

6 FEBBRAIO 2019

Il rinvio pregiudiziale previsto dal  
Protocollo n. 16 annesso alla  
Convenzione Europea dei Diritti  
dell’Uomo (CEDU): il dialogo  
concreto tra le Corti e la nuova tutela  
dei diritti fondamentali davanti al  
giudice amministrativo

di Marco Lipari

Presidente di sezione del Consiglio di Stato  
Coordinatore dell’Ufficio Studi della Giustizia amministrativa

# Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo \*

**di Marco Lipari**

Presidente di sezione del Consiglio di Stato  
Coordinatore dell’Ufficio Studi della Giustizia amministrativa

**Sommario. I. Il salto di qualità del Protocollo n. 16.** - 1. Il nuovo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte EDU previsto dal Protocollo n. 16 e la sua rilevanza nel processo amministrativo. Le prospettive di attuazione nell’ordinamento nazionale italiano. Alcune particolarità del giudizio incidentale davanti alla Corte di Strasburgo. Le differenze dal procedimento ordinario contenzioso. - 2. I risultati concreti del processo di formazione del Protocollo n. 16. Verso la razionalizzazione e l’accrescimento del dialogo tra le Corti e la valorizzazione del ruolo del giudice nazionale. La semplificazione dell’intervento della Corte EDU. - 3. I caratteri essenziali del nuovo strumento. La giurisdizione *consultiva* della Corte EDU. La “triplice” facoltatività del rinvio pregiudiziale: l’adesione discrezionale dei singoli Stati; la non obbligatorietà del rinvio; la natura non vincolante del parere della Corte. - 4. Il giudizio incidentale davanti alla *Grande Chambre* e il filtro di ammissibilità dinanzi al collegio di cinque giudici. La *dissenting opinion*. - 5. La non vincolatività del parere espresso dalla Corte EDU e la sua efficacia giuridica. - 6. L’adesione della Francia e l’entrata in vigore del Protocollo n. 16 (1 agosto 2018) per i soli (10) Paesi che lo hanno finora ratificato: la fase “sperimentale”. La prima applicazione della procedura. L’attesa delle pronunce della Corte EDU. La previsione della durata semestrale del procedimento.

**II. L’attuazione nell’ordinamento italiano.** - 7. Il (lentissimo) percorso del recepimento italiano: dalla firma del Protocollo alla ipotesi di ratifica. Il DDL governativo della scorsa legislatura, approvato da un ramo del Parlamento (AS-2921). Il parere critico della Commissione Affari costituzionali: il coordinamento con il rinvio obbligatorio alla CGUE e l’opportunità della sospensione obbligatoria. - 8. Il testo del DDL AC-1124, ripresentato dal Governo nella presente legislatura. La sostanziale riproduzione del precedente articolato. L’ordinaria autorizzazione alla ratifica. - L’ordine di esecuzione del Protocollo. Il rango della normativa convenzionale, sovraordinata alla legislazione statale ordinaria. - L’art. 4 e l’entrata in vigore. L’applicazione del meccanismo di rinvio ai procedimenti in corso. Lo spazio per l’eventuale integrazione o precisazione della domanda. - 9. Il contenuto dell’art. 3 del testo. Le specifiche norme di attuazione del Protocollo n. 16 previste dal ddl di ratifica. La doverosa applicazione dell’art. 10 del Protocollo. L’individuazione delle “*più alte giurisdizioni*” legittimate a richiedere il parere. Alcuni possibili aspetti problematici. La sospensione meramente facoltativa dei giudizi. - 10. Il riferimento specifico al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (CGARS). Il ruolo delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato. Il rapporto con i vincoli di deferimento all’Adunanza Plenaria. L’inapplicabilità dei criteri fissati dalla sentenza *Puligienica* riferiti al solo rinvio obbligatorio alla CGUE. I vantaggi del dialogo con la Corte Edu realizzato attraverso l’espressione più elevata della giurisdizione amministrativa. - 11. Il recepimento “secco” operato dalla Francia e da San Marino: il carattere autoesecutivo della Convenzione? L’autonomia dei singoli Stati nella individuazione delle Autorità competenti al rinvio e la garanzia dello strumento legislativo. Quali norme di adattamento dell’ordinamento interno sono necessarie o utili? - 12. L’autonomia decisionale e organizzativa della Corte

---

\* Riceviamo e volentieri pubblichiamo. Testo, ampliato e aggiornato, della relazione svolta all’Incontro di Studio tra la Corte europea dei diritti dell’uomo e le Corti italiane, organizzato dalla Rete delle Corti Superiori (Roma, Corte Costituzionale, 11 gennaio 2019).

costituzionale. Opportunità della regola e dubbi residui. - 13. Il Consiglio di Stato e la funzione consultiva in senso proprio. La limitazione della richiesta alla CEDU nella sola attività giurisdizionale e contenziosa, comprensiva del procedimento per la decisione del ricorso straordinario.

**III. La sospensione del processo principale.** - 14. La sospensione meramente facoltativa del processo conseguente alla richiesta del parere. I dubbi di opportunità e l'avviso della Commissione Politiche europee del Senato. Una regola trasversale riferita a tutti i tipi di processo pendenti dinanzi alle giurisdizioni superiori. - 15. La sospensione facoltativa e il rispetto della regola della ragionevole durata del processo. Le preoccupazioni espresse dalla Corte EDU. La giustificazione della dilatazione dei tempi di definizione della controversia. Il caso limite delle richieste dilatorie o palesemente inammissibili. - 16. La facoltà generale di disporre la sospensione impropria del giudizio in attesa della decisione consultiva provocata in altri processi contigui. I poteri discrezionali del giudice di merito.

**IV. La formulazione del quesito.** - 17. L'ambito oggettivo della richiesta di parere. Le *questioni di principio*. Il necessario riferimento ad una controversia concreta. La valutazione di *rilevanza* del quesito: gli oneri di motivazione del giudice di merito e il controllo della Corte EDU: un necessario dialogo procedimentale. - 18. La formula "*interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali*". Il riferimento alla lettura della normativa convenzionale. L'indispensabile contestualizzazione dinamica della disciplina CEDU. Gli aspetti di fatto della controversia in discussione. Il divieto implicito di anticipazione dell'esito del giudizio nazionale. L'enunciazione dei motivi di fatto e di diritto nell'ordinanza di rinvio. La *rilevanza* della questione incidentale. I confini del giudizio "preventivo" dinanzi alla Corte. - 19. La formulazione del quesito. Le prime linee guida elaborate dalla Corte EDU. L'enunciazione dei temi pertinenti. L'esposizione del punto di vista del giudice nazionale. L'obiettivo di assicurare il dialogo e la più rapida definizione della controversia. - 20. La lingua nazionale dell'ordinanza di rinvio. Il principio della "autosufficienza" della pronuncia del giudice nazionale. - 21. La richiesta di parere e i precedenti della Corte EDU astrattamente rilevanti nel giudizio *a quo*. La possibilità di "*dialogo attivo*" impostato dalla Corte nazionale.

**V. L'efficacia del parere consultivo della Corte EDU.** - 22. Il valore non vincolante del parere espresso dalla Corte di Strasburgo secondo il Protocollo n. 16 e l'esclusione dell'aggravamento del procedimento in ambito nazionale. Potrebbe il singolo Stato autovincolarsi all'efficacia della pronuncia consultiva? Le prassi delle giurisdizioni nazionali. - 23. Il problema della pienezza del contraddittorio delle parti nel giudizio incidentale. L'amministrazione non statale autrice dell'asserita violazione dei diritti fondamentali. La flessibilità delle regole procedurali convenzionali. - 24. Il tema generale della presenza delle parti nel processo CEDU ordinario. Gli effetti della possibile limitazione soggettiva del contraddittorio sulla revocazione e sull'ottemperanza. - 25. Il rapporto di collegamento tra l'azione dinanzi al giudice nazionale e il processo davanti alla CEDU. L'unitarietà e la complementarità delle diverse "fasi": il problema della enunciazione e della qualificazione della *causa petendi* nel processo nazionale e la precisa deduzione della violazione delle norme convenzionali.

**VI. Il raccordo con le altre ipotesi di rinvio pregiudiziale.** - 26. Il coordinamento del Protocollo n. 16 con il rinvio pregiudiziale alla Corte Costituzionale. La normale diversità dei presupposti dei due giudizi incidentali. Il parametro dell'art. 117 Cost. e la tendenziale prevalenza della valutazione di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale. - 27. Le differenze e il coordinamento con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, anche in assenza di adesione della UE alla Convenzione. Il carattere obbligatorio del deferimento alla CGUE e la sovraordinazione diretta del diritto UE. La portata della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE - *Carta di Nizza*). - 28. Il problema del coordinamento con il rinvio all'Adunanza Plenaria operato dalle Sezioni Semplici del Consiglio di Stato. La centralità della funzione nomofilattica e la sussidiarietà del parere consultivo della Corte EDU.

**VII. L'impatto positivo del nuovo strumento di dialogo.** - 29. Il Protocollo 16 favorisce il dialogo tra le Corti? La corretta logica della sussidiarietà. La posizione attuale della Corte costituzionale nell'ordinamento. - 30. Gli effetti giuridici o meramente "esistenziali" dei pareri consultivi: un'ipotesi di *soft law*? La loro collocazione nel sistema delle fonti CEDU. - 31. La cooperazione concreta tra le Corti. Il Protocollo del novembre 2017 tra la Corte EDU e il Consiglio di Stato. - 32. Gli interrogativi aperti. Il valore del parere espresso dalla Corte EDU. L'efficacia nel giudizio principale e nell'eventuale procedimento contenzioso davanti alla CEDU, nell'ordinamento della giurisdizione nazionale, nel sistema complessivo convenzionale. - 33. Il veicolo della ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 per semplificare e accrescere l'effettività della tutela dei diritti fondamentali. Quale spazio per l'adozione di altre normative attuative? - 34. Conclusioni e prospettive. Gli aspetti complessivamente positivi del nuovo strumento incidentale. La razionalizzazione del sistema *multilivello* di tutela dei diritti fondamentali.

## **I. Il salto di qualità del Protocollo n. 16 e i suoi caratteri.**

### **1. Il nuovo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte EDU previsto dal Protocollo n. 16 e la sua rilevanza nel processo amministrativo. Le prospettive di attuazione nell'ordinamento nazionale italiano. Alcune particolarità del giudizio incidentale davanti alla Corte di Strasburgo. Le differenze dal procedimento ordinario contenzioso.**

Il sistema della tutela dei diritti fondamentali in ambito nazionale ed europeo si sta arricchendo di un nuovo, “rivoluzionario”, strumento processuale: il *rinvio pregiudiziale* facoltativo alla Corte EDU, previsto dal Protocollo n. 16, recante emendamento alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU).

L’istituto, giustamente definito dal Presidente Lattanzi come un vero “salto di qualità” nel dialogo tra le Corti, è diventato pienamente operante, a partire dal 1 agosto 2018, nei dieci Stati che hanno già ratificato il Protocollo<sup>1</sup>.

La situazione dell’Italia è, al momento, ancora incerta, poiché l’iter della legge di ratifica ed esecuzione si è fermato, nella scorsa legislatura (XVII), all’esame del Senato, dopo l’approvazione di un testo d’iniziativa governativa, da parte della sola Camera dei deputati. Nella legislatura in corso (XVIII) l’attuale Governo ha poi presentato un disegno di legge che riproduce, nella sostanza, lo stesso articolato, ma il procedimento risulta, allo stato, ancora fermo.

Il mutevole contesto politico di riferimento non consente di svolgere previsioni attendibili sui tempi di definitiva approvazione della legge di recepimento del Protocollo: i temi dei rapporti tra Stato sovrano ed Europa (anche nella sua dimensione *allargata* ai 47 membri del Consiglio d’Europa e dell’ambito di operatività della CEDU), insieme alle questioni della stessa collocazione dei diritti fondamentali, a fronte del principio di autorità, formano oggetto, ora, di un’attenzione mediatica assai forte, che induce alla prudenza.

Tuttavia, almeno tre considerazioni suggeriscono di ipotizzare una rapida adesione dell’Italia al Protocollo n. 16.

- I) Il nuovo strumento processuale è indiscutibilmente finalizzato a rafforzare il ruolo attivo delle giurisdizioni nazionali, nel campo della tutela dei diritti umani, riducendo in modo sensibile ogni preconcetta idea circa l’asserita sovraordinazione gerarchica della Corte di Strasburgo;
- II) Il DDL di ratifica comprende anche l’attuazione del Protocollo n. 15 alla CEDU; si tratta di un atto che contiene, fra l’altro, una fondamentale modifica del Preambolo alla

---

<sup>1</sup> Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina.

Convenzione, incentrata sul pieno riconoscimento del principio del “*margin di apprezzamento*” nazionale nella dinamica applicativa della Convenzione; l’esatta portata dell’innovazione forma oggetto di attenta discussione, ma è convincente l’affermazione secondo cui, in questo modo, si intende consolidare l’idea di un’Europa di Stati, che vuole rispettare le inalienabili peculiarità nazionali<sup>2</sup>;

- III) Il quadro culturale e socio-politico disegnato dal Consiglio d’Europa e dal sistema convenzionale, sebbene sia collocato al centro di un’ampia riflessione, è ispirato dall’idea, ora largamente condivisa da un variegato arco parlamentare, dell’affermazione e dell’espansione dei diritti individuali, che non coinvolge i temi, decisamente più dibattuti, dei *vincoli* e dei doveri derivanti dall’appartenenza dell’Italia all’Unione europea<sup>3</sup>.

In questa cornice, allora, è necessario approfondire l’analisi del nuovo meccanismo processuale previsto dal Protocollo n. 16 e del suo probabile, prossimo, impatto nell’ordinamento nazionale.

Al riguardo, l’interesse specifico del giudice amministrativo è in continua espansione<sup>4</sup>. Sono ormai numerose le decisioni che richiamano espressamente la CEDU quale disciplina direttamente applicabile alla controversia. Talvolta, il riferimento intende soltanto completare il quadro della normativa rilevante. Ma, molto più spesso, la Convenzione diventa il dato determinante per la decisione.

Basterebbe pensare ai settori della regolamentazione processuale (anche alla luce del rinvio espresso al diritto europeo compiuto dall’art. 2 del CPA); alla materia delle sanzioni; alle espropriazioni e ai provvedimenti ablatori in senso lato; al rapporto di lavoro non privatizzato; al diritto dell’immigrazione; agli altri ambiti della giurisdizione esclusiva in cui emergono diritti soggettivi. Inoltre, il carattere trasversale dei “diritti fondamentali” e la circostanza che essi si possono frequentemente contrapporre all’esercizio del potere pubblico, rendono evidente che il giudice amministrativo è spesso “costretto” a misurarsi con il tema della loro tutela anche in controversie riferite a posizioni giuridiche astrattamente riconducibili alla categoria dell’interesse legittimo.

---

<sup>2</sup> L’entrata in vigore del Protocollo 15 richiede l’adesione di tutti gli Stati membri della Convenzione. Al momento attuale soltanto l’Italia e la Bosnia non hanno ancora ratificato tale Accordo.

<sup>3</sup> CARLO DEODATO *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell’Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*. Per alcune riflessioni sulle ricadute del dibattito tra *sovranismo* e diritto europeo, si veda il recente contributo di GIULIO M. SALERNO, *La legge di bilancio per il 2019 tra vincoli europei e rivendicazioni sovraniste: una questione di metodo*, *Federalismi.it*.

<sup>4</sup> L. TARANTINO, *Il giudice amministrativo al cospetto dei diritti fondamentali*, *Urbanistica e appalti*, 2018. 735. M.L. MADDALENA, L. MONTEFERRANTE, *La giustizia amministrativa in dialogo con la Corte EDU*, *www.giustizia-amministrativa.it*.

Il risalto immediato della disciplina della CEDU non è affatto attenuato dalla circostanza che, in non pochi casi, la tutela dei diritti fondamentali possa trovare la sua fonte nelle regole della Costituzione e, in determinati settori, nel diritto dell'Unione europea (segnatamente, nella *Carta di Nizza*).

Ciò chiarito, è opportuno descrivere sinteticamente i contenuti essenziali del Protocollo n. 16, per poi esaminarne nel dettaglio i singoli aspetti applicativi e alcune criticità derivanti dal suo possibile recepimento nel processo amministrativo italiano.

- A) Lo strumento del rinvio pregiudiziale opera solo negli Stati membri della CEDU che decidono, discrezionalmente, di aderire al Protocollo n. 16;
- B) Il rinvio ha per oggetto la richiesta di un *parere consultivo* della Corte di Strasburgo, riguardante l'interpretazione e l'applicazione della normativa della Convenzione;
- C) Il potere di richiesta del parere spetta solo alle “*più alte giurisdizioni*”, individuate in concreto da ciascuno Stato;
- D) La decisione di rivolgersi alla Corte EDU è sempre *facoltativa*, a differenza da quanto previsto, invece, dal rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea - TFUE);
- E) La Corte di Strasburgo, attraverso un Comitato di 5 giudici, svolge un esame preliminare di *ricevibilità* della richiesta formulata dalla giurisdizione nazionale;
- F) Superato il *filtro di ammissibilità*, la decisione finale è assunta dalla *Grande Chambre* (ossia la composizione più ampia e autorevole della Corte);
- G) Il parere consultivo espresso dalla Corte EDU *non ha valore vincolante*; pertanto, il giudice nazionale del rinvio potrebbe legittimamente dissentire, in modo motivato, dall'interpretazione proposta da Strasburgo.

Il procedimento incidentale, quindi, si differenzia da quello ordinario di fronte alla Corte EDU, per plurimi profili:

- a) l'iniziativa che conduce alla pronuncia della Corte non è rimessa al singolo che lamenta una lesione di un diritto protetto dalla CEDU, ma pertiene esclusivamente alla decisione della Corte nazionale, ancorché essa sia stata sollecitata dalla parte interessata;
- b) il procedimento si svolge sempre avanti la Grande Camera, mentre nella procedura ordinaria la Corte EDU decide, a seconda dei casi, “*in composizione di giudice unico, in comitati di tre giudici, in Camere di sette giudici e in una Grande Camera di diciassette giudici*” (art. 26 CEDU);
- c) il procedimento non si conclude con una “*decisione*” (propria del procedimento monocratico e, limitatamente ai profili di rito, del procedimento comitale o camerale), o con una “*sentenza*”



(provvedimento conclusivo dei procedimenti comitali e camerati che attinenti al merito), ma con un “*parere consultivo*”;

d) detto parere non costituisce una statuizione vincolante;

e) il procedimento incidentale deve riferirsi a “*questioni di principio relative all’interpretazione o all’applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli*”.

## **2. I risultati concreti del processo di formazione del Protocollo n. 16. Verso la razionalizzazione e l’accrescimento del dialogo tra le Corti. La semplificazione dell’intervento della Corte EDU e la valorizzazione del ruolo del giudice nazionale.**

Il processo storico e giuridico che ha portato all’adozione del Protocollo n. 16, nella sua attuale conformazione, è stato piuttosto complesso e risulta attentamente analizzato dagli interpreti<sup>5</sup>.

Esso è stato originato, anzitutto, dalla diffusa consapevolezza circa il faticoso funzionamento della Corte europea dei diritti dell’uomo degli ultimi anni e dell’impatto delle sue decisioni sui processi svolti davanti ai giudici nazionali. A causa della crescente molteplicità dei ricorsi presentati, e dell’inevitabile arretrato che si è andato formando, proprio l’attività della Corte ha rischiato di determinare la imprevedibile e paradossale violazione del diritto del cittadino alla durata ragionevole del processo (art. 6, par. 1, CEDU). Si potrebbe sostenere, allora, che il meccanismo del Protocollo n. 16 nasce soprattutto da obiettive esigenze interne e organizzative dell’istituzione europea, chiamata a proteggere l’efficienza complessiva del sistema convenzionale, piuttosto che dalle sollecitazioni provenienti dalle autorità giurisdizionali statali.

---

<sup>5</sup> NALIN EGERIA, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, Studi sull’integrazione europea*, IX (2014), pp. 117-145.

In generale sul Protocollo 16 si rinvia ai numerosi contributi presenti in dottrina, tra i quali

E. SELVAGGI, *Il protocollo n. 16 alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali: anche alla Corte di Strasburgo potranno essere poste questioni pregiudiziali*, in *Cassazione Penale*, 2014, p. 2311; E. LAMARQUE, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, Milano, 2015; G. CENTAMORE – B. AGOSTINI, *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*; D. MARTIRE, *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali entra finalmente in vigore*, in *Diritti Comparati*, 16 aprile 2018; R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta Online*; O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in *Diritto dell’Unione Europea*, 2014, 2; A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all’adesione dell’Unione alla CEDU e all’entrata in vigore del Prot. 16)*, in *Rivista AIC*, 2014, 1; G. ASTA, *Il Protocollo XVI alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in [www.sioi.org](http://www.sioi.org); D. VIGONI, *Entra in vigore (ma non per l’Italia) il Protocollo n. 16 alla CEDU che consente di richiedere alla Corte EDU un parere consultivo*, in *Processo Penale e Giustizia*, 2018, 6; CONTI R., *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d’orchestra per una nomofilachia europea*, *Consultaonline.it*.

D'altro canto, però, in passato si era ripetutamente sottolineato l'elemento di grave incertezza (se non di vera e propria *"insicurezza giuridica"*) derivante dal possibile contrasto tra la decisione del giudice nazionale e la successiva sentenza della Corte EDU (non di rado pronunciata a distanza di tempo) che riconosca l'intervenuta violazione di un diritto fondamentale, "sfuggita" alla Corte dello Stato. Da qui, fra l'altro, si era sviluppato il dibattito circa lo spazio per la riapertura del giudicato statale, in seguito al sopravvenire di una decisione europea, rilevante nella stessa vicenda contenziosa, o in altre analoghe.

Molto realisticamente, poi, bisognava tenere conto della profonda insoddisfazione espressa dalle giurisdizioni nazionali, spesso collocate in una posizione *passiva* nel dialogo con la Corte di Strasburgo e nella elaborazione interpretativa dei diritti fondamentali di matrice europea. Al riguardo, si era segnalato che alcuni Paesi, *"in particolare il Regno Unito, hanno lamentato una presunta tendenza da parte dei giudici della Corte ad invadere settori di competenza dei tribunali nazionali"*<sup>6</sup>.

Una prima risposta fornita a queste problematiche, con precipuo riguardo al tema del forte ritardo delle decisioni CEDU, era stata costituita dal Protocollo n. 14 e dalla introduzione di misure strettamente processuali, tutte riferite al giudizio convenzionale, quali la previsione di un giudice unico con il compito di decidere i casi manifestamente inammissibili o la possibilità di dichiarare il ricorso inammissibile in assenza di un *pregiudizio importante per i diritti del ricorrente*.

Altri strumenti innovativi, finalizzati al medesimo scopo, riguardavano l'aumento delle competenze attribuite ai *Comitati* decisori composti di soli tre giudici.

Tuttavia, la necessità di un maggiore coinvolgimento delle giurisdizioni statali e la constatazione della non soddisfacente efficienza del modello costituito dagli artt. 47, 48 e 49 CEDU, aveva indotto il Comitato dei Ministri ad esaminare la possibilità di introdurre nuovi meccanismi.

A tal fine, un apposito *Gruppo di saggi*, istituito mediante la nomina dei capi di Stato e di Governo dei Paesi membri del Consiglio d'Europa, in occasione della riunione tenuta a Varsavia il 15-16 maggio 2005, aveva stilato, in data 15 novembre 2006, un primo rapporto. Questo prospettava l'introduzione di uno strumento, da consegnare alle Corti nazionali di ultima istanza, che realizzasse e ampliasse il dialogo preventivo con la Corte di Strasburgo, riducendo il numero di ricorsi ordinari contenziosi introdotti dinanzi a tale giudice, ma solo dopo l'esito del processo dinanzi al giudice nazionale.

In particolare, la Commissione aveva proposto di configurare un meccanismo che consentisse al giudice nazionale di sollecitare preventivamente l'interpretazione delle norme convenzionali ad opera della Corte

---

<sup>6</sup> Si vedano le indicazioni del relatore, Senatrice Fattorini, al DDL S-2921, nel corso dei lavori preparatori in Commissione.



di Strasburgo, in qualche misura sulla falsariga del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia disciplinato dall'art. 267 TFUE, pur evidenziando alcune problematiche di tale soluzione.

Evidentemente, il meccanismo così individuato rappresenta un esito intermedio tra le diverse soluzioni prospettate: dall'*opzione zero*, volta a lasciare immutato il sistema, alla ipotesi di stabilire, al contrario, un procedimento di rinvio alla CEDU a carattere obbligatorio e vincolante.

Il Gruppo dei Saggi, quindi, concludeva 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».*

Sulla stessa lunghezza d'onda, la Conferenza di Smirne sul futuro della Corte (26-27 aprile 2011), nella sua dichiarazione finale, sottolineava l'opportunità di *«introdurre una procedura che consentisse alle più alte giurisdizioni nazionali di richiedere pareri consultivi alla Corte, relativamente all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione».*

Anche nella Conferenza di Brighton del 19-20 aprile 2012, la dichiarazione finale affermava che *«l'interazione tra la Corte e le autorità nazionali avrebbe potuto essere consolidata dall'introduzione nella Convenzione di un ulteriore potere della Corte, che gli Stati parte avrebbero comunque potuto accettare in via facoltativa, e cioè il potere di emettere, su esplicita richiesta, pareri consultivi sull'interpretazione della Convenzione nell'ambito di una specifica causa a livello nazionale».*

Pertanto, dopo le formali dichiarazioni rilasciate nelle Conferenze di Interlaken (febbraio 2010) e di Izmir (aprile 2011), la Conferenza di Brighton dell'aprile 2012 ha invitato il Comitato dei Ministri ad adottare un *Protocollo facoltativo alla Convenzione europea entro la fine del 2013.*

Il testo definitivo è stato poi predisposto dal *Comité directeur pour les droits de l'Homme (CDDH)*, rimesso al Drafting Group B on the reform of the Court - GT-GDR-B), trasmesso, insieme al rapporto esplicativo, al Comitato dei Ministri per l'adozione finale, avvenuta il 10 luglio 2013, ed infine aperto alla firma a Strasburgo il 2 ottobre 2013.

### **3. I caratteri essenziali del nuovo strumento. La giurisdizione *consultiva* della Corte EDU. La “triplice” facoltatività del rinvio pregiudiziale: l'adesione discrezionale dei singoli Stati; la non obbligatorietà del rinvio; la natura non vincolante del parere della Corte.**

Con il Protocollo n. 16, pertanto, è stato introdotto un nuovo strumento di cooperazione tra le Corti nazionali e la Corte di Strasburgo, diretto ad istituire una vera e propria *giurisdizione consultiva e preventiva*,

di carattere incidentale, per alcuni tratti improntata, nelle sue linee essenziali, al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea *ex art. 267* del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFEU) e al rinvio della questione di legittimità costituzionale alla Corte nazionale.

L'elemento comune è rappresentato dalla immancabile *incidentalità* della questione sollevata davanti alla Corte EDU. Ma il dato distintivo riguarda la posizione non sovraordinata riconosciuta al giudice europeo. Ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo “*Le più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente, designate conformemente all'articolo 10, possono presentare alla Corte delle richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli*” .

Il successivo e richiamato art. 10 prevede invece che “*Ciascuna Alta Parte contraente della Convenzione indica, al momento della firma o del deposito del proprio strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione, per mezzo di una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, quali autorità giudiziarie nomina ai fini dell'articolo 1, paragrafo 1, del presente Protocollo.*

*Tale dichiarazione può essere modificata in qualsiasi momento nello stesso modo*” <sup>7</sup>.

Molto opportunamente, comunque, il legislatore italiano (vedi *infra*) ha ipotizzato di riservare al Parlamento, con il formale strumento della legge statale, l'individuazione delle “*più alte giurisdizioni*” , prevenendo in radice ogni rischio di decisioni rimesse all'arbitrio dell'Esecutivo e dell'Autorità Politica, che non sia diretta espressione della volontà popolare. Evidentemente, una volta adottata la forma legislativa per la determinazione delle giurisdizioni competenti al rinvio, la sua successiva eventuale modifica, consentita dall'art. 10 della Convenzione, potrà essere effettuata solo con lo stesso mezzo giuridico.

Il Protocollo rimette pertanto alle Alte Parti contraenti l'individuazione delle “*più alte giurisdizioni*” nazionali che potranno richiedere il parere consultivo alla Corte europea, tenendo conto delle diversità di organizzazione dei diversi sistemi processuali, nei quali il ruolo di *vertice* funzionale della giurisdizione è variamente distribuito tra Corti costituzionali e altri uffici giurisdizionali “*superiori*” , secondo modelli in prevalenza pluralistici.

---

<sup>7</sup> Parte della dottrina (O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*), ha criticato tale disposizione, che «*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 contrattari politici*».

Resta però da chiarire se, in forza dell'affermato principio di autonomia, i legislatori nazionali possano, nella sostanza, circoscrivere o ampliare l'ambito delle giurisdizioni dotate del potere di rinvio, “*forzando*” il loro sistema.

Il limite insuperabile dovrebbe essere costituito dalla posizione dell'organo decisionale e dalla generale non impugnabilità delle sue pronunce di fronte a diversi organi. Ma l'applicazione di questo criterio risulta molto difficoltosa, considerando che i diversi ordinamenti prevedono, di solito, regole piuttosto articolate e differenziate, talvolta caratterizzate dalla limitazione dei mezzi di impugnazione. Basterebbe indicare, al riguardo, la peculiarità dell'ordinamento costituzionale italiano e la posizione della Cassazione differenziata nei rapporti con i giudici speciali, da un lato, e con il Consiglio di Stato e la Corte di conti, dall'altro<sup>8</sup>.

#### **4. Il giudizio incidentale davanti alla *Grande Chambre* e il filtro di ammissibilità dinanzi al collegio di cinque giudici. La *dissenting opinion*.**

Il sistema delineato dal Protocollo è quindi improntato al modello incidentale. La Corte nazionale può infatti chiedere il parere consultivo solo nel corso di una causa pendente dinanzi ad essa e, in ogni caso, deve motivare la richiesta di parere e produrre gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente.

Si è previsto inoltre un *filtro all'ammissibilità* dei ricorsi, valutati preventivamente da un collegio di cinque giudici della Grande Camera, fra i quali il giudice eletto per il Paese cui appartiene l'autorità giudiziaria richiedente. Se il giudice in questione è assente o non è in grado di partecipare alla riunione, sarà sostituito da una persona scelta dal Presidente della Corte all'interno di una lista previamente sottoposta alla Parte interessata. In ogni caso, il rigetto della domanda dovrà essere motivato.

Per quanto riguarda la *sostanza* del rinvio, i successivi artt. 4 e 5 del Protocollo prevedono che i pareri siano motivati, pubblicati e, soprattutto, non vincolanti per l'autorità giurisdizionale che li ha richiesti.

In armonia con quanto stabilito dall'art. 45 della Convenzione e dall'art. 74 del Regolamento di procedura, infine, si prevede poi che “*Se il parere consultivo non esprime, in tutto o in parte, l'opinione unanime dei giudici,*

---

<sup>8</sup> Secondo l'art. 111 della Cost., penultimo e ultimo comma:

“*Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.*

*Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.*”

*ciascuno dei giudici ha il diritto di allegare allo stesso la propria opinione separata”* , ribadendosi, così, la regola della *dissenting opinion*, la quale può risultare particolarmente utile proprio nel contesto della funzione consultiva.

## **5. La non vincolatività del parere espresso dal Corte EDU e la sua efficacia giuridica.**

Secondo il Protocollo, la *non vincolatività* del parere costituisce l'elemento peculiare che, fra l'altro, lo distingue nettamente dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, insieme alla facoltatività della decisione del rinvio stesso, anche per le giurisdizioni superiori. Il Comitato ha voluto introdurre uno strumento diretto a rafforzare il *dialogo* tra la Corte e le autorità giudiziarie nazionali, poste pertanto in un rapporto orizzontale e di complementarità□.

L'Autorità richiedente ha quindi la possibilità di disattendere il parere rilasciato dalla Corte di Strasburgo ma ciò, evidentemente, non incide sulla facoltà della parte del giudizio di esercitare, successivamente alla sua conclusione e nel rispetto del principio di sussidiarietà, il proprio diritto a proporre ricorso individuale (art. 34 della Convenzione).

Sarà cura della Corte nazionale informare la Corte EDU dell'esito del giudizio principale, in seguito alla pronuncia del parere, come auspicato dalle linee guida emanate dalla CEDU<sup>9</sup>.

In tal caso sembra peraltro che anche la Corte possa, a sua volta, discostarsi dal suo precedente parere. Ma è prevedibile che ciò avverrà in modo estremamente ponderato, alla stessa stregua dei mutamenti di giurisprudenza.

Si deve notare che nessuna previsione obbliga la Corte a pronunciarsi nuovamente nella composizione della *Grande Chambre*, qualora la stessa vicenda contenziosa sia portata alla sua attenzione, dopo l'emissione del precedente parere consultivo e la conclusione del processo davanti al giudice nazionale.

La mancanza di una regola rigida appare significativa, perché l'opportunità di una nuova decisione della Grande Chambre potrebbe derivare solo da particolari circostanze.

Si pensi alla differenza tra i casi in cui la decisione del giudice nazionale sia stata pienamente conforme al parere espresso dalla Corte: in tal caso un nuovo passaggio dinanzi alla Grande Chambre sarebbe poco utile, giacché le probabilità di una pronuncia che ribadisca i contenuti del parere con una motivazione semplificata sono molto elevate

Al contrario, in presenza di un manifesto contrasto tra il parere reso dalla Corte di Strasburgo e la sentenza conclusiva del contenzioso nazionale, un nuovo passaggio davanti alla Grande Chambre potrebbe risultare assai opportuno.

---

<sup>9</sup> ***Follow-up to the Court's opinion***

*31. The requesting court or tribunal is invited to inform the Court of the follow-up given to the advisory opinion in the domestic proceedings and to provide it with a copy of the final judgment or decision adopted in the case.”*

**6. L'adesione della Francia e l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 (1 agosto 2018) per i soli (10) Paesi che lo hanno finora ratificato: la fase "sperimentale". La prima applicazione della procedura. L'attesa delle pronunce della Corte EDU. La previsione della durata semestrale del procedimento.**

In data 12 aprile 2018, la Francia ha depositato il decimo strumento di ratifica del Protocollo n. 16 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (*Loi n. 2018-237 du 3 avril 2018 autorisant la ratification du protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*), determinando, così, la sua entrata in vigore, che resta pur sempre circoscritta ai soli (finora dieci) Stati firmatari e ratificanti.

Infatti, ai sensi dell'art. 8 del Protocollo, la sua entrata in vigore è stabilita *“il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui dieci Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo”* .

Il Protocollo n. 16, dunque, è entrato in vigore il 1 agosto 2018 nei dieci paesi che, ad oggi, hanno depositato la ratifica, ossia Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina.

La prima applicazione della procedura del Protocollo n. 16 si deve alla iniziativa della Corte di Cassazione Francese, nella sua composizione più autorevole (assemblea Generale), la quale ha sospeso un procedimento al suo esame (così confermando che lo strumento è pienamente applicabile ai procedimenti in corso) chiedendo ai giudici di Strasburgo di chiarire se rientri nel *margin of appreciation* delle autorità nazionali il rifiuto di trascrivere nei registri dello stato civile di un atto di nascita riguardante un bambino nato all'estero da maternità surrogata che designi come madre quella non biologica e come padre quello biologico<sup>10</sup>.

Di tale richiesta ha dato notizia la Corte EDU, annunciando che il gruppo di cinque giudici ha stabilito di esaminare la richiesta della Corte di Cassazione francese il 3 dicembre 2018: *«si tratta della prima richiesta pervenuta alla Corte dalla entrata in vigore del Protocollo 16»*, si legge nel comunicato stampa, ove si ricorda

---

<sup>10</sup> The Court of Cassation, in a judgment of 5 October 2018, decided to submit to the European Court of Human Rights a request for an advisory opinion on the following questions:

*“(1) By refusing to enter, in the civil register of births, the birth of a child born abroad to a surrogate mother, in so far as the foreign birth certificate designates the child’s “intended mother” as its “legal mother”, whereas the registration is accepted in so far as it designates the “intended father”, who is also the child’s biological father, will a State party be overstepping its margin of appreciation under Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms? In this connection should a distinction be drawn as to whether or not the child was conceived using the eggs of the “intended mother”?*

*(2) In the event of an answer in the affirmative to one of the two questions above, would the possibility for the intended mother to adopt the child of her spouse, the biological father, this being a means of establishing the legal mother-child relationship, ensure compliance with the requirements of Article 8 of the Convention?”*

The Court of Cassation has adjourned its proceedings until the Court gives its opinion.

(come del resto previsto espressamente nel Protocollo) che, in ogni caso, «*il parere fornito dalla Grande Camera non sarà vincolante*».

Superato il filtro, la decisione della Grande Chambre è attesa per l'aprile 2019, secondo una tempistica semestrale, che, nel programma della Corte, dovrà essere normalmente assicurata per garantire il buon funzionamento del nuovo istituto.

Nelle proprie linee guida, del resto, la Corte ha chiarito che la trattazione delle richieste di pareri avrà sempre carattere prioritario, ai sensi dell'art. 41 del regolamento di procedura<sup>11</sup>.

## **II. L'attuazione nell'ordinamento italiano.**

### **7. Il (lentissimo) percorso del recepimento italiano: dalla firma del Protocollo alla ipotesi di ratifica. Il DDL governativo della scorsa legislatura, approvato da un ramo del Parlamento (AS-2921). Il parere critico della Commissione Affari costituzionali: il coordinamento con il rinvio obbligatorio alla CGUE e l'opportunità della sospensione obbligatoria.**

L'Italia ha tempestivamente firmato il Protocollo n. 16 già all'atto dell'apertura della procedura, nell'anno 2013, ma non ha ancora depositato lo strumento di ratifica.

Nel corso della precedente legislatura, il 30 dicembre 2014 il Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale ed il Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, avevano presentato il disegno di legge n. AC-2801, concernente la “*Ratifica ed esecuzione dei seguenti protocolli: a) Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013; b) Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013*” .

Dunque, il Governo italiano aveva optato per una ratifica ed esecuzione parallela dei due Protocolli nn. 15 e 16, certamente connessi, ma riferiti a contenuti assai diversi, anche per le loro distinte implicazioni politiche e di ordine tecnico-giuridico.

---

#### <sup>11</sup> **Priority**

29. A request for an advisory opinion will be dealt with as a matter of priority in accordance with Rule 41 of the Rules of Court. The requesting court or tribunal should indicate, giving reasons, whether there are any special circumstances which would require an urgent examination of the request and a speedy ruling by the Court. It is desirable that the requesting court or tribunal should have consulted the parties to the proceedings before it on this matter and attach their views to its reasons for the request. It will be for the Court to determine whether the reasons put forward by the requesting court or tribunal are such as to justify an expedited treatment of the request. The Court will have regard to its own criteria governing the order in which applications lodged under Article 34 of the Convention are handled.<sup>1</sup> It is recommended that designated courts or tribunals familiarise themselves with these criteria before filing a request for an expedited advisory opinion procedure.



Il disegno di legge, dopo essere stato approvato in prima lettura dalla Camera dei Deputati in data 26 settembre 2017, il giorno successivo è passato all'esame del Senato della Repubblica (disegno di legge n. AS-2921), ove è stato assegnato alle commissioni riunite 2a e 3a (Giustizia, Affari Esteri) in sede referente (3 ottobre 2017).

Il DDL, tuttavia, non ha ricevuto particolari impulsi e non è stato approvato definitivamente dal Parlamento, senza, peraltro, che dai lavori parlamentari siano emersi particolari punti di tensione.

Tuttavia, la XIV Commissione Politiche Europee ha espresso, al riguardo, un parere critico sul DDL, in relazione a due aspetti.

- A) In termini generali, ha manifestato il dubbio che il Protocollo n. 16, nel suo insieme, possa indebolire lo strumento del rinvio alla CGUE di cui all'art. 267 del TFUE; al riguardo, la Commissione ha richiamato le considerazioni svolte dalla stessa Corte GUE, in occasione del procedimento di adesione dell'Unione europea alla Convenzione EDU; Secondo la Corte del Lussemburgo (parere 2/2013 del 18 dicembre 2104<sup>12</sup>), il sistema CEDU non prevede alcuna articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 con la procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE", che "*instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati*";
- B) Più nello specifico, la Commissione del Senato ha suggerito di prevedere la sospensione *obbligatoria* del giudizio principale - e non più meramente *facoltativa* - in seguito alla pronuncia del rinvio pregiudiziale (vedi *infra*).

---

<sup>12</sup> Il Parere della CGUE così si esprime:

*“196. In terzo luogo, occorre sottolineare che il Protocollo n. 16 autorizza le più alte giurisdizioni degli Stati membri a rivolgere alla Corte EDU domande di pareri consultivi in merito a questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla CEDU o dai suoi protocolli, quando invece il diritto dell'Unione esige che, a tale scopo, questi stessi giudici propongano dinanzi alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE.*

*197. Se è pur vero che l'accordo previsto non contempla l'adesione dell'Unione in quanto tale al Protocollo n. 16, e che quest'ultimo è stato firmato il 2 ottobre 2013, ossia dopo l'accordo intervenuto il 5 aprile 2013 a livello dei negoziatori in merito ai progetti di strumenti d'adesione, ciò non toglie che, poiché la CEDU formerebbe parte integrante del diritto dell'Unione, il meccanismo istituito da detto protocollo potrebbe, segnatamente quando vengano in discussione diritti garantiti dalla Carta che corrispondono a quelli riconosciuti dalla CEDU, pregiudicare l'autonomia e l'efficacia della procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE.*

*198. In particolare, non è escluso che una domanda di parere consultivo proposta ai sensi del Protocollo n. 16 da un giudice di uno Stato membro che abbia aderito a tale protocollo possa attivare la procedura di previo coinvolgimento della Corte, creando così un rischio di elusione della procedura di rinvio pregiudiziale prevista dall'articolo 267 TFUE, la quale, come ricordato al punto 176 del presente parere, costituisce la chiave di volta del sistema giurisdizionale istituito dai Trattati.*

*199. Orbene, non contenendo alcuna disposizione in merito all'articolazione del meccanismo istituito dal Protocollo n. 16 con la procedura di rinvio pregiudiziale contemplata dall'articolo 267 TFUE, l'accordo previsto è idoneo a pregiudicare l'autonomia e l'efficacia di tale procedura.”*

La circostanza del lento iter del DDL, nella scorsa e nell'attuale legislatura, potrebbe forse far riflettere sull'atteggiamento parlamentare di assoluta prudenza nei riguardi del possibile recepimento della normativa europea, considerando la corsia privilegiata normalmente riservata alle iniziative legislative concernenti i Trattati internazionali e la scarsa complessità tecnica del testo.

**8. Il testo del DDL AC-1124, ripresentato dal Governo nella presente legislatura. La sostanziale riproduzione del precedente articolato. L'ordinaria autorizzazione alla ratifica. L'ordine di esecuzione del Protocollo. Il rango della normativa convenzionale, sovraordinata alla legislazione statale ordinaria. L'art. 4 e l'entrata in vigore. L'applicazione del meccanismo di rinvio ai procedimenti in corso. Lo spazio per l'eventuale integrazione o precisazione della domanda.**

Il nuovo schema di provvedimento legislativo, ora ripresentato dal Governo nella presente legislatura (DDL AC-1124), in data 10 agosto 2018, reca la *Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013, e del Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013*, ed è stato presentato il 10 agosto 2018.

Il testo del ddl ripresentato ora dal Governo riproduce in modo pressoché identico la stessa formulazione approvata dalla Camera nella scorsa legislatura, salvo alcune marginali modifiche formali, riguardanti l'autonomia normativa della Corte costituzionale.

Il disegno di legge, che risulta già assegnato alle Commissioni riunite 2<sup>a</sup> (Giustizia) e 3<sup>a</sup> (Affari esteri e comunitari) il 21 settembre 2018, si compone di quattro articoli.

L'impostazione è caratterizzata dalla presenza di tre articoli (1, 2 e 4), che contengono le tre disposizioni "normali" nelle leggi relative ai trattati internazionali (autorizzazione alla ratifica; ordine di esecuzione; entrata in vigore).

Un unico articolo (l'art. 3) prevede una circoscritta disciplina di adeguamento e di attuazione.

Più nel dettaglio, l'art. 1 contiene l'*Autorizzazione alla ratifica*, secondo la formula tipica delle leggi in materia di Trattati.

*"1. Il Presidente della Repubblica è autorizzato a ratificare i seguenti Protocolli:*

*a) Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013;*

*b) Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013."*

Parimenti, l'art. 2 prevede il comune “*Ordine di esecuzione*”, necessario per acquisire la normativa internazionale all'interno dell'ordinamento nazionale.

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

Va ricordato che, pur mancando nel DDL ogni riferimento all'art. 117, comma primo, il rango delle norme di origine pattizia è quello individuato dalla Corte costituzionale, che colloca la disciplina pattizia (a parte il più ampio problema della natura dei Trattati internazionali) al livello delle disposizioni interposte nella valutazione di legittimità costituzionale delle leggi statali “ordinarie”.

La posizione formale e sostanziale di *sovraordinazione* della disciplina racchiusa nei Protocolli riguarda anche previsioni di carattere prevalentemente procedimentali e organizzative, come quelle del Protocollo n. 16.

Questo aspetto è particolarmente importante in relazione alla individuazione dell'effettivo spazio regolatorio riservato ai singoli Stati nella disciplina del procedimento di rinvio, quanto meno nella fase di diritto interno.

Evidentemente, la normativa deve inserirsi armonicamente nel quadro dei processi regolati dai diritti nazionali.

Sembrerebbe, però, che il diritto statale preesistente, proprio per la riconosciuta prevalenza del diritto pattizio, debba “cedere” di fronte a quello del Protocollo. In ogni caso, però, l'applicazione del diritto contenuto nel Protocollo opera in via diretta, in virtù del recepimento operato attraverso la legge ordinaria di esecuzione della Convenzione.

In questo senso, allora, mentre sono sicuramente ammissibili disposizioni esplicative, che sviluppano le regole del Protocollo e ne incoraggiano l'applicazione, sembrano invece incompatibili con il diritto convenzionale eventuali disposizioni limitative del potere di rinvio.

Ciò appare piuttosto chiaro in relazione ad ipotizzabili restrizioni dei presupposti (per quanto essi siano indicati genericamente dal Protocollo).

Ma si dovrebbe affermare la stessa conclusione in riferimento ad eventuali limitazioni di ordine procedimentale, che non risultino intrinsecamente e razionalmente collegate al funzionamento fisiologico del processo.

Così, per fare qualche esempio, non parrebbero compatibili con il Protocollo n. 16 eventuali limitazioni del potere di rinvio a determinate materie soltanto (aspetti sostanziali) o a particolari fasi del procedimento, comportanti ingiustificate preclusioni.

L'art. 4. (*Entrata in vigore*), prevede, come di prassi per le leggi di ratifica, che *1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.*

La norma potrebbe suscitare qualche dubbio di opportunità: la lunghissima attesa della ratifica potrebbe non spiegare l'insolita fretta in ordine alla anticipazione dell'entrata in vigore della legge.

In ogni caso, la piena operatività del nuovo meccanismo, anche per l'ordinamento interno, è subordinata al deposito dell'atto di ratifica. L'immediata entrata in vigore dovrebbe agevolare la pronta esecuzione di tale adempimento.

Piuttosto, occorrerebbe chiarire la portata della disciplina, che risulta riferibile, senz'altro, anche ai giudizi in corso: ne è esempio, in tal senso, il rinvio francese, riferito ad un processo già avviato da tempo.

Trattandosi di un potere decisorio del giudice, si deve ritenere che la scelta del rinvio possa compiersi fino al momento della pubblicazione della pronuncia, rispettando le ordinarie regole circa l'eventuale riconvocazione della camera di consiglio e il rispetto del contraddittorio "verticale" con le parti, ai sensi dell'art. 73 del CPA.

L'entrata in vigore del Protocollo dovrebbe permettere alle parti di svolgere le proprie deduzioni difensive: senza "mutamento" della domanda, le parti potrebbero meglio sviluppare il parametro riferito al diritto CEDU e l'eventuale utilizzazione dello strumento del rinvio.

### **9. Il contenuto dell'art. 3 del testo. Le specifiche norme di attuazione del Protocollo n. 16 previste dal ddl di ratifica. La doverosa applicazione dell'art. 10 del Protocollo. L'individuazione delle *più alte giurisdizioni*" legittimate a richiedere il parere. Alcuni possibili aspetti problematici.**

L'art. 3 contiene le specifiche disposizioni attuative che il legislatore ha ritenuto di introdurre nel sistema interno.

La rubrica (*Sospensione del processo*) appare limitativa, riferendosi alla sola previsione del comma 2, senza considerare gli altri diversi contenuti dell'articolo.

Infatti:

- a) il comma 1 individua, ai sensi dell'art. 10 del Protocollo, le "più alte Giurisdizioni" competenti alla formulazione della richiesta di parere;
- b) il comma 2 disciplina la "sospensione" del processo;
- c) il comma 3 contiene una specifica disposizione di rinvio alla Corte costituzionale, la quale sembra riguardare sia l'*an* che il *quomodo* della richiesta di parere.

Già nel testo trasmesso al Senato la scorsa legislatura, si prevedeva, all'art. 3 (rubricato "Sospensione del processo"), comma 1, che "La Suprema Corte di cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana possono presentare alla Grande Camera della Corte europea

*dei diritti dell'uomo richieste di parere ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, del Protocollo di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), della presente legge” .*

Secondo il comma 1 dell'art. 3 dello schema ora all'esame del Parlamento, *“La Suprema Corte di cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana possono presentare alla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo richieste di parere ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, del Protocollo di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), della presente legge”.*

Inoltre, al comma 3, si stabiliva che *“La Corte costituzionale può provvedere con proprio regolamento sull'applicazione del Protocollo di cui al comma 1 del presente articolo, in conformità agli articoli 14, primo comma, e 22, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87” .*

Il disegno di legge ha quindi sostanzialmente rimesso alla Corte costituzionale stessa la scelta in ordine alla possibilità di divenire soggetto legittimato a proporre il rinvio oggetto del Protocollo n. 16.

Da notare alcuni aspetti particolari del dettato del DDL:

- a) La denominazione della Corte di cassazione, correttamente munita dell'aggettivazione *“Suprema”*, in conformità alla denominazione contenuta nell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario e in piena coerenza con la dizione del Protocollo;
- b) la *Corte dei Conti* è considerata in modo ampio e generico, senza alcuna delimitazione all'organo operante in sede di appello e ultimo grado (le Sezioni Riunite); da qui alcuni dubbi di coerenza complessiva del sistema: riesce difficile comprendere perché la stessa competenza non si attribuisca ai TAR o ad altri organi di merito della giurisdizione ordinaria, a meno che non si intenda che il riferimento all'istituzione comprenda, implicitamente la delimitazione al solo organo "superiore".

Senza approfondire ulteriormente il tema, si deve considerare che i magistrati della Corte dei conti con qualifica di consigliere sono tutti indistintamente considerati componenti della “giurisdizione superiore”, come tali muniti del diritto di elettorato attivo per la scelta di un componente della Corte costituzionale. Peraltro, va segnalato che altri ordinamenti hanno modulato in modi assai diversificati l'elenco degli organi abilitati al rinvio, talvolta limitandosi alla sola Corte suprema (o costituzionale), talaltra riferendosi anche a giudici di livello meno elevato.

Ad esempio, la Romania ha indicato come organi abilitati al rinvio pregiudiziale anche le Corti d'appello, in considerazione del particolare regime di impugnazione delle loro decisioni<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> In accordance with Article 10 of Protocol n. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Government of Romania designates the following national courts for the purposes of Article 1, paragraph 1, of this Protocol:

- c) non sono considerati, nell'elenco, altre “**giurisdizioni speciali**”, astrattamente riconducibili ad un rango di “maggiore altezza” le cui decisioni restano soggette al controllo di legittimità in Cassazione (es: TSAP, giudice militare).
- d) *a fortiori*, nell'elenco non sono comprese le Autorità indipendenti, atteso il loro assoggettamento alla giurisdizione; non sembra incidere su questa conclusione la recentissima problematica aperta dalla decisione n. 1/2018 con la quale l’Autorità per le Garanzie della Concorrenza e del Mercato, nel corso di un procedimento sanzionatorio, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale incidentale; infatti, anche volendo ipotizzare che tale Autorità sia equiparabile ad un giudice a quo, resterebbe sempre esclusa la sua natura di “*più alta giurisdizione*”.

**10. Il riferimento specifico al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (CGARS). Il ruolo delle Sezioni semplici del Consiglio di Stato. Il rapporto con i vincoli di deferimento all’Adunanza Plenaria. L’inapplicabilità dei criteri fissati dalla sentenza *Puligienica* riferiti al solo rinvio obbligatorio alla CGUE. I vantaggi del dialogo con la Corte Edu realizzato attraverso l’espressione più elevata della giurisdizione amministrativa.**

Va posto in evidenza il riferimento specifico, forse ridondante al CGARS (che è già qualificato espressamente, dal legislatore, quale “Sezione” del Consiglio di Stato: D.Lgs. 24 dicembre 2003, n. 373); l’indicazione potrebbe risultare utile per la Corte EDU, attesa la “*singularità*” dell’organo. Sullo sfondo si intravede la problematica del rapporto con il rinvio all’Adunanza Plenaria, posto alla base della nota sentenza della CGUE Corte di giustizia UE, Grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*. La pronuncia della Corte aveva affermato la prevalenza dell’obbligo di rinvio pregiudiziale rispetto a diverse regole di diritto interno che, invece, obbligano il giudice al deferimento preventivo della questione all’Adunanza Plenaria.

Peraltro, l’Adunanza Plenaria, con sentenza 27 luglio 2016, n. 20, intervenuta la pronuncia della Corte di Giustizia sul caso *Puligienica/Airgest*, ha preso atto e recepito i principi in essa enunciati in ordine ai rapporti tra il ruolo nomofilattico assegnato dall’art. 99, comma 3, c.p.a. alla Plenaria e l’obbligo per le

---

The High Court of Cassation and Justice; The Constitutional Court; The Court of appeal of Alba Iulia; The Court of appeal of Bacău; The Court of appeal of Braşov; The Court of appeal of Bucureşti; The Court of appeal of Cluj; The Court of appeal of Constanţa; The Court of appeal of Craiova; The Court of appeal of Galaţi; The Court of appeal of Iaşi; The Court of appeal of Oradea; The Court of appeal of Piteşti; The Court of appeal of Ploieşti; The Court of appeal of Suceava; The Court of appeal of Târgu-Mureş; The Court of appeal of Timişoara.



singole Sezioni del Consiglio, in qualità di giudice di ultima istanza, di sollevare, anche d'ufficio, una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia.

Di talché, il supremo consesso della magistratura amministrativa ha chiarito che, alla luce dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza 5 aprile 2016, l'art. 99, comma 3, c.p.a. deve essere interpretato nel senso che:

- a) la Sezione cui è assegnato il ricorso, qualora non condivida un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria su una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione Europea, può adire la Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale, anche senza rimettere previamente la questione all'Adunanza Plenaria affinché questa riveda il proprio orientamento;
- b) la Sezione cui è assegnato il ricorso, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di Giustizia ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione Europea da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione Europea. In altri termini, i principi enunciati consentono alle Sezioni cui è assegnato il ricorso sia di poter adire direttamente la Corte di Giustizia, senza dovere prima rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, sia di poter disattendere il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, ove esso risulti in contrasto con una interpretazione del diritto dell'Unione già fornita, in maniera chiara ed univoca, dalla giurisprudenza europea.

### **11. Il recepimento “secco” operato dalla Francia e da San Marino: il carattere *autoesecutivo* della Convenzione? L'autonomia dei singoli Stati nella individuazione delle Autorità competenti al rinvio e la garanzia dello strumento legislativo. Quali norme di adattamento dell'ordinamento interno sono necessarie o utili?**

Si deve sottolineare che altri Stati (Francia, San Marino) non hanno ritenuto di adottare alcuna previsione attuativa, limitandosi a ratificare con legge l'atto convenzionale e ordinare l'esecuzione del Protocollo, sul presupposto del suo carattere totalmente “autoesecutivo”.

La citata legge di ratifica francese del Protocollo 16 si compone di un solo articolo (*Article unique*):

*“Est autorisée la ratification du protocole n° 16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Strasbourg le 2 octobre 2013, et dont le texte est annexé à la présente loi.*

*La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.”*

All'atto di deposito dello strumento di ratifica, sono state individuate le tre *giurisdizioni* abilitate al rinvio pregiudiziale:

*“In accordance with Article 10 of Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the French Government declares that the jurisdiction designated for the purposes of Article 1, paragraph 1, of the Protocol are the Constitutional Council, the State Council and the Court of Cassation”<sup>14</sup>.*

Parimenti, con decreto consiliare 28 gennaio 2015 n.9 la Repubblica di San Marino ha promulgato la Ratifica del Protocollo n.16 alla convenzione di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali del Consiglio d’Europa.

Il provvedimento si compone di un articolo unico:

*“Piena ed intera esecuzione è data al Protocollo n.16 della Convenzione di Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali del Consiglio d’Europa, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013, (Allegato A), e alla relativa dichiarazione fatta ai sensi dell’articolo 10, del Protocollo (Allegato B) a decorrere dall’entrata in vigore, in conformità a quanto disposto dall’articolo 8 del Protocollo medesimo.”<sup>15</sup>*

Evidentemente, nel contesto normativo italiano, è preferibile la scelta di affidare alla legge il compito di individuare le giurisdizioni abilitate alla richiesta del parere. In concreto, l’elenco stabilito appare largamente conforme all’idea dominante di *“giurisdizione suprema”*.

Ci si potrebbe chiedere quale margine di autonomia possieda il singolo Stato (indipendentemente dalla forma giuridica prescelta) nella fissazione dei confini delle autorità giudiziarie abilitate alla formulazione della richiesta di parere. Si potrebbe ipotizzare, infatti, sia una *“limitazione”*, anche molto stretta, delle giurisdizioni chiamate al dialogo con la Corte EDU, sia un ampliamento: ad esempio, in Italia, alle giurisdizioni speciali, soggette al controllo di legittimità della Cassazione.

La scelta, da parte dei redattori del Protocollo n. 16, di lasciare ai Paesi membri un’ampia discrezionalità in merito alla individuazione del giudice *“a quo”* se, da un lato, è stata ritenuta rispettosa del *principio di sussidiarietà* (che dovrebbe rinforzare, almeno in apparenza, il ruolo degli Stati *«as primary defenders of human rights»*), dall’altro impedisce alla Corte EDU di richiamarsi ad un concetto unitario di giurisdizione, con il

---

<sup>14</sup> I diversi Stati hanno individuate in modo assai diversificato le Corti legittimate alla richiesta di parere.

Una lista analoga a quella prevista dalla Francia, che rispecchia l’organizzazione pluralista del Sistema giudiziario è prevista, ad esempio, dalla Finlandia: *“Pursuant to Article 10 of the Protocol, the Republic of Finland declares that the highest courts and tribunals of Finland designated for the purposes of Article 1, paragraph 1, of the Protocol are the Supreme Court, the Supreme Administrative Court, the Labour Court and the Insurance Court”*.

<sup>15</sup> Con la dichiarazione allegata all’atto di ratifica: *“Ai sensi dell’art. 10 del Protocollo n. 16 alla Convenzione di Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali del Consiglio d’Europa, la Repubblica di San Marino dichiara che la giurisdizione designata ai fini dell’art. 1, paragrafo 1 del presente Protocollo è quella del Tribunale della Repubblica di San Marino”*.

rischio 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.

In ogni caso, che ai sensi dell'art. 10 del Protocollo la designazione di tali autorità da parte dello Stato può in qualsiasi momento essere modificata.

Nella traduzione italiana (non ufficiale) del Protocollo 16 e nel testo del DDL non sembra essere approfondita la sottigliezza del “*wording*” utilizzato al riguardo dal testo inglese e sottolineata nella relazione esplicativa del testo convenzionale.

Secondo l'art. 1: “*Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.*”

This wording is intended to avoid potential complications by allowing a certain freedom of choice. “**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.

This, along with the requirement that a High Contracting Party specify which highest courts or tribunals may request an advisory opinion, allows the necessary flexibility to accommodate the particularities of national judicial systems.

Limiting the choice to the ‘highest’ courts or tribunals is consistent with the idea of exhaustion of domestic remedies, although a ‘highest’ court need not be one to which recourse must have been made in order to satisfy the requirement of exhaustion of domestic remedies under Article 35, paragraph 1 of the Convention. It should avoid a proliferation of requests and would reflect the appropriate level at which the dialogue should take place. It can be noted that under Article 10 (see further below), a High Contracting Party may at any time change its specification of those of its highest courts or tribunals that may request an advisory opinion. In some cases, the constitutional arrangements of a High Contracting Party may provide for particular courts or tribunals to hear cases from more than one territory.

This may include territories to which the Convention does not apply and territories to which the High Contracting Party has extended the application of the Convention under Article 56. In such cases, when specifying a court or tribunal for the purposes of this Protocol, a High Contracting Party may specify that it excludes the application of the Protocol to some or all cases arising from such territories.

## 12. L'autonomia decisionale e organizzativa della Corte costituzionale. Opportunità della regola e dubbi residui.

Il comma 3 prevede che “*La Corte costituzionale può provvedere con proprie disposizioni all'applicazione del Protocollo di cui al comma 1*”.

Rispetto al testo approvato dalla Camera nella scorsa legislatura, si conserva e rafforza l'impostazione di salvaguardia dell'autonomia decisionale della Corte costituzionale, senza indicare analiticamente lo strumento attuativo.

Questa previsione, seppure rispettosa del ruolo istituzionale della Corte, potrebbe suscitare alcuni dubbi.

- I) Secondo lo stesso Protocollo 16 la Parte dovrebbe indicare le “Alte Giurisdizioni” abilitate alla richiesta di parere. L'indicazione legislativa appare “incerta”, perché la Corte costituzionale, in teoria, potrebbe stabilire, con le proprie decisioni, di non applicare il Protocollo, o, a quanto pare, di determinare limitazioni di carattere procedimentale o sostanziale. Inoltre, la Corte potrebbe modificare nel tempo le proprie decisioni. Secondo il Protocollo 16, invece, lo Stato, già all'atto di deposito della ratifica dovrebbe indicare (si ritiene: con chiarezza) gli organi competenti alla richiesta del parere. Si ricorda, al proposito, che l'adesione al Protocollo non ammette riserve. In ogni caso, lo Stato italiano potrebbe provvedere ad aggiornare tempestivamente la CEDU in ordine alle decisioni adottate dalla Corte.
- II) Nel complesso funzionamento del sistema di diritto interno potrebbe essere opportuno chiarire, già al livello legislativo, se la Corte Costituzionale sia dotata, o meno, del potere di rinvio pregiudiziale alla CEDU. Ciò potrebbe influenzare la decisione della Cassazione o del Consiglio di Stato di procedere direttamente al rinvio alla CEDU o di sollevare l'incidente di costituzionalità, in tutti i numerosi casi in cui si possa configurare una sovrapposizione tra la violazione della Convenzione e una questione di legittimità costituzionale (vedi *infra*);
- III) D'altro canto, una volta affermato il carattere facoltativo del rinvio, la necessità di una norma “interposta” con cui la Corte costituzionale stabilisca se avvalersi o meno di tale opportunità appare alquanto dubbia; resta ferma soltanto, in base ai principi generali, la possibilità di fissare criteri generali autovincolanti in ordine all'applicazione del previsto strumento processuale, secondo le norme che disciplinano l'attività dell'organo.

### **13. Il Consiglio di Stato e la funzione consultiva in senso proprio. La limitazione della richiesta alla CEDU nella sola attività giurisdizionale e contenziosa, comprensiva del procedimento per la decisione del ricorso straordinario.**

Un punto merita di essere chiarito, con riguardo alla menzione del Consiglio di Stato. Poiché resta fermo, nel contesto del Protocollo 16, il riferimento all'attività giurisdizionale, non sembra possibile estendere il potere di rinvio pregiudiziale ai procedimenti consultivi in senso stretto. Diverso è invece il caso in cui il Consiglio di Stato sia chiamato ad esprimere il parere sul ricorso straordinario, attesa la sua natura giurisdizionale o, per lo meno, contenziosa.

Il paragrafo 2 dell'articolo 1 prevede che la richiesta di parere consultivo sia presentata nell'ambito di una **causa pendente** dinanzi alla autorità giudiziaria che presenta la richiesta. La procedura non è pensata, ad esempio, per consentire una revisione in astratto della legislazione che non deve essere applicata nella causa pendente dinanzi a essa.

Un problema analogo si pone per il riferimento alla "Corte dei Conti", con riguardo alle sue funzioni non giurisdizionali in senso stretto, con particolare riguardo alla funzione di controllo, ma anche ad altre attività di tipo consultivo.

Non sembra attuale, in prospettiva, l'apertura dell'attività consultiva della CEDU, per quanto del tutto facoltativa e non vincolante, nei riguardi della funzione normativa delle singole Parti aderenti alla Convenzione

### **III. La sospensione del processo principale.**

#### **14. La sospensione meramente facoltativa del processo conseguente alla richiesta del parere. I dubbi di opportunità e l'avviso della Commissione Politiche europee del Senato. Una regola trasversale riferita a tutti i tipi di processo pendenti dinanzi alle giurisdizioni superiori. L'applicazione al giudizio amministrativo.**

Il comma 2 dell'art. 3 del DDL regola la facoltà di *sospensione del processo*.

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

In effetti potrebbe essere singolare che il giudice nazionale, dopo avere richiesto l'avviso della Corte EDU prosegua il processo.

Nel giudizio amministrativo, del resto, una volta pervenuti alla fase decisoria, l'eventuale prosecuzione del giudizio, nonostante la richiesta del parere, si risolverebbe, in sostanza, nella decisione della causa.

Non si può escludere, a priori, che emergano, insieme a dubbi giuridici, anche altre esigenze di tipo istruttorio. Ma, in tali eventualità, la prosecuzione del giudizio per effettuare l'attività interlocutoria, seppure ispirata da finalità acceleratorie, potrebbe tradire la "non maturità" della richiesta di parere.

Sotto questo aspetto – si precisa nella relazione di accompagnamento al ddl – la legge di ratifica del Protocollo n. 16 non incide in realtà sulla normativa nazionale vigente in tema di sospensione, *«ma si limita a introdurre una nuova ipotesi di sospensione facoltativa dei processi dinanzi alle più alte giurisdizioni nazionali (articolo 3 del disegno di legge) qualora queste ultime presentino alla CEDU richieste di pareri consultivi su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli»*.

In difetto di una regola esplicita, molto probabilmente, la possibilità della sospensione facoltativa avrebbe potuto essere già desunta dalle regole processuali generali (almeno con riguardo all'ambito civilistico e amministrativo).

Ne potrebbe essere riprova la circostanza che la Cassazione francese, con la citata prima ordinanza di rinvio pregiudiziale, ha sospeso il processo, senza avvalersi di una specifica disposizione correlata al Protocollo 16.

Il legislatore adotta la tecnica della previsione di una *regola trasversale*, che si applica a tutti i processi (civili, penali, amministrativi, e contabili).

Si tratta di un'opzione semplificatrice, la quale, tuttavia, impone di coordinare la regola con i codici processuali, i quali disciplinano l'istituto della sospensione secondo modalità non uniformi.

Il rilievo della disposizione è, comunque, duplice:

- a) Da un lato si esclude recisamente che la richiesta di parere comporti una sospensione necessaria del processo; in tal modo la differenza dal rinvio pregiudiziale in ambito CEDU risulta molto netta;
- b) Dall'altro lato, però, il legislatore nazionale configura una ipotesi "tipica" di sospensione facoltativa. Ciò potrebbe in ogni caso svolgere una non inutile funzione chiarificatrice, anche in chiave di valutazione dell'eventuale ritardo nella definizione del giudizio.

È ragionevole prevedere che il giudice nazionale, una volta richiesto il parere, sospenda il giudizio. Ma la flessibilità della regola processuale consente di evitare le conseguenze di eventuali ritardi della Corte e, comunque, permette di adeguare il processo ai mutamenti intervenuti nel corso del giudizio (si pensi ai casi di modifiche normative nazionali o alla sopravvenienza di decisioni della Corte, o delle CGUE e della Corte costituzionale, rilevanti nella vicenda processuale).

La sospensione facoltativa, peraltro, non è contemplata dal Protocollo n. 16, ancorché la Corte EDU, nel proprio parere sullo schema dell'atto, l'abbia configurata come una normale conseguenza della richiesta



di parere. Da notare che, nel primo caso di rinvio, la Cassazione francese ha senz'altro disposto la sospensione del giudizio, pur in mancanza di un'esplicita regola di diritto interno che lo preveda.

Nelle proprie linee guida, peraltro, la Corte ha chiarito che la decisione sulla sospensione del processo principale spetta autonomamente al giudice nazionale<sup>16</sup>.

Questa circostanza potrebbe determinare l'interrogativo circa gli effetti della richiesta del parere, accompagnata dalla decisione di sospendere il giudizio, sulla ragionevole durata del processo.

**15. La sospensione facoltativa e il rispetto della regola della ragionevole durata del processo. Le preoccupazioni espresse dalla Corte EDU. La giustificazione della dilatazione dei tempi di definizione della controversia. Il caso limite delle richieste dilatorie o palesemente inammissibili.**

A tale riguardo, una utile chiave di lettura potrebbe derivare dalla corretta applicazione del meccanismo del *filtro* operato dal Comitato a cinque, istituito presso la *Grande Chambre*.

La tempestiva decisione di inammissibilità del parere riporterebbe il giudizio davanti all'autorità giudiziaria nazionale, unica responsabile del possibile ritardo nella decisione finale.

Al contrario, una volta superato il filtro di ammissibilità, la durata del procedimento davanti alla Corte EDU non dovrebbe generare alcuna responsabilità dello Stato per il ritardo (limitatamente al segmento procedimentale svolto dinanzi alla CEDU).

Occorre tuttavia valutare le possibili conseguenze di un sistema che, nella prospettiva di implementare e semplificare la tutela dei diritti fondamentali, potrebbe, invece, attenuare gli strumenti di tutela dell'interessato.

In ogni caso, sarà sempre la Corte a decidere con quale priorità esaminare il procedimento ai sensi del presente Protocollo, come accade con tutti gli altri procedimenti. Detto questo, la natura della questione sulla quale sarà opportuno che la Corte emetta un parere consultivo suggerisce che tali procedimenti dovrebbero avere alta priorità, anche considerando che, proveniendo dalla giurisdizione nazionale, dovrebbero essere adeguatamente "istruiti".

Tale alta priorità si applica a tutte le fasi della procedura e a tutti gli interessati, vale a dire l'autorità giudiziaria che presenta la richiesta, che dovrebbe formularla in modo preciso e completo, e a coloro che possono presentare osservazioni per iscritto o prendere parte alle udienze, nonché alla Corte stessa.

---

<sup>16</sup> 21. It will be for the requesting court or tribunal to decide whether the domestic proceedings are to be suspended pending the delivery of the Court's advisory opinion.

Ingiustificati ritardi nelle procedure dei pareri consultivi dinanzi alla Corte determinerebbero anche ritardi nelle procedure delle cause pendenti dinanzi alla autorità giudiziaria che presenta la richiesta e devono pertanto essere evitati.

La Corte ha dimostrato notevole sensibilità su questo aspetto cruciale del nuovo istituto, autovincolandosi a seguire sempre la procedura a più alta priorità di trattazione, preventivando di pubblicare la decisione finale entro sei mesi dalla richiesta di parere.

#### **16. La facoltà generale di disporre la sospensione impropria del giudizio in attesa della decisione consultiva provocata in altri processi contigui. I poteri discrezionali del giudice di merito.**

Seppure il legislatore nazionale non ne faccia menzione, potrebbe trovare razionale e diffusa applicazione l'istituto della sospensione impropria dei giudizi.

A fronte di questioni analoghe a quelle proposte in una precedente richiesta di parere, il giudice, in luogo di formulare un'istanza di contenuto identico o analogo, infatti, potrebbe limitarsi a sospendere il giudizio, in attesa della decisione della Corte, allo scopo di non aggravare eccessivamente i ruoli del giudice di Strasburgo.

Evidentemente, anche in questi casi, si porrebbe il problema delle conseguenze sul ritardo della decisione in rapporto al principio della *ragionevole durata del processo*.

La prassi della sospensione impropria, incoraggiata per evitare il sovraffollamento delle giurisdizioni superiori (Corte cost. CGUE e, ora, CEDU) pone, però, il problema del diritto di difesa delle parti non direttamente coinvolte nel giudizio *ad quem*.

La questione si pone in modo piuttosto marcato nei casi in cui la decisione del giudice abbia effetti vincolanti *erga omnes*. Una possibile risposta è nel senso che la parte del giudizio a quo ben potrebbe dedurre davanti al giudice del processo sospeso tutte le questioni rilevanti, sollecitando un nuovo rinvio.

La situazione è diversa, invece, nel caso del Protocollo 16: proprio il carattere non vincolante del parere espresso dalla CEDU lascia intatto il diritto di difesa della parte che non ne condivide i contenuti.

Inoltre, la sospensione facoltativa ben potrebbe essere disposta anche dal giudice di merito, non abilitato alla formulazione della richiesta di parere, nella prospettiva di pervenire una decisione in linea con gli orientamenti della CEDU.

#### IV. La formulazione del quesito.

**17. L'ambito oggettivo della richiesta di parere. Le *questioni di principio*. Il necessario riferimento ad una controversia concreta. La valutazione di *rilevanza* del quesito: gli oneri di motivazione del giudice di merito e il controllo della Corte EDU: un necessario dialogo procedimentale.**

La Convenzione descrive con una certa ampiezza e analiticità l'ambito e i presupposti della richiesta di parere.

Da un lato, si compie un preciso riferimento alla esistenza di una o più "questioni di principio" quale presupposto e oggetto della richiesta di parere.

Dall'altro lato, vi è un'espressa delimitazione della richiesta di parere all'ambito di una controversia e al contesto di fatto e di diritto in cui essa si colloca.

Non vi è contraddizione tra i due dati, benché occorrerà dosare attentamente la indefettibile "*concretezza*" del tema decisorio e la portata necessariamente generale del "*principio*" che la Corte EDU è chiamata ad esprimere.

D'altro canto, nell'esperienza della giurisprudenza EDU, la difficile dialettica tra particolarità delle vicende esaminate e generalità dei principi convenzionali da sviluppare e chiarire rappresenta una costante, ben messa in luce dalla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana chiamata a definire le ipotesi in cui le pronunce della CEDU rappresentino indirizzi consolidati, tali da vincolare il giudice nazionale.

La "*questione di principio*" delineata nella richiesta di parere dovrebbe sottolineare, peraltro, l'importanza del punto oggetto della richiesta di parere, secondo una valutazione ampiamente discrezionale del giudice remittente.

Di contro, la connessione con la puntuale controversia da cui origina il quesito costituisce l'applicazione del principio della rilevanza della questione, che, nell'esperienza italiana, è ampiamente sviluppato nel giudizio incidentale di costituzionalità e, comunque, trova riscontro, non meno articolato, nel rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

È da attendersi, allora, nella dialettica tra le Corti, che il giudice del rinvio descriverà con cura il rapporto tra la problematica CEDU e la specifica controversia. A sua volta la Corte di Strasburgo, nell'attività di verifica preventiva di ammissibilità, si potrà riservare di giudicare l'effettiva *rilevanza* della questione sottoposta.

Meno agevole è prevedere una giurisprudenza del Comitato dei 5 la quale, già in sede di esame preiminare, dichiari inammissibili richieste che propongono questioni sostanzialmente già decise da altri precedenti. Questo possibile esito processuale semplificato potrebbe essere stabilito nel solo caso in cui le richieste preventive dovessero diventare particolarmente numerose e ripetitive.

Resterebbe da chiedersi, infine, se, qualora i rinvii pregiudiziali dovessero moltiplicarsi oltre ogni aspettativa, la CEDU possa riservarsi di non ammettere pareri su questioni che non rivestano un sufficiente grado di *importanza*.

Va comunque ricordato che la formula convenzionale «*questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli*» – è quella che è stata usata dal Gruppo dei Saggi e sostenuta dalla Corte nel suo Documento di Riflessione, che era a sua volta ispirato, sostanzialmente, dall'articolo 43, paragrafo 2, della Convenzione sul rinvio dinanzi alla Grande Camera.

È stato notato, infatti, che vi è una significativa analogia tra le due procedure, non limitata al fatto che i pareri consultivi sono essi stessi emessi dalla Grande Camera (articolo 2, paragrafo 2). Tuttavia, nell'applicazione dei criteri si dovrà tenere conto dei diversi scopi della procedura ai sensi del presente Protocollo e ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 2 della Convenzione.

In ultima analisi, sarà la Corte ad interpretare la definizione di *questioni di principio*, al momento di decidere se accettare o meno la richiesta di un parere consultivo (articolo 2, paragrafo 1).

A questo proposito, comunque, sarà necessario che il giudice nazionale dia contezza della dimensione non circoscritta della questione, o comunque del suo significativo impatto sociale, culturale ed economico nel contesto di riferimento. La rilevanza del tema proposto, infatti, andrà apprezzata anche con riguardo alla dimensione statale in cui esso si colloca.

Vero è che la materia dei diritti fondamentali è, tendenzialmente, sempre questione di principio e, in linea di massima, le stesse prescrizioni della Convenzione sono enunciate con formule molto larghe, secondo la tecnica dei “*principi generali*”.

Ci si potrebbe attendere dalla Corte Edu la fissazione di indicazioni più dettagliate, sia attraverso la futura giurisprudenza del Comitato a cinque con funzione di filtro preventivo, sia mediante l'auspicabile elaborazione e aggiornamento di alcune linee guida.

La stessa Corte, nell'esprimere la propria valutazione preventiva sullo schema del Protocollo 16 ha rimarcato l'esigenza di una prassi che permetta di concentrare la propria attenzione sul solo tema di principio che le verrà deferito, senza risolvere, direttamente, la controversia pendente dinanzi al giudice nazionale<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Concernant la seconde exigence, le rapport explicatif (paragraphe 11) souligne, à juste titre selon la Cour, la nécessité de lui permettre de se concentrer sur la question de principe qui lui est soumise. En effet, la Cour ne doit pas être amenée à contrôler les faits ou la législation nationale dans le cadre de la procédure en cause. Elle n'a pas non plus à trancher l'affaire pendante devant la juridiction qui a procédé à la demande. (parere della Corte sul progetto di articolato).

**18. La formula “interpretazione e applicazione dei diritti fondamentali”. Il riferimento alla lettura della normativa convenzionale. L’indispensabile contestualizzazione dinamica della disciplina CEDU. Gli aspetti di fatto della controversia in discussione. Il divieto implicito di anticipazione dell’esito del giudizio nazionale. L’enunciazione dei motivi di fatto e di diritto nell’ordinanza di rinvio. La rilevanza della questione incidentale. I confini del giudizio “preventivo” dinanzi alla Corte.**

La questione oggetto del parere deve riguardare, comunque “*l’interpretazione e l’applicazione dei diritti fondamentali?*”.

La formula *applicazione* sta ad indicare che non si tratta soltanto della interpretazione “astratta” della normativa convenzionale, ma anche della sua dimensione dinamica ed operativa nella realtà sottostante la controversia in atto e la lamentata lesione del diritto fondamentale.

Questo aspetto presenta evidenti e delicate implicazioni di carattere generale, attesa l’interferenza tra la valutazione del fatto e la definizione della portata della norma convenzionale.

Ma il punto più delicato riguarda il *contenuto* della richiesta di parere.

La Convenzione impone all’Autorità remittente l’obbligo di enunciare, nella richiesta di parere, tutti i *pertinenti elementi di fatto e di diritto*.

Questa circostanza potrebbe indurre a ritenere che la richiesta di parere debba comprendere anche i profili specifici della vicenda dedotta in giudizio.

In altri termini, la richiesta “preventiva” potrebbe spingere il giudice nazionale a provocare una sorta di anticipazione – *per saltum* - dell’apprezzamento che sarebbe riservato alla Corte EDU adita, secondo la via tradizionale e ordinaria del ricorso individuale, dopo l’esaurimento dei mezzi di tutela processuale interni.

Una simile impostazione, tuttavia, non sembrerebbe affatto coerente con l’affermazione del principio di *sussidiarietà* e con la logica del dialogo tra Corti, alla base dello strumento previsto dal Protocollo 16, qualora si risolvesse, appunto, in una sorta di azione proposta direttamente alla CEDU, attraverso il mezzo della richiesta di parere.

Si possono, tuttavia, ipotizzare, una pluralità di differenti situazioni particolari, corrispondenti alla straordinaria varietà del contenzioso relativo ai diritti fondamentali.

Tra queste, meritano di essere isolate le ipotesi in cui il giudice nazionale dubiti proprio della stessa correttezza delle regole processuali nazionali da applicare, in rapporto al parametro convenzionale. In casi del genere, la richiesta di parere avrà una spiccata connotazione di fatto.

Un’altra ipotesi è quella delle controversie *seriali* o *strutturali*, potenzialmente destinate a sfociare in “*decisioni pilota*” della CEDU.

Non sembra inopportuno che, in situazioni del genere, il giudice nazionale possa deferire una richiesta di parere complessa, volta ad acquisire un avviso preventivo – si sottolinea: comunque non vincolante – circa “*l’applicazione dei diritti fondamentali*”.

L’intervento immediato e rapido della Corte EDU potrebbe assicurare la celere tutela dei diritti fondamentali, con una cospicua economia di mezzi processuali, senza per questo stravolgere l’impianto del rinvio pregiudiziale.

**19. La formulazione del quesito. Le prime linee guida elaborate dalla Corte EDU. L’enunciazione dei temi pertinenti. L’esposizione del punto di vista del giudice nazionale. L’obiettivo di assicurare il dialogo e la più rapida definizione della controversia.**

Un primo elenco dei dati che non possono mancare nella decisione di rinvio alla CEDU è stato prospettato nella relazione esplicativa del testo convenzionale ed è puntualmente ribadito e sviluppato nelle prime linee guida elaborate dalla stessa Corte.

Nell’espone il contesto giuridico e fattuale rilevante, l’autorità giudiziaria che presenta la richiesta deve chiarire quanto segue:

- a) l’oggetto del procedimento interno e le risultanze rilevanti dei fatti acquisiti nel corso del procedimento interno, o almeno una esposizione dei fatti rilevanti;
- b) le norme di legge interne rilevanti;
- c) le questioni della Convenzione rilevanti, in particolare i diritti o le libertà invocati;
- d) se rilevante, una sintesi delle osservazioni delle parti nel procedimento interno in questione;
- e) se possibile e opportuno, una relazione sulle sue considerazioni sulla questione, compresa ogni valutazione che possa aver compiuto della questione.

Il riferimento al ruolo delle parti non deve essere sottovalutato, perché si connette ai temi del contraddittorio nella fase davanti alla Corte di Strasburgo e alla questione della indispensabile continuità tra la domanda proposta al giudice nazionale e quella avanzata mediante l’eventuale ricorso successivo alla CEDU.

Anche l’ultimo elemento, riguardante le “*considerazioni sulla questione*” merita di essere particolarmente valorizzato: il dubbio prospettato dalla Corte nazionale dovrebbe essere sempre accompagnato da una precisa e chiara presa di posizione, con la quale il giudice statale prefigura la soluzione interpretativa preferita, argomentandone le ragioni.

Si tratta di una prassi ampiamente incoraggiata anche dalla CGUE, nel procedimento ex art. 267 TFUE, e che presenta anche l’indubbio pregio di responsabilizzare pienamente il giudice nazionale a seguire, nel



dubbio, l'interpretazione delle norme interne “*convenzionalmente orientata*”, nel pieno rispetto del principio di *sussidiarietà*.

Per altro verso, anche le ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale sono tenute, a pena di inammissibilità, a motivare in ordine alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.

In tal modo si sottolinea l'opportunità che il giudice nazionale prenda una posizione precisa sul tema deferito alla Corte: uno “sbilanciamento” utile ai fini di un dialogo “attivo” tra le giurisdizioni.

Anche in questa prospettiva, si tratterà di trovare il giusto equilibrio tra rinvii eccessivamente motivati nella parte di interpretazione del diritto EDU e rinvii troppo *deferenti* nei confronti della Corte, che si limitino ad enunciare dubitativamente il problema interpretativo, senza ipotizzarne la soluzione.

Va da sé che la decisione di rinvio dovrebbe essere adottata dopo avere superato tutte le questioni processuali e sostanziali incidenti sull'esito della controversia. Il problema del diritto EDU dovrebbe essere l'ultimo e ormai decisivo per definire la controversia all'esame del giudice statale.

Anche in questa prospettiva, allora, si deve richiedere il massimo impegno del giudice nazionale, per consentire la migliore efficienza dell'operato della Corte.

## **20. La lingua nazionale dell'ordinanza di rinvio. Il principio della necessaria “autosufficienza” della pronuncia del giudice nazionale. La conoscenza degli atti del procedimento principale.**

Nessuna disposizione convenzionale esplicita è dettata in merito alla *lingua* in cui deve essere redatta la richiesta di parere, il che lascia ragionevolmente presumere che questa possa essere rivolta alla Corte, così come accade attualmente per i ricorsi individuali, nella lingua ufficiale usata nel procedimento nazionale. La Corte, quindi, dovrebbe poter ricevere richieste in lingue diverse dall'inglese o dal francese, come accade attualmente per i ricorsi individuali. Le autorità giudiziarie che presentano la richiesta potrebbero pertanto rivolgersi alla Corte nella lingua ufficiale usata nel procedimento nazionale. La soluzione non è così scontata, perché mentre la possibilità di redigere il ricorso individuale nella lingua nazionale costituisce un corollario necessario del diritto di difesa, non sembrerebbe eccessivamente gravoso per le giurisdizioni superiori nazionali adeguarsi alle due lingue ufficiali (inglese e francese) della CEDU.

Nella elaborazione del Protocollo, peraltro, la Corte aveva evidenziato i possibili effetti di tale scelta, ma l'opzione finale sembra nel senso di riconoscere, implicitamente, l'ammissibilità di decisioni di rinvio redatte nella lingua della giurisdizione nazionale.

Ad ogni modo, le linee guida adottate dalla Corte EDU confermano il principio della lingua ufficiale nazionale: “18. *A complete request as defined above may be lodged with the Court in the language of the domestic proceedings where that is an official language of the High Contracting Party to which the requesting court or tribunal pertains.*”

*However, an English or French translation of the request must be filed with the Court within the time-limit specified by it (Rule 34 § 7 of the Rules of Court)*<sup>18</sup>.

Piuttosto, è da evidenziare che l'ordinanza di rinvio, nel rispetto di ovvii canoni di sinteticità e a chiarezza, dovrà essere improntata al principio di “*autosufficienza*” motivazionale: proprio il fattore linguistico assumerà al riguardo un rilievo determinante<sup>18</sup>.

Gli Uffici della CEDU non potranno evidentemente gestire la traduzione nelle lingue ufficiali della Corte degli atti e dei documenti, relativi al procedimento principale, scritti nella lingua nazionale. Del resto, tali atti non devono essere obbligatoriamente inviati alla Corte EDU, fermo restando il potere istruttorio eventuale, volto all'acquisizione degli atti ritenuti utili per l'espressione del parere.

Un simile problema pratico, riguardante il linguaggio del giudizio incidentale, è spesso emerso anche nella gestione del rinvio pregiudiziale alla CGUE. L'obbligatoria trasmissione degli atti del procedimento principale non è accompagnata dalla loro traduzione, con la conseguenza che essi restano largamente inutilizzati, rendendo determinante la “*sintesi*” espressa dall'ordinanza di rinvio.

Sarà dunque necessario che le giurisdizioni nazionali definiscano la migliore pratica per contemperare la completezza della esposizione della vicenda con la concisione finalizzata a comprendere l'essenza del problema oggetto del quesito.

Secondo il rapporto esplicativo del Protocollo, l'articolo 1, paragrafo 3, afferma che il giudice richiedente deve motivare la sua richiesta di parere e produrre gli elementi pertinenti del contesto giuridico e fattuale del caso.

Per quanto riguarda l'esigenza di motivazione, la Corte non deve cercare da sola su quale punto il giudice nazionale ha bisogno del suo parere.

Affinché la procedura funzioni correttamente, le questioni che sorgono ai sensi della convenzione devono essere adeguatamente identificate e discusse a livello nazionale<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Le linee guida della Corte indicano, molto analiticamente i requisiti formali prescritti, fra cui spicca il limite dimensionale delle venti pagine:

*16. As regards the presentation of a request for an advisory opinion, requesting courts or tribunals are invited to apply the following guidelines:*

*(a) the request should be in A4 format, typewritten, and have a margin of not less than 3.5 cm;*

*(b) the text should be at least 12 pt in the body of the document and 10 pt in the footnotes, with one and a half line spacing;*

*(c) all numbers should be expressed as figures;*

*(d) pages should be numbered consecutively;*

*(e) the request should be divided into numbered paragraphs;*

*(f) it should be set out in accordance with the requirements of Rule 92 § 2.1 of Chapter X of the Rules of Court.*

*17. The complete request should not in principle exceed twenty pages.*

<sup>19</sup> “L'article 1 § 3 indique que la juridiction qui procède à la demande doit motiver sa demande d'avis et produire les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire.

Il paragrafo 3 dell'articolo 1 stabilisce, quindi, i requisiti procedurali che devono essere soddisfatti dalla autorità giudiziaria che presenta la richiesta.

Essi recepiscono lo scopo della procedura, che non è quello di trasferire la causa alla Corte, ma piuttosto di conferire all'autorità giudiziaria che presenta la richiesta i mezzi necessari per garantire il rispetto dei diritti previsti nella Convenzione durante l'esame della causa pendente dinanzi a essa.

Tali requisiti servono a due scopi.

In primo luogo, implicano che l'autorità giudiziaria che presenta la richiesta deve avere recepito la necessità e l'utilità di richiedere un parere consultivo alla Corte, in modo da essere in grado di spiegare le ragioni che la hanno indotta a farlo.

In secondo luogo, comportano che l'autorità giudiziaria che presenta la richiesta si trovi nella posizione di esporre il contesto giuridico e fattuale rilevante, consentendo in questo modo alla Corte di concentrarsi sulla questione di principio relativa alla interpretazione o all'applicazione delle Convenzione o dei suoi Protocolli.

## **21. La richiesta di parere e i precedenti della Corte EDU astrattamente rilevanti nel giudizio *a quo*. La possibilità di “*dialogo attivo*” impostato dalla Corte nazionale.**

Nel quadro del *dialogo attivo* tra il giudice nazionale e la Corte di Strasburgo, si potrebbero verificare diverse situazioni, che valorizzano, in modo crescente, il ruolo della giurisdizione statale nella costruzione e interpretazione dei diritti fondamentali protetti dalla Convenzione.

È possibile ipotizzare richieste di parere riferite tanto ad una questione del tutto nuova, mai analizzata dalla Corte EDU, quanto a temi in cui si tratta di chiarire la portata di un precedente della stessa Corte.

Altra eventualità da prendere in considerazione è quella di una richiesta di “parere” con cui la giurisdizione nazionale intenda “contestare” la precedente giurisprudenza della CEDU, eventualmente auspicando un possibile *revirement*, magari parziale, alla luce di nuove argomentazioni.

Evidentemente, “*l'effetto di giudicato*” del precedente della Corte, pronunciato in sede ordinaria, non potrebbe impedire una successiva pronuncia consultiva che muti giurisprudenza, ancorché il parere sia espressamente dichiarato non vincolante. In ogni caso, il giudice *a quo* potrebbe utilizzare il diverso e nuovo avviso manifestato dalla Corte per definire la controversia specifica al suo esame.

---

S'agissant de l'exigence de motivation, la Cour ne devrait pas avoir à rechercher par elle-même sur quel point la juridiction nationale a besoin de son avis.

Pour que la procédure fonctionne correctement, les questions qui se posent au regard de la Convention doivent être identifiées de manière adéquate et discutées au niveau national.”

Del resto, in siffatta circostanza, un eventuale nuovo giudizio dinanzi alla CEDU, riguardante la stessa vicenda, non potrebbe non tenere conto delle precedenti fasi e del valore, quanto meno endoprocedimentale, del parere espresso dal giudice di Strasburgo.

## **V. L'efficacia del parere consultivo della Corte EDU.**

### **22. Il valore non vincolante del parere espresso dalla Corte di Strasburgo secondo il Protocollo n. 16 e l'esclusione dell'aggravamento del procedimento in ambito nazionale. Potrebbe il singolo Stato autovincolarsi all'efficacia della pronuncia consultiva? Le prassi delle giurisdizioni nazionali.**

Nel sistema delineato dal Protocollo 16, quindi, l'esclusione del valore vincolante del parere riguarda anche lo stesso giudizio entro cui è pronunciata la decisione consultiva.

Ci si potrebbe chiedere, però, se il legislatore nazionale abbia il potere di "aggravare" il procedimento descritto dalla Convenzione, ad esempio imponendo ai giudici statali l'obbligo del rinvio o stabilendo l'efficacia vincolante del parere della CEDU, in ambito interno.

Si tratta di un'eventualità in concreto piuttosto remota e che appare non conforme allo spirito della Convenzione, nella parte in cui potrebbe allargare a dismisura le istanze rivolte alla Corte, alterando il fisiologico dialogo tra i giudici, seppure attraverso l'introduzione di un *autovincolo* al giudice nazionale.

Bisognerà verificare, in futuro, le prassi che saranno seguite in concreto dalle giurisdizioni nazionali, le quali, presumibilmente, una volta imboccata la strada della richiesta facoltativa di parere, si atterranno all'indirizzo interpretativo espresso dalla Corte EDU.

### **23. Il problema della pienezza del contraddittorio delle parti nel giudizio incidentale. L'amministrazione non statale autrice dell'asserita violazione dei diritti fondamentali. La flessibilità delle regole procedurali convenzionali.**

Il Protocollo n. 16 non prevede espressamente una garanzia piena del contraddittorio nel procedimento davanti alla Corte EDU (in particolare nella fase dinanzi alla *Grande Chambre*), assicurando la presenza di tutti i soggetti protagonisti del processo instaurato presso la giurisdizione nazionale.

Permane, infatti, la generale discrezionalità del presidente della Corte nella gestione della partecipazione delle parti nel corso del procedimento conseguente al rinvio: questa potrebbe risultare più ampia o più ristretta, rispetto ai soggetti presenti al processo in ambito nazionale<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Il Presidente della Corte può invitare ogni altra Alta Parte contraente o persona a presentare le proprie osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze, quando ciò sia nell'interesse di una buona amministrazione



D'altro canto, il procedimento potrebbe anche svolgersi senza una formale udienza: ma si tratta di una evenienza difficilmente ipotizzabile, perché la questione posta dalla giurisdizione nazionale dovrebbe essere, di regola, particolarmente rilevante, imponendo il massimo coinvolgimento delle parti.

Non si può escludere, tuttavia, una maggiore semplificazione in particolari casi, quali la sopravvenuta carenza di interesse nel giudizio principale, tale da rendere opportuna la definizione semplificata del procedimento davanti alla CEDU, o la formazione di una giurisprudenza consolidata, contenziosa o consultiva, applicabile alla vicenda in esame.

Si potrebbe considerare anche il caso di un numero assai elevato di parti, difesa da diversi Avvocati. Per il buon funzionamento del procedimento incidentale potrebbe essere opportuno razionalizzare il contraddittorio dinanzi alla CEDU:

Le ragioni della scelta convenzionale sono certamente comprensibili, nella logica funzionale della semplificazione e della celerità del giudizio, caratterizzato da un'opportuna flessibilità, ma il rischio della limitazione del diritto di difesa delle parti coinvolte nel giudizio non è trascurabile.

D'altro canto, anche a questo proposito, si può ricordare come le parti siano in ogni caso protette dal carattere non vincolante del parere emesso dalla CEDU e dovrebbe essere garantito il loro diritto di partecipazione nella fase preventiva dinanzi al giudice nazionale.

Si potrebbe forse distinguere a seconda che la richiesta di parere si fermi effettivamente a una questione di diritto avente portata generale e astratta, oppure riguardi, più in concreto, proprio la sussistenza della violazione denunciata.

Nel secondo caso, l'estensione del contraddittorio risulterebbe quanto mai opportuna, ferma restando l'autonomia decisionale della CEDU.

D'altro canto, il giudizio dovrebbe essere molto rapido e conciso, senza attività istruttoria o sviluppo di tesi difensive troppo estese.

Si deve ricordare che, con riferimento alle problematiche peculiari del giudizio amministrativo, si può prospettare la necessità di tutelare non solo il ricorrente "privato", ma anche il soggetto pubblico, diverso dall'amministrazione statale, cui è imputata la realizzazione della lesione.

Non è chiaro, poi, se tra le "Parti" suscettibili di coinvolgimento possano annoverarsi anche i titolari di particolari posizioni processuali nel giudizio nazionale: si pensi, in particolare, alla Procura Generale

---

della giustizia, recependo in questo modo la situazione relativa agli interventi di terzi ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 2 della Convenzione.

Si deve ritenere, comunque, che, per prassi, le parti di una causa nell'ambito della quale sia stato richiesto un parere consultivo saranno invitate a prendere parte al procedimento.

presso la Corte di Cassazione (quanto meno con riferimento al processo penale) o presso la Corte dei Conti.

Sul versante CEDU, il potere di decisione resta riservato al presidente della Corte, il quale potrebbe ritenere opportuno ascoltare anche tale voce.

Sul versante “interno” non sembrano emergere ostacoli di carattere normativo e, del resto, specie nel procedimento penale in Cassazione, il ruolo attivo della Procura Generale assume un rilievo di primo piano.

Né, ovviamente, il ruolo della Procura Generale sembra in qualche modo interscambiabile con la posizione dello Stato italiano parte del giudizio incidentale davanti alla Corte EDU.

#### **24. Il tema generale della presenza delle parti nel processo CEDU ordinario. Gli effetti della possibile limitazione soggettiva del contraddittorio sulla revocazione e sull’ottemperanza.**

Si noti, peraltro, come il problema del contraddittorio abbia una portata più generale, riferendosi anche all’ordinario giudizio davanti alla Corte.

L’assenza (o l’incompletezza) di contraddittorio in tale fase processuale ha costituito uno degli argomenti spesi dalla Corte costituzionale (sentenza n. 123 del 2017) per dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio di Stato in relazione alla mancata previsione di una causa di revocazione basata sulla sopravvenienza di una decisione della Corte EDU.

In particolare, con la nota sentenza n. 123 del 2017<sup>21</sup> la Corte Costituzionale si è pronunciata nel senso della legittimità costituzionale dell’art. 106 del Codice del processo amministrativo e degli artt. 395 e 396 del codice di procedura civile *«nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo»*<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> TARANTINO L., *Giudicato, sopravvenienze e tutela multilivello*, *Il Libro dell’Anno del diritto* 2017.

<sup>22</sup> In particolare, al par. 17 della motivazione la Corte costituzionale evidenzia che: *“Anche nel nostro ordinamento la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell’art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore. In questa prospettiva, se è vero che non è irrilevante l’interesse statale ad una disciplina che eviti indennizzi a volte onerosi, per lesioni anche altrimenti riparabili, non si può sottacere che l’invito della Corte EDU potrebbe essere più facilmente recepito in presenza di un adeguato coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale.*

*È noto, infatti, che quest’ultimo vede come parti necessarie il ricorrente e lo Stato autore della violazione, mentre l’intervento degli altri soggetti che hanno preso parte al giudizio interno – cui peraltro il ricorso non deve essere notificato – è rimesso, ai sensi dell’art. 36, paragrafo 2, della CEDU, alla valutazione discrezionale del Presidente della Corte, il quale «può invitare» «ogni persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze».*

*Non vi è dubbio, allora, che una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi – per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte EDU – renderebbe più agevole l’opera del legislatore nazionale.”*

Del pari, la carenza di contraddittorio nel giudizio CEDU (in particolare l'assenza dell'amministrazione pubblica, diversa dello Stato, autrice del provvedimento ritenuto lesivo dei diritti fondamentali del ricorrente) rappresenta uno degli elementi rilevanti per condurre alla esclusione del giudizio di ottemperanza di diritto interno quale strumento di esecuzione delle pronunce della CEDU.

Si osserva, infatti, che la pronuncia CEDU la quale accerti la responsabilità "complessiva" dello Stato derivante dall'esercizio di attività amministrativa, per violazione dei diritti fondamentali, non individua il soggetto cui imputare definitivamente gli effetti della violazione, né tale parte risulta presente nel giudizio svolto davanti alla Corte<sup>23</sup>.

Nel giudizio davanti alla Corte nazionale, invece, il contraddittorio è pieno e la domanda è proposta non "genericamente" contro lo Stato (il quale, anzi, è normalmente assente in tale giudizio), ma si rivolge, specificamente, contro l'atto o il comportamento di un determinato soggetto pubblico.

In linea teorica, allora si potrebbe anche sollevare il dubbio opposto: quando il giudice nazionale si imbatte in una questione che potrebbe implicare la responsabilità dello Stato in ambito CEDU, già in quella fase dovrebbe coinvolgere lo Stato.

Ci si deve chiedere, allora, se, vagliando accuratamente i costi e i benefici di una diversa soluzione, non si possa ipotizzare un'apertura del giudizio CEDU a tutte le parti sostanziali del rapporto giuridico in contestazione.

Le più recenti prassi della CEDU inducono a ritenere che si stia decisamente sviluppando un atteggiamento di massimo rispetto per la pienezza del contraddittorio soggettivo tra le parti.

## **25. Il rapporto di collegamento tra l'azione dinanzi al giudice nazionale e il processo davanti alla CEDU. L'unitarietà e la complementarità delle diverse "fasi": il problema della enunciazione e della qualificazione della *causa petendi* nel processo nazionale e la precisa deduzione della violazione delle norme convenzionali.**

Il giudizio incidentale dinanzi alla CEDU pone in luce anche un'ulteriore questione, che attiene al preciso rapporto tra l'azione svolta davanti alla giurisdizione nazionale e quella successivamente proposta dinanzi alla CEDU.

A parte il caso in cui la lamentata violazione dei diritti convenzionali si sia consumata proprio all'interno del processo nazionale (mediante la lesione del diritto di difesa dell'interessato), occorre interrogarsi circa

---

<sup>23</sup> Lo stesso principio enunciato dalla Corte costituzionale riguarda i casi in cui la violazione accertata dalla decisione della CEDU riguardi la garanzia del diritto di difesa nel processo nazionale, qualora, nel procedimento dinanzi alla Corte di Strasburgo sia mancata la partecipazione della parte che subirebbe gli effetti della revocazione.



L'ampiezza dell'onere di deduzione della parte interessata della violazione del parametro normativo della CEDU.

La struttura incidentale del meccanismo processuale del Protocollo 16 impone senz'altro al giudice nazionale il dovere di focalizzare l'attenzione sulla normativa convenzionale, verificando il contenuto delle domande ed eccezioni delle parti. Il diritto della CEDU non è un dato "esterno" che sopravviene al processo nazionale soltanto nel successivo, eventuale, giudizio davanti alla Corte di Strasburgo.

Non è chiaro, allora, se già nella fase svolta dinanzi alla giurisdizione statale la parte sia tenuta ad indicare con chiarezza la base giuridica della propria pretesa e la rilevanza della violazione di una norma convenzionale.

Il principio *iura novit curia*, la sovraordinazione delle regole della CEDU, la loro caratterizzazione di principi trasversali (per quanto analiticamente declinati attraverso la corposa giurisprudenza della Corte di Strasburgo) e la pervasività del diritto convenzionale, anche in considerazione del suo frequente intreccio con previsioni costituzionali (o anche di livello legislativo ordinario) o con la normativa del diritto UE, inducono a considerare questo onere relativamente attenuato, ma non del tutto assente.

Spetterà sempre al giudice nazionale verificare se la controversia, alla luce delle deduzioni delle parti, vada risolta attraverso l'applicazione delle norme convenzionali, pur restando fermo che, nel quadro del processo amministrativo, operano regole assai stringenti in ordine alla deduzione dei motivi di illegittimità degli atti impugnati attraverso l'ordinaria azione di annullamento (e il criterio della specificità delle censure, si applica anche, in termini problematici, per l'esercizio dell'azione di nullità), rilevanti già nello stesso onere di redazione dell'atto introduttivo del giudizio.

Ora, la richiesta di parere preventivo, specie se formulata nel pieno rispetto del contraddittorio "verticale" tra giudice e parti ex art. 73 del CPA, all'esito comunque, di un adeguato dibattito tra le parti, dovrebbe consentire di chiarire meglio le rispettive deduzioni, ponendo subito al centro del dibattito processuale il diritto convenzionale, riducendo il pericolo di un disallineamento (o comunque di una mancanza di coordinamento) tra l'azione davanti al giudice nazionale e il successivo (eventuale) ricorso alla CEDU.

Anche questa problematica, tuttavia, ha una dimensione generale, perché talvolta, la mancata realizzazione della protezione del diritto fondamentale nel corso del giudizio in ambito statale potrebbe essere l'effetto di una insufficiente (o del tutto carente) rappresentazione della consistenza della posizione giuridica vantata dalla parte attrice e della rilevanza della lesione del diritto fondamentale sancito dalla normativa CEDU.

## **VI. Il raccordo con le altre ipotesi di rinvio pregiudiziale.**

### **26. Il coordinamento del Protocollo 16 con il rinvio pregiudiziale alla Corte Costituzionale. La normale diversità dei presupposti dei due giudizi incidentali. Il parametro dell'art. 117 Cost. e la tendenziale prevalenza della valutazione di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale.**

Si è già rilevato che il meccanismo del Protocollo 16 presenta alcune analogie (ma anche numerose differenze) con gli istituti limitrofi:

- del rinvio pregiudiziale alla Corte costituzionale;
- del rinvio alla Corte GUE.

Con riguardo al processo amministrativo davanti al Consiglio di Stato, un ulteriore problema di coordinamento riguarda il rinvio disposto dalla Sezione semplice all'Adunanza Plenaria.

La richiesta di parere preventivo alla CEDU quindi, costituisce, in prospettiva, una terza (o addirittura quarta) ipotesi di rinvio pregiudiziale, che si accompagna al rinvio alla Corte costituzionale, a quello alla CGUE e, per il Consiglio di Stato, all'Adunanza Plenaria.

In merito al rapporto con l'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, è stato osservato come vi siano sostanziali differenze: la decisione del giudici di Lussemburgo, diversamente dal parere meramente consultivo richiesto alla Corte EDU, è vincolante sia per la giurisdizione nazionale che ha richiesto il rinvio, sia per tutte le altre giurisdizioni degli Stati membri<sup>24</sup>.

La definizione del preciso coordinamento tra i diversi strumenti ora previsti dall'ordinamento potrebbe risultare complessa, anche considerando l'assoluta novità dell'istituto. Infatti, mentre il rapporto tra il potere-dovere di rinvio alla CGUE e la questione incidentale demandata alla Corte costituzionale risulta ora ben delineato (pur con le importanti novità espresse dalla giurisprudenza sul caso *Taricco* e dall'indirizzo più recente della stessa Corte), le interferenze con la richiesta di parere preventivo alla CEDU possono apparire molto più articolate.

Sullo sfondo degli interrogativi tecnico-giuridici si colloca il tema della relazione istituzionale tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale.

I pericoli di una inopportuna complicazione del sistema processuale potrebbero essere evitati alla luce di due rilievi:

- a) non vi è una completa sovrapposizione tra gli ambiti applicativi dei due rinvii pregiudiziali;

---

<sup>24</sup> F. RUGGIERI, *Il protocollo 16 alla Cedu in vigore dal 1° agosto 2018. La proposta per l'ordine europeo di conservazione o di produzione della prova digitale*, in *Cassazione Penale*, 2018, 7/8, 2662.

- b) il carattere doveroso del rinvio alla Corte costituzionale, a fronte della mera facoltatività del rinvio di cui al Protocollo n. 16, sarà determinante per la decisione della giurisdizione nazionale.

Evidentemente, una possibile sovrapposizione con il giudizio incidentale di costituzionalità si potrebbe ipotizzare solo nel caso in cui l'ipotizzata violazione dei diritti fondamentali sia direttamente imputabile non ad atti o comportamenti dei soggetti pubblici, ma proprio alla legge nazionale, sospettata di porsi in contrasto con la disciplina convenzionale, quale disciplina interposta, ai sensi dell'art. 117 della Cost.

A stretto rigore, poi, in presenza di un dubbio siffatto, il giudice nazionale potrebbe scegliere, alternativamente, di rivolgersi:

- a) Alla Corte costituzionale, denunciando, immediatamente, il contrasto della legge statale con il parametro "interposto" del diritto convenzionale o della giurisprudenza CEDU; in tali casi, eventualmente, spetterebbe alla Corte cost. il potere discrezionale di richiedere, a sua volta, il parere preventivo della Corte EDU, se ritenuto utile ai fini della corretta ricostruzione interpretativa delle norme convenzionali;
- b) Alla Corte EDU, per acquisire un parere circa la (in)sussistenza di ragioni di contrasto; una volta acquisito il parere della CEDU, il giudice nazionale potrebbe, poi, assumere la propria motivata determinazione conclusiva circa la (non) manifesta infondatezza della questione.

La seconda opzione dovrebbe essere preferita soltanto nei casi in cui l'incertezza riguardi la portata e il significato della normativa e della giurisprudenza della CEDU, mentre dovrebbe essere evitata nei casi in cui la questione dubbia sia riferibile non tanto al parametro convenzionale, quanto, piuttosto, al contenuto e agli effetti della disciplina interna.

Del resto, secondo la Corte costituzionale (sentenza 14 gennaio 2015, n. 49) non compete alla Corte di Strasburgo determinare il significato della legge nazionale, quando, al contrario, il giudice europeo si trova a valutare se essa, come definita e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni delle superiori previsioni della CEDU. È pertanto quest'ultima, e non la legge della Repubblica, a vivere nella dimensione ermeneutica che la Corte EDU adotta in modo costante e consolidato<sup>25</sup>.

In carenza di apposite regole in materia, poi, ci si potrebbe chiedere se sia permessa la contestuale proposizione di entrambe le questioni pregiudiziali (alla CEDU e alla Corte cost.), con il solo limite

---

<sup>25</sup> ROMBOLI R., *Vinciolatività della interpretazione della CEDU da parte della corte EDU e restituzione degli atti al giudice "a quo" in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc.2, 1 aprile 2018, pag. 861.

secondo cui il rinvio alla Corte costituzionale, determinando la sospensione necessaria del giudizio principale, non permetterebbe, poi, la successiva richiesta di parere alla Corte EDU.

Ma tale ipotesi, una volta ammessa, creerebbe ulteriori complicazioni, perché ciascuna delle due Corti adite potrebbe valutare se sospendere il proprio giudizio incidentale, o addirittura dichiarare inammissibile la richiesta, per difetto attuale di *rilevanza*, in assenza della decisione dell'altro giudice.

Si deve ritenere, allora, che il giudice nazionale possa percorrere una sola delle diverse strade previste dal sistema.

In linea di massima, allora, il giudice nazionale dovrebbe seguire la via del deferimento alla CEDU di questioni che riguardino la sola portata interpretativa delle norme convenzionali, senza coinvolgere questioni di contrasto con disposizioni legislative interne, le quali non siano in alcun modo proiettate verso un possibile giudizio di non manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale.

Negli altri casi, invece, pur in presenza di “*questioni di principio*” dubbie suscettibili di generare incertezza sulla portata del parametro convenzionale interposto di costituzionalità, rappresentato dal diritto CEDU, dovrebbe essere percorsa, preferibilmente, anche per ragioni di economia processuale, la via immediata del giudizio incidentale di costituzionalità.

Il punto è particolarmente delicato, perché occorre evitare ogni possibile utilizzazione dello strumento del Protocollo n. 16 in chiave “elusiva” del controllo di legittimità delle leggi, riservato alla Corte costituzionale.

Questa criticità è stata già segnalata dalla dottrina: “*Semmai, posto che alle più alte giurisdizioni comuni è somministrato un principio interpretativo dei diritti convenzionali, potrà risulterne incoraggiato il ricorso all'interpretazione conforme alla Cedu da parte delle stesse giurisdizioni richiedenti*”, sostenuto proprio dal parere consultivo reso dalla Corte di Strasburgo, ma senza coinvolgimento della Corte costituzionale.

Secondo tale indirizzo, “*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 spingere 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”.*

Un soddisfacente equilibrio nello svolgimento del dialogo tra le Corti potrà essere raggiunto solo attraverso una prassi delle giurisdizioni superiori che, senza moltiplicare inutilmente le fasi del processo, incoraggi il coinvolgimento di tutte le giurisdizioni, in conformità ai ruoli loro assegnati dall'ordinamento.

**27. Le differenze e il coordinamento con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, anche in assenza di adesione della UE alla Convenzione. Il carattere obbligatorio del deferimento alla CGUE e la sovraordinazione diretta del diritto UE. La portata della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE - Carta di Nizza).**

Il tema dell'intreccio con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea potrebbe risultare molto complesso, qualora si completasse l'iter di adesione dell'Unione europea alla CEDU. La stessa Corte del Lussemburgo aveva indicato nel meccanismo del Protocollo 16 un serio ostacolo alla ratifica del Trattato.

Ma già nell'attuale sistema normativo, la sovrapposizione con il diritto UE, e con l'istituto del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE<sup>26</sup>, si potrebbe verificare nelle ipotesi di controversie rientranti nelle materie soggette alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE - Carta di Nizza), con parametri normativi largamente assimilabili a quelli della CEDU.

Basterebbe citare, al riguardo, la regola di cui all'art. 52, comma 3: *“Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.”*, la quale evidenzia l'indiscutibile presenza di sovrapposizioni o corrispondenze tra i due sistemi (UE e CEDU) di tutela dei diritti fondamentali<sup>27</sup>.

In casi del genere, però, il ravvisato contrasto con il diritto UE imporrebbe la non applicazione del diritto nazionale: la pregiudiziale alla CGUE sarebbe necessaria solo in presenza di persistenti dubbi interpretativi.

Una maggiore complessità sembra determinarsi, forse, nelle ipotesi in cui lo stesso diritto UE in rilievo nella controversia possa in qualche modo essere sospettato di contrasto con quello Convenzionale: ipotesi forse non del tutto remota, considerando la possibile frizione tra alcuni principi di efficacia sanzionatoria della disciplina delle direttive e le forti garanzie del diritto di difesa sancite dalla CEDU<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> SPUNTARELLI SARA, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc.3, 1 settembre 2018, pag. 985

<sup>27</sup> Ma anche l'art. 53 (*Livello di protezione*) ribadisce la necessità di un concreto coordinamento: *“Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri.”*

<sup>28</sup> Per queste problematiche e per ulteriori riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, sia consentito rinviare a LIPARI M., *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE*, *Federalismi.it*.

Per valutare adeguatamente le possibili conseguenze dell'intreccio tra i due diversi rinvii pregiudiziali sarà necessario esaminare la futura prassi delle Corti.

Ma è verosimile prevedere uno scenario in cui la giurisdizione nazionale seguirà, di regola, la strada dell'immediato rinvio obbligatorio alla CGUE (imposto alle giurisdizioni di ultima istanza). Solo in particolari casi il giudice interno sceglierà di richiedere un preventivo parere non vincolante della Corte EDU, che sarà poi utilizzato ai fini della ulteriore decisione circa la necessità del rinvio pregiudiziale alla CGUE.

Tale seconda opzione potrebbe determinare due effetti:

- a) Un ritardo e un appesantimento del processo principale;
- b) Un condizionamento della decisione del giudice nazionale, che, ottenuto il parere della CEDU, potrebbe anche concludere nel senso di non effettuare il rinvio alla CGUE, così attenuando il suo ruolo di garante della uniforme e corretta applicazione e interpretazione del diritto UE.

Si tratta di osservazioni molto serie, che, tuttavia, potrebbero essere largamente sdrammatizzate.

Anzitutto, in presenza dell'obbligo di rinvio di cui all'art. 267 TFUE, questo strumento dovrà essere sempre privilegiato, prevalendo, di regola, sullo strumento del Protocollo 16. Ma non si deve dimenticare che l'assolutezza del rinvio pregiudiziale non impedisce affatto la preventiva applicazione di regole processuali riguardanti lo svolgimento del processo e la sua eventuale sospensione.

Quanto al rischio di aggravamento istruttorio e al pericolo di provocare l'eccessiva durata del processo principale, si dovrà valutare, in concreto se sarà effettivamente raggiunto, o meno, l'obiettivo della durata semestrale del procedimento incidentale dinanzi alla CEDU. In tal caso, la dilatazione dei tempi del processo risulterebbe nel complesso sostenibile.

Con riguardo al tema del possibile "condizionamento" che la Corte EDU potrebbe determinare sulla decisione della giurisdizione nazionale e sul conseguente ruolo attribuito alla CGUE nella specifica vicenda processuale, si possono proporre alcune schematiche riflessioni.

In linea di massima, ottenuto il parere della CEDU, se la questione di interpretazione del diritto dell'UE è considerata ancora attuale e rilevante dal giudice nazionale, non si può dubitare sulla necessità del rinvio *ex art. 267 del TFUE*. In tal caso, la CGUE ha, in sostanza, l'ultima parola sulla vicenda e la sua posizione istituzionale non è messa in discussione.