

Un'altra *cerniera* tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU*

di Giusi Sorrenti**
(8 luglio 2014)

SOMMARIO: 1.1. Il parere consultivo: nato per la sussidiarietà, potrebbe ritorcersi contro di essa... - 1.2. ... secondo la posizione prescelta tra le due opzioni interpretative in campo. - 2. Il principale pericolo per la sussidiarietà (l'obiezione che il parere si trasformi in un'anticipazione del ricorso individuale) e il suo superamento. - 3. Gli argomenti decisivi a favore della strumentalità del parere nei confronti della causa nazionale pendente. - 4. Impiego legittimo e natura dell'*advisory jurisdiction*. - 5.1. Conclusioni: Prot. n. 16 e rispetto della sussidiarietà. - 5.2. Prot. n. 16 ed effetto deflattivo. - 5.3. Prot. n. 16 e dialogo tra le Corti.

1. *Il parere consultivo: nato per la sussidiarietà, potrebbe ritorcersi contro di essa*

L'adozione del Protocollo n. 16 sull'introduzione della procedura di parere consultivo in capo alla Corte di Strasburgo fa già molto discutere, prima ancora che esso entri in vigore, né che si sappia se ciò mai accadrà, posto che l'acquisizione di efficacia è subordinata dall'art. 8, par. 1 alla ratifica effettuata da dieci Alte Parti contraenti e nessuna ratifica è fino a questo momento sopraggiunta. Il dibattito pertanto, allo stadio attuale, si muove ancora tanto sul piano *esterno* al Protocollo, o *de iure condendo*, che concerne l'opportunità politica di introdurre un simile congegno, quanto sul piano *interno*, o *de iure condito* (presupponendo l'entrata in vigore dell'atto), concernente l'analisi della natura e della funzionalità dell'istituto come pensato dai suoi ideatori. In queste osservazioni, non ci si occuperà del punto di vista esterno o critico nei confronti degli autori del documento, ma ci si muoverà esclusivamente sul secondo piano indicato.

A questo livello, diversi sono i profili discussi del nuovo istituto: tra essi un posto di rilievo occupa il confronto con la procedura di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE, che, sebbene abbia potuto ispirare la previsione della nuova competenza, tuttavia occorre tenere distinta da quest'ultima, date le differenze radicali che connotano i rapporti instaurati tra le rispettive giurisdizioni sovranazionali e le giurisdizioni domestiche nell'ordinamento U.E., da una parte, ed in quello convenzionale, dall'altra; altresì, grande importanza assume la determinazione degli effetti da anettere al

* Contributo destinato agli Atti del 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*, svoltosi a Milano-Bicocca il 10 marzo 2014, a cura di E. Lamarque, in corso di stampa per i tipi della Giuffrè.

parere reso dalla Corte edu a conclusione della procedura, posto che esso è espressamente previsto come non vincolante¹.

Lo specifico profilo problematico oggetto della presente analisi – che costituisce una delle incertezze principali e di più urgente risoluzione tra quelle emergenti dalla lettura del Protocollo – consiste però nel corretto modo di intendere la relazione che intercorre tra la procedura di parere consultivo richiesto alla Corte edu e la proposizione del ricorso individuale: diversi elementi, contenuti nel testo del Protocollo e negli atti che ne hanno accompagnato o seguito la stesura, concorrono infatti a rendere particolarmente oscuro questo aspetto. La sua compiuta comprensione è tuttavia determinante per assicurare la salvaguardia di uno dei tratti costitutivi del sistema di protezione Cedu dei diritti umani, *id est* il principio di sussidiarietà, come criterio che presiede all'azione della Corte di Strasburgo quale giurisdizione esclusiva di controllo del rispetto degli obblighi convenzionali da parte degli Stati aderenti.

Tra i suddetti elementi, precisamente, vengono in considerazione: 1) la disposizione di cui all'art. 1, par. 2, Prot. n. 16, a norma della quale la facoltà di richiedere pareri potrà essere esercitata esclusivamente nell'ambito di una causa *pendente* davanti alle più alte giurisdizioni; 2) la preoccupazione – emergente dal *Documento di riflessione* sulla proposta di estendere la competenza consultiva della Corte² – che la sua introduzione possa incidere negativamente sulla lunghezza dei giudizi interni; 3) l'affermazione, rinvenibile nel *Rapporto esplicativo* che ha accompagnato l'adozione del Protocollo, secondo cui detti pareri «s'inseriranno tuttavia nella giurisprudenza della Corte, accanto alle sue sentenze e decisioni. L'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli contenuta in tali pareri consultivi è analoga negli effetti agli elementi interpretativi esposti dalla Corte nelle sue sentenze e decisioni»³.

1 Art. 5, Prot. n. 16: «I pareri consultivi non sono vincolanti».

2 V. *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction*, rinvenibile in http://www.coe.int/t/dgi/brighton-conference/documents/Court-Advisory-opinions_en.pdf, par. 11 e 12.

3 Il *Rapporto esplicativo* è disponibile in http://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf, punto 27 (commento all'art. 5) (trad. mia). Da notare che l'equiparazione degli effetti del parere è prevista rispetto agli "elementi interpretativi" contenuti nelle pronunce della Corte edu.

Sugli effetti in generale di tali pronunce, invece, v. B. RANDAZZO, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli, ESI, 2006, 295 ss.; E. CANNIZZARO, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e art. 117, 1° comma, Cost.*, in *Riv. dir. internaz.*, 2010, 128 ss. e M. LAZAROVA TRAJKOVSKA, *Ways and means to recognize the interpretative authority of judgement against other States, discours prononcé lors de la conférence sur "The principle of subsidiarity" tenue à Skopje*, 1-2 ottobre 2010, in *Contribution to the Conference on the Principle of Subsidiarity*, rinvenibile in http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20101125_skopje.pdf e, da ultima, D. TEGA, *International constitutionalism and human rights: the erga omnes effects of the ECtHR decisions and the national legal system*, relazione al Panel "The Europe of Courts" tenutosi nell'ambito della Conferenza inaugurale dell'ICON-S "Rethinking the Boundaries of Public Law and Public Space", Firenze 26-28 giu.

1.1. ... secondo la posizione prescelta tra le due opzioni interpretative in campo

È evidente, dinanzi a questo scenario, come si ponga all'interprete una prima basilare opzione tra due ipotesi di lettura alternative: a) se il parere possa essere impiegato già dalle più alte giurisdizioni per la definizione del giudizio pendente dinanzi ad esse⁴ (giustificandosi perciò la sospensione di quest'ultimo) ovvero b) se il chiarimento della questione interpretativa fornito dalla Corte debba spiegare i suoi effetti solo *pro futuro*, senza incidere sul processo che pende dinanzi all'autorità giurisdizionale richiedente (di cui dunque non si giustificerebbe la sospensione). Resta fermo che, anche ad accedere alla prima ipotesi, in nessun caso la risoluzione della controversia deferita all'alta giurisdizione nazionale dovrebbe costituire l'*oggetto* diretto della richiesta di *advisory opinion* formulata dal giudice domestico, posto che questa risulterebbe altrimenti, com'è desumibile in modo inequivocabile dall'art. 1, par. 1, Prot. n. 16, irricevibile. Ancora più esplicitamente allora, il dubbio che si pone consiste nel chiedersi: a¹) se dalla risoluzione della questione interpretativa generale data dalla Corte di Strasburgo l'alta giurisdizione interpellante possa *da subito* ricavare indicazioni per la decisione della controversia pendente o b') se possa avvalersene (unitamente alle altre istanze giurisdizionali) solo per decidere in futuro casi analoghi, assumendo il giudice interno solo il ruolo di evidenziare potenziali problemi interpretativi ancora insoluti nella giurisprudenza di Strasburgo ed il caso pendente dinanzi ad esso mero valore esemplificativo della loro sussistenza.

Per districare il nodo delle previsioni e delle indicazioni sul profilo segnalato, che appaiono a prima lettura contraddittorie, e tentare di chiarire in maniera quanto più possibile soddisfacente l'apparente enigma, occorre assumere, come punto di partenza dell'indagine e quale criterio-guida essenziale nella comprensione della nuova procedura, l'allarme che il *Report of the Group of Wise Persons* presentato al Comitato dei Ministri⁵ ha lanciato, avvertendo le istituzioni del Consiglio d'Europa dell'esplosione di ricorsi dinanzi alla Corte edu, fenomeno in grado di incidere in maniera gravemente negativa sul funzionamento del sistema convenzionale. Il Gruppo dei Saggi – istituito ai sensi del Piano di Azione adottato al Terzo Vertice dei Capi di Stato e di Governo degli

2014, in *paper*.

⁴ Posto che, ai sensi dell'art. 1, par. 2, Prot. n. 16, «La giurisdizione che presenta la domanda può chiedere un parere consultivo solo nell'ambito di una causa pendente dinanzi ad essa».

⁵ Reso nel corso del Meeting 979bis, CM(2006)203, il 15 Novembre 2006 e rinvenibile in <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063779&Site=CM>.

Stati Membri del Consiglio d'Europa (Varsavia, 16-17 maggio 2005) «per esaminare la questione dell'efficacia a lungo termine del meccanismo di controllo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» – ha concluso precisamente che «sarebbe utile introdurre un sistema in virtù del quale le autorità giudiziarie interne possano richiedere pareri consultivi della Corte su questioni giuridiche relative alla interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, al fine di promuovere il dialogo tra le autorità giudiziarie e di potenziare il ruolo “costituzionale” della Corte. Le richieste di parere, che sarebbero presentate solo dalle corti costituzionali o dalle giurisdizioni di ultima istanza, sarebbero sempre facoltative e i pareri emessi dalla Corte non sarebbero vincolanti».

È in conformità alla ricercata finalità deflattiva⁶ poi che, facendo seguito alle *High-level Conferences* di Izmir e Brighton sul futuro della Corte (rispettivamente del 26-27 aprile 2011 e del 19-20 aprile 2012)⁷, il richiamato *Reflection Paper* ha delineato gli obiettivi e le implicazioni della procedura, differenziandola nettamente dalla funzione consultiva già esistente ai sensi degli artt. 47-49 CEDU⁸.

In nome della stessa finalità la *Steering Committee for Human Rights* del Consiglio d'Europa ha ricevuto infine l'incarico di redigere il documento, oggi concretizzatosi nel testo del Protocollo n. 16, pubblicato il 31 ottobre 2012 e aperto alla firma il 2 ottobre dell'anno successivo.

Ma a questa finalità pratica – e in stretta concordanza con essa – se ne aggiunge un'altra, che è quella di ridurre l'intervento che la Corte effettua nell'ambito della giurisdizione contenziosa, riaffermando la primarietà degli Stati

6 «Among the proposed new filtering mechanisms to alleviate the Court from its overflowing docket was the introduction of “advisory opinions” which the domestic courts could request from the ECtHR. This new procedure was intended not only to strengthen the judicial dialogue between the domestic courts and Strasbourg, but also to emphasise the Contracting Parties’ primary responsibility to protect human rights thus relieving the ECtHR from further surges in individual applications»: P. GRAGL, *(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. Law Rev.*, (38)2013, 2.

7 Su cui v. B. CONFORTI, *Osservazioni sulla Dichiarazione di Brighton*, in *DUDI*, 3/2012, 649 ss.; G. RAIMONDI, *La Dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2012, 25 sett. 2012 (che si sofferma in particolare sulle proposte elvetico-britanniche, richiamando la *sunset clause* ovvero la perenzione dei giudizi allo spirare di un certo lasso temporale); F. TULKENS, *La Cour européenne des droits de l'homme et la Déclaration de Brighton: oublier la réforme et penser l'avenir*, in *CDE*, 2012, 305 ss.; R. SAPIENZA, *L'equilibrio fra ricorsi interni e ricorsi internazionali nel processo di riforma del sistema della Convenzione europea dei diritti umani dopo la Dichiarazione di Brighton*, in *www.sioi.org/media/Rivista%20/*, 2013, 309 ss.; C. ZANGHÌ, *I progetti di protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2013, 24 ss.

8 Procedura sottoposta a limiti talmente restrittivi da essere stata impiegata fino ad oggi in uno sparuto numero di casi.

nel perseguimento del compito di protezione dei diritti con rispetto per gli obblighi internazionali⁹. La consulenza d'interpretazione richiesta, infatti, esplica un ruolo di orientamento nei confronti dei Paesi contraenti, che consente di riportare nell'ambito degli ordinamenti nazionali la tutela giuridica dei diritti, assicurando che questi rispettino da sé, fisiologicamente, la Convenzione, senza ricorrere al controllo esterno affidato ai giudici europei. Precisamente, nella Dichiarazione finale della Conferenza di Izmir si afferma che l'introduzione dell'*advisory opinion* «*would help clarify the provisions of the Convention and the Court's case-law, thus providing further guidance in order to assist States Parties in avoiding future violations*».

Lo strumento progettato, quindi, si inserisce appieno entro lo schema della sussidiarietà che presiede al coordinamento tra sistema di protezione dei diritti nazionale e sistema di protezione dei diritti convenzionale¹⁰. L'istituzione di una simile funzione mira anzi a rafforzare tale schema e non al contrario a indebolirlo o incrinarlo, come potrebbe pensarsi dinanzi ad una procedura che metta la Corte di Strasburgo in condizione di dialogare con i giudici nazionali *nel* corso della definizione di controversie nazionali in cui è in gioco la tutela dei diritti. Una conferma squisitamente procedurale dell'intento di ribadire il ruolo primario vantato dagli Stati nella materia è ad esempio desumibile dalla natura squisitamente facoltativa della richiesta di parere consultivo, nonché correlativamente dalla possibilità per l'autorità che ha emesso la richiesta di ritirarla successivamente¹¹.

A fronte delle intenzioni di sottolineare il compito primario e "in prima battuta" di garanzia dei diritti spettante agli Stati e di riservare alla Corte ed un ruolo di controllo esterno, *successivo ed eventuale* delle violazioni che residuano del testo convenzionale, è innegabile che l'istituzionalizzazione di una possibilità di intervento della Corte *simultanea e parallela* alla definizione di giudizi, se non correttamente intesa ed attuata, rischia di proiettare l'attività dei giudici europei all'interno della sfera di dominio degli Stati, alterando la stessa logica della sussidiarietà.

9 «*As the Report of the Group of Wise Persons already indicated in 2006, the overall objective and purpose of this new procedure is to underline the paramount importance of the Contracting Parties' highest courts in applying the Convention. The advisory opinion thence represents the first step towards a further institutionalisation of the links and contacts between the domestic courts and the Strasbourg Court*»: P. GRAGL, (*Judicial*) Love, cit., 5.

10 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, 1912 ss.

11 «*The aforementioned courts "may" request the Strasbourg Court to give advisory opinions. This means that the initiation of this new procedure is entirely optional for the national courts and in no way obligatory, which is, again, in accordance with the principle of subsidiarity. In addition, the requesting courts may also withdraw their requests*»: P. GRAGL, (*Judicial*) Love, cit., 5 (tondo testuale).

Ciò premesso, la posta in gioco delle due opzioni è presto definita: l'ipotesi *sub a)-a')* risponde senz'altro meglio alla finalità di alleggerire il carico di lavoro della Corte edu, ma rischia di alterare la natura sussidiaria e dunque necessariamente successiva ed eventuale della giurisdizione di tale Corte, permettendo una sostanziale interferenza del parere con la decisione della controversia pendente, oltre che di rallentare i processi interni; l'ipotesi *sub b)-b')* non interferisce sulla collocazione sussidiaria dell'intervento della Corte edu, ma tuttavia indebolisce la funzione deflattiva, presupponendo che la più alta giurisdizione decida all'oscuro del parere, e sembra in un certo senso incoerente ed irrazionale. Non si vede infatti perché rischiare, dato che ci si trova dinanzi alle "più alte giurisdizioni", di pervenire ad una decisione che risulti in contrasto con la Convenzione, nell'interpretazione di lì a poco datane dai giudici di Strasburgo, esponendosi, proprio per la decisione adottata *in quello stesso* giudizio, ad un ricorso individuale.

2. *Il principale pericolo per la sussidiarietà: l'obiezione che il parere si trasformi in un'anticipazione del ricorso individuale e il suo superamento*

Il sistema convenzionale di tutela dei diritti umani sembra possedere anticorpi abbastanza robusti per evitare che la logica della sussidiarietà che lo governa possa essere snaturata dall'introduzione del nuovo meccanismo di *advisory jurisdiction*.

A ben vedere i rischi maggiori per la sussidiarietà provengono da un uso da parte delle alte giurisdizioni che, attraverso un quesito generale e di principio sull'interpretazione di un diritto sancito nella Cedu, mirino a ricavare una risposta della questione di diritto pendente dinanzi ad esse, così facendo assumere alla nuova competenza il carattere sostanziale di un doppio del ricorso individuale, con la sola differenza che (oltre a non essere sollecitata dagli individui interessati) essa opererebbe prima del compiuto esaurimento dei rimedi interni.

Si sarebbe in questo caso di fronte ad una sorta di ricorso preventivo¹²: un parere cioè richiesto da una giurisdizione superiore nel corso di una causa per decidere la controversia pendente secondo gli standard di tutela dei diritti controversi pretesi a Strasburgo, evitando che le parti insoddisfatte possano agire in sede sovranazionale dopo l'esaurimento delle vie giudiziarie interne.

Questo utilizzo, peraltro – è stato notato – finirebbe, in particolare se fatto proprio dalla Corte costituzionale¹³, per atrofizzare l'uso dello strumento stesso,

¹² Del rischio di un impiego dello strumento come ricorso «in prevenzione» parla R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, Roma, Aracne, 2013, 161.

¹³ Spetta ai governi indicare quali siano le "più alte giurisdizioni" abilitate a richiedere pareri consultivi, al momento della firma o del deposito dello strumento di ratifica, di accettazione o di

in quanto non rientrerebbe nell'orientamento elaborato fino a questo momento dalla stessa Corte al fine di delineare i rapporti con la giurisprudenza dei giudici europei, tutto teso a mantenere margini di azione in capo al giudice delle leggi senza però entrare in scontro frontale con la Corte di Strasburgo¹⁴.

Tuttavia, un simile timore può essere fugato molto facilmente sulla base di considerazioni normative, sia sostanziali che processuali.

Da una parte infatti il paventato utilizzo del parere al fine di sottoporre l'accertamento di una presunta violazione dei diritti umani alla cognizione della Corte edu contraddirebbe la *ratio* del meccanismo di *advisory jurisdiction*, posto che il Prot. 16 esclude che esso possa essere sollecitato per decidere controversie concrete: tale impiego esulerebbe dunque dalla configurazione normativa voluta per il meccanismo di nuova ideazione e ne costituirebbe, più che uno snaturamento, un uso indebito.

Dall'altra, e in stretta connessione con il primo aspetto, la Corte avrebbe facile gioco nello stroncare sul nascere un simile impiego, in quanto non ad altri che ad essa spetta la valutazione preliminare sulla rispondenza delle richieste di parere al modello normativo prefigurato, e tale valutazione non potrebbe che concludersi nell'ipotesi in esame nel senso della irricevibilità¹⁵: come si vede, un argomento molto pragmatico, legato al fatto che non vi sono altri organi di controllo collocati al di sopra della Corte stessa e che ad essa compete dunque, come statuisce l'art. 32 Cedu, l'interpretazione autentica della Convenzione europea e dei Protocolli annessi ad essa.

Considerando questo argomento, risulta assolutamente fuorviante, come è stato notato¹⁶, la formula «interpretazione o applicazione» dei diritti e delle libertà sanciti dall'accordo del 1950 prescelta nella stesura del Protocollo all'atto di identificare l'oggetto in merito al quale il parere consultivo può essere richiesto, laddove infatti l'uso della disgiuntiva "o" sembra preludere alla possibilità che, pur risultando chiaro ed in equivoco il dettato convenzionale che definisce il diritto o la libertà in questione, i problemi sorgano dall'applicazione

approvazione, attraverso una dichiarazione indirizzata al segretario Generale del Consiglio di Europa (art. 10, Prot. n. 16).

14 L'osservazione è di O. POLLICINO, che esprime un'opinione favorevole all'inclusione del giudice delle leggi tra le giurisdizioni indicate nell'art. 1, par. 1, Prot. n. 16: *La Corte costituzionale è un'"alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in www.forumcostituzionale.it, 2 apr. 2014.

15 A norma dell'art. 2, par. 1, «Un collegio di cinque giudici della Grande Camera decide se accogliere la richiesta di parere consultivo rispetto all'articolo 1».

16 V. V. ZAGREBELSKY, *Intervento al presente Convegno*, 3 del *paper*.

ad uno specifico caso (con necessità di invio dell'intero fascicolo della causa pendente davanti all'alta giurisdizione nazionale per ricostruirne gli esatti contorni). Infatti, in una simile eventualità – resa, si ripete, possibile dalla formulazione inappropriata del Protocollo – il rilascio del parere, se effettuato dalla Corte, equivarrebbe a risoluzione del caso, incorrendo nel divieto implicito nello stesso art. 1 Prot. n. 16, che consente il deferimento di quesiti relativi esclusivamente a «questioni di principio». Per evitare simile contraddizione sarà indispensabile imputare l'opzione per la disgiuntiva al posto della congiunzione “e” ad un *lapsus calami* dei redattori dell'atto (come suffragato peraltro dall'esclusivo uso della “o” nel corso dei lavori preparatori).

È chiaro quindi che è escluso un certo ipotetico sbocco del nuovo strumento: vale a dire un uso “anticipatorio”, che “attrae” nel corso di una causa nazionale pendente la risposta che la Corte europea potrebbe dare ove fosse chiamata a pronunciarsi sulla medesima controversia, una volta esauriti, in ipotesi in maniera insoddisfacente, i rimedi interni. Come si diceva, sgombra il campo da questa eventualità tanto la configurazione normativa del congegno, quanto, in maniera *tranchante*, la irrimediabile irricevibilità, dichiarata dalla Corte, cui un simile uso della richiesta di parere andrebbe incontro. Il primo punto fermo è dunque fissato: l'*advisory opinion* non può essere invocata per dare risposta al caso oggetto della controversia inerente i diritti umani in corso dinanzi alla (alta) giurisdizione nazionale, perché si stravolgerebbe il preciso ordine *a posteriori* di intervento del sistema Cedu – ai sensi dell'art. 35, par. 1 – che si colloca dopo l'esame dei ricorsi giudiziari interni e nell'eventualità del loro fallimento. Una decisione del singolo caso *sub iudice* contenuta nel parere, in breve, tradirebbe il principio di sussidiarietà.

Sintetizzando al massimo, sono esclusi i due estremi opposti dell'ideale arco di possibilità lungo il quale il nuovo congegno può oscillare: sia la funzione di decisione di un concreto episodio di violazione (ossia pur sempre una risposta di *individual justice*, ma temporalmente anticipata rispetto al momento che segue all'esaurimento delle vie interne), sia la funzione generale, di carattere prettamente costituzionale, di interpretazione dei principi della Convenzione al fine di valutare la compatibilità con essi di leggi statali vigenti, ma in maniera astratta, a prescindere dalle esigenze di applicazione di tali leggi a casi concreti. Che questa forma di *advisory jurisdiction* della Corte edu non sia atta a rendere consulenze in astratto su specifiche leggi vigenti negli ordinamenti dei Paesi membri, si deve alla circostanza per cui questo significherebbe condizionare in una qualche misura la risoluzione dei casi che le potranno essere in futuro prospettati in relazione alle violazioni discendenti dall'applicazione della medesima legge¹⁷. Come si legge infatti nel *Rapporto esplicativo*, «*the procedure is not intended, for example, to allow for abstract review of legislation which is not to be applied in that pending case*»¹⁸.

¹⁷ Come ribadito da V. ZAGREBELSKY, «la Corte non vuole che un parere, scisso dalla piena conoscenza del dettaglio del caso concreto, pregiudichi le decisioni di casi concreti» (*Intervento*, cit., 4).

3. *Gli argomenti decisivi a favore della strumentalità nei confronti della causa pendente*

Rimane da chiarire però se l'*opinion* rilasciata dalla Corte sulla questione di principio e non sul singolo caso possa poi essere tenuta in considerazione dallo stesso giudice superiore richiedente. La trattazione di questo problema può essere scissa in due profili. Innanzitutto il fatto stesso di chiedersi se l'*opinion* possa essere presa in considerazione presuppone che essa sopraggiunga nelle more del processo e che dunque questo sia sospeso, posticipandosene la decisione all'esercizio della nuova funzione consultiva da parte dei giudici europei.

Dalla documentazione della riflessione che ha accompagnato l'adozione del Prot. n. 16 risulta che si era manifestata la preoccupazione per l'allungamento della durata dei processi celebrati dinanzi ai giudici nazionali¹⁹, dato questo che depone chiaramente nel senso della sospensione. La perplessità è stata in parte superata o almeno minimizzata considerando che la procedura non è accessibile per tutti i giudizi, ma solo per quelli che sono giunti dinanzi a istanze giurisdizionali superiori che i Governi hanno indicato come abilitate ad avvalersene²⁰, e ulteriormente che, proprio in ragione di ciò, i processi sono già giunti al loro stadio finale.

La sospensione pone poi spinosi problemi in relazione alle domande di parere provenienti dalla Corte costituzionale²¹, soprattutto quando della richiesta ci si avvalga nel corso dell'esercizio di specifiche competenze dell'organo costituzionale di controllo²².

18 *Rapporto esplicativo*, cit., punto 10 (commento all'art. 1, par. 2).

19 *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction*, cit., par. 11 e 12. In generale, sulla serietà del tema, sia consentito rinviare a G. SORRENTI, *Giustizia e processo nell'ordinamento costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2013, spec. 197 ss.

La preoccupazione si era posta unitamente a quella relativa all'ulteriore aggravio del sovraccarico di lavoro della Corte edu derivante dall'introduzione della procedura di *advisory jurisdiction*: *Reflection Paper*, cit., par. 13. Condivide tale ultimo timore F. VECCHIO, *Le prospettive di riforma della Convenzione europea dei diritti umani tra limiti tecnici e "cortocircuiti" ideologici*, in *www.rivistaaic.it, Osservatorio*, nov. 2013, 7 s.

20 Al momento della firma o del deposito dello strumento di ratifica (art. 10, Prot. n. 16).

21 Sulla inclusione della Corte costituzionale tra le "alte" giurisdizioni cui fa riferimento l'art. 1, par. 1, Prot. n. 16, v. O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2 apr. 2014, 1 ss.

Dirimente però è il secondo profilo problematico perché, a seconda della risposta che si dia ad esso, automaticamente troverà soluzione anche il quesito circa la sospensione dei processi (e si potranno eventualmente fronteggiare gli inconvenienti che nascono dalla sua ammissione). Questo secondo aspetto attiene propriamente all'ammissibilità di una configurazione del parere come dotato di carattere strumentale, anche indiretto, rispetto al giudizio nazionale pendente, senza che ciò comporti alterazione della concezione sussidiaria del sistema di protezione dei diritti di matrice Cedu. La compatibilità tra detta strumentalità rispetto alla decisione della singola controversia nel corso della quale l'*advisory opinion* viene sollecitata e il principio di sussidiarietà è infatti dubbia o quantomeno altamente problematica.

Ed è infatti proprio questo alto tasso di problematicità che spinge a sostenere che il parere in alcun modo debba rivelarsi funzionale alla decisione della controversia interna nell'ambito della quale è richiesto, proponendosi che sia mantenuta una «divaricazione netta tra la dimensione consultiva propria del parere e quella contenziosa del ricorso individuale a Strasburgo»²³. Indubbiamente, infatti, se il parere dovesse avvicinarsi alla decisione del ricorso individuale, sfumando così ogni distinzione tra *advisory jurisdiction* e *individual justice*, ne risulterebbe inficiata la logica per cui la tutela dei diritti umani spetta primariamente agli ordinamenti statali e solo in ultima battuta alla Corte edu, ovvero la logica della sussidiarietà, che è poi proprio quella che l'introduzione della nuova competenza consultiva vorrebbe tendere a corroborare. Con riferimento specifico al caso italiano, è stato anche notato che una tale sovrapposizione tra competenza consultiva e competenza contenziosa in capo alla Corte finirebbe con l'esautorare la funzione di *advisory jurisdiction*, almeno quella quota di essa che sarebbe esercitabile su iniziativa della Corte costituzionale italiana: dato l'orientamento di quest'ultima volto a riservarsi un margine d'azione utile a discostarsi dalla giurisdizione di Strasburgo, infatti, essa non sarebbe incoraggiata a chiedere un parere che, se confermato nella propria sentenza, implicherebbe azzeramento di tali spazi di manovra e, se disatteso, renderebbe manifesto un dissenso aperto dalla giurisprudenza di Strasburgo²⁴.

Tuttavia, se innegabilmente occorre tenere distinta l'attività di *advisory jurisdiction* dalla decisione contenziosa del ricorso individuale, non è detto che il conseguimento di un simile risultato imponga necessariamente l'inutilizzabilità istituzionale del parere ai fini della risoluzione della causa pendente dinanzi all'alta giurisdizione che ha presentato la richiesta. Non è escluso in altri termini

22 Per es. nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo: per i delicati problemi che si pongono a questo riguardo, v. 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*, n. 1/2014, 7 febr. 2014, spec. 12, in nt. 47.

23 O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale"*, cit., 11.

24 *Ibidem*, 13.

che il giudice richiedente possa tenerne conto nella decisione del giudizio pendente.

Non solo – com'è evidente – questa soluzione è la più consona alla richiamata finalità deflattiva, che costituisce la *ratio* dell'istituzionalizzazione della funzione consultiva, nonché alla posizione secondaria della giurisdizione spettante alla Corte edu, ma trova anche un appiglio nella fase preparatoria che ha portato all'adozione del Protocollo, posto che non si spiegherebbe altrimenti il senso dell'affermazione contenuta nella Dichiarazione finale della Conferenza di Brighton, secondo cui la competenza consultiva può essere svolta dalla Corte a richiesta «*without prejudice to the non-binding character of the opinions for the other States Parties*», presupponendo implicitamente che invece influisca sulle più alte giurisdizioni dello Stato che la sollecitano. Né v'è il pericolo che in tal modo l'*opinion* si trasformi in decisione della controversia interna e dunque in anticipazione della risoluzione di un potenziale ricorso individuale, posto che la Corte dà solo indicazioni interpretative "di principio" e che spetterà al giudice nazionale ricavarne, deduttivamente e adattandole alle peculiarità del caso, le ricadute concrete sulla causa pendente.

Questa soluzione è anche confortata da quel passaggio argomentativo del *Rapporto esplicativo* in cui si legge che «*limiting the choice to the 'highest' courts or tribunals is consistent with the idea of exhaustion of domestic remedies (...) and would reflect the appropriate level at which the dialogue should take place*»²⁵: il riferimento a un dialogo, senz'altra specificazione, presuppone la simultaneità dell'interazione, che risulterebbe invece spezzata se le alte giurisdizioni nazionali potessero tener conto del chiarimento interpretativo solo successivamente e nell'eventualità in cui si trovassero a decidere cause coinvolgenti la protezione degli stessi diritti rispetto ai quali il parere è stato richiesto.

Ma – ed è questo l'argomento senza dubbio più forte per sostenere la tesi della potenziale strumentalità del parere alla definizione della causa nazionale pendente e dunque della necessaria sospensione di quest'ultima – il punto in questione è definitivamente chiarito da un altro passaggio del *Rapporto esplicativo*, dove si precisa in modo inequivocabile e incontrovertibile la finalità dell'istituto («*the aim of the procedure*»), affermando che essa «*is not to transfer the dispute to the Court, but rather to give the requesting court or tribunal guidance on Convention issues when determining the case before it*»²⁶: lo scopo del parere non è di trasferire la controversia alla Corte europea ma di dare al *giudice richiedente* indicazioni-guida sulle questioni relative alla Convenzione nella *definizione* del caso *pendente* dinanzi ad esso²⁷.

25 *Rapporto esplicativo*, cit., punto 8 (commento all'art. 1, par. 1).

26 *Rapporto esplicativo*, cit., punto 11 (commento all'art. 1, par. 3).

La distanza rispetto alla funzione di decisione dei ricorsi individuali è evidente e duplice: da una parte i giudici europei illuminano solo una questione di principio e non si pronunciano direttamente sulle conseguenze che da essa derivano nella specifica fattispecie, dall'altra spetta al giudice nazionale valutare se tener conto o meno del parere consultivo (v. *amplius infra*, parr. 5.1. e 5.3.). Soccorre su questo punto ancora una volta il *Rapporto esplicativo*, per cui i pareri «*take place in the context of the judicial dialogue between the Court and domestic courts and tribunals. Accordingly, the requesting court decides on the effects of the advisory opinion in the domestic proceedings*»²⁸.

Precisata tale distanza, che deve restare incolmabile per evitare la sovrapposizione tra funzione consultiva e funzione propriamente giudiziaria, la potenziale strumentalità del parere consultivo sulla causa in corso va però pienamente riconosciuta ed è anzi il principale effetto diretto discendente dall'*advisory opinion* grazie al quale essa concorre da subito ad evitare violazioni della Convenzione. Un riconoscimento mediato di questa incidenza sulla controversia pendente dinanzi all'autorità richiedente deriva dall'affermazione per cui «*advisory opinions under this Protocol would have no direct effect on other later applications*»²⁹: il riferimento a nessun altro effetto diretto nelle successive applicazioni, al di fuori della causa pendente davanti alla alta giurisdizione nazionale che attiva la procedura di parere consultivo, è anch'esso inequivoco nell'indicare che è facoltà di detta giurisdizione assegnare rilievo al parere ai fini della decisione della causa.

4. Impiego legittimo e natura dell'*advisory jurisdiction*

L'*advisory opinion* copre un'area intermedia tra la decisione di una controversia e la funzione interpretativa astratta della Cedu slegata da situazioni concrete, nell'ambito della quale la Corte non giunge a dare nell'immediato, né a pregiudicare per il futuro, la decisione di un eventuale caso coinvolgente le stesse questioni di principio affrontate.

²⁷ Su come possano a questo punto delinearsi le assonanze e le differenze rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia v. P. GRAGL, (*Judicial*) *Love*, cit., spec. 9 ss.

Sul rapporto tra detto rinvio e il giudizio nazionale nella giurisprudenza della Corte UE, v. Corte giust., 31 gennaio 2008, C-380/05, *Centro Europa 7*, I-349, p.to 53.

²⁸ *Rapporto esplicativo*, cit., punto 25 (commento all'art. 5), tondo non testuale.

²⁹ *Rapporto esplicativo*, cit., punto 27 (commento all'art. 5), che prosegue asserendo «*They would, however, form part of the case-law of the Court, alongside its judgments and decisions. The interpretation of the Convention and the Protocols thereto contained in such advisory opinions would be analogous in its effect to the interpretative elements set out by the Court in judgments and decisions*».

V. sul punto anche P. GRAGL, (*Judicial*) *Love*, cit., 18 ss.

In correlazione a ciò il parere deve rimanere al livello di vaghezza e generalità proprio dell'indicazione di principio contenuta nella parte relativa al richiamo ai precedenti: quest'ultima è indeterminata perché «la Corte sa che dopo quella decisione che prende sul caso concreto, ma con aspirazione di definizione dei principi generali, arriveranno tanti altri casi il cui contenuto, le cui caratteristiche e il cui bisogno di giustizia sono specifici ed imprevedibili»³⁰.

Si comprende così facilmente anche la ragione per cui il Protocollo dispone che il parere non sia vincolante in generale, disposizione che ha suscitato un certo disappunto, in considerazione della circostanza che esso è emesso dalla *Grand Chamber* (art. 2, par. 2)³¹.

L'*advisory opinion* può così consentire alla Corte edu di colmare quei vuoti di interpretazione della Carta che possono rinvenirsi dinanzi alla varietà dei casi in cui è possibile prospettare una lesione dei diritti umani e rivendicare una loro tutela³². È vero che, a fronte dell'ampia casistica che fino a questo momento è stata assoggettata al vaglio della Corte edu, è difficile pensare a previsioni convenzionali rispetto a cui esistano lacune di interpretazione, pur tuttavia ci possono pur sempre essere situazioni inedite rispetto alle quali non appare ancora chiaro quali sarebbero i termini dell'interpretazione-applicazione del documento convenzionale e altresì possono pur sempre profilarsi nuove forme di aggressione del bene protetto che spingono a reclamare la tutela dei relativi diritti, sollevando ancora una volta dubbi sull'entità e sull'ampiezza dei diritti sottesi (di cui ci si chiede precisamente se abbiano portata tale da rifiutare l'inedito, impreveduto tipo di "attacco")³³. Si può istituire un parallelo sotto questo

30 Ancora V. ZAGREBELSKY, *Intervento*, cit., 4.

31 Per questo rilievo v. N. HIRVIEU, *Cour européenne des droits de l'homme: Bilan d'étape d'un perpétuel chantier institutionnel*, in *Lettre «Actualités Droits-Libertés» du CREDOF*, 3 sett. 2013, 3. Tuttavia, l'attribuzione della competenza alla *Grand Chamber* appare «appropriate given the nature of the questions on which an advisory opinion may be requested and the fact that only the highest domestic courts or tribunals may request it, along with the recognised similarities between the present procedure and that of referral to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention»: *Rapporto esplicativo*, cit., punto 16 (comm. all'art. 2, par. 2).

32 Anche secondo G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in www.sioi.org/media/Rivista%20/5asta.pdf, «con buona approssimazione, la Corte potrebbe far uso del suo nuovo potere per chiarire questioni su cui essa non si sia mai pronunciata o di rilievo per la generale evoluzione giurisprudenziale del sistema europeo di tutela dei diritti umani, oppure ancora per ristabilire l'ortodossia interpretativa in caso di posizioni dei giudici nazionali che si discostino sensibilmente dalla giurisprudenza consolidata» (780 s.).

33 Sul rilievo ricoperto dal caso nella procedura di *advisory opinion* v. P. GRAGL, *op. cit.*, secondo cui il fatto che l'iniziativa dell'alta giurisdizione possa essere assunta «in the context of a case pending before it (...) means that the relevant legal question must have arisen on the basis of a contentious case regarding individual rights and that the procedure will not allow for abstract review of legislation. Moreover, Art. 1(3) of the Protocol obligates the requesting court to give reasons for its request and to provide the

profilo con la giurisprudenza resa in occasione della procedura di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, che vede questa impegnata a discernere le situazioni in cui certi casi esigono ulteriori chiarimenti interpretativi da quelle nelle quali le precedenti decisioni hanno già sufficientemente acclarato la sottesa questione di diritto³⁴.

In sintesi, l'*advisory jurisdiction*, da un lato, dà modo alla Corte ed ai giudici di precisare il significato della Convenzione in situazioni ancora inedite e, dall'altro, dà la possibilità ai giudici di tenere conto di tale significato, alla ripresa del processo sospeso, come loro mera facoltà e impregiudicata la decisione di un futuro ricorso individuale che pone non un quesito generale ma lamenta una concreta violazione³⁵.

Essa si presta pertanto, ulteriormente, all'estensione di quella funzione didascalica, didattica, di ammaestramento e indirizzo che costituisce una componente della sua giurisprudenza, sviluppatasi per fronteggiare due distinti fenomeni, da una parte l'ingresso nel Consiglio d'Europa dei Paesi dell'est, dall'altra il perdurare di violazioni seriali della convenzione dovute a carenze strutturali degli ordinamenti nazionali. Si tratta di quel filone il cui affiorare consentiva di sostenere che si stesse delineando una funzione costituzionale della Corte europea, grazie al ruolo di orientamento nei confronti di Stati democraticamente arretrati, nel primo caso, e ai suggerimenti utili a sopperire alle carenze strutturali degli ordinamenti nazionali contenuti nelle sentenze-pilota, nel secondo³⁶.

relevant legal and factual background of a given case. The raison d'être of this provision is, firstly, that the requesting court has reflected upon the necessity and utility of the request, and, secondly, that the requesting court has already given serious consideration to the legal and factual issues of the case. This will allow the Strasbourg Court to focus on cases which raise principal questions or questions of general interest regarding the interpretation and application of the Convention rights» (9).

34 «Although no parallels to the EU's preliminary reference procedure are mentioned in the final Draft Protocol No. 16, the Reflection Paper briefly indicates that the domestic courts could draw inspiration from the CJEU's case law on the matter whether a certain case actually required further legal elucidation interpretation or whether the previous decisions had already sufficiently dealt with the point of law in question (which more or less alludes to the CJEU's *acte clair* - and *acte éclair* - doctrines): P. GRAGL, *(Judicial) Love*, cit., 9.

35 Secondo G. ASTA, *op. cit.*, «da quanto osservato potrebbe desumersi per i pareri della Corte un effetto sui tribunali nazionali che, se non *immediato*, mancando di vincolatività diretta per il procedimento in corso, si prospetterebbe quantomeno *mediato*. L'attività consultiva della Corte andrebbe infatti verosimilmente ad erodere il margine di incertezza interpretativa in merito ai profili di volta in volta esaminati. È dunque probabile che i giudici nazionali potrebbero tendere a conformarsi all'interpretazione data dai giudici di Strasburgo, per evitare di incorrere in una eventuale sentenza contenziosa le cui conclusioni, quantomeno sui punti esaminati dal parere, sarebbero già ipotizzabili in anticipo» (784).

36 V. O. POLLICINO-V. SCARABBA, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 18 ss. e anche in AA.VV., *Sistemi*

5.1. Conclusioni: Prot. n. 16 e rispetto della sussidiarietà

In definitiva, l'unico modo per intendere le previsioni del Protocollo, mantenendosi entro i confini segnati dalla sussidiarietà, è quello di concepire la forma di cooperazione che si intende introdurre con l'*advisory jurisdiction* tra alte giurisdizioni nazionali e Corte edu nel senso di un'attività di ausilio e collaborazione reciproci: di quest'ultima alla decisione della controversia riguardante diritti umani conformemente agli standard della Convenzione, ma anche delle (più alte) giurisdizioni nazionali nei confronti della Corte europea, evidenziando casi nuovi o particolari che pongono questioni di interpretazione del testo convenzionale.

È il caso di riflettere ancora su un punto. Come si è detto, la giurisdizione nazionale competente non potrebbe chiedere alla Corte un'*opinion* su come vada deciso il caso coinvolgente la tutela dei diritti, ma proporre un quesito interpretativo di ordine generale suscitato da una controversia pendente non coperta, evidentemente, dai precedenti che compongono la giurisprudenza europea: la situazione concreta che può legittimare la domanda del parere deve essere emblematica dell'emergere di una questione interpretativa ancora non affrontata. Tuttavia, come si è pure aggiunto, sarebbe incongruente che tale *advisory opinion* in relazione ad una questione interpretativa di carattere generale fosse inservibile poi nel giudizio nazionale pendente³⁷ sulla base di una configurazione del parere come valevole solo *pro futuro*, perché è in tal modo che può attuarsi la finalità della nuova funzione di *advisory jurisdiction*, che è quella di ricondurre la preminenza nel campo della tutela dei diritti (conformemente alla Cedu) in seno agli ordinamenti degli Stati.

Ora, perché un simile recupero della protezione dei diritti da parte dell'ordinamento nazionale possa realizzarsi, è naturalmente necessario che quest'ultimo consenta, sul piano delle sue previsioni normative, l'adozione di una decisione giudiziale in linea con il parere. Nel caso invece in cui tale possibilità non sussista, non rimarrà che la via del ricorso individuale, una volta esaurite le vie interne (esaurimento alquanto prossimo, posto che con la decisione del giudice richiedente ci si trova già dinanzi ad un'alta giurisdizione). Se l'ostacolo è la legge, occorrerà per es. fare prima ricorso alla Corte costituzionale (se non ci si trova già dinanzi ad essa). È escluso invece – punto questo della massima importanza – che il parere possa essere applicato dall'alta giurisdizione nazionale comune saltando il ricorso all'organo costituzionale di controllo, con l'argomento che la superiore forza giuridica della

e modelli di giustizia costituzionale, t. II, Padova, Cedam, 2011.

³⁷ Sulla posizione dell'incidenza su quest'ultimo si attesta anche la Corte di Cassazione italiana nella sua *Relazione* sul Protocollo del 10 ott. 2013: v. Rel. n. III/02/2013.

Cedu sulla legge, riconosciuta a partire dalle celeberrime sentenze gemelle del 2007, lo imponga. Deve infatti ritenersi che tale giurisprudenza consultiva, al pari di quella contenziosa e delle norme convenzionali, difetti in generale di efficacia diretta (ma v. quanto si aggungerà in proposito *infra*, par. 5.3).

In ogni caso, come si vede, non sempre il contenzioso futuro risulterà ridotto ed anzi è pure possibile che il parere stesso *provochi nuovo* contenzioso, che cioè, come è stato notato, sia tale da operare in modo da «*trigger, rather than prevent, applications*»³⁸.

Qui tuttavia, come si è anticipato proprio all'inizio di queste osservazioni, non si intende riflettere tanto sull'opportunità politica di adottare il Protocollo, quanto sul modo in cui il funzionamento del nuovo meccanismo è stato inteso dai suoi creatori, qualora dovesse entrare in vigore. D'altro canto una funzione consultiva ha sempre affiancato quella propriamente giurisdizionale nell'esperienza delle principali Corti internazionali³⁹.

5.2. Prot. n. 16 ed effetto deflattivo

Invece, proprio in una prospettiva prevalentemente *de iure condendo*, è stata avanzata la tesi che il Protocollo 16 aggraverebbe il carico di arretrato che già pesa sulla Corte di Strasburgo e potrebbe incidere negativamente sul dialogo tra le Corti⁴⁰. Quanto al primo timore, per la verità (pur considerato quanto si è appena detto *retro* al par. 5.1.), la sua portata sembra ridursi grandemente se si riflette su tre elementi: 1) il carattere facoltativo della richiesta di parere da parte delle più alte giurisdizioni; 2) l'ambito di incidenza dell'*advisory jurisdiction* che, come si è visto, è limitato a chiarire questioni di principio relative all'interpretazione della Cedu, non affrontate dalla giurisprudenza europea resa nell'esercizio della funzione contenziosa; 3) la possibilità per la Corte di Strasburgo di respingere la richiesta di parere consultivo attraverso un collegio di cinque giudici della *Grand Chamber* (art. 2, par. 1). È vero, quanto al punto *sub* 3), che il rigetto della domanda – nello spirito del dialogo – deve essere motivato (art. 2, par. 2) ma, se la stessa esula dai confini entro cui è costretta dal Protocollo n. 16 e che qui si è tentato di

38 N. O'MEARA, *Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue? Progress on Protocols 15 and 16 ECHR*, consultabile in <http://humanrights.ie/civil-liberties/reformingechr/>, 2 giu. 2013.

39 V. G. ASTA, *op. cit.*, 773 ss.

40 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 genn. 2014 e già N. O'MEARA, *Reforming the European Court of Human Rights through Dialogue?*, cit.

delineare, le argomentazioni a fondamento del rigetto potranno essere alquanto agevoli e non impegnative.

Un effetto deflattivo è poi sicuramente legato alla precisazione contenuta nel *Rapporto esplicativo* per cui nell'ipotesi in cui un ricorso venga presentato rispetto ad un caso nel cui ambito il parere consultivo della Corte EDU sia stato effettivamente seguito dal tribunale nazionale, gli elementi della richiesta che attengono alle questioni trattate dal parere saranno probabilmente dichiarati inammissibili o cancellati dal ruolo: pertanto, si è concluso che «le pronunce consultive della Corte produrrebbero una sorta di effetto *precludente* o *dissuasivo*, prefigurando quella che ci sembra essere un'ulteriore condizione di ricevibilità *sui generis*»⁴¹.

5.3. Prot. n. 16 e dialogo tra le Corti

Quanto, infine, alla negativa incidenza sul dialogo tra le Corti⁴², a me pare invece che il dialogo risulti potenziato proprio da un ruolo cooperativo, non vincolante svolto dalla Corte, che non dallo svolgimento di una funzione di giurisdizione contenziosa, alla cui giurisprudenza adeguarsi *a posteriori*⁴³. Non a caso il documento pubblicato nel dicembre del 2012 è stato battezzato il "Protocole du dialogue" dal Presidente della Corte EDU Spielmann⁴⁴, rafforzando un sistema improntato ai principi della *shared responsibility*⁴⁵.

L'argomento dell'esigenza per la Corte interna di mantenere margini di manovra, attraverso cui discostarsi dalla giurisprudenza resa in veste contenziosa, che non invoglierebbe detta Corte a sollecitare tale nuova competenza, non osta all'introduzione di questa funzione e della sua utilità: la

41 G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta*, cit., 783.

42 Sul cui stato v., da ultima, E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, relaz. alle VI Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale, dedicate a *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, in *paper*.

43 Secondo G. ASTA, anzi, il Protocollo «potrebbe al contempo aprire inaspettati scenari nel solco della costruzione di un sistema continentale di tutela dei diritti umani sempre più integrato ed effettivo» (*op. cit.*, 775).

44 Discorso del Presidente della Corte edu Dean Spielmann alla 123^a Sessione del Comitato dei Ministri, 16 mag. 2013 (consultabile sul sito internet www.echr.coe.int).

45 G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta*, cit., 778.

richiesta infatti, essendo facoltativa, è rimessa alla valutazione che ne fa la Corte costituzionale che, se intende avvalersi solo della tavola interna dei diritti, può non rivolgersi ai giudici europei. Né vi osta il prefigurare un attrito maggiore tra le due Corti nel discostarsi dal parere piuttosto che nel ricevere *ex post* una condanna a causa di una legge assoluta in sede di sindacato di legittimità: anzi si potrebbe dire che tra la risoluzione della questione di principio contenuta nel parere e la decisione della questione di legittimità costituzionale può esserci uno scarto maggiore, ponendosi esse su due livelli diversi, che non tra la pronuncia di condanna della Corte ed è resa sulla base del ricorso individuale di chi lamenta la violazione di un diritto da parte di una legge salvata dalla Corte costituzionale, dove invece i due piani delle decisioni antitetichhe delle Corti coincidono evidenziando un contrasto irrimediabile.

Semmai, posto che alle più alte giurisdizioni comuni è somministrato un principio interpretativo dei diritti convenzionali, potrà a mio avviso risultarne incoraggiato il ricorso all'interpretazione conforme alla Cedu da parte delle stesse giurisdizioni richiedenti. Se infatti *sempre* i giudici comuni sono gravati dall'onere di compiere il tentativo di interpretazione adeguatrice, disponendo di un preciso principio sulla questione controversa, essi saranno tentati di applicarlo, anche a costo di forzature della legge interna. Questo rischia di sospingere la Corte costituzionale sempre più lontano da un circuito di protezione dei diritti che si stringe intorno alla Corte europea da un lato e alle alte giurisdizioni *comuni* dall'altro. Il vero rischio che pare si corra non è che a seguito del Protocollo il dialogo non si infittisca, bensì che lo faccia, ma che questo sia un dialogo solo a due voci, estromettendo sul versante interno la Corte costituzionale che, nella garanzia dei diritti fondamentali, occupa un posto di primaria importanza assolutamente irrinunciabile.

** Professoressa associata di Diritto costituzionale nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina