

## La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?\*

di Oreste Pollicino \*\*  
(2 aprile 2014)

SOMMARIO. 1. I quesiti rilevanti. - 2. Uno sguardo comparato. - 3.1. L'inclusione della Corte costituzionale italiana tra le “più alte giurisdizioni” competenti a chiedere il parere consultivo: l’“*an*”. 3.2. L'inclusione della Corte Costituzionale italiana tra le “più alte giurisdizioni” competenti a chiedere il parere consultivo: il “*quomodo*”. 4.1 Sul perché una commistione tra la dimensione consultiva e quella contenziosa rischia di peggiorare i rapporti tra Corte di Strasburgo e Corti nazionali. 4.2 ...Tanto dal punto di vista della Corte costituzionale. 4.3...Quanto da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo. 5. Sul perché, invece, una divaricazione tra il binario consultivo e quello contenzioso potrebbe essere funzionale al miglioramento del dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale.

1. È opportuno che lo Stato italiano includa anche la Corte costituzionale tra “le più alte giurisdizioni”<sup>1</sup> che, ai sensi dell’art. 10 del Protocollo 16<sup>2</sup>, dovrà identificare, al momento del deposito dello strumento di ratifica dello stesso, quali competenti a richiedere un parere alla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>3</sup>?

Se il tentativo di fornire una risposta il più possibile convincente a questa domanda è sicuramente alla base delle riflessioni che seguiranno, al fine di poter articolare al meglio quest'ultime, è imprescindibile provare a interrogarsi, nel corso del lavoro, sui seguenti quesiti, direttamente o indirettamente connessi alla domanda iniziale.

In primo luogo: si tratterà di una nuova potenzialità dialogica che, in caso di risposta affermativa (come in questa sede, per le motivazioni che si vedranno, si auspica) al quesito di partenza, potrà essere utilizzata dalla Corte costituzionale nell'esercizio di tutte le sue competenze o ci dovrebbero essere delle limitazioni al riguardo? In secondo luogo: detta potenzialità ha reali possibilità di essere utilizzata in pratica o è presumibile che se ne farà un ricorso limitato e marginale? In terzo luogo: quali differenze si potrebbero

---

\*Testo di prossima di pubblicazione anche su *Diritto dell'Unione europea*. Relazione svolta al Convegno su *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 CEDU*, tenutosi presso l'Università Bicocca di Milano il 10 Marzo 2014, i cui Atti saranno pubblicati, a cura di Elisabetta Lamarque, per i tipi della Giuffrè. Sono grato ad Antonio Tizzano, Antonio Ruggeri, Laura Montanari, Giuseppe Martinico, Vincenzo Sciarabba e Marco Bassini per i preziosi commenti sulle prime bozze del lavoro. Ogni responsabilità per errori ed omissioni, ovviamente, rimane solo a me addebitabile.

<sup>1</sup> Questo il termine utilizzato, all'art. 1, nella traduzione ufficiale italiana del Protocollo [http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol\\_16\\_ITA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_ITA.pdf). La versione inglese ufficiale, reperibile sul sito [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) fa riferimento a «Highest courts and tribunals», mentre quella francese, reperibile sul medesimo sito, «Les plus hautes juridictions».

<sup>2</sup> Ai sensi dell'art. 8 del Protocollo 16, lo stesso entrerà in vigore il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui dieci Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo. Ad oggi hanno firmato il Protocollo (ma non anche ratificato), oltre ad Italia, Armenia, Finlandia, Francia, Slovacchia, Slovenia, Olanda, San Marino, Estonia e Turchia.

<sup>3</sup> Il meccanismo previsto dal protocollo consultivo prevede la facoltà, e non l'obbligo per le “le più alte giurisdizioni” degli Stati contraenti a richiedere un parere consultivo alla Corte EDU in merito a questioni *questioni di principio* relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti della Convenzione.

osservare, sotto il profilo processuale, rispetto alla sospensione del giudizio *a quo*, tra le richieste di *opinions* alla Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito: Corte EDU) avanzate dai giudici nazionali (ivi compresa, eventualmente, la Corte costituzionale) e le domande di rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea? In quarto luogo: quali, al di là di quanto precisato nel Protocollo 16, le questioni che saranno o è opportuno che siano oggetto della richiesta da parte delle corti nazionali ritenute competenti? In quinto luogo: lo strumento che, a detta dei redattori del Protocollo 16, dovrebbe «promuovere il dialogo»<sup>4</sup> tra le corti nazionali e la Corte EDU, sarà effettivamente in grado di migliorare la qualità dell'interazione, allo stato non esattamente «idilliaca», tra quest'ultima e la nostra Corte costituzionale o rischia, paradossalmente, se inteso in un certo modo, di peggiorare le cose? In sesto e ultimo luogo: quali, in prospettiva comparata, le scelte possibili da parte degli altri Stati contraenti con riferimento alla decisione di includere le corti costituzionali tra le corti abilitate a chiedere il parere consultivo alla Corte EDU?

Si proverà a rispondere a tali quesiti non necessariamente nell'ordine indicato, ma partendo comunque da quello enunciato in apertura del presente scritto e da quello finale, relativi alla possibile inclusione, rispettivamente, della nostra Corte costituzionale e di quelle degli altri Stati contraenti, tra le «più alte giurisdizioni degli Stati contraenti», locuzione cui fa riferimento l'art. 1 del Protocollo 16.

2. Per quanto riguarda la prima questione, sembra emergere, sulla base delle informazioni disponibili, che negli altri Paesi che hanno già firmato il Protocollo vi sia una diffusa tendenza ad includere anche le corti costituzionali tra le giurisdizioni superiori competenti a chiedere il parere. Una tendenza che peraltro, da una parte, sembra graduarsi e articolarsi, come è normale che sia, diversamente da Paese a Paese, e, dall'altra, non sempre pare emergere con assoluta chiarezza.

Concentrandoci anzitutto sugli Stati che ad oggi hanno firmato il Protocollo e che hanno una Corte costituzionale, utili informazioni vengono offerte dagli orientamenti che emergono per Slovenia, Slovacchia, Francia e Turchia.

In Slovenia nessun dubbio: Corte suprema e Corte costituzionale saranno identificate dal Governo quali corti abilitate. In Slovacchia, non c'è sicurezza, per un perenne conflitto, che spesso caratterizza l'esperienza rilevante nei Paesi dell'Europa centro-orientale, come si dirà tra un momento, tra giudice delle leggi e poteri politici. In Francia il tema è dibattuto, ma l'onda anche emotiva generata recentemente del primo rinvio in via pregiudiziale avanti alla Corte di giustizia sollevato da parte del *Conseil Constitutionnel*<sup>5</sup> sembra in grado di aprire più di uno spiraglio per una lettura favorevole alla sua inclusione nel novero delle «alte giurisdizioni», unitamente alla *Cour de Cassation* e al *Conseil d'Etat*.<sup>6</sup> In Turchia

<sup>4</sup> Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, p. 2, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)

<sup>5</sup> S. Catalano, *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil Constitutionnel alla Corte di giustizia dell'Unione europea: contesto e ragioni di una decisione di non rivoluzionaria* in [www.aic.it](http://www.aic.it)

<sup>6</sup> Interessante notare che una eventuale inclusione del Conseil Constitutionnel potrebbe avere delle implicazioni non da poco sulla giurisprudenza consolidata del giudice delle leggi d'oltralpe (a partire dalla nota decisione del 15-1-1975, IVG), secondo la quale il controllo di convenzionalità della legislazione interna è sottratto allo stesso giudice ed è attribuito esclusivamente ai giudici comuni.

sembra emergere una soluzione parimenti favorevole all'inclusione della corte costituzionale fra le giurisdizioni legittimate a richiedere il parere consultivo della Corte EDU. Il governo turco pare, in particolare, voler fare leva, per supportare tale inclusione, sulla recente decisione della Corte EDU<sup>7</sup> laddove quest'ultima ha dichiarato inammissibile un ricorso di un cittadino turco in un caso in cui la questione avrebbe potuto essere deferita alla corte costituzionale (abilitata, a partire dalla riforma costituzionale turca del 2010, a ricevere anche ricorsi individuali) e, quindi, ha considerato il coinvolgimento del giudice delle leggi obbligatorio ai fini dell'esaurimento dei rimedi interni.

