

PROTOCOLLO XVI ALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI: OSSERVAZIONI GENERALI

di Giuseppe Centamore – Bianca Agostini*

SOMMARIO: 1. Genesi. – 2. Funzioni. – 3. Alcune osservazioni “a prima vista”: le giurisdizioni abilitate a richiedere il parere consultivo. – 3.1. (segue) La Corte costituzionale. – 3.2. (segue) La Corte di cassazione. – 3.3. (segue) La Corte di Giustizia UE. – 4. Gli effetti del parere consultivo. – 5. Conclusioni.

1. Genesi

In data 2 ottobre 2013, è stato aperto alla firma degli Stati membri del Consiglio d’Europa il Protocollo XVI alla CEDU; adottato dal Comitato dei Ministri (il 10 luglio 2013), esso entrerà in vigore (art. 8) dopo tre mesi dalla decima ratifica. L’Italia ha già provveduto alla sottoscrizione del Protocollo (se ne attende la ratifica).

Conviene, seppur brevemente, illustrare le tappe del cammino che ha condotto all’approvazione del Protocollo XVI.

Esso nasce all’interno di una ben precisa linea di indirizzo: l’effettività dei diritti e delle libertà sanciti dalla Convenzione sussiste nella misura in cui vi sia un concreto dialogo fra la Corte di Strasburgo e i giudici nazionali; nella stessa ottica, la più proficua tutela si attua attraverso lo strumento della *sussidiarietà*, secondo la logica per cui il giudice domestico è il primario garante dei diritti in commento. Al contempo, la deflazione del contenzioso avanti alla Corte europea ha cagionato la necessità “pratica” di affiancare ad una giurisdizione contenziosa *tout court* una di carattere consultivo (e, con ciò, ricalcando per certi versi sia il rinvio pregiudiziale descritto dall’art. 267 TFUE, sia il meccanismo già noto ad altre giurisdizioni internazionali, fra cui la Corte Internazionale di Giustizia e la Corte Interamericana dei Diritti dell’Uomo).

Come noto, il testo originario della Convenzione non prevedeva alcuna forma di giurisdizione consultiva. Su sollecitazione del Consiglio d’Europa, venne redatto il Protocollo II, poi adottato dal Comitato dei Ministri a Parigi il 6 maggio 1963 ed entrato in vigore il 21 settembre 1970; successivamente, il Protocollo XI apportò alcune modifiche al testo convenzionale, inglobando il Protocollo II, in particolare intervenendo sugli artt. 47, 48 e 49 CEDU Tali disposizioni costituiscono, ad oggi, l’unica forma di funzione consultiva in atto in capo alla Corte europea.

* Sebbene il lavoro sia frutto di una riflessione congiunta, i §§ 1, 3, 5 sono da attribuirsi a G. Centamore e i §§ 2,4 a B. Agostini.

La pratica, però, ha mostrato da subito l'inefficienza del predetto modello¹. Difficilmente esperibile: con una legittimazione attiva spettante solamente al Comitato dei Ministri (esclusi quindi gli Stati membri, ossia i soggetti che – probabilmente – sarebbero maggiormente interessati al ricorso alla funzione consultiva), esso verte su “questioni giuridiche” interpretative che, ad ogni modo, non possono riguardare il “contenuto o la portata dei diritti e libertà sanciti nel Titolo I della Convenzione e nei Protocolli, né su altre questioni su cui la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso” (art. 47 par. 2 CEDU). In breve: non già sul nucleo “fondante” la Convenzione dei diritti umani, ma su aspetti più propriamente di carattere amministrativo o burocratico (quali, per esempio, il funzionamento della Corte).

Si imponeva, pertanto, un ripensamento della funzione consultiva; non è un caso che i dubbi legati all'angustia dei presupposti necessari ad attivare la richiesta di parere introdotta con il Protocollo II si manifestarono fin da subito, proponendosi una riforma del sistema sotto un duplice profilo: ampliare il novero dei soggetti legittimati alla richiesta di parere consultivo (ad esempio: anche agli Stati membri del Consiglio d'Europa); allargare le materie sulle quali fosse possibile formulare una richiesta. Proposte, tutte, mai attuate².

Il tema è vigorosamente tornato alla ribalta con il Rapporto del Gruppo dei Saggi al Comitato dei Ministri del 15 novembre 2006: si prospettò l'introduzione di un sistema che consentisse alle corti nazionali (di ultima istanza) di richiedere pareri consultivi alla Corte di Strasburgo (riguardo all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione). Si giunge alle *High Level Conferences di Interlaken* (febbraio 2010) e di Izmir (aprile 2011), quindi alla Conferenza di Brighton (aprile 2012). Si sono vagliate diverse possibilità di riforma del contenzioso davanti alla Corte europea: l'accento, come già sopra detto, è caduto sul principio di *sussidiarietà*. In tale direzione, le valutazioni hanno riguardato la previsione di un'ulteriore competenza consultiva, volta a permettere al giudice sovranazionale di sciogliere i dubbi interpretativi, inerenti alla portata dei diritti sanciti dalla CEDU, nel contesto di uno specifico caso trattato in sede interna. La Conferenza, quindi, ha invitato il Comitato dei Ministri a predisporre

¹ Per esemplificare, si consideri che per circa trent'anni nessuna richiesta di parere fu formulata ai sensi degli artt. 47 ss. CEDU, tanto che si giunse ad ipotizzare l'espunzione di un meccanismo destinato a rimanere lettera morta. Il primo parere consultivo adottato ai sensi degli artt. 47 ss. CEDU è stato emesso dalla Corte il 12 febbraio 2008 (*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*); successivamente, un secondo parere è stato dato il 22 gennaio 2010 (*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)*). I testi sono rintracciabili online sul sito internet www.echr.coe.it.

² Una particolare attenzione è stata dedicata alla possibilità per gli Stati di richiedere una pronuncia consultiva della Corte sulla conformità di progetti legislativi interni con la CEDU. Un esempio: l'ipotesi era stata studiata ad esempio nel 1974 dal Comitato di esperti in materia di diritti dell'uomo, od ancora nel 1979 in seno al Comitato direttivo dei diritti umani (CDDH). Per un'approfondita disamina di tali ipotesi si rimanda a DRZEMCZEWSKI, *Protocole n. 2*, in PETITTI, DECAUX, LABMBERT, *La Convention européenne des droits de l'Homme – Commentaire article par article*, 1999, pp. 1031-1034; BENVENUTI, *Artt. 47, 48, 49*, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, pp. 706-709.

il testo di un Protocollo facoltativo alla Convenzione entro la fine del 2013 (compito poi affidato al *Comité directeur pour les droits de l'Homme* (CDDH), che lo ha ulteriormente rimesso al *Drafting Group B on the reform of the Court* (GT-GDR-B)). Redatti progetto di Protocollo e Rapporto esplicativo, sono stati trasmessi al Comitato dei Ministri per l'adozione finale (10 luglio 2013). Il Protocollo è stato, dunque, aperto alla firma a Strasburgo il 2 ottobre 2013. Risultato finale: la creazione di una vera e propria giurisdizione consultiva parallela ad una preesistente di carattere contenzioso.

2. Funzioni e struttura del parere consultivo

Nel sempre più multidimensionale panorama giuridico fa, infatti, da tempo eco l'esigenza di coordinamento e cooperazione tra le diverse Carte e le numerose Corti quotidianamente chiamate a tessere l'intricata e cosmopolita rete dei diritti fondamentali³.

