente all'art. 47 CEDU.

sarebbe inevitabilmente connesso in maniera troppo stretta alle specificità del caso concreto, al punto da esercitare una sgradita influenza sull'esercizio della giurisdizione contenziosa ai sensi della CEDU. Un accesso alla Corte in via pregiudiziale così costruito avrebbe potuto costituire un ostacolo per l'attività interpretativa della Corte nella valutazione di una causa rispetto alla quale essa avrebbe potuto già essersi pronunciata stragiudizialmente in risposta alla richiesta di un giudice nazionale.

Avere di mira la salvaguardia della posizione di preminenza della giurisdizione contenziosa della Corte Edu assurge quindi a chiave di lettura della perimetrazione non solo dell'art. 47 CEDU ma anche dell'art. 29 Oviedo, potendo al contrario una lettura disarmonica delle limitazioni dei due meccanismi portare ad un indebolimento dell'obiettivo primario che ha sempre mosso la Corte nella delimitazione dei suoi margini di intervento stragiudiziale³¹.

Nel trasporre questo quadro concettuale alla questione sollevata dal DH-BIO, la Corte ha dunque gioco facile nel declinare il richiesto supporto interpretativo in sede consultiva. I giudici hanno ben chiaro come quello richiesto fosse un intervento suscettibile di toccare questioni propriamente politiche e che, lungi dal costituire un mero apporto interpretativo, avrebbe potuto concorrere alla scrittura e/o riscrittura sostanziale di parte della Convenzione. Un *process of abstract judicial interpretation* come quello che si era chiesto alla Corte di condurre sarebbe stato capace di esorbitare i limiti di cui all'art. 29 Oviedo, come mutuati dall'art. 47 CEDU ma, soprattutto, di stravolgere la natura delle disposizioni di Oviedo e il senso stesso della Convenzione sulla biomedicina. Nel prescrivere all'art. 7 agli Stati l'obbligo di definire le condizioni protettive che garantiscano di disciplinare un livello minimo di protezione, gli estensori di Oviedo avrebbero deliberatamente scelto, anche in conformità alla natura della Convenzione quale *framework instrument*, di non dettagliare tali condizioni sì da lasciare un margine di manovra ai diversi ordinamenti che avrebbero dovuto poi autonomamente dettagliarne i contenuti tramite la legislazione nazionale. I redattori di Oviedo erano nelle condizioni di procedere ad una simile specificazione degli obblighi, sussistendo già al tempo standard di tutela internazionali recepiti da numerosi documenti che non sono stati però volutamente trasposti nella Convenzione per evitare di

³¹ Così argomentando, la Corte offre indirettamente risposta anche alle altre obiezioni sollevate in dottrina con riferimento all'art. 29. Si ricordi, a titolo esemplificativo, come – contenendo gli spazi del proprio contributo interpretativo – la Corte di fatto limiti la criticata competenza esterna diretta della CEDU su materie non ricomprese in quest'ultima, evidente portato del legame con la Convenzione di Oviedo.

vestirli di vincolatività³². Si comprende così perché essi abbiano deciso di mantenere – soprattutto su questo articolo³³ – uno stile “neutro” che lascia eventualmente la possibilità di apportare, ai sensi dell’art. 31 Oviedo, ulteriori specificazioni attraverso l’approvazione di Protocolli Addizionali che incarnano, “by its very nature, a legislative exercise, rooted in policymaking at the international level, aiming at the adoption of new international legal standards”.

Ed è su questo punto, contestato nella *dissenting opinion* redatta dai quattro giudici di minoranza³⁴, che la Corte instaura un chiaro distinguo tra la Convenzione di Oviedo e la CEDU. Assecondando un approccio inaugurato negli anni ’70, la Corte non perde l’occasione per rimarcare come peculiare sia la natura della CEDU che si configura quale strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo nell’ambito dei diritti umani. Da questa caratterizzazione, la Corte fa poi discendere consequenzialmente, secondo un automatico procedimento di inferenza forse non del tutto pacifico e lineare, come l’approccio ermeneutico consono ad orientare l’interpretazione della CEDU sia quello che legge la Convenzione quale *living instrument*. Nella ormai consolidata lettura dei giudici di Strasburgo, infatti, le disposizioni convenzionali sarebbero dotate di una forza vivificante che impone di applicare un metodo ermeneutico fondato su un’interpretazione evolutiva, certamente avvantaggiata dalla configurazione della Corte Edu come giudice del caso e giudice del fatto. Analoga peculiarità non si addice invece alla Convenzione di Oviedo che, per poter godere di una lettura evolutiva, non può beneficiare della giurisprudenza convenzionale ma, anche in virtù del modello normativo prescelto, deve fare affidamento su un intervento di tipo autenticamente normativo che si attua per il tramite di modiche formali alla Convenzione o di Protocolli Addizionali *ad hoc*³⁵.

³² L’*Explanatory report* menzionava taluni di questi standard riferendosi alla Raccomandazione n. R(83) 2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa in materia di tutela giuridica di persone affette da disturbo mentale, la Dichiarazione delle Hawaii della World Psychiatric Association del 10 luglio 1983, la Dichiarazione di Madrid del 25 agosto 1996, nonché la Raccomandazione n. 1235 (1994) dell’Assemblea parlamentare su psichiatria e diritti umani.

³³ Come osserva la stessa Corte Edu, infatti, in altre disposizioni di Oviedo i redattori hanno optato per uno stile diverso che indugia più ampiamente sulle condizioni di tutela. Si vedano in questo senso, a titolo esemplificativo, gli artt. 16, 17 e 20 Oviedo.

³⁴ CEDU, *Decision on the competence of the Court, cit., Dissenting opinion*, par. 3; 9: “No such overlap is possible between the advisory proceedings under the Oviedo Convention and the contentious proceedings under the Convention. (...) It is in our opinion only logical that Article 29 of the Oviedo Convention does not contain limitations like those in Article 47 § 2 of the Convention. (...) We note that the majority categorically reject the idea of the Oviedo Convention as a “living instrument”. We think that this issue needs further reflection, and that things may not be that clear”.

³⁵ CEDU, *Decision on the competence of the Court, cit.*, par. 49.

Alla luce di queste specificazioni, la Corte ricontestualizza la domanda del DH-BIO, non esimendosi dal ricordare come tale processo di *policymaking* sia in corso e di come l'eventuale parere sarebbe suscettibile di influire su di esso, al punto che questo elemento fattuale diviene un'importante spinta verso la decisione di rigetto della domanda di parere. Degno di nota, in questo senso, è l'*obiter* che la Corte offre rispetto al valore giuridico dei pareri. Nel silenzio dell'art. 29 Oviedo, la Corte non dubita infatti della non vincolatività di tali pareri dei quali però non nasconde la natura di pronunciamento giudiziario autorevole idoneo vieppiù di estendere la propria autoritatività su ben due Convenzioni internazionali, non solo sulla Convenzione di Oviedo ma anche sulla CEDU³⁶.

Per non far cadere nel vuoto la richiesta di ausilio, la Corte si limita pertanto a suggerisce una prevedibile soluzione per andare incontro alle esigenze del DH-BIO. Con particolare riguardo all'ambito che interessa la richiesta di *opinion*, si rintraccia infatti una sostanziale comunanza tra i principi espressi nei due Trattati da cui è possibile trarre una sostanziale coincidenza tra i requisiti richiesti agli Stati *ex art. 7* Oviedo e quelli di cui alla CEDU. Ciò considerato e posto che tutti gli ordinamenti aderenti ad Oviedo sono al contempo Stati parti della CEDU, ne deriva che il livello minimo di garanzia che gli Stati sono obbligati ad assicurare è quello previsto dalla CEDU, interpretata e letta dall'evolutiva giurisprudenza di Strasburgo. Quest'ultima, per il carattere vivificante che la connota, è infatti in grado di adeguarsi e adattarsi alla capacità trasformativa che contraddistingue in questo settore i mutevoli standard giuridici, medici e scientifici.