Riguardo agli Stati contraenti non ancora firmatari, Spagna e Germania, per le stesse ragioni relative all'identificazione dell'accesso dei singoli alla giustizia costituzionale quale rimedio effettivo ai sensi della giurisprudenza di Strasburgo, sembrano voler pervenire al medesimo intendimento di includere le rispettive corti costituzionali tra i giudici abilitati a chiedere il parere consultivo.

Si ritorni, però, per un momento, alla scelta, da parte dei redattori del Protocollo 16, di lasciare ai Paesi membri un'ampia discrezionalità (non la più ampia possibile però, perché deve trattarsi di una giurisdizione superiore) in merito alla decisione relativa all'individuazione del giudice competente a chiedere una consulenza a Strasburgo. Scelta sicuramente rispettosa del principio di sussidiarietà che dovrebbe rinforzare, almeno in apparenza<sup>8</sup>, il ruolo degli Stati «as primary defenders of human rights»<sup>9</sup> Scelta, la medesima, che però impedisce alla Corte di Strasburgo di richiamarsi, come ha fatto la sua omologa a Lussemburgo, ad un concetto di giurisdizione, prima ancora che di giurisdizione superiore, dalle caratteristiche unitarie in quanto di matrice "europea". Non solo, il rischio è anche quello di lasciare un eccessivo margine discrezionale agli Stati contraenti quanto all'effettiva identificazione di quali dovranno essere, in concreto, le corti autorizzate a chiedere il parere consultivo. Il che, fatte salve tutte le considerazioni che seguiranno sulla inopportunità di escludere le corti costituzionali dal novero delle corti competenti, lascia in ogni caso l'ultima parola al riguardo agli organi politici degli Stati membri. Situazione, questa, specialmente in una prospettiva comparata, a ben vedere, non del tutto rassicurante.

Si pensi, in particolare, agli Stati dell'Europa centro-orientale, in cui, come si è avuto modo di rilevare in altre sedi<sup>10</sup>, la cooperazione ed, a volte, persino la complicità tra corti costituzionali e Corte EDU è stata in grado di porre rimedio all'inerzia legislativa e regolamentare dei poteri politici relativa al "seguito" delle violazioni strutturali della Convenzione identificate dalla Corte di Strasburgo. Ecco, il fatto che la decisione finale circa l'inclusione o meno del giudice delle leggi tra le corti abilitate spetti esattamente a

---

<sup>7</sup> Corte EDU, 30-4-2013, ric. n. 10755/13, *Hasan Uzun c. Turchia*.

<sup>8</sup> Si dirà nel prosieguo, come il nuovo meccanismo, a dispetto del dichiarato obiettivo di ulteriormente rafforzare applicazione del principio di sussidiarietà rischia, in sostanza, di avere effetto opposto, se invece di enfatizzare, nella prassi applicativa, la sua natura consultiva gli si vorrà attribuire un carattere semi-contenzioso.

<sup>9</sup> 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*, 2014, 5 gennaio 2014, 20.

<sup>10</sup> Ci si permette di rinviare, al riguardo, a O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa ad est e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010, 184 ss.

quegli stessi organi politici che si sono visti, o in ogni caso sentiti, catturati nella “morsa virtuosa” costituita dalla rispettiva corte costituzionale da una parte e dalla Corte europea dei diritti dell’uomo dall’altra per essere costretti ad attivarsi nella adozione di quelle riforme strutturali necessarie per evitare ulteriori condanne a Strasburgo, non è molto incoraggiante.

Se ci dovesse essere una sola *chance* di escludere la possibilità di un dialogo diretto tra i due giudici già “complici” nel corso di un dialogo indiretto, è probabile che essa sarà utilizzata dagli Stati dell’Europa centro-orientale, che sono quasi sempre, esplicitamente o celatamente, ostili al prestigio e all’autorevolezza delle rispettive corti costituzionali, veri garanti della transizione e del consolidamento democratico in questi Stati.

Si aggiunga, inoltre, che il fatto che lo stesso Protocollo 16 preveda espressamente che gli Stati contraenti possano in ogni momento “cambiare idea” circa le corti da considerare competenti, rischia di rappresentare una pericolosa “spada di Damocle” gravante sui giudici costituzionali degli Stati che non hanno ancora ultimato il processo di consolidamento democratico. Giudici che sanno bene che un eccesso di attivismo potrebbe costare loro l’esclusione, “a partita in corso”, dal novero delle corti nazionali interlocutrici privilegiate a Strasburgo. Dove “attivismo”, in questo caso, è ovviamente sinonimo di mancata passività da parte degli stessi giudici rispetto alle decisioni, spesso al ribasso, con riguardo all’intensità della tutela dei diritti fondamentali in gioco, da parte dei rispettivi contraltari politici.

3.1. In Turchia, Germania e Spagna, da quanto è emerso nel paragrafo precedente, vi è dunque la tendenza a voler includere le corti costituzionali tra le più alte giurisdizioni competenti a richiedere il parere consultivo sulla base del fatto che la giurisprudenza di Strasburgo ritiene necessario il coinvolgimento del rispettivo giudice delle leggi per poter considerare esauriti i ricorsi interni. Se il criterio fatto proprio dal Protocollo 16 per identificare le corti competenti a chiedere il parere consultivo a Strasburgo si fondasse sulle medesime ragioni, ci sarebbero buoni argomenti per poter escludere la nostra Corte costituzionale dal novero delle corti “abilite”. È noto, infatti, che il giudizio di fronte a quest’ultima, escludendo un accesso individuale, non è considerato dai giudici di Strasburgo un “rimedio effettivo”, né dunque, un passaggio obbligato per poter poi rivolgersi alla Corte EDU<sup>11</sup>.

Né, nel caso di specie, sarebbe bastato affermare, come è stato peraltro autorevolmente fatto<sup>12</sup>, che, a voler considerare esclusa la nostra Corte costituzionale, in quanto legittimata a interloquire con la Corte di giustizia dell’Unione europea in sede di rinvio

<sup>11</sup> La Corte EDU, come ricorda recentemente Valentina Petralia, ha ribadito il concetto, con specifico riferimento alla questione se l’adempimento dell’obbligo del previo esperimento di tutti i ricorsi interni comporti anche la necessaria prospettazione della questione di legittimità costituzionale, qualora la violazione venga fatta dipendere direttamente dall’applicazione di una disposizione di legge, in molte decisioni, tra le quali si segnalano, in particolare, Corte EDU, 18-3-2004, ric. 42098/98, *Pezone c. Italia*, p.to 48 e, più risalente, Corte EDU, 28-7-1999, ric. 22774/1999, *Immobiliare Saffi c. Italia*, p.to 42, laddove si legge che «the Court observes that in the Italian legal system an individual is not entitled to apply directly to the Constitutional Court for review of a law’s constitutionality. Only a court trying the merits of a case has the right to make a reference to the Constitutional Court, either of its own motion or at the request of a party. Accordingly, such an application cannot be a remedy whose exhaustion is required under Article 35 of the Convention». Cfr. V. Petralia, *Profili sistematici nei rapporti tra Corte di cassazione, Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it), 13.