Ribattezzato "protocollo del dialogo"⁴, questo progetto propone un sistema in virtù del quale determinate autorità giudiziarie interne possano rivolgersi, in corso di causa, alla Corte di Strasburgo per ottenere un parere consultivo su questioni giuridiche relative alla interpretazione o all'applicazione della Convenzione.

L'obiettivo dello strumento in questione è, nello specifico, quello di alleviare il carico di lavoro della Corte dando legittimità istituzionale a forme di dialogo tra giudici già sviluppatesi spontaneamente⁵: la possibilità di ottenere un chiarimento sul contenuto degli obblighi convenzionali in corso di causa anticiperebbe l'adeguamento al dettato convenzionale, prevenendo i ricorsi individuali *ex post*. In altre parole, la Corte Europea verrebbe invitata ad intervenire al fianco del giudice *a quo* per fornire "la concretizzazione del principio convenzionale", già espresso nel testo CEDU e nella propria giurisprudenza, e garantire, così, una piattaforma interpretativa chiara e condivisa⁶.

³ L'aggettivo multidimensionale è stato in questo senso utilizzato da GARLICKI, *Cooperation of courts: the role of supranational jurisdictions in Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, p. 509; utilizza l'immagine di una trama che viene tessuta nel circolo virtuoso e perennemente brulicante della "Babele di voci giudiziali" MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike giuridica, 2012, p. 4 ss. e ID., *Introduzione*, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in MANES-ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, pp. 62- 64; cfr. TEGA, *I diritti in crisi*, p. 54 ss. per l'efficace immagine del triangolo delle Bermuda che descrive il rapporto tra Corte Costituzionale, Corte Edu e Corte di Giustizia; KRISCH, *The open architecture of european human rights law*, in *The modern law review*, 2008, pp. 183 ss; la definizione di architettura "multilivello" è stata invece coniata da PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making*, in *Columbia Journal of European Law*, 15, 2009, p. 349 ss.

⁴ Definizione del Presidente della Corte Edu Dean Spielmann, alla 123a Sessione del Comitato dei Ministri, 16 maggio 2013. Il testo del discorso è consultabile online al sito internet www.echr.coe.int.

⁵ *Rapport du Groupe des Sages au Comité des Ministres*, doc. CM(2006)203, par. 78 ss. Cfr. O' BOYLE, *The future of the European Court of Human Rights*, 2011, 12, GLJ, pp. 1862-1867.

⁶ V. PETRALIA, [A proposito del futuro della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Prime note sul Protocollo n. XVI alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo](#), p. 13.

Si tratta di una dirompente novità per l'ordinamento convenzionale che, come si è detto, ha sempre escluso di potersi pronunciare, *ex art. 47*, su qualsiasi questione inerente al contenuto o alla portata dei diritti e libertà contenuti nella Convenzione o sulla quale la Corte o il Comitato dei Ministri possano trovarsi a dover giudicare in seguito alla presentazione di un ricorso individuale⁷. Impedire a Stati e parti private di rivolgersi alla Corte ed escludere qualsiasi richiesta avente ad oggetto il contenuto dei diritti della Convenzione avevano, in quella sede, il conclamato obiettivo di evitare che la giurisdizione consultiva invadesse il campo di quella contenziosa (cd. *double adjudication*), stravolgendo l'architettura della giurisdizione convenzionale. In questo modo, però, la competenza delineata dall'art. 47, esplicitamente rubricato "pareri consultivi", è stata amputata sul nascere: tale espediente interpretativo è stato infatti relegato a questioni tecnico-procedurali relative alle modalità di elezione dei giudici e all'ammissione di nuovi membri del Consiglio d'Europa⁸.

Il nuovo volto della funzione consultiva, invece, si affaccia in un panorama europeo sospinto dall'emancipazione del ruolo della Corte da quella originaria rigidità: *a latere* dell'art. 47, infatti, sul selciato non codificato si sono fatte strada occasioni di confronto che, dapprima esportando i principi dei rispettivi ordinamenti, hanno, poi, instaurato reciproche alimentazioni semantiche e *cross fertilizations* tra Corte di Strasburgo e giudici comuni⁹.

L'architettura del sistema, ad oggi, appare affidata all'iniziativa delle più alte giurisdizioni nazionali, come scelte dagli Stati: queste hanno piena discrezionalità nel decidere di rivolgersi alla Corte Europea, formulando una richiesta motivata, accompagnata dall'indicazione degli elementi pertinenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente ed, eventualmente, dalle osservazioni formulate dalle parti e dalle proprie considerazioni della questione¹⁰.

⁷ V. ASTA, cit., p. 774; ROBERTSON, *Advisory Opinions of the Court of Human Rights*, in René Cassin. *Amicorum discipulorumque liber*, vol. I, Paris, 1969, 225 ss; BENVENUTI, Artt. 47, 48, 49, in BARTOLE, CONFORTI, RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea*, cit., p. 710 ss.

⁸ Cfr. BENVENUTI, Art. 47, in BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY (a cura di), in *Commentario breve alla Convenzione europea*, cit., p. 710 ss.

⁹ Si rinvia a MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross fertilization*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, pp. 839-874. Esempio emblematico di questa *cross-fertilization* è quella relativa alla vicenda Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito, Grande Camera, ricorso n. 26766/05 - 22228/06, relativo ai crismi di valutazione della prova rispetto ai testimoni assenti: cfr. MURPHY, *Human Rights Law and the Challenges of Explicit Judicial Dialogue*, Jean Monnet Working Paper 10/12; ZACCHE', [Rimodulazione della giurisprudenza europea sui testimoni assenti](#), in *questa Rivista*, 17 gennaio 2012; cfr. *Reflection Paper on the proposal to extend the court's advisory jurisdiction*, par. 27: "considerable support was expressed for the view that if the Court's advisory jurisdiction were to be extended, advisory opinions should only be allowed in essential cases that relate to the interpretation and application of the Convention [...]. They would thus have a completely different scope to advisory opinions given at the request of the Committee of Ministers under articles 47-49 of the Convention, which are subject to the restrictions laid down in article 47, para 2". Cfr. VECCHIO, *Le prospettive di riforma della Convenzione europea dei diritti umani tra limiti tecnici e 'cortocircuiti' ideologici*, in *Rivista Aic* p. 5, che si esprime in termini di trasformazione dello strumento processuale previsto dall'art. 47.

¹⁰ Art. 1.3 del Protocollo XVI alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, Strasburgo, 2 Ottobre 2013; cfr. par. 12 del Rapporto esplicativo.

Il rapporto esplicativo indica come questi siano funzionali all'esigenza di imporre agli organi nazionali un'imprescindibile e prodromica valutazione su *necessità* e *utilità* di rivolgersi alla Corte e, reciprocamente, alla Corte di comprendere il contesto giuridico e fattuale nel quale si incardina la questione di principio che le viene chiesto di risolvere. In particolare, il rapporto esplicativo è particolarmente preciso nell'indicare come l'esposizione avrà ad oggetto sia gli elementi di fatto che di diritto, estendendosi alle risultanze acquisite nel corso del procedimento interno. Inoltre, l'autorità nazionale dovrà sintetizzare le osservazioni delle parti nel giudizio *a quo* e, laddove lo ritenga possibile e opportuno, dovrà predisporre una relazione sulle proprie considerazioni e valutazioni della questione¹¹.

La natura della richiesta, ma soprattutto la sua ampiezza, sono di difficile anticipazione: sebbene vi sia una trasposizione letterale della formula che disciplina il rinvio alla Grande Camera *ex art. 43 CEDU*, non è agevole fornire una ricostruzione dei criteri adottati in quella sede non essendo prevista la motivazione del rigetto e, allo stesso modo, non soffermandosi la Corte a giustificare le decisioni positive di ammissibilità¹². Dal *Reflection Paper*, che fa riferimento a casi come *Salduz c. Turchia*¹³ in cui sorse la questione della compatibilità con l'art. 6 CEDU del diniego del diritto di rivolgersi ad un difensore o alla disputa relativa al trasferimento di un *asylum seeker* in applicazione del Regolamento Dublino II, sembrerebbe emergere un sistema di dialogo fondato su domande precise, contenutisticamente limitate, e tendenzialmente dirimenti per la causa che viene sospesa in attesa della pronuncia della Corte¹⁴.

In questa maniera, le giurisdizioni nazionali si affiderebbero ad un meccanismo consultivo che dà la possibilità alla Corte di incidere anticipatamente sul contenuto dei diritti, fornendone al giudice comune "l'interpretazione autentica"¹⁵.

Il raggiungimento di tale equilibrio, tuttavia, non appare immediato: proprio perché la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha natura casistica ed è

¹¹ Cfr. MURPHY, cit., p. 10, il quale, riprendendo le parole di Torrès Perez, indica come "a true dialogue, as opposed to a monologue, requires that the participants see themselves as 'part of a common enterprise in which members mutually recognize and respect each other' and in which the referring court is "a self-conscious participant in an ongoing conversation".

¹² Si fa riferimento alla formula "questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli" contenuta nell'art. 1, comma 1, del Protocollo e all'art. 43, paragrafo secondo, della Convenzione. Cfr. par. 9 del Rapporto esplicativo.

¹³ Corte EDU, *Salduz c. Turchia*, ricorso n. 36391/02, 27 novembre 2008.

¹⁴ *Reflection Paper*, p. 7.

¹⁵ Cfr. par. 8 Rapporto esplicativo al Protocollo XV. Cfr., per approfondimenti, ZUPANCIC, *The owl of Minerva, Essays on Human Rights*, Utrecht, 2008, pp. 351-391, che descrive il ruolo della Corte nell'implementazione dei diritti convenzionali come fortemente dinamico ed innovativo, tanto da potersi definire "paralegislativo". Nello stesso senso TESAURO, *Il dialogo tra giudice italiano e corti europee*, in *Atti del convegno nazionale "Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro"*, p. 28. In senso critico, STONE SWEET, *A cosmopolitan legal order: constitutional pluralism and rights adjudication in Europe* in *Global constitutionalism*, vol. 1, n. 1, 2012, pp. 53-90. Sulla medesima funzionalità rivestita dal rinvio pregiudiziale in seno all'ordinamento comunitario cfr. MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in SGUBBI-MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in material penale*, Bologna, 2007, p. 16.

intensamente condizionata dalla vicenda concreta, risulta difficile prevedere in che modo questo strumento potrà riuscire a fornire all'autorità giudiziaria che presenta la richiesta i mezzi necessari per garantire il rispetto dei diritti previsti nella Convenzione senza, al tempo stesso, sostituirsi ad essa nella soluzione del caso di specifico. Questo, soprattutto, alla luce della regola appena indicata, per cui il giudice domestico deve devolvere tutte le carte processuali rilevanti alla Corte di Strasburgo. Riuscirà la Corte a svolgere funzioni prettamente "nomofilattiche"¹⁶ oppure sarà troppo forte la tentazione, provocata dall'ampio panorama fattuale che ha di fronte e incentivata da un *modus operandi* tradizionalmente radicato nelle dinamiche individuali, di fornire la soluzione del caso concreto?¹⁷

Quanto al funzionamento, si prevede poi che la questione debba essere decisa dalla Grande Camera, a seguito di un preventivo vaglio di ammissibilità di cinque giudici¹⁸. Questo primo vaglio, la cui intensità è stata rimessa all'applicazione pratica della Corte e dovrà essere adeguatamente motivato, dovrà verificare la rilevanza della questione per la risoluzione del caso, essendo preclusa alla Corte "una revisione in astratto della legislazione"¹⁹.

Tra i criteri è stato suggerito quello di introdurre, oltre alla disciplina comunitaria dell'*act clair* ed *éclairée*, la possibilità di dichiarare inammissibili quelle richieste di pareri che potrebbero incidere sulla decisione di un ricorso individuale pendente, preservando così i confini tra giurisdizione consultiva e decisoria²⁰.

Se il sistema così descritto sembra rievocare quello di rinvio pregiudiziale all'altra Corte Europea, quella di Lussemburgo, bisogna però anticipare una delle fondamentali differenze: i pareri che proverranno da Strasburgo non saranno vincolanti per il giudice richiedente. Di conseguenza, le parti in causa potranno poi proporre ricorso individuale alla Corte nei confronti del giudicato nazionale così formatosi²¹.

¹⁶ Si veda oltre, par. IV, per una precisazione sulla distinzione tra le funzioni nomofilattiche della Corte di Cassazione e quella della Corte Europea.

¹⁷ IACOVIELLO, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Cassazione penale*, 2011, pp. 794-822; cfr. ZAGREBELSKY, cit., p. 5, che mette in luce, inoltre, come la fisiologica e necessaria intromissione della Corte Edu nella dinamica del caso concreto non solo usurperebbe i poteri decisorii del giudice nazionale ma pregiudicherebbe anche la sua imparzialità laddove fosse successivamente chiamata a giudicare il fondamento del possibile ricorso individuale che le sia successivamente presentato. In quest'ottica, preme mettere in luce come, sul versante comunitario, lo strumento del rinvio pregiudiziale sia stato utilizzato, in via surrettizia, come vero e proprio sostituto del ricorso per infrazione ex art. 258 e 259 TFUE: si rinvia alle riflessioni di INSOLERA, MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cassazione Penale*, 2005, p. 2770 ss.

¹⁸ Art. 2, Protocollo XVI.

¹⁹ *Rapporto esplicativo*, par. 10; *Reflection paper*, p. 7-8.

²⁰ *Rapport du Groupe des Sages*, doc. CM(2006)203, punto 86.

²¹ Notevole il distacco dal valore di "*autorité de la chose interprétée*" riservato alle decisioni della Corte di Giustizia che, come noto, sono state equiparate, sul piano degli effetti, ad una vera e propria *abolitio criminis*. Cfr., in questo senso, la decisione della Cassazione, Sez. I, 15 giugno 2011, n. 24009 successivamente alla decisione C-61/11 PPU della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi. Si rinvia a

Questa disciplina, disvelando le scelte compromissorie della Conferenza di Brighton, pone notevoli dubbi in merito alla reale capacità deflattiva dello strumento. E richiede una seria riflessione in merito alle funzioni, alle dinamiche ed alle evoluzioni multilivello del dialogo tra giudici.