5. I motivi giuridici (di contesto e generali) del *self-restraint* mostrato dalla Corte Edu

In dottrina, da parte di numerosi Autori è stato sottolineato come una più sviluppata e compiuta competenza consultiva della Corte Edu avrebbe potuto offrire un importante contributo nel saldare il ruolo e le funzioni della Corte, anche quale giudice "costituzionale" dentro il sistema

³⁶ CEDU, *Decision on the competence of the Court, cit.*, par. 68: "The Court cannot take such an approach, which has the potential to hamper its preminent contentious jurisdiction under the Convention. It follows *a fortiori* that the Court cannot, as suggested by the intervening organisations, treat the present request for an advisory opinion as an opportunity for it to modify its interpretation of certain provisions of the Convention for the sake of aligning it with the CRPD, and then interpret Article 7 of the Oviedo Convention in like manner".

convenzionale di tutela dei diritti umani³⁷. Già nel 1990, van Dijk e van Hoof mettevano in luce le potenzialità insite nello strumento del parere consultivo che, come documentato dall'esperienza di altre Corti internazionali, avrebbe potuto promuovere un'interpretazione uniforme dei diritti nonché la coerenza e la completezza della stessa giurisprudenza convenzionale, incentivando di riflesso il legislatore nazionale a colmare le lacune e/o a sanare le incompatibilità esistenti nella normativa nazionale³⁸. Tanto che da più parti si auspicava un intervento riformatore della competenza consultiva della Corte Edu, troppo sacrificata a causa delle limitazioni previste dal Protocollo n. 2.

Sulla necessità di tale intervento riformatore del Protocollo n. 2 e dell'art. 47 CEDU, la Corte, così come anche le altre istituzioni del Consiglio d'Europa, hanno però mostrato un approccio cauto e di chiusura, essenzialmente dettato dai timori di fughe in avanti della giurisdizione consultiva a scapito di quella giurisdizionale. Oltre alle già evocate decisioni sull'art. 47 CEDU e ai lavori preparatori che hanno favorito la definizione di un così ristretto ambito competenziale si ricordi, anzitutto, il tentativo fallito di estendere la competenza della Corte Edu anche ad altre convenzioni internazionali redatte nel più ampio contesto del Consiglio d'Europa. Per la Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali si era infatti cercato di mutuare il modello Oviedo. Tale

³⁷ Cfr. J. JAHN, *Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions. Deprivation or Relocation of the Convention's Core?*, in *ZaöRV* 74, 2014, pp. 821 ss., secondo la quale "for a long time, the lack of a fully-fledged advisory competence was one of the main arguments against the recognition of a constitutional function of the Court". Si veda anche J. CHRISTOFFERSEN, *Individual and Constitutional Justice: Can the Power Balance of Adjudication be Reversed?*, in J. CHRISTOFFERSEN, M.R. MADSEN (eds.), *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, Oxford, 2011, p. 181 ss. Più in generale, sul dibattito che accompagna la svolta "costituzionale" o "paracostituzionale" della Corte Edu si vedano, nella sterminata dottrina, J.F. FLAUS, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1998, pp. 711 ss.; W. SADURSKI, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, *EUI Law*, 2008; A. STONE SWEET, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Vol. 80, 2009, pp. 923 ss.; S. GREER, L. WILDHABER, *Revisiting the Debate about "constitutionalizing" the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 12(4), 2012, pp. 655 ss. Nella dottrina italiana si rimanda, *ex multis*, a O. POLLICINO, V. SCARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2010; A. GUAZZAROTTI, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, p. 381 ss.; C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

³⁸ P. VAN DIJK, G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Second edition, Kluwer, 1990. Secondo gli Autori, questo avrebbe avvantaggiato anche la coerenza e completezza della stessa giurisprudenza convenzionale: "such advisory opinions might have the salutary effect that gaps still existing at the moment in the court's case-law might be filled without the necessity of the previous submission to the Court of a complaint about an alleged violation of the Convention" (pp. 187 ss.).

ipotesi, avanzata nella Raccomandazione 1492 (2001) della Parliamentary Assembly, par. 12.10³⁹, era stata poi però rigettata. A seguito delle consultazioni svolte anche con la stessa Corte Edu, che invero non aveva del tutto negato la propria disponibilità a vedersi attribuita tale competenza⁴⁰, si era preferito lasciare inalterato e semmai rafforzare il meccanismo già predisposto per quel sistema convenzionale, mantenendo in capo al Comitato consultivo il compito di interpretazione delle disposizioni della Convenzione quadro⁴¹.