<sup>12</sup> A. Ruggeri, *Ragionando sui possibili sviluppi 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](http://www.rivistaaic.it), n. 1/2014, 12.

pregiudiziale, sarebbe emersa la strana posizione di una Consulta che è giudice, per utilizzare l'espressione di Antonio Ruggeri, *a corrente alternata*<sup>13</sup>. Una corte che sarebbe, in altre parole, giudice nei suoi rapporti con Lussemburgo e carente, invece, della natura giurisdizionale quando potrebbe rivolgersi a Strasburgo a norma del Protocollo 16.

Infatti, da una parte, forse non del tutto convincentemente, si sarebbe potuto obiettare che, mentre nel primo caso il modello di giurisdizione rilevante è tracciato dalla giurisprudenza dalla Corte di giustizia ed è, dunque, come accennato in precedenza, di rilevanza europea, nel secondo caso, la scelta è rimessa ai singoli Stati contraenti che possono, tra l'altro, come si è anticipato, anche decidere di cambiare idea al riguardo.

Dall'altra parte, e questa volta forse in modo più persuasivo, si sarebbe invece potuto aggiungere, sempre a voler presumere un *animus excludendi*, che, in caso di mancata inclusione della Corte costituzionale, quest'ultima avrebbe in ogni caso mantenuto la sua natura giurisdizionale sia nei suoi rapporti con Strasburgo che in quelli con Lussemburgo, ma non avrebbe potuto essere presa in considerazione ai fini del nuovo strumento dialogico contemplato dal Protocollo 16 perché, semplicemente, non giudice di ultima istanza il cui coinvolgimento è obbligato pena il mancato esaurimento dei rimedi interni e, dunque, l'irricevibilità del ricorso a Strasburgo.

Fortunatamente, però, l'equazione secondo cui la nozione di giurisdizione interna quale rimedio effettivo coinciderebbe con quella di corte competente a richiedere il parere non sembra fatta proprio dal Protocollo 16. Di più, ad escludere tale possibilità interpretativa è, a veder bene, lo stesso Rapporto esplicativo ove, testualmente, si legge che «limitare la scelta alle “più alte giurisdizioni” è coerente con l'idea dell'esaurimento delle vie di ricorso interne, sebbene una più alta giurisdizione non debba necessariamente essere una autorità alla quale presentare un ricorso per soddisfare il requisito dell'esaurimento delle vie di ricorso interne ai sensi dell'articolo 35 paragrafo 1 della Convenzione»<sup>14</sup>.

Né argomenti più convincenti a favore della possibile esclusione della Corte costituzionale potrebbero emergere dalla circostanza per cui, mentre nel Report dei Saggi del 2006<sup>15</sup> era espressamente proposto che nel testo del Protocollo si facesse riferimento, tra le corti nazionali abilitate, anche alle corti costituzionali, il giudice delle leggi non è invece nominato nella versione finale dello stesso Protocollo. Si potrebbe forse pensare, facendo riferimento al solito *animus excludendi*, che tale mancata riproposizione abbia un preciso significato? Sembra proprio di no. Non solo: è lo stesso Rapporto esplicativo al Protocollo a chiarire che il giudice delle leggi non può rimanere escluso, segnatamente dove si rileva che, in riferimento alla nozione di giurisdizione apicale, il plurale «“le più alte” invece di “la più alta” permette la potenziale inclusione di quelle autorità giudiziarie che, sebbene inferiori alla corte costituzionale o alla corte suprema, sono tuttavia di particolare rilevanza in quanto sono le “più alte” per una particolare tipologia di causa»<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> A. Ruggeri, *op. cit.*, 12.

<sup>14</sup> Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Explanatory Report, p. 2, in [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>15</sup> Report to the Committee of Ministers of the Group of Wise Persons, set up under the Action Plan adopted at the Third Summit of Heads of State and Government of the Member States of the Council of Europe (Warsaw, 16-17 May 2005) «to consider the issue of the long-term effectiveness of the ECHR control mechanism», doc. CM(2006)203, para. 135.

3.2. Una volta che, come qui si auspica, per le ragioni che si sono viste sopra, il governo italiano opererà per l'inclusione della Corte costituzionale all'interno delle corti abilitate a richiedere il parere, un secondo quesito nasce quasi spontaneo: deve essere prevista una qualche limitazione, in riferimento alle competenze proprie della Consulta, alla richiesta di una consulenza a Strasburgo? Ci sono due aspetti che andrebbero esaminati autonomamente a questo proposito. In primo luogo: qual è l'organo competente a decidere su un'eventuale limitazione? In secondo luogo (e ovviamente in via subordinata all'opportunità di configurare una limitazione): quale oggetto quest'ultima potrebbe avere? Con riguardo al primo quesito, una volta ammessa la possibilità che la Corte costituzionale possa servirsi del nuovo meccanismo consultivo, è forse opportuno che la palla passi a quest'ultima per le deliberazioni relative al campo di applicazione e modalità di esercizio della nuova facoltà attribuitale.

Con riguardo, invece, al secondo quesito, si tratta di capire, come si accennava, se sia opportuna o meno l'esclusione di un ambito di competenza particolare tra quelli propri dei giudici costituzionale, ove, evidentemente, il criterio guida non potrà che essere quello di essere in presenza di un giudizio in cui, per utilizzare la stessa espressione del Protocollo 16, vi sia una "causa pendente". Chi si è già misurato sulla questione ha acutamente sottolineato che l'unica ragionevole esclusione potrebbe essere quella relativa ai giudizi di ammissibilità sulle domande referendarie «la cui natura (appunto, quale "giudizio" in senso proprio) è – come si sa – discussa»<sup>17</sup>, ed ha prospettato tra l'altro argomenti convincenti per dimostrare l'utilità di estendere anche al giudizio di ammissibilità sul referendum la competenza della Consulta a poter interrogare la Corte europea<sup>18</sup>.

Rimanendo nell'ambito delle questioni di matrice più processualistica, altri due quesiti rilevanti attengono alle modalità con cui la richiesta di rinvio dovrebbe concretamente operare. In primo luogo, il giudizio pendente di fronte alla Corte costituzionale dovrà sospendersi? In secondo luogo, ed ovviamente in caso di risposta affermativa al primo quesito, è necessaria l'inclusione di una specifica disposizione al riguardo nella legge n. 87 del 1953? Alla prima questione sembrano esserci argomenti per potere rispondere in modo sia positivo che negativo. Sotto un primo profilo (quello favorevole alla sospensione) si potrebbe sostenere che, se da una parte, è vero che né il Protocollo 16 né il Rapporto esplicativo fanno mai un riferimento espresso alla necessaria sospensione del giudizio pendente di fronte alle più alte giurisdizioni, è anche vero, dall'altra parte, che l'unica possibilità per dare un senso alla risposta della Corte EDU (ma anche, a veder bene, all'interrogativo del giudice nazionale) è, così come accade in caso della richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che il giudice che ha fatto richiesta sospenda il giudizio in attesa del parere della Corte EDU.

---

<sup>16</sup> Così recita l'Explanatory Report, p. 2: «Highest court or tribunal» would refer to the courts and tribunals at the summit of the national judicial system. Use of the term "highest", as opposed to "the highest", permits the potential inclusion of those courts or tribunals that, although inferior to the constitutional or supreme court, are nevertheless of especial relevance on account of being the 'highest' for a particular category of case».

<sup>17</sup> A. Ruggeri, *op. cit.*, 12, nt. 47.

<sup>18</sup> *Ibid.*

Più convincentemente, sempre a supporto della opportuna sospensione, si è sostenuto<sup>19</sup>, facendo leva sulle disposizioni rilevanti del Protocollo 16<sup>20</sup>, come sia importante che la richiesta di parere alla Corte EDU non perda il suo carattere incidentale e che detto parere serva, seppur non via esclusiva, per la risoluzione del caso di fronte al giudice che ne chiede l'emanazione. In caso contrario, si argomenta ancora<sup>21</sup>, verrebbe meno l'incentivo della parte ad attivarsi a sollecitare la consulenza a Strasburgo.

Nel caso si opti, alla luce di tali argomentazioni, per la sospensione del giudizio, sembra si debba rispondere in modo tendenzialmente negativo al secondo quesito prima menzionato, che in questo caso diventa rilevante, relativo alla necessità di includere o meno una base giuridica *ad hoc* nella legge n. 87 del 1953 che disciplina, tra le altre cose, anche il funzionamento dei meccanismi alla base del processo costituzionale. Una volta ammessa, infatti, da parte della Corte costituzionale, la sua natura di giurisdizione riguardo all'utilizzo del meccanismo del rinvio pregiudiziale a Lussemburgo<sup>22</sup>, potrebbe pensarsi a un'applicazione analogica dell'art. 3 della legge 204/1958<sup>23</sup> che disciplina le modalità di rinvio da parte della giurisdizione ordinaria e speciale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Quella appena prospettata, peraltro, potrebbe apparire un'applicazione analogica un po' forzata e non ci si potrebbe stupire se, a seconda di quale sarà lo stato dei rapporti tra Strasburgo e Roma nel momento in cui il problema si porrà in concreto, i giudici costituzionali si dovessero appellare alla necessità di una previsione *ad hoc* nella legge n. [873 del 1953](#) prima di servirsi in concreto della nuova competenza attribuita.

4.1. La sospensione del giudizio, tuttavia, alla luce del testo del Protocollo e del Rapporto esplicativo, non sembra essere il percorso obbligato. La questione cruciale, a questo proposito, è capire se ci siano vantaggi effettivi nel propendere per l'opzione alternativa della mancata sospensione e se questi ultimi siano prevalenti rispetto a quelli, pur indubitabili, derivanti dall'accoglimento della soluzione favorevole alla sospensione. Uno

---

<sup>19</sup> A. Ruggeri, *op. cit.*, 11, nt. 45.

<sup>20</sup> In particolare (art. 1, c. 2) dove si stabilisce che il parere può essere richiesto «solo nell'ambito di una causa pendente» (e art. 2 c. 3) ,in cui si aggiunge che « la giurisdizione che presenta la domanda deve motivare la richiesta di parere e produrre gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente».

<sup>21</sup> A. Ruggeri, *op. cit.*, 11, nt. 45.

<sup>22</sup> Si fa ovviamente riferimento all'ord. n 103 del 15 aprile 2008 per il primo (e unico) rinvio pregiudiziale in un giudizio in via principale e all'ordi n. 207 del 18 luglio 2013 per il primo (ed altrettanto, al momento unico) rinvio pregiudiziale in un giudizio in via incidentale

<sup>23</sup> Ai sensi del quale «Ai fini dell'applicazione degli articoli 150 del Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica, 21 del Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia allegato al Trattato stesso, 177 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea e 20 del Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia allegato al Trattato stesso, gli organi della giurisdizione ordinaria e speciale emettono ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza, con cui fu sollevata la questione, dispongono l'immediata trasmissione degli atti alla Corte di giustizia e sospendono il giudizio in corso. A cura della Cancelleria, copia in carta libera della ordinanza suddetta e' inviata, insieme agli atti di causa, a mezzo di raccomandata con ricevuta di ritorno, alla Cancelleria della Corte di giustizia».

degli argomenti più convincenti per supportare tale interpretazione è quello per cui, in caso di mancata sospensione, come si diceva, non ci sarebbe alcun interesse per le parti del giudizio a chiedere l'attivazione del meccanismo consultivo.

Due sembrano essere le questioni rilevanti al riguardo. La prima in merito al punto, appena toccato, dell'asserita mancanza di un incentivo ad attivare il meccanismo consultivo per le parti in caso di mancata sospensione del giudizio; la seconda, più generale, relativa alla natura (secondo la maggior parte dei commentatori necessariamente incidentale) del parere richiesto, anche in comparazione con lo strumento, questo sì, sicuramente, di carattere pregiudiziale, del rinvio a Lussemburgo (comparazione, come si vedrà, a volte un po' forzata).

Con riferimento al primo profilo richiamato, le domande da porsi sembrano essere le seguenti: è davvero la richiesta della parte, specialmente quando coincide con la richiesta del singolo individuo, a dover essere il motore del nuovo strumento dialogico, con specifico riguardo alla giurisdizione costituzionale (oggetto di questa indagine) in cui, nel giudizio di legittimità in via incidentale, la partecipazione del singolo quale parte non è necessaria<sup>24</sup> e, in quello in via principale, è del tutto esclusa? E ancora: si potrebbe sostenere che, viste le caratteristiche del processo costituzionale, debba essere piuttosto il giudice delle leggi a farsi "parte" attiva e coinvolgere la Corte di Strasburgo, così come ha fatto del resto in occasione del primo (e unico) rinvio pregiudiziale a Lussemburgo nell'ambito di un giudizio in via incidentale<sup>25</sup>?

In riferimento alla seconda questione richiamata, essa si pone nei seguenti termini: è davvero sostenibile senza ombra di dubbio che l'atto finale, il parere della Corte EDU, sia stato pensato inequivocabilmente dai redattori del Protocollo 16 quale necessariamente incidente in modo circostanziato e definito sulla controversia oggetto del giudizio di fronte alle giurisdizioni nazionali?

Una risposta positiva sembra essere condivisa dalla maggioranza dei commentatori. E appare ragionevolmente fondata, oltre quanto già detto in precedenza, su due elementi determinanti. In primo luogo, il dato testuale del Protocollo 16 che richiede, come si è detto, che il giudice che sollecita il parere produca gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente. In secondo luogo, si fa leva su un'asserita assimilabilità del meccanismo oggetto di indagine con quello del rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, che si caratterizza, questo sì senza dubbi, per l'incidentalità della decisione della Corte di giustizia rispetto al giudizio nazionale pendente di fronte al giudice che ha operato il rinvio.

Per quanto riguarda il riferimento al dato testuale, ci sono però almeno altri due elementi che potrebbero remare in senso contrario alla natura incidentale del parere. In primo luogo, l'art. 1 del Protocollo prevede espressamente, come è noto, che siano solo le *questioni di principio* relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti della Convenzione ad essere oggetto del parere. Non può essere questa la sede per un approfondimento sul significato da attribuire alla locuzione *questioni di principio*. Per il

<sup>24</sup> R. Romboli, *Il giudizio costituzionale come processo senza parti*, Milano, 1995.

<sup>25</sup> Corte cost., ord. 207/2013, su cui ci si permette di rinviare a O. Pollicino, *From partial to full dialogue with Luxembourg: The last cooperative step of the Italian Constitutional Court*, in *European Constitutional Law Review*, 1/2014, 143 ss.



momento basterà rilevare che potrebbero essere ritenute inammissibili dalla Corte EDU quelle richieste che andassero oltre profili di principio e avessero invece un grado di concretezza tale da far sì che la risposta della Corte EDU non possa non avere un impatto specifico sulla controversia oggetto del giudizio nazionale. In secondo luogo, la *Opinion* del 2013 dei giudici di Strasburgo sul Protocollo 16 espressamente prevede che «the Court should not be called upon to review the facts or the national law in the context of this procedure. Nor is it for the Court to decide the case pending before the requesting court». Difficile che ci possa essere una pregiudizialità *stricto sensu* intesa se il giudice di Strasburgo non può essere chiamato a pronunciarsi in nessun modo sul diritto nazionale, neanche quel tanto che potrebbe essere necessario affinché il parere abbia un impatto concreto ed immediato sulla controversia oggetto del giudizio pendente, il cui background fattuale non può peraltro neanche essere preso in considerazione dalla Corte EDU.