3. Alcune osservazioni “a prima vista”: le giurisdizioni abilitate a richiedere il parere consultivo

A norma dell’art. 1 del Protocollo XVI, la richiesta di parere consultivo può essere avanzata dalle “più Alte giurisdizioni un’Alta Parte contraente, designate conformemente all’art. 10”. Ai sensi dell’art. 10, è attribuita a ciascun ordinamento nazionale l’indicazione delle giurisdizioni abilitate alla richiesta del parere.

Il sistema descritto dall’art. 1 del Protocollo si impernia su un meccanismo incidentale: ne dà contezza il par. 2, che inibisce la proposizione di richieste fondate su questioni avulse da un caso pratico. In quest’ottica, del pari, va letto il par. 3, il quale impone alla giurisdizione istante di “produrre gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente”²².

La richiesta potrà avere ad oggetto (con formulazione che ricalca l’art. 43 par. 2 CEDU, in tema di rinvio di una causa alla Grande Camera) “questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli”. Posto che solo la prassi a venire potrà effettivamente dare contezza dell’enunciato normativo richiamato, quello che preme al momento porre in evidenza è il nodo relativo alla futura determinazione delle giurisdizioni abilitate alla richiesta. È un aspetto di estrema rilevanza: da una parte, esso investe il profilo della proficuità del dialogo fra le Corti; dall’altra, pone il problema di assicurare un giusto equilibrio fra l’esigenza di deflazionare il contenzioso CEDU e l’effettività della tutela dei diritti umani.

In sostanza: quali potrebbero essere le giurisdizioni a cui l’art. 1 fa riferimento?

MASERA-VIGANÒ, [Addio articolo 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi \(C-61/11 PPU\) e sul suo impatto nell’ordinamento italiano](#), in *questa Rivista*, 4 maggio 2011.

²² In tal senso, si vedano le osservazioni formulate nella Rel. n. III/02/2013, del 10 ottobre 2013, ad opera dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, secondo cui “nell’espone il contesto giuridico e fattuale rilevante, l’autorità giudiziaria che presenta la richiesta deve chiarire quanto segue: a) l’oggetto del procedimento interno e le risultanze rilevanti dei fatti acquisiti nel corso del procedimento interno, o almeno una esposizione dei fatti rilevanti; b) le norme di legge interne rilevanti; c) le questioni della Convenzione rilevanti, in particolare i diritti e le libertà invocati; d) se rilevante, una sintesi delle osservazioni delle parti nel procedimento in questione; e) se possibile e opportuno, una relazione sulle sue considerazioni sulla questione, compresa ogni valutazione che possa aver compiuto sulla questione”.

3.1. (segue) La Corte costituzionale

Alcune indicazioni possono opportunamente trarsi dalla lettera della disposizione: il riferimento letterale alle “più alte giurisdizioni”, e non già esclusivamente alla giurisdizione posta al vertice dell’ordinamento interno considerato, permettono di ipotizzare che la facoltà prevista dall’art. 1 possa essere attribuita a organi interni che, sebbene non coincidenti con la Corte costituzionale, siano comunque in una posizione elevata nell’assetto gerarchico domestico o, in ogni caso, investiti della trattazione di peculiari categorie di casi. Tanto si desumerebbe anche dal *Rapport explicative* (v. sopra): «L’utilisation des termes “les plus hautes” et, dans la version anglaise du présent rapport explicatif, du terme “highest”, tel qu’opposé à “the highest”, permet l’inclusion éventuelle de juridictions qui, bien qu’étant inférieures à la Cour constitutionnelle ou suprême, sont néanmoins d’une importance particulière car elles sont “les plus hautes” juridictions pour une certaine catégorie d’affaires». D’altronde, è bene dire che la locuzione “le più alte giurisdizioni” non significa che abilitate alla richiesta di parere siano solo quelle giurisdizioni di fronte alle quali si consumi l’esperimento delle vie di ricorso interne²³: si tratta di un’indicazione dunque che garantisce la flessibilità necessaria alle differenze che intercorrono fra i diversi sistemi nazionali, ed è al contempo coerente con il generalissimo principio del previo esaurimento degli strumenti di tutela nazionali; va tuttavia attentamente considerata alla luce di una primaria necessità: quella di garantire un’efficace protezione dei diritti umani, evitando al contempo il riproporsi di quei problemi che – come sopra osservato – avevano condotto alla sostanziale inadeguatezza ed inefficienza del sistema disposto dagli artt. 47 ss. CEDU

Indubbiamente, come già posto in evidenza²⁴, a sostenere l’inclusione della Corte costituzionale fra le giurisdizioni abilitate vi sarebbe una ragione di pregnante rilievo: il rafforzamento del dialogo fra il Giudice delle leggi e quello sovranazionale che, dalla forma “indiretta” conservata fino a questo momento, verrebbe ad assumere una forma “diretta” (il parere espresso a Strasburgo, giusta il par. 2 dell’art. 1, verrebbe ad incidere sulla risoluzione di un caso pratico *in fieri*²⁵); obiettivo, peraltro, adeguatamente conclamato nel Preambolo del protocollo in commento, ove l’attivazione della giurisdizione consultiva vien guardata come strumento che permetterà alla Corte europea di “interagire maggiormente con le autorità nazionali”. Da ciò, inevitabilmente, discenderebbe una più immediata attuazione nel sistema interno dei principi espressi in sede europea per il tramite dello stesso Giudice delle

²³ Si veda, in tal senso, il Rapporto esplicativo, par. 8.

²⁴ POLLICINO, *La Corte costituzionale*, Relazione al Convegno in data 10 marzo 2014 “La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali”, presso l’Università degli Studi Bicocca di Milano, in corso di pubblicazione, cfr. ID, *La Corte Costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di pare alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁵ Non pare superfluo, invero, sottolineare che il controllo operato in sede contenziosa dalla Corte europea è sempre *ex post*; nell’ambito del Protocollo XVI, invece, si inserisce all’interno di una *causa pendente*, ragion per cui l’esame della vicenda da parte delle due autorità opererebbe pressoché contestualmente.

leggi, nell'ottica di un sempre maggior allineamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione.

Resta da vedere, al più, se sia opportuno limitare la legittimazione attiva alla sola Corte costituzionale o se, diversamente, sia consigliabile ampliare il novero delle giurisdizioni abilitate. Un'eventuale soluzione nel primo senso solleverebbe qualche dubbio; di fatto, si rischierebbe di sconfessare le stesse logiche di fondo dello strumento in oggetto: la deflazione del carico di contenzioso della Corte europea ed una più efficace tutela delle libertà sancite nella Convenzione. In seno ad una controversia giudiziaria, il ricorso al parere consultivo potrebbe attivarsi solo in ipotesi di incidente di costituzionalità, con ciò ricreandosi un meccanismo che vedrebbe "un incidente all'interno di un incidente". Il tutto peraltro – si potrebbe affermare non a torto – in controtendenza con quella linea di indirizzo che vuole il giudice della controversia nel merito come il primario garante delle libertà convenzionali (secondo il ben noto sistema dell'interpretazione conforme, di cui alle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale).

3.2. (segue) *La Corte di cassazione*

A questo punto, è inevitabile che venga in rilievo anche la Corte di cassazione.

La natura di giudice di legittimità, deputato all'uniforme interpretazione del diritto interno, ne sembra implicare l'inclusione nel meccanismo del ricorso consultivo disciplinato dal Protocollo XVI, avuto riguardo anche al suo ruolo di giudice di ultima istanza in sede di contenzioso interno.

La prospettiva, invero, concreterebbe un già auspicato modello c.d. integrato della tutela dei diritti umani²⁶. In questo senso, la possibile devoluzione alla Suprema Corte della facoltà di richiedere un parere consultivo terrebbe conto di due necessità: in primo luogo, quella di garantire un dialogo parimenti "diretto" fra la Corte europea e il giudice della causa, premessa ad ogni buon conto irrinunciabile ai fini di un'effettiva protezione dei diritti umani; in secondo luogo, si punterebbe alla creazione di un vero e proprio circuito interpretativo integrato, con la successiva elaborazione di un uniforme approccio alla materia da parte delle giurisdizioni superiori.

Ai fini di una maggiore comprensione e proficuità del dialogo tra corti sembrerebbe utile optare per l'attribuzione della facoltà di richiesta alle sole Sezioni Unite²⁷. Si potrebbe dubitare che fosse limitativo un meccanismo che presupponesse l'assegnazione della causa alle Sezioni Unite per ricorrere allo strumento consultivo predisposto dal Protocollo XVI. In realtà, l'autorità del consesso deputato a richiedere la giurisdizione consultiva, con il conseguente effetto di "adeguamento" delle giurisdizioni inferiori alla pronuncia finale, costituirebbe probabilmente la migliore

²⁶ CAIANIELLO, *La Cassazione penale*, Relazione al Convegno in data 10 marzo 2014 "La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali", presso l'Università degli Studi Bicocca di Milano (in corso di pubblicazione).

²⁷ CAIANIELLO, *La Cassazione*, cit.

premessa per la creazione di un sistema interpretativo uniforme ad ogni livello giudiziario gerarchico interno. D'altronde, non parrebbero di ostacolo i disposti normativi dettati con riferimento alla rimessione della causa alle Sezioni Unite: difficile non reputare di "speciale importanza" (art. 610 comma 2 c.p.p.) una questione attinente alle libertà fondamentali; il parere consultivo, poi, potrebbe essere richiesto anche ove sul punto controverso possa sorgere un contrasto interpretativo non solo fra le giurisdizioni domestiche, ma anche – tramite una lettura estensiva dell'art. 618 c.p.p. – fra quelle interna ed europea. Il tutto, si intende, con l'indubbio fine di prevenire quelle fratture interpretative fra giudici sovranazionali e corti interne a cui già si è in passato assistito²⁸.

3.3. (segue) La Corte di Giustizia UE

Un'altra questione di non minore rilevanza è data dalla possibilità che il Protocollo XVI costituisca strumento di raccordo fra la Corte di Strasburgo e la Corte di Giustizia dell'Unione Europea²⁹.

La questione si pone, in particolare, in relazione alla futura adesione dell'Unione Europea alla CEDU (proposito programmato nell'art. 6 par. 2 T.U.E.), in ordine alla quale – come noto – nell'aprile 2013 è stato approvato il Progetto definitivo di adesione.

Pur non essendo questa la sede per approfondire un tema così complesso, può dirsi che il riconoscimento formale della Convenzione europea all'interno del Trattato

²⁸ Paradigmatica, in questo senso, la tematica della riqualificazione giuridica del fatto, sulla quale si sono registrate, pur nella innegabile varietà di sfumature, talune divergenze ermeneutiche fra le giurisdizioni superiori, con particolare riferimento alla derubricazione nell'ultimo grado di giudizio: dal punto di vista della Corte di Strasburgo, pur non negando in linea di principio il potere delle Corti interne di procedere alla riqualificazione, si afferma la necessità di un contraddittorio preventivo dell'imputato sul punto (in via solo esemplificativa: Corte eur. dir. umani, Grande Camera, 29 marzo 1999, Pelissier et Sassi c. Francia; Sez. II, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia; Sez. II, 7 gennaio 2010, Penev c. Bulgaria; Sez. III, 12 aprile 2011, Constantin c. Romania; Sez. IV, 24 luglio 2012, D.M.T. e D.K.I c. Bulgaria); fa – per certi versi – da contrappunto la Corte Suprema italiana che, reagendo alla nota pronuncia "Drassich" della Corte di Strasburgo (Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, Drassich, in C.e.d. 241753; v. sul punto le osservazioni di CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2008, pp. 165 – 176), pur ponendosi il problema di assicurare il rispetto dei principi professati dalla Corte europea (Cass., Sez. II, 22 maggio 2008, n. 39841, Castellano, in C.e.d. 245236; Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2010, n. 14674, Salord, in C.e.d. 246992), si è in qualche occasione espressa in senso difforme rispetto agli orientamenti maturati in sede sovranazionale (v. in proposito Cass., Sez. VI, 26 febbraio 2010, n. 14674, Salord, in C.e.d. 246992; Cass., Sez. III, 19 luglio 2011, n. 34900, M., in C.e.d. 250870, ove la Suprema Corte, muovendo dalla premessa che rimaneva inalterato il dato fattuale della presenza dell'imputato nel *locus delicti*, aveva ritenuto di poter operare *ex officio* la qualificazione giuridica in esito al giudizio di cassazione in virtù dell'art. 619 comma 1 c.p.p., norma che attribuisce al giudice di legittimità la rettificazione di errori di diritto non determinanti annullamento).

²⁹ V. sul punto ASTA, *Il Protocollo XVI alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in www.sioi.org.

di Lisbona (art. 6 T.U.E.) è il frutto di una interazione fra le due Corti che nel tempo è andata progressivamente crescendo³⁰. Se l'ingresso dell'Unione nel Consiglio d'Europa comporterà l'assoggettamento del diritto europeo al sindacato di conformità convenzionale da parte della Corte di Strasburgo, parrebbe incongruo già sul piano della ragionevolezza escludere la Corte di Giustizia, cui spetta il controllo dell'osservanza della legislazione europea, fra i legittimati a richiedere il parere consultivo, con ciò acuendosi il futuro rischio di vistose fratture fra le due giurisdizioni.

Ma alla possibilità di una futura inclusione della Corte di Giustizia fra i legittimati attivi non osta neanche il dato letterale dell'art. 1 del Protocollo XVI: il riferimento alle "*High Contracting Parties*", e non già agli Stati membri, lascia presumere che anche questa, all'indomani dell'avvenuta adesione al Consiglio d'Europa, potrà essere abilitata alla richiesta di parere consultivo. Inevitabilmente positivi, anche in questo caso, i riflessi che ne discenderebbero: da una parte, il dialogo diretto fra i due attori giurisdizionali favorirebbe il coordinamento in una forma collaborativa delle competenze delle rispettive giurisdizioni; dall'altra, varrebbe quanto sopra osservato con riferimento all'elaborazione progressiva di un comune approccio interpretativo, tenuto conto del fatto che se per la Corte di Strasburgo le libertà fondamentali rappresentano l'esclusivo terreno di interesse, per l'Unione europea, dove lo scopo "istituzionale" è in origine stato la creazione di un mercato unico, la protezione delle medesime ha avuto un'implementazione decisamente più lenta.

4. "Chi parla in altra lingua preghi di poter interpretare": gli effetti del parere consultivo

Quanto agli effetti di questo dialogo *juge à juge*, l'art. 5 stabilisce la non vincolatività delle interpretazioni fornite dalla Corte Europea, rimettendo ai singoli giudici richiedenti la decisione sul valore da accordare al parere consultivo nel procedimento nazionale.

Al carattere non vincolante del parere consegue che la decisione interpretativa non pregiudica la possibilità per le parti in causa di esperire, successivamente, il ricorso individuale *ex art. 34 CEDU*, vera pietra angolare della giurisdizione convenzionale: questo sarà (parzialmente) precluso solo per la parte in cui il giudice *a quo* si sia effettivamente conformato al parere della Corte³¹. In questa scelta si palesa la

³⁰ ALLEGREZZA, *The interaction between the ECJ and ECtHR with respect to the protection of procedural safeguards after Lisbon: the accession of the EU to the ECHR*, in *Toward a prosecutor for the European union. A comparative analysis*, LIGETI (a cura di), 2013, pp. 904 ss; DOUGLAS-SCOTT, *The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon*, in *Human Rights Law Review*, 2011.

³¹ Cfr. *Rapporto esplicativo*, par. 26. La prima versione della Dichiarazione di Brighton sembrava abbozzare l'idea di escludere la possibilità di proporre ricorso *ex art. 34* in casi in cui fosse stato richiesto, ed ottenuto,

conflittualità di pulsioni politiche difficilmente conciliabili: da un lato quella di sgravare la Corte europea, favorendo il dialogo tra ordinamenti, e dall'altro quella di ampliare il margine di apprezzamento nazionale, fortemente propugnata a Brighton dai padroni di casa che non avrebbero accettato di essere subordinati alla interpretazione della Corte.

In questo modo, però, oltre a delegittimare ulteriormente il valore del giudicato nazionale, si rischia di favorire, verosimilmente, un aumento, anziché una diminuzione, del numero di ricorsi. Infatti, il parere della Corte esplicherebbe un evidente effetto "boomerang" rispetto alla decisione di quel giudice che, rivoltosi a questa, ne disattenda poi i consigli: le parti avrebbero buon gioco nel rivolgersi a Strasburgo contro quel giudicato, forti di un precedente favorevole della Grande Camera³².

Di fronte a questi pericoli si crede che lo strumento possa, in realtà, portare con sé un "vincolo di fatto" dei giudici interni rispetto alle indicazioni della Corte, rafforzato proprio dalla conseguenza preannunciata di subire una condanna da parte della Corte di Strasburgo.

Questo effetto sembrerebbe, inoltre, in linea con le affermazioni del Rapporto esplicativo in cui si indica che "l'interpretazione contenuta in tali pareri consultivi sarà analoga nei suoi effetti ai principi interpretativi stabiliti dalla Corte nelle sentenze e nelle decisioni".

In quest'ottica, non si può dimenticare che il contenuto degli obblighi convenzionali è co-determinato dai giudici di Strasburgo e si sviluppa nelle loro pronunce là dove possono decidere tutte le questioni interpretative che eventualmente si presentino nella trattazione di un ricorso individuale, con effetti vincolanti per l'ordinamento interno; ovvero con finalità non limitate alla risoluzione del caso concreto ma volte a chiarire, tutelare e promuovere i principi della Convenzione. Il sistema convenzionale del resto, come taluno ha osservato, si è via via allontanato dal paradigma di una tutela giurisdizionale *hic et nunc*, "singola" ed "individuale" nel senso di relegata esclusivamente e fedelmente alla risoluzione del caso concreto costruendo, nel tempo, un approccio "marcatamente teleologico" e fortemente strutturato dall'architettura dei precedenti vincolanti. Nel decidere la singola controversia la Corte ha cominciato non solo a definire i contorni dei principi ma altresì

il parere consultivo della Corte. L'ipotesi fu però subito respinta quale preclusione illegittima del diritto ad avere accesso alla Corte tale da rinnegare le stesse fondamenta del sistema convenzionale.

³² Cfr. PETRALIA, cit., p. 17: "Il giudice posto di fronte all'alternativa sul se conformarsi al parere emesso dalla Corte emesso dalla Corte o meno, avrà tutto l'interesse a conformarsi perché l'adozione di una diversa soluzione espone lo Stato, con un alto grado di probabilità, alla dichiarazione di responsabilità internazionale per violazione della legalità convenzionale. La seconda è che la persona, nell'ipotesi in cui il giudice interno non si conformi al parere, si sentirà fortemente motivata ad adire la Corte europea, sulla base di quella "anticipazione" di giudizio che è appunto ricavabile dal parere. Cfr. GRAGL, *(Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinion under draft Protocol n. 16*, in *European Law Review*, 2013, p. 10. Nello stesso senso, RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali* (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16), in www.rivistaaic.it, n. 1/2014.

a creare e a dare vita ad un diritto convenzionale, indicando in motivazione quale fosse il contenuto attuale della Convenzione stessa. Tant'è che ad essa viene riconosciuto sempre più il ruolo tipico di una corte costituzionale³³. In questo terreno, il contenuto delle decisioni della Corte ha scardinato i confini della *res iudicanda* per assumere efficacia, *de facto*, di *res interpretata erga omnes*³⁴.

Un'altra prospettiva da non sottovalutare nello studio dell'effettività dei vincoli derivanti dai pareri è quella interna alla Corte di Strasburgo: il rapporto esplicativo indica che i giudici della Corte, chiamati a decidere i ricorsi individuali, dovranno considerare i pareri espressi dalla Grande Camera *valid case-law to be followed when ruling on potential subsequent individual applications*³⁵. Anche sotto questo profilo, ne esce confermata la tesi volta a cogliere nella decisione preliminare consultiva una forza vincolante e, almeno parzialmente, preclusiva, rispetto al successivo ricorso ex art. 34 CEDU.

Per quanto riguarda i profili pratici, differenti sono i problemi che possono presentarsi rispetto alla Corte di Cassazione e alla Corte Costituzionale.

Nel primo caso, al di là dell'opportunità di riservare alle sole Sezioni Unite la possibilità di dialogare con la Corte Europea, per scongiurare il rischio di trasformare il ricorso in Cassazione in un mero *pass-partout* per la Corte Europea, le questioni fondamentali sono legate alla capacità di comprensione tra i due organi giudiziari. Si crede, infatti, che saranno determinanti le capacità e la volontà di superare le differenze strutturali e di metodo dei rispettivi giudizi: per la Corte Europea questo significherebbe svincolarsi dalle dinamiche del caso concreto per chiarire il terreno dei principi – sul quale radicare le regole giuridiche interne – di cui è custode. Dall'altra parte, il rischio per i giudici di legittimità è quello di vedersi azzerati i margini di libertà rispetto all'ordinamento europeo: ovverosia, che la Corte Europea non si limiti più a chiarire i principi convenzionali, ma che intervenga plasmando regole dettagliate, precise e cogenti. In altre parole, come già autorevolmente suggerito³⁶, che intervenga quella "velenosa eterogenesi dei fini" tale per cui se il diritto convenzionale è nato

³³ Cfr. par. 1 del Rapporto esplicativo; l'art. 32, infatti, stabilisce che la Corte Europea è competente per risolvere tutte le questioni di interpretazione e applicazione della Convenzione. Cfr. POLLICINO-SCIARABBA, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo quali Corti costituzionali* in MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, 2011, p. 33-34.

³⁴ Tale espressione è stata utilizzata, diversamente da quella di "efficacia indiretta", dal Presidente J. P. Costa nella Foreword dell'Annual Report of the ECHR, 2008, come riportato da SPIELMANN, *Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Systems of Europe*, in ROSENFELD- SAJO (ed.), *The Oxford Handbook of comparative constitutional law*, Oxford University Press, 2012, p. 1231 ss. Cfr. POLLICINO-SCIARABBA, cit., p. 33 che mettono in luce l'espansione degli effetti *erga omnes* delle pronunce della Corte che, travalicando lo strumento delle sentenze pilota, si è stabilizzata quale effetto generalizzato, non lontano dall'efficacia interordinamentale che caratterizza del decisioni della Corte di giustizia delle Comunità europee.

³⁵ *Reflection Paper*, cit., par. 44. Cfr. PETRALIA, cit., p. 17: "È prevedibile pertanto che la giurisprudenza europea sull'efficacia interpretativa entraprocessuale delle decisioni potrebbe essere riconosciuta ed estesa all'attività consultiva della Corte".

³⁶ GAETA, [Dell'interpretazione conforme alla CEDU: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale](#), in *questa Rivista*, 9 luglio 2012, p. 15.

quale massima espressione della libertà del diritto giurisprudenziale rispetto alla costrizione formale della legge nazionale scritta, si trova, proprio nella sua più intensa affermazione, a realizzare un vincolo per il giudice nazionale ancora più ferreo del “vincolo della legge”. Di fronte all’incessante costruzione di una vera e propria supremazia interpretativa della Corte di Strasburgo, e all’ormai dilagante crisi pan-europea della legalità, il rischio è però quello di accettare passivamente l’invasione del *furor theologicus* della Corte Europea, (ri-)trasformando i giudici nazionali non in *bouches de la loi*, ma in esecutori della volontà di giudici *extravagantes*³⁷. In questo scenario, la differenza, da non sottovalutare, è di linguaggio e, in fondo, di metodo: se, alla base, sia la Cassazione che la Corte di Strasburgo sono chiamate ad interpretare le leggi, producendo principi di diritto, gli statuti giuridici enunciati dalla prima hanno struttura e natura omogenee rispetto alla norma, perché, come questa, sono generali ed astratti. Diversamente, le pronunce della Corte di Strasburgo si affidano, per la definizione del proprio perimetro, alle storie individuali del caso concreto³⁸. E, in questo modo, stratificandosi, vanno a creare un materiale normativo difficile da individuare. In questo, lo strumento identificato dal Protocollo XVI può essere di notevole aiuto: a patto, però, che, con esso, si alimenti una metodologia interpretativa della Corte di Strasburgo capace di far emergere l’evoluzione e la dimensione della varie *rationes decidendi* sviluppatesi nella sua giurisprudenza.

Nello stesso senso, il rischio di un dialogo sterile perché meccanicamente azionato da un interprete assolutamente spoglio del potere di ripensare il già pensato³⁹ potrebbe essere scongiurato non tanto abbandonando qualsiasi pretesa di vincolatività ma costruendo un sistema di “vincoli graduati”: assicurando, cioè, da un lato la garanzia di un *minimum standard* di protezione prescritto dalla Convenzione e, dall’altro, incentivando i giudici comuni ad apportare qualsiasi modifica *in melius* al canone identificato dal giudice europeo⁴⁰. In questo modo, si potrebbe creare – ed è questo un appello per la legge di attuazione – un circolo virtuoso che, alimentato dalle interpretazioni dei giudici nazionali in entrata⁴¹, permetta al giudice convenzionale di confrontarsi con le esigenze nazionali e di fissare una corretta e condivisa piattaforma

³⁷ Per questa immagine si rinvia a FERRUA, *L’interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il preteso monopolio della Corte di Strasburgo*, in *Processo penale e giustizia*, 2011, p. 116; GAETA, [cit.](#), p. 15; MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 88.

³⁸ ZAGREBELSKY, *Natura della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo come fonte di diritto ai fini dell’art. 117 della Costituzione*, in Atti del seminario “*Le sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo come fonte di diritto. La configurazione giurisprudenziale dei diritti civili fondamentali*”, Genova, 2012, in *Quaderni di nuova giurisprudenza ligure*, p. 9 ss.

³⁹ GAETA, [cit.](#), p. 15.

⁴⁰ FORLATI PICCHIO, *A quando il rinvio pregiudiziale per l’interpretazione di norme internazionali sui diritti dell’uomo?*, in CARLASSARE (a cura di) *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, 1988, p. 262.

⁴¹ Paradigmatica la già citata vicenda Al-khawaja e Tahery c. Regno Unito, v. *supra*, nota 9. cfr. CONTI, cit., p. 8, che evidenzia come la stessa Corte di Strasburgo abbia più volte affermato “una visione mobile, vivente, effettiva della Convenzione, alla cui applicazione ed attuazione devono concorrere tutti coloro che sono tenuti a garantire la tutela dei diritti fondamentali [...]. Il ruolo del giudice nazionale è avvertito dalla Corte come essenziale proprio alla stregua del meccanismo di sussidiarietà che governa i rapporti fra ordine nazionale e CEDU.

dei diritti fondamentali, quale forma di gestione degli spazi comuni nella costruzione dell'edificio giuridico globale⁴².

Nel rapporto con la Corte Costituzionale si presentano questioni più complesse.

Si deve in proposito sottolineare come l'attuale rapporto tra le due Corti sia caratterizzato da alcune rilevanti oscillazioni di intensità. Nel torno di tempo che s'inserisce nel solco della sentenze gemelle, che hanno riconosciuto valore para-costituzionale alle sentenze della Corte EDU, le aperture della Corte Costituzionale alla giurisprudenza EDU sono state alquanto altalenanti.

I rapporti interordinamentali, retti dal valore sub-costituzionale della CEDU, sono governati, come si sa, dalla regola dell'interpretazione conforme tale per cui la Corte Costituzionale è chiamata ad intervenire solo laddove fallisca il tentativo di conciliazione del giudice comune tra legge interna e dettato convenzionale e sia necessario valutare la legittimità costituzionale della prima rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. In questa valutazione, la Corte Costituzionale ha espressamente riconosciuto valore infra-costituzionale anche alle sentenze della Corte EDU, affermando che il contenuto degli obblighi convenzionali è (co-)determinato dalla Corte di Strasburgo alla quale spetta il compito di interpretare la Convenzione⁴³.

È però rispetto alla cogenza e all'imperatività di tale interpretazione che il ragionamento della Corte Costituzionale – sviluppato sulla regola per cui gli obblighi convenzionali sono subordinati non solo ai cd. controlimiti ma all'intera Costituzione – assume un carattere alquanto disarticolato e ondivago. Incoerenza che è data dalla coesistenza di affermazioni di piena deferenza, secondo cui l'interpretazione della Corte Edu non può in alcun modo essere sindacata, messa in discussione o manipolata⁴⁴ ed altre pronunce in cui la Corte Costituzionale rivendica il potere di valutare *come ed in che misura* tale applicazione si inserisca nell'ordinamento interno⁴⁵. Rivendicazione fondata sull'assunto per cui la decisione della Corte di Strasburgo è

⁴² Cfr. per questa immagine, CASSESE, *Oltre lo Stato*, Laterza, 2006, p. 8. Cfr. la trattazione di RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni*, p. 882, che, per l'ambito comunitario, individua lo strumento del rinvio pregiudiziale quale veicolo ideale a far transitare in seno all'Unione le tradizioni costituzionali, dando quindi modo al giudice dell'Unione stessa di commutarle in tradizioni comuni e quindi di rimandarle indietro, verso l'ordine interno, con la forza che è propria dei verdetti in genere del giudice eurounitario. Prende corpo in tal modo un circolo di mutua alimentazione tra Carte (e Corti), fonte di crescente e biunivoca integrazione, specificamente apprezzabile sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali.

⁴³ PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte Costituzionale e Corti Europee ad una svolta*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008; cfr. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in www.federalismi.it.

⁴⁴ Questa impostazione è stata adottata in molte decisioni della Corte, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007: cfr. Corte Cost. n. 113 e n. 1/2011, n. 93/2010, n. 311 e 239/2009, n. 39/2008 ove la Corte afferma che "le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo devono essere considerate come interposte e che la loro peculiarità, nell'ambito di siffatta categoria, consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale giudizio di costituzionalità, sono vincolati a conformarsi". Per un'analisi compiuta dei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte di Strasburgo si rinvia a MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., cap. IV.

⁴⁵ Cfr. p. 4.2 cons. in dir. Corte Cost. n. 264/2012.

vincolante solo nella sua *sostanza* e deve perciò essere vagliata dalla Corte Costituzionale, unico giudice capace di tenere conto non solo della violazione contestata ma di tutti i valori in gioco. Infatti, le pronunce della Corte di Strasburgo possono fungere solo da “conferme” dei diritti contenuti nella Costituzione: conferme, oltretutto, parcellizzate, puntiformi e, quindi, incomplete⁴⁶. La valutazione operata dalla Corte parte quindi dal presupposto che la norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell’art. 117 Cost., deve subire un’operazione di bilanciamento capace di incardinare quel principio, singolo ed isolato, nell’ordito costituzionale: in altre parole, la Corte Costituzionale assume di dover misurarsi con una valutazione, quella di Strasburgo, atomistica dei valori in gioco che necessita di essere sistematizzata per non rischiare di sottomettere le finalità di tutela dell’ordinamento alla “tirannia” di un singolo diritto⁴⁷.

In tal modo, il nostro giudice delle leggi dimostra di non aver rinunciato ai tentativi di sottomettere le interpretazioni della Corte Europea ad un’opera di bilanciamento con gli altri principi costituzionali di modo da conservare un certo margine di apprezzamento.

In questo panorama, se si vuole consolidare il criterio di “convivenza delle fonti” basato sulla massima espansione delle tutele bisognerebbe tenere in considerazione tre esigenze. La prima è quella di non disconoscere le differenze strutturali tra ordinamento comunitario e convenzionale: la non vincolatività del parere rispecchia la finalità del paradigma della Convenzione che è quella di assicurare un *minimum standard* di protezione e non quello di uniformare il contenuto delle garanzie. La seconda, strettamente legata alla prima, è quella di assicurare un circolo virtuoso di dialogo, alimentato dalle interpretazioni giudiziali: in questo, lo strumento del parere consultivo può servire alla Corte Europea per esplicitare i contorni della sostanza delle sue interpretazioni, evitando al tempo stesso di elidere qualunque possibilità di aggiustamento da parte della Corte Costituzionale. La terza, a sua volta strumentale rispetto alla seconda, è quella di sviluppare meccanismi capaci di generare quella “traslitterazione” tra i diversi alfabeti che stanno costruendo l’edificio giuridico globale⁴⁸.

Da ultimo, per quanto riguarda l’inclusione della Corte di Giustizia tra le più alte corti dell’art. 1 del Protocollo, può solo precisarsi come questa scelta, al di là del tenore letterale della norma, possa essere giustificata non solo allorquando verrà portata a compimento l’adesione dell’Unione Europea alla CEDU: infatti, a ben

⁴⁶ Cfr. Corte Cost. n. 264/2012.

⁴⁷ Cfr. Relazione SILVESTRI, p. 95. V. LAMARQUE-VIGANÒ, [Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell’adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo](#), in *questa Rivista*, 31 marzo 2014, p. 27, che indicano come la nostra Corte Costituzionale tratti i diritti enunciati a Strasburgo come semplici conferme di quanto si trovava già scritto nella Costituzione italiana e v., p. 22, ove indicano che il principio della massima espansione delle garanzie è uno strumento di cui la Costituzione si è dotata per evitare, se e quando vuole, di dichiarare incostituzionali leggi italiane già inequivocabilmente “condannate” dalla Corte di Strasburgo.

⁴⁸ INSOLERA, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell’“epoca dei giudici”*, in *Criminalia*, 2012, p. 293.

guardare, la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, quanto a contenuto delle norme relative ai diritti che sono comuni con la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, rinvia al significato convenzionale, così come elaborato dalla giurisprudenza della Corte Europea. Se, quindi, per il tramite della Carta, il contenuto della Convenzione diviene parte del diritto comunitario, gli obblighi che ne discendono non riguardano solo il giudice nazionale in sede di eventuale disapplicazione delle norme interne ma, potenzialmente, anche la stessa Corte di Giustizia. Perciò, sembra legittimo prevedere un collegamento *juge à juge*, che segue il rinvio delle fonti⁴⁹.

5. Conclusioni

I rilievi svolti permettono di formulare alcune osservazioni conclusive.

È evidente che l'efficienza del nuovo modello di giurisdizione consultiva dipenderà dal grado di adesione delle Alte Parti contraenti⁵⁰ e, conseguentemente, dalle prassi giudiziarie che ne deriveranno.

Certo è un punto: l'entrata in vigore del Protocollo XVI CEDU non può che rappresentare un passo fondamentale (se non addirittura un vero e proprio punto di svolta) per l'integrazione del diritto convenzionale nel sistema interno. Non solo: sebbene sia ancora prematuro spingersi ad avventati sguardi prospettici, pare che il progetto summenzionato sia irrimediabilmente destinato a mutare la fisionomia stessa della Corte di Strasburgo. Si effettua un passaggio da un intervento *ex post* ad un intervento *ex ante*; ciò avrà indubbi riflessi positivi sul piano dell'armonizzazione del diritto interno a quello sovranazionale, creando le possibili premesse per l'elaborazione di una vera e propria "nomofilachia europea": non parrebbe casuale, in questo senso, l'investitura esclusiva della Grande Camera quale organo che si pronuncerà in via pregiudiziale. In questo senso, sarà interessante osservare un aspetto: la funzione consultiva tenderà – pare di capire – a spostare il baricentro del tipo di giudizio svolto in sede europea: da giudice del caso concreto a giudice della legalità convenzionale; donde la ricerca di un punto di equilibrio fra le attribuzioni delle rispettive giurisdizioni. Né sarebbe da sottovalutare un ulteriore problema: se l'incidente promosso ai sensi dell'art. 1 del Protocollo XVI possa essere la sede – parimenti a quella contenziosa – per la rilevazione da parte del giudice europeo di una violazione strutturale all'interno di un ordinamento nazionale e, in caso di risposta positiva, quale efficacia discenda dalla statuizione in oggetto.

⁴⁹ ZAGREBELSKY, cit., p. 9.

⁵⁰ V. ASTA, *Il Protocollo XVI*, cit.