Non occasionali sono stati, in seguito, i tentativi di accrescere la competenza consultiva della Corte Edu attraverso revisioni formali del Protocollo n. 2⁴²; queste ultime avrebbero consentito di integrare la competenza *ratione personae* e *ratione materiae* della Corte. Da una parte, si ipotizzava di aggiungere la possibilità per gli Stati di adire la Corte chiedendo pareri su progetti di legislazione nazionale oltre che di ampliare il raggio interpretativo della Corte a qualsiasi questione giuridica concernente la Convenzione e i suoi Protocolli; dall'altra, si volevano ricomprendere tra i soggetti titolari a presentare richiesta di parere la Commissione, la Parliamentary Assembly del Consiglio d'Europa ed ogni Stato contraente.

Tutte queste proposte di riforma hanno prodotto reazioni diversificate: mentre alcune istituzioni nell'ambito del Consiglio d'Europa si erano mostrate più favorevoli, la Corte, da parte sua, aveva spesso tergiversato posticipando il proprio giudizio e neanche gli Stati, al fondo, avevano mostrato particolare entusiasmo⁴³. Dentro queste diversificate percezioni, le proposte di riforma non avevano

³⁹ Si veda anche il *Draft additional Protocol to the Framework Convention for the Protection of National Minorities (on the interpretation of the Convention) Proposal by the Italian Chair*: "In respect of rights secured by the Framework Convention which do not correspond to those secured by the European Convention on Human Rights, the Framework Convention does not prescribe any remedy before the Court, not even for the purpose of requesting the Court to give the Parties to the Convention an authoritative though not binding interpretation. This gap is still more embarrassing considering that it has been filled in other more recent Council of Europe-sponsored conventions such as the Convention on Human Rights and Biomedicine. It is precisely in order to concord with the model furnished by this Convention that the present proposal is made for a Protocol to the Framework Convention prescribing a non-binding advisory function for the European Court of Human Rights".

⁴⁰ CEDU, *Opinion of the European Court of Human Rights on the Draft Additional Protocol to the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, 2 aprile 2001.

⁴¹ Cfr., sulla *soft jurisprudence* del Comitato, F. PALERMO, *Minoranze, integrazione e diritto delle differenze. I diritti linguistici e l'opera di Paolo Carrozza*, in *DPCE online*, 2021, pp. 2421 ss.

⁴² Nel 1974 al Comitato di esperti in materia di diritti dell'uomo era stato sollecitato ad ipotizzare alcuni miglioramenti da apportare al funzionamento della Corte Edu. Il Comitato, con riferimento alla competenza consultiva, aveva prospettato l'aprirsi di un bivio determinato dalla troppo restrittiva disciplina: o decidere di espungere ogni riferimento alla competenza consultiva oppure estendere tale competenza. Cfr. A. DRZEMCZEWSKI, *Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights: A Procedure Worth Retaining?*, in *The Modern World of Human Rights*, p. 493 ss.

⁴³ Uno scarso entusiasmo talvolta accompagnato, come ricorda Repetto, dal "tentativo di influire anche su aspetti propriamente sostanziali dell'operato della Corte, con l'intento non sempre celato di limitarne gli spazi di manovra e di

trovato terreno fertile, ostacolate da diversi ordini di ragioni. Con particolare riguardo all'estensione dell'intervento interpretativo della Corte ad una fase di redazione della legislazione nazionale, si rimarcava come essa avrebbe inevitabilmente contemplato una valutazione di tipo astratto e totalmente slegata dal caso concreto che si sarebbe potuta porre in una posizione di attrito con la vera anima giurisdizionale della Corte Edu. In secondo luogo, si riteneva che i giudici sovranazionali avrebbero potuto trovarsi in una situazione inopportuna se non persino imbarazzante nell'evenienza di dover decidere della violazione di uno dei diritti garantiti nella Cedu prodotta da una legislazione nazionale sulla quale la Corte si fosse già espressa favorevolmente in via preventiva e astratta; infine, si sarebbe potuto arrecare un pregiudizio all'autorevolezza dell'organo laddove il legislatore nazionale avesse deciso di non conformarsi al parere rilasciato dalla Corte⁴⁴.

In questa medesima scia si colloca la recente decisione sulla richiesta del DH-BIO dove la Corte contiene fortemente le maglie del suo possibile apporto interpretativo, al punto da ritenere non del tutto peregrina l'eventualità che la previsione per cui l'art. 29 Oviedo sarebbe rimasto lettera morta si possa estendere (con l'eccezione di questa unica parentesi) anche per il futuro. Ciò su cui occorre però soffermarsi sono le ragioni che spingono la Corte a tenere questo atteggiamento divergente.

È pressoché indubbio come la formulazione del quesito da parte del DH-BIO abbia aiutato la Corte ad orientare la decisione. Essa ha infatti opportunamente scelto di conservare la propria posizione di lontananza ed estraneità da un dibattito politico-normativo in atto, evitando di sconfinare in un campo di vero e proprio *judicial law-making* o *judicial activism* sul quale sembrava invece volerla condurre il DH-BIO. Nel rispondere al quesito, la Corte sarebbe stata di fatto costretta, non tanto a fare luce – in base alla sua giurisprudenza – sull'interpretazione della Convenzione di Oviedo, quanto piuttosto a colmare di contenuto una disposizione, volutamente formulata in maniera ampia e non definitiva. Così facendo, la Corte avrebbe dovuto entrare con tutta l'autorevolezza che la contraddistingue in un ambito molto sensibile su cui si intrecciano numerosi documenti internazionali arrivando a cristallizzare l'ammissibilità o meno di partiche dibattute, definendone finanche i meccanismi procedurali. Fissare all'interno di una *opinion* standard internazionali, potenzialmente idonei ad essere traslati in un atto giuridico vincolante come il Protocollo addizionale e che – per la natura dell'ambito su cui insistono – sono soggetti ad un

contenerne la “creatività” interpretativa (cfr. G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione giustizia*, 2019).

⁴⁴ Cfr. P. BENVENUTI, *Artt. 47, 48 e 49*, op.cit., p. 708.

continuo processo evolutivo, ha forse disincentivato la Corte dal volersi assumere un tale ruolo oltremodo proattivo.

In concomitanza, scollegando la decisione dai tratti peculiari del caso di specie, la Corte sembra voler circoscrivere con chiarezza la propria competenza consultiva come – a suo tempo – aveva fatto con la competenza consultiva introdotta con il Protocollo n. 2 invocando, per di più, la medesima ragione ovvero sia la volontà di salvaguardare, anzitutto, il suo precipuo ruolo giurisdizionale. Ancora un volta, dunque, la Corte cerca di ricomporre e di disciplinare il dualismo funzionale che, come avviene per altre Corti internazionali⁴⁵, la caratterizza e, quindi, la armonica compresenza in capo al medesimo organo di una competenza primaria giurisdizionale e di una competenza residuale di natura consultiva, mantenendo inalterato questo rapporto di primazia e residualità a cui ha sempre dimostrato di tenere per affermare la sua investitura originale di attore garante della giustiziabilità dei diritti convenzionali a fronte di violazioni poste in essere nei diversi ordinamenti contraenti⁴⁶.

6. L'apertura verso il Protocollo n. 16: una contraddizione interna alla Corte?

A questa chiusura della Corte di fronte alle molteplici occasioni che le avrebbero consentito di vedere incrementata la propria giurisdizione consultiva potrebbe fare da contraltare la posizione assunta dai giudici di Strasburgo sull'adozione del Protocollo n. 16 dove analoga cautela sembra stemperarsi e dove è parsa, al contrario, prevalere un'attitudine di più netta apertura. È dunque possibile leggere tra le righe del rigetto della Corte Edu un'occasione mancata che la Corte non ha saputo sfruttare per espandere gli spazi di questa peculiare competenza tenendo, per di più, un

⁴⁵ Dualismo funzionale il cui punto di equilibrio varia nel panorama internazionale non essendo rintracciabile un unico modello di *advisory jurisdiction*. Tale mutevolezza porta, in alcuni casi, ad un preponderante utilizzo di tale competenza e, in altri, ad un contenuto utilizzo tanto che l'esercizio di questa competenza rimane assolutamente secondario/marginale (cfr. D. SZYMCAK, A. ONDOUA (eds.), *La fonction consultative des juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2009). Oscillazioni tra le due competenze si registrano anche all'interno della stessa Corte come osservato, con particolare riguardo alla Corte interamericana, 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*, 34(3), 2014, pp. 444 ss.; M. DICOSOLA, C. FASONE, I. SPIGNO, *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System*, in *German Law Journal*, 16(6), 2015, pp. 1387 ss.

⁴⁶ Si vedano P. BENVENUTI, *Artt. 47, 48 e 49*, op.cit.; G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *La Comunità internazionale*, 68(4), 2013, pp. 773 ss.

atteggiamento potenzialmente suscettibile di denotare una contraddizione tutta interna alla Corte nell'approccio alla propria *advisory jurisdiction*?

Ciò che ha incoraggiato la redazione del recente Protocollo e che marca la diversa posizione assunta sui diversi strumenti di *advisory jurisdiction* non è solo la preoccupazione per la pacifica coesistenza nella verticizzazione del dualismo funzionale. È la stessa Corte nella decisione sulla richiesta di parere del DH-BIO a segnalare la profonda distanza intercorrente tra la competenza consultiva attribuita con il Protocollo n. 16 e quella di cui ai “paralleli” artt. 29 Oviedo e 47 CEDU dal momento che “the procedure introduced by the Protocol serves the purpose of reinforcing the implementation of the Convention in concrete cases pending before national courts, having regard to their specific factual and legal circumstances, thereby enhancing the implementation of the principle of subsidiarity which is now expressly set forth in the Preamble to the Convention”. Sicché, affermano i giudici, ai limiti che si applicano alla competenza *ex art. 29 Oviedo e art. 47 CEDU* allo scopo di preservare la funzione giurisdizionale della Corte, non può allo stesso modo soggiacere la giurisdizione della Corte ai sensi del Protocollo n. 16.

Da una parte, infatti, quest'ultimo prevede taluni accorgimenti volti a salvaguardare la competenza giurisdizionale: si ricordi la scelta di far salva la giurisdizione contenziosa mantenendo, anche a seguito del rilascio di *advisory opinion*, la possibilità di presentare ricorsi individuali *ex articolo 34 CEDU*, così come la necessità di un legame tra la richiesta di parere e un caso concreto che gioverebbe a scongiurare una *abstract review of legislation*⁴⁷. Anche in forza di questi accorgimenti, ciò che sicuramente ha deposto per l'approvazione del Protocollo n. 16 è però ultimamente la tensione vocazionale di tale strumento e la sua idoneità (indiscutibilmente più penetrante di quella che contraddistingue gli altri due *advisory opinion mechanisms*) di perseguire in maniera maggiormente efficace quell'obiettivo ultimo.

⁴⁷ È pressoché impossibile, nella presente nota, dare conto della vastissima dottrina sul Protocollo n. 16. Tra le pubblicazioni della dottrina italiana si ricordino E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, Torino, 2015; C. PINELLI, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, in *Giustizia Insieme*, 2020; 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*, in *Giustizia Insieme*, 2021; R. SABATO, *Sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistema Penale*, 2019; M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, *Federalismi*, 2019; F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019; E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2021.

Nel Protocollo, a torto o a ragione, recessiva sembra la preoccupazione destata per il mantenimento della primarietà della funzione giurisdizionale, prevalendo un approccio alla riforma che vede in essa un'opportunità di implementazione della missione della Corte e dello strumentario che ne consente l'inveramento. Perno dell'*advisory opinion* del Protocollo n. 16 è infatti la considerazione per cui l'attivazione di tale procedura potrebbe consentire, per lo meno con effetti non nel breve ma nel lungo periodo, un alleggerimento del ciclopico carico di lavoro della Corte, sempre più investita di ricorsi che ne rallentano l'attività; problema che non è stato risolto neppure con l'introduzione dei Protocolli n. 14 e 14 *bis* e dei meccanismi ivi disciplinati diretti a filtrare l'elevato numero di ricorsi sì da assicurare l'effettività del sistema di garanzie della CEDU⁴⁸.

Anche questa finalità deflattiva merita però forse di essere colta nel suo rapporto di dipendenza funzionale con la volontà di imprimere un'ulteriore accelerata al processo di costituzionalizzazione della Corte Edu. Su tale processo, intrapreso oramai dagli anni '70, ha esercitato una spinta propulsiva l'avvio di una sempre più penetrante e imponente riflessione sull'universalizzazione e costituzionalizzazione dei diritti fondamentali perseguibile attraverso quella che A.M. Slaughter definiva una *Global community of courts*⁴⁹, capace di istituire nessi, legami e forme di dialogo tra tutte le autorità giurisdizionali e di cui anche la Corte Edu voleva e vuole essere protagonista. Già nel Wise Persons' Report del 2006 si istituiva infatti un legame tra l'estensione dell'*advisory jurisdiction* della Corte Edu e il rafforzamento del suo ruolo costituzionale⁵⁰, poi esplicitato anche nel *Reflection Paper on the Proposal to Extend Court's Advisory Jurisdiction*⁵¹. In quest'ultimo documento, la Corte concepisce il meccanismo di *advisory opinion* confluito nel Protocollo n. 16 quale strumento complementare rispetto a quelli introdotti nelle riforme istituzionali che, nel tempo, hanno coinvolto la Corte Edu: basti pensare alla procedura delle cd. sentenza pilota di cui all'art. 61 del Regolamento della Corte, volta sia a contenerne il carico di lavoro, soprattutto a fronte di ricorsi ritenuti ripetitivi, sia ad agevolare la definizione di standard di tutela dei diritti convenzionali a fronte di sistematiche e continuative violazioni. Queste due finalità ritornano quindi protagoniste

⁴⁸ Nella ricca dottrina si rimanda a A.M. NICO, *La giustizia di Strasburgo e la deflazione dei giudizi pendenti innanzi alla Corte. Riflessioni sul procedimento di adozione delle decisioni del Giudice unico introdotto dal Protocollo XIV*, in www.giurcost.org, 2012; P. TANZARELLA, *Il futuro della Corte europea dei diritti dopo il Protocollo XIV*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 423 ss.

⁴⁹ A.M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 191 ss.

⁵⁰ CM(2006)203 *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, par. 81.

⁵¹ CEDU, *Reflection paper on the proposal to extend the Court's advisory jurisdiction* (2012): "the proposal to extend the Court's competence to give advisory opinions forms part of the long-term reflections on the Court's future role and functioning".

nel Protocollo n. 16, insieme ad altri ingredienti che concorrono a comporre una ricetta che non solo le istituzioni del Consiglio d'Europa e numerosi Stati si sono dimostrati maggiormente propensi ad istituzionalizzare ma che ha incontrato anche i favori della stessa Corte Edu la quale, già nella *opinion* redatta in occasione della Conferenza di Brighton del 2012, aveva iniziato ad aprire alla possibilità – per lo meno – di un approfondimento sull'opportunità di seguire questa specifica direzione con l'obiettivo di dare una veste più estesa e più incisiva alla propria *advisory jurisdiction*⁵². Tale finalizzazione lascia – sia concesso rilevare senza poter ulteriormente approfondire – alcune zone grigie sulle quali si è innescato un acceso confronto giuridico e politico che ha per il momento arrestato il processo di ratifica nel nostro ordinamento del Protocollo n. 16.

Pur essendo attualmente prematuro trarre un bilancio sullo strumento⁵³, è però possibile eccepire come l'impegno di tale strumento per affrontare in maniera efficace le carenze strutturali, endemiche e sistemiche delle legislazioni nazionali inducendo la Corte, dentro un costante dialogo con le autorità giurisdizionali nazionali secondo uno schema improntato al principio di sussidiarietà, ad assumere sempre più le sembianze di un *constitutional* o *quasi-constitutional human rights adjudicator*⁵⁴, potrebbe ulteriormente complicare il mantenimento del punto di snervamento nel ruolo e nell'attività della Corte⁵⁵. Instabile è infatti la tensione ad evitare di incorrere in possibili interferenze e coincidenze tra *abstract review of legislation* e giudizio astratto⁵⁶ così come tra

⁵² CEDU, *Preliminary opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference*, 20 febbraio 2012.

⁵³ Dal 2019 ad oggi, sono giunte alla Corte quattro richieste di *advisory opinion* sulla base del Protocollo n. 16: la prima è stata la richiesta da parte della Corte di Cassazione francese su cui la Corte Edu si è pronunciata il 10 aprile 2019. A seguire, la Corte costituzionale armena ha presentato una richiesta di *opinion* formulando quattro quesiti: sul terzo e quarto la Corte si è pronunciata mentre ha rigettato i primi due (29 maggio 2020). I giudici di Strasburgo hanno invece del tutto rigettato il 14 dicembre 2020 la richiesta di *advisory opinion* sollevata dalla Suprema corte slovacca mentre è ancora in fase di discussione la richiesta presentata dalla Corte suprema amministrativa lituana. Tutte le decisioni sono disponibili sul portale hudoc.echr.coe.int. In commento ad alcune delle *opinion* si rimanda a N. POSENATO, *Il dialogo continua: note minime sul secondo Parere ex Protocollo n. 16 alla CEDU*, in *Osservatorio AIC*, 2021, p. 255 ss.

⁵⁴ Cfr. J. JAHN, *Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions*, *op.cit.*, secondo la quale il meccanismo del Protocollo n. 16: “asserts the ECtHR’s constitutional role by institutionalizing the ECtHR’s delivery of justice beyond the single case, a paradigm shift from the long predominant individual justice approach”.

⁵⁵ Si parla di punto di snervamento per indicare, nell'ambito delle proprietà meccaniche dei materiali, il valore al di sopra del quale un materiale subisce una deformazione permanente.

⁵⁶ La sottigliezza di questo crinale si percepisce nella prima *advisory opinion* rilasciata dalla Corte ai sensi del Protocollo n. 16. Sollecitata dalla *Cour de Cassation* francese che chiedeva chiarimenti sull'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati nel disciplinare la trascrizione degli atti di nascita di minori nati all'estero con maternità surrogata, i giudici di Strasburgo – pur cercando di mantenere un certo equilibrio – sembrano arrivare a comprimere il margine di apprezzamento fornendo indicazioni puntuali sulla disciplina ritenuta compatibile con l'art. 8 CEDU. Come sottolineato da E. MALFATTI, *La Cedu come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, pp. 159 ss., a tratti si ha infatti quasi la sensazione che la Corte identifichi il proprio

advisory jurisdiction e *contentious jurisdiction* le quali, forse quasi inevitabilmente, potrebbero giungere a sovrapporsi⁵⁷.

Fattasi ancora più flebile la strada di una *advisory jurisdiction* della Corte non solo per il tramite dell'art. 47 CEDU ma anche dell'art. 29 Oviedo, è però sul Protocollo n. 16 che la Corte, le istituzioni del Consiglio d'Europa e molti Stati oggi scommettono e su cui ancora aperta rimane la partita politica del recepimento da parte del nostro ordinamento.

interlocutore non tanto nella Suprema Corte francese quanto piuttosto nel legislatore. Vede positivamente la potenzialità insite nel Protocollo n. 16 quali stimolo per l'attività legislativa A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tale 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.

⁵⁷ Cfr. N. POSENATO, *New opinions ex Protocol no. 16 to the ECHR and the Inter- American advisory practice: some comparative remarks*, in *Eurojus*, 2020, pp. 353 ss.