Riguardo al secondo elemento, vale a dire l'asserita assimilazione tra la richiesta di parere a Strasburgo e il rinvio pregiudiziale a Lussemburgo, è importante fare un passo indietro, richiamando testualmente quello che si legge nel Rapporto dei Saggi, più volte menzionato, a proposito della possibile assimilazione tra il meccanismo del rinvio pregiudiziale proprio del sistema eurounitario e quello alla base dell'estensione della competenza consultiva della Corte EDU. «The introduction of a preliminary ruling mechanism on the model of that existing in the European Union was discussed. However, the Group reached the conclusion that the EU system is unsuitable for transposition to the Council of Europe. The preliminary ruling mechanism represents an alternative model to the judicial control established by the Convention, which requires domestic remedies to be exhausted. The combination of the two systems would create significant legal and practical problems and would considerably increase the Court's workload».

Questo è il punto decisivo: chi propende per la sospensione del giudizio, possibilità sulla quale si può certamente discutere, essendoci in essa degli indubbi vantaggi, sembra anche supportare una visione complessiva del nuovo strumento dialogico assimilabile, di fatto, al meccanismo pregiudiziale previsto dall'art. 267 TFEU<sup>26</sup>. D'altronde, anche la stessa Corte EDU, almeno nell'interpretazione che ha dato nel suo *reflection paper* prima richiamato, sembra parzialmente condividere questa impostazione<sup>27</sup>. Ciò nonostante, a parere di chi scrive, detta assimilazione presenta almeno due profili problematici.

Innanzitutto essa non trova un fondamento certo né nel concetto generale di *advisory competence* proprio di diritto internazionale, né nella più specifica analisi comparativa tra la competenza di tipo consultivo, propria della Corte EDU, e le competenze attribuite alla Corte di Lussemburgo, nel cui ambito sono forse più rilevanti, quale termine di comparazione più appropriato, non tanto le decisioni adottate a norma dell'art. 267 TFUE ma, per l'appunto, i pareri (seppur vincolanti) adottati ai sensi del comma 11 dell'art. 218 TFUE a proposito del procedimento di conclusione degli accordi internazionali da parte dell'Unione.

In secondo luogo, la medesima ricostruzione rischia, come si vedrà tra un momento, di fare emergere implicazioni ulteriori, ma logicamente consequenziali a detta assimilazione,

<sup>26</sup> Chi si spinge più in là di tutti negli accostamenti è P. Craigl, (*Judicial*) *Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No.16*, in *Eur. L Rev.*, 2013, 2, 229 ss.

<sup>27</sup> Corte EDU, *Reflection paper*, cit., p.to 34.

da cui può discendere un potenziale svuotamento del valore aggiunto che la disciplina del Protocollo 16 potrebbe essere in grado di avere sul miglioramento del dialogo tra corti nazionali e Corte di Strasburgo e, in particolare, tra quest'ultima e la nostra Corte costituzionale.

Riguardo al primo profilo, non ci si dilungherà in questa sede, perché si tratta di problematica più indirettamente legata alla questione oggetto di indagine. Basterà ricordare come, al di là della esplicita differenziazione prima richiamata operata dal Rapporto dei Saggi, dell'ovvia distinzione tra la dimensione obbligatoria (nei rapporti con Lussemburgo) e facoltativa (nei rapporti con Strasburgo) della richiesta, dell'altrettanto ovvia e indiscussa differente efficacia tra le decisioni emesse dalla Corte di giustizia a seguito di rinvio pregiudiziale<sup>28</sup> e i pareri che dovrebbero essere adottati dalla Corte EDU ai sensi della nuova competenza a essa attribuita<sup>29</sup>, il meccanismo previsto dall'art. 267 TFUE, si voglia più esaltare la sua natura di procedura contenziosa o quella di carattere consultivo, rimane, in ogni caso, un ibrido che non ha uguali nel diritto internazionale. Non solo, tutte le volte in cui il giudice nazionale richiede alla Corte di Lussemburgo, attraverso il rinvio pregiudiziale, di fornire un "mero parere", questa dichiara irricevibile la richiesta, in quanto la procedura pregiudiziale non serve per dare pareri o risolvere questioni ipotetiche, ma per aiutare il giudice nazionale a risolvere casi concreti<sup>30</sup>.

Il modello previsto dal Protocollo 16 è invece, al contrario, pienamente inquadrabile all'interno della *advisory competence* propria di varie corti internazionali<sup>31</sup>, ed è in quest'ambito che va analizzata l'estensione di una competenza di carattere consultivo, già presente, seppure con limiti assai significativi<sup>32</sup> nel modello convenzionale<sup>33</sup>. Estensione che sicuramente supera detti limiti di natura soggettiva (la richiesta può essere fatta solo e soltanto dal Comitato dei ministri) e oggettiva (i pareri della Corte non possono in alcun modo riguardare questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà previste

---

<sup>28</sup> Sul punto in questione si v. per tutti, G. Martinico, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come fonte di produzione normativa*, *Rivista di diritto costituzionale*, 2004, 249 ss.

<sup>29</sup> Si v. Explanatory Report, cit., p.to 27.

<sup>30</sup> Si v. per es. Corte giust., 5 febbraio 2004, C-380/01, *Schneider*, I-1389; 31 gennaio 2008, C-380/05, *Centro Europa 7*, I-349, p.to 53 in cui si dice espressamente che «La Corte non può però statuire su una questione sollevata da un giudice nazionale qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione di una norma comunitaria chiesta dal giudice nazionale non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa a qua, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure ancora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte».

<sup>31</sup> J. Schmid, *Advisory opinions on human rights: moving beyond a pyrrhic victory*, 16 *Duke J Comp & Int'L*, 45 (2006).

<sup>32</sup> Come è noto la disposizione rilevante a proposito è l'art. 47 ai sensi del quale la Corte può, su richiesta del Comitato dei Ministri, fornire pareri consultivi su questioni giuridiche relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli. 2. Tali pareri non devono riguardare questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti 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 previsto dalla Convenzione.

<sup>33</sup> J.P. Costa, P. Titiun, *Les avis consultatifs devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in J.F. Akandji-Kombé (a cura di), *L'homme dans la société internationale – Mélanges Tavernier*, Bruxelles, 2013, 605 ss.

dalla Convenzione) che caratterizzano l'ambito di applicazione del modello originario di competenza consultiva che, anche a causa di tali restrizioni, ha dato luogo, ad oggi, a solo due pareri<sup>34</sup> da parte della Corte EDU. Tale estensione, però, anche alla luce di quanto emerge dal tenore letterale del Protocollo, dal Rapporto esplicativo e dai lavori preparatori, non sembra essere in grado né di stravolgere la matrice originaria, puramente consultiva, del nuovo strumento, né di consentire un accostamento tout court di quest'ultimo al meccanismo del rinvio, questo sì per definizione pregiudiziale, alla Corte di giustizia dell'Unione europea, né di attribuire di fatto, nella prassi applicativa, alla richiesta di parere prevista dal Protocollo 16 una natura anticipatoria rispetto a un possibile contenzioso futuro fino a trasformarla, come è stato brillantemente definito<sup>35</sup>, in un ricorso in «prevenzione».

Non c'è dubbio. Il Rapporto esplicativo è chiarissimo sulla possibilità che al passaggio consultivo che si perfeziona con l'emissione del parere richiesto possa seguire un momento contenzioso successivo. «Il fatto che la Corte abbia emesso un parere consultivo su una questione sollevata nell'ambito di una causa pendente non impedisce a una parte di tale causa di esercitare successivamente il suo diritto a un ricorso individuale ai sensi dell'art. 34 della Convenzione, vale a dire che essa può comunque portare la causa dinnanzi alla Corte»<sup>36</sup>.

In primo luogo, però, l'esperimento di un ricorso individuale successivo, la cui proposizione rimane ovviamente in ogni caso possibile anche in assenza del parere della Corte EDU, non sembra in grado, a guardare il quadro normativo di riferimento, di giustificare la trasformazione della richiesta di un parere consultivo in un "ricorso in prevenzione".

In secondo luogo, anche a voler considerare tale trasformazione un'opzione percorribile in teoria, in questa sede ci si auspica che, di fatto, nella prassi applicativa, ciò non avvenga. Si ritiene infatti che una divaricazione netta tra la dimensione consultiva propria del parere e quella contenziosa del ricorso individuale a Strasburgo sia più consigliabile, con riguardo allo stato e alla possibile evoluzione dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU, tanto a guardare a tali rapporti dalla prospettiva della prima quanto dal punto di vista della seconda.

4.2. Con riferimento al punto di vista della Corte costituzionale, proviamo a capire perché detta divaricazione sia consigliabile, guardando alla giurisprudenza rilevante della Consulta. Primi di luglio dello scorso anno, sentenza n. 170 del 2013. «Pertanto, anche

---

<sup>34</sup> Corte EDU, *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* [GC], 12-2-2008; *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)* [GC], 22-1-2010.

<sup>35</sup> R. Conti, *I giudici ed il biodiritto*, Roma, 2013, 161. Anche F. Vecchio, nel paragrafo conclusivo del suo lavoro *Le Prospettive di riforma della Convenzione tra limiti tecnici e cortocircuiti dialogici*, in Osservatorio Associazione italiana dei costituzionalisti, novembre 2013, 7, sembra fare emergere la possibilità di una convergenza tra il binario consultivo e quello contenzioso.

<sup>36</sup> Explanatory Report, cit., par. 26. La connessione è enfatizzata anche dal periodo successivo dove si legge che «tuttavia, laddove un ricorso venga proposto successivamente all'emissione di un parere consultivo della Corte che sia stato effettivamente osservato, si ritiene che tali elementi del ricorso che riguardano le questioni affrontate nel parere consultivo debbano essere dichiarati irricevibili o debbano essere comunque stralciati».

quando vengono in rilievo, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost. norme della CEDU, la valutazione di legittimità costituzionale “deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate”, in quanto “un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative [...] rischia di condurre, in molti casi, a esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela” (sent. n. 1 del 2013). Altrimenti detto, questa Corte opera una valutazione “sistemica e non frazionata” dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, effettuando il necessario bilanciamento in modo da assicurare la «massima espansione delle garanzie» di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca (sentt. [n. 85 del 2013](#) e n. 264 del 2012)».

Dopo aver fatto bella mostra, in questo modo, di uno dei pezzi più pregiati<sup>37</sup> del “repertorio” relativo all'arsenale argomentativo, ormai consolidato, finalizzato al temperamento del vincolo all'osservanza incondizionata all'interpretazione della Convenzione EDU così come vivente nella giurisprudenza della Corte EDU, i giudici costituzionali segnano, nella soluzione finale del caso, un'attenuazione della conflittualità dialettica che li ha visti contrapposti ai loro omologhi a Strasburgo. E lo fanno, in particolare, riducendo di molto il livello dello scontro circa la valutazione di conformità convenzionale delle leggi italiane di interpretazione autentica.

I giudici costituzionali, infatti, pervengono, in sostanza, a una conclusione antitetica rispetto a quella raggiunta dagli stessi nel momento, forse, di maggiore intensità di detto scontro. Il pensiero, al riguardo, non può che correre alla sent. 264 del 2012, allorché, per l'appunto, il riferimento alla “a quel tempo”, ancora nuova strategia argomentativa relativa alla “valutazione sistemica” dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, contrapposta alla valutazione invece “isolata” della Corte EDU, in combinazione con la già praticata, a quel tempo, da almeno un triennio<sup>38</sup>, tecnica in qualche modo assimilabile a quella del *distinguishing*, aveva permesso di fatto alla Consulta di rifiutarsi, evitando lo scontro frontale, di trarre le conseguenze provenienti, nei termini di incostituzionalità di una norma di interpretazione autentica, dalle indicazioni unanimi di una consolidata giurisprudenza di Strasburgo. Ebbene, nella decisione 170 del 2013 prima citata la Corte costituzionale, riproponendo, come si è detto, quasi tutto il repertorio argomentativo rilevante, senza dare peraltro in nessun modo l'idea di abdicare alla sua *best position* nella valutazione del margine di apprezzamento e di autonomia interpretativa rispetto agli orientamenti di Strasburgo, annulla una legge di interpretazione autentica (anche) perché in contrasto con la giurisprudenza rilevante di Strasburgo.

La domanda nasce spontanea a questo punto: nel caso in cui il Protocollo 16 fosse già entrato in vigore quando il caso oggetto della decisione n. 170 del 2013 approdava alla Consulta, e una parte costituitasi nel giudizio in via incidentale di fronte a quest'ultima avesse invitato i giudici costituzionali a chiedere un parere alla Corte EDU, inteso quale “ricorso in prevenzione” con le caratteristiche che prima si sono sottolineate, circa la valutazione della conformità a Convenzione di una delle opzioni interpretative a disposizione della Corte per la risoluzione del quesito di costituzionalità, cosa sarebbe

---

<sup>37</sup> Il riferimento è evidentemente al criterio della tutela più intensa e della massima espansione delle garanzie declinato attraverso l'enfasi dicotomica del rapporto tutela parcellizzata versus tutela sistemica dei diritti fondamentali.

<sup>38</sup> Almeno a partire dalla sent. 311/ 2009.

successo? Bene, a nostro avviso la Consulta avrebbe, molto probabilmente, declinato l'invito: perché mai mettersi nella scomoda posizione di ricevere dalla Corte EDU un parere non vincolante in teoria ma che di fatto, se disatteso, farebbe emergere un scontro frontale con gli omologhi di Strasburgo, e se invece accolto, impedirebbe, in sostanza, ai giudici costituzionali di discostarsi dalla impostazione interpretativa della Corte di Strasburgo?

In altre parole, se la richiesta di *opinion* nella prassi applicativa dovesse essere interpretata quale "ricorso in prevenzione", entrambi i corni dell'alternativa per la Corte costituzionale non sarebbero certamente di incentivo per quest'ultima per fare un concreto uso della nuova competenza. Da una parte, infatti, nel caso in cui l'*opinion* sia disattesa, si prospetta uno scontro frontale, con annesso innalzamento della tensione interordinamentale, con la Corte EDU; dall'altra, nell'ipotesi in cui l'*opinion* sia invece fatta propria, la via obbligata sembra quella di un restringimento, fino a un azzeramento sostanziale, dei margini interpretativi di manovra che la stessa Corte si è a fatica ritagliata attraverso un utilizzo costante delle tecniche argomentative prima richiamate.

Se tutto questo è vero, o quanto meno verosimile, sembra assai probabile che, laddove la nuova opportunità dialogica prevista dal Protocollo 16 dovesse essere intesa dalle parti in causa (e dalle corti "dialoganti") quale strumento in qualsiasi modo anticipatorio, in caso di discostamento dal parere, di una lite successiva ovvero quale "primo grado" il cui appello si giocherebbe poi a Strasburgo, è molto difficile che la Corte costituzionale -seppur in teoria, come ci si auspica, inclusa tra le corti competenti- si serva, di fatto, con continuità, del nuovo meccanismo consultivo.

E come potrebbe essere altrimenti? Chi ha indagato con acutezza gli orientamenti non sempre, a dire il vero, immediatamente decifrabili e, soprattutto, facilmente pronosticabili della giurisprudenza della Corte costituzionale nei suoi rapporti con la Corte EDU, è pervenuta a una conclusione che credo sia difficilmente confutabile: «l'intento che muove la Corte costituzionale italiana è quello di farsi, ancora prima che ago della bilancia, bilancia essa stessa». Vale a dire che, per riprendere ancora testualmente la bella immagine evocata da Elisabetta Lamarque, la nostra Corte si presenta «quale l'unico 'contenitore' adatto a raccogliere tutti i diritti di differente origine e tutti i valori in gioco al fine di consentirne una reale integrazione, e quindi pretende di essere considerata l'unico giudice dotato degli elementi necessari per decidere il punto di equilibrio migliore tra di essi»<sup>39</sup>.

Perché rinunciare a tale ruolo privilegiato per assecondare una possibile "interferenza", a giochi non ancora fatti, da parte della Corte EDU, sul merito della controversia?

Molto più consigliabile tenersi strette le più volte richiamate tecniche argomentative che, se è verissimo, come è autorevolmente stato sottolineato, con specifico riferimento alla formula per cui la Consulta si ritiene vincolata solo nella sostanza alla giurisprudenza di Strasburgo, che «di fatto si traducono nel dare il destro alla Corte per far luogo a vistose selezioni e manipolazioni della giurisprudenza europea»<sup>40</sup>, sono, proprio per questo, assai

<sup>39</sup> E. Lamarque, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale ed internazionale nella tutela dei diritti*, in corso di pubblicazione in *Diritto Pubblico*, 3/2014.

<sup>40</sup> A. Ruggeri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in A. Ruggeri, «Itinerari» di una ricerca sul sistema delle fonti, Vol. 16, *Studi dell'anno 2012*, Torino, 2013, 545 ss, 551.

utili a mantenere ben saldo nelle mani (libere) della Consulta il ruolo di “ago” e di “bilancia”, cui prima si è fatto cenno, e, allo stesso tempo, a evitare uno scontro frontale con la Corte EDU.

Ovviamente lo stesso problema, forse addirittura amplificato, ci sarebbe per le altre corti superiori che saranno dichiarate competenti e il cui discostamento dal parere della Corte EDU (a patto, lo si ribadisce, di intendere la richiesta di consulenza quale “ricorso in prevenzione”), con ogni probabilità, costituirebbe la prima linea argomentativa alla base del vero (e unico) ricorso che potrebbe seguire a Strasburgo. Ricorso che si trasformerebbe, in sostanza, in un appello nei confronti della decisione del giudice nazionale di non uniformarsi al parere, solo in teoria, se inteso in questo modo, non vincolante, della Corte EDU.

4.3. Come si accennava poco prima, peraltro, a sconsigliare che la nuova opportunità dialogica offerta dal Protocollo 16 si caratterizzi, nella prassi applicativa, per “un’iniezione” di concretezza o, che dir si voglia, per una attenuazione del carattere consultivo originario avente esclusivamente per oggetto “questioni di principio”, non è soltanto una prospettiva di indagine che guardi al rapporto tra Corte EDU e corti nazionali, e corte costituzionale *in primis*, attraverso il punto di vista di quest’ultima. La stessa cautela volta a evitare che la richiesta di una consulenza a Strasburgo diventi, di fatto, un ricorso in prevenzione, emerge anche guardando al rapporto da una prospettiva non domestica, ma sovranazionale, che coincide, in sostanza, con l’equilibrio tra le istanze di *constitutional* e *individual justice* che si ritiene possa essere più coerente rispetto al modello di tutela convenzionale in via di consolidamento, anche alla luce dell’adozione del Protocollo 16.

Si tratta, evidentemente - essendo la prospettiva di indagine caratterizzante questo scritto quella che guarda al possibile impatto del nuovo meccanismo consultivo sullo stato dei rapporti tra corti europee e corti nazionali, focalizzandosi sulla posizione di quest’ultime, e in particolare, della Corte costituzionale - di una questione che può essere solo sfiorata in questa sede, ripromettendosi di approfondirla altrove.

Se si volesse riassumere in due parole (anzi in tre) l’idea alla base della conferenza intergovernativa di Brighton, cantiere in cui ha iniziato a prendere forma il Protocollo 16 e ad acquistare sostanza l’idea di estendere la competenza di carattere consultivo in capo alla Corte EDU, potrebbero forse essere le seguenti: “apologia della sussidiarietà”. Il che non può stupire, se si pensa che a condurre i negoziati che hanno portato all’accordo sul testo del Protocollo è stato il Regno Unito, cioè il paese che, tra i quarantasette membri del Consiglio d’Europa, è da sempre quello più ossessionato dal timore che il meccanismo di tutela previsto a Strasburgo non sia rispettoso del principio di sussidiarietà e dalla necessità che detto meccanismo entri in gioco solo e soltanto laddove gli Stati contraenti, a cui spetta, come si ricordava in apertura, il ruolo di “primary defenders of human rights” non riescano a fornire una tutela adeguata dei diritti fondamentali in gioco.

Concretizzazione lampante di tale ossessione è costituita, da una parte, dalla voluta codificazione del necessario rispetto del margine di apprezzamento, prevista dal “cugino” Protocollo 15, e dall’altra, dal riferimento inequivocabile, nel preambolo dello stesso Protocollo 16, al fatto che le nuove modalità di interazione tra Corte EDU e corti nazionali debbano declinarsi nel rispetto del principio di sussidiarietà.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Testualmente nel preambolo si legge «Considerato che l’estensione della competenza della Corte ad emettere pareri consultivi permetterà alla Corte di interagire maggiormente con le autorità nazionali, consolidando in tal modo

Ora, se alla richiesta di consulenza, e conseguentemente all'opinione resa a seguito di questa richiesta, fosse attribuita effettivamente, nella prassi, quella concretezza e quella natura di "ricorso in prevenzione" di carattere anticipatorio rispetto ad un possibile contenzioso futuro a Strasburgo, si verrebbe ad un risultato quanto mai paradossale. Un vero e proprio stravolgimento rispetto alle intenzioni dei redattori del Protocollo 16 in forza del quale l'atteggiarsi concreto del nuovo strumento non solo non sarebbe conforme al principio di sussidiarietà ma - consentendo di fatto l'entrata in gioco, nell'arena contenziosa ancora non chiusa a livello nazionale, e con effetti tangibili sulla controversia oggetto del giudizio, della Corte EDU - costituirebbe esplicita negazione di detto principio e di quello, ovviamente correlato, del previo esperimento di tutti i rimedi giurisdizionali interni.

Per non parlare, poi, di un altro obiettivo alla base dell'adozione del Protocollo 16 che non sarebbe centrato a inquadrare in chiave contenziosa il nuovo strumento consultivo. Invece di contribuire a ridurre la mole di ricorsi sotto il cui peso sta ormai affondando la Corte di Strasburgo, la trasformazione della richiesta di parere in "ricorso in prevenzione", rischierebbe di produrre esattamente l'effetto contrario di un ulteriore aggravamento della mole del contenzioso da smaltire per la Corte EDU.

Alla luce delle considerazioni che si sono svolte, sembra emergere in maniera evidente che, a guardare all'interazione tra Corte EDU e corti nazionali, Corte costituzionale in testa, tanto dal punto di vista proprio di quest'ultima, quanto da quello della Corte EDU e del suo ruolo giocato nel sistema di tutela convenzionale che si sta consolidando in forza delle ultime riforme, è consigliabile che la richiesta di consulenza e l'opinione emessa dalla Corte a seguito di detta richiesta non travalichino in alcun modo, nella prassi, i confini della competenza di natura, in senso stretto, consultiva nel cui contesto va calata la previsione del nuovo meccanismo, e che il minore possibile sia il livello di concretezza del parere con riferimento specifico alla sua idoneità a incidere sulla controversia oggetto della causa. Da questo punto di vista, più la nuova competenza consultiva acquisisce una caratterizzazione autonoma rispetto alla dimensione contenziosa del ricorso individuale, meglio è per il possibile impatto del nuovo strumento sul dialogo tra Corte EDU e corti nazionali, Corte costituzionale in testa. E ancora una volta: tanto alla luce di una prospettiva interna, quindi dal punto di vista della Corte costituzionale, quanto di una prospettiva sovranazionale, quindi dal punto di vista dei giudici di Strasburgo.

5. Con riguardo alla prospettiva interna, un parere che non incida direttamente sulla controversia oggetto del giudizio pendente in sede nazionale, se potrebbe, forse, non interessare alle parti (eventuali) in detto giudizio, sarebbe invece molto più "appealing" per la Corte costituzionale, che potrebbe ricevere dalla Corte EDU delle linee guida di natura interpretativa senza rischiare di ritrovarsi in quello scomodo dilemma, prima approfondito, tra scontro frontale con Strasburgo, in caso di parere disatteso, e azzeramento dei margini di manovra, nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia invece fatto proprio. A maggior ragione, il medesimo incentivo sembra poter valere per le altre corti nazionali ritenute competenti, che potrebbero sentirsi molto più libere di dialogare direttamente con Strasburgo, senza temere che il coinvolgimento della Corte EDU si riveli un pericoloso boomerang, e si fa ovviamente alla più volte evocata possibile trasformazione della richiesta di consulenza,

---

l'attuazione della Convenzione in conformità al principio di sussidiarietà». Un'analisi del contenuto del protocollo 15 e 16 che identifica quale prospettiva privilegiata di osservazione proprio l'intento, da parte del Comitato dei Ministri di consolidare l'applicazione nei rapporti tra la Corte europea e le autorità nazionali, del principio di sussidiarietà si rinviene ora in N. Sudre, *La subsidiarité, «nouvelle frontière» de la Cour européenne de droits de l'homme. A propos de protocoles 15 e 16 à la Convention*, in *La semaine juridique*, octobre 2013, 1085 ss.

nei fatti, in ricorso preventivo a cui seguirebbe una sorta di appello a Strasburgo, nel caso in cui il giudice nazionali si discosti dal parere.

Ma, a ben guardare, come si accennava, la possibilità che, con l'entrata in vigore del Protocollo 16, si sviluppi un filone giurisprudenziale di carattere eminentemente consultivo, parallelo a quello di natura contenziosa e con il minor rischio possibile di incrocio con quest'ultimo, sembra poter rappresentare una opportunità anche, da una prospettiva sovranazionale, per la Corte EDU e la sua continua ricerca della giusta alchimia, nel suo ruolo di garante paneuropeo dei diritti fondamentali, tra *individual justice* e *constitutional justice*.

Assai in sintesi, ripromettendosi di approfondire ulteriormente la questione, alla Corte EDU si presenta, per la prima volta, l'opportunità di poter sviluppare un filone giurisprudenziale, attraverso l'adozione dei pareri resi ai sensi del meccanismo consultivo previsto dal Protocollo 16, di chiarificazione e esplicazione dei nodi interpretativi più delicati relativi, per l'appunto, alla interpretazione della Convenzione e alla sua applicazione da parte degli organi, politici e giurisdizionali, degli Stati contraenti.

Il contenzioso derivante dall'esperimento del ricorso individuale, per quanto possa staccarsi dal caso specifico origine dalla controversia, non senza, peraltro, un mal celato disagio da parte degli organi giurisdizionali e politici degli Stati contraenti, per incidere su questioni più generali e sistemiche, non può che rimanere, per forza di cose, parzialmente schiacciato sulle ragioni del singolo caso. Ecco, allora, che la nuova facoltà di potersi pronunciare *esclusivamente*, come sembra evidente dal tenore letterale del Protocollo, su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti della Convenzione, potrebbe consentire, finalmente, alla Corte di Strasburgo, di definire dei test di portata generale sulla coerenza e prevedibilità/continuità diacronica (e sincronica, interna alla stessa pronuncia) della propria giurisprudenza, come fa da tempo la Corte di Lussemburgo grazie, e in questo caso la comparazione sembra appropriata, al meccanismo del rinvio pregiudiziale.

In altre parole, la possibilità di sganciarsi finalmente dall'esigenza di garantire, in ogni caso, un'*individual justice*, potrebbe consentire alla Corte EDU di concentrarsi, esclusivamente, su questioni interpretative e applicative della Convenzione che hanno più a che fare con lo sviluppo di una teoria di *constitutional justice*. E tutto questo in una sede processuale "dedicata", quindi senza timore di accuse, per altro spesso fondate, di aver snaturato, a causa di una crescente aggressività interordinamentale, il fine ultimo (e originario, a guardare i lavori preparatori) del giudizio che si incardina sulla base dell'*individual application*, vale a dire quelli di garantire la giustizia del caso singolo. Il che, attraverso il ricorso a un approccio argomentativo ed esplicativo della Convenzione con intenti didascalici e pedagogici nei confronti, specialmente (ma non solo) del giudice di rinvio e grazie a un «judicial style which explains as it declares the law»<sup>42</sup> potrebbe portare ai seguenti risultati positivi.

Ciò consentirebbe, in primo luogo, di realizzare effettivamente una reale deflazione del contenzioso a Strasburgo, in quanto i giudici nazionali disporrebbero di test di prevedibilità meno approssimativi circa gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, con particolare riferimento all'utilizzo del margine di apprezzamento, senza incidere negativamente, a patto, come qui ci si auspica, di non considerare obbligatoria la

---

<sup>42</sup> Il compianto Federico Mancini ha utilizzato questa espressione per descrivere l'attitudine pedagogica nei confronti dei giudici nazionali da parte della Corte di giustizia nel suo periodo glorioso. Cfr. F. Mancini, *Attivismo e autocontrollo nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di Diritto europeo*, 1990, 233.



sospensione del giudizio, sulla (ir)ragionevole durata dei nostri processi. In secondo luogo, di favorire un ulteriore, più armonioso e soggetto a minor tensione interordinamentale, consolidamento dell'efficacia *erga omnes* di *res interpretata* delle decisioni della Corte EDU. In terzo luogo, di realizzare quell'obiettivo del Protocollo 16, cui fa riferimento il rapporto esplicativo, «di potenziare il ruolo costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo», senza però contestualmente amplificare, come fino a oggi è troppo spesso avvenuto, le collisioni di natura costituzionale tra Strasburgo e giudici degli Stati membri, ma, anzi, attenuandone la portata. In quarto luogo, di fare anche delle più alte giurisdizioni degli Stati membri, Corte costituzionale inclusa, finalmente, a tutti gli effetti, dei giudici decentrati della CEDU.

| \*\* Professore Associato di diritto pubblico comparato, Università Bocconi di Milano  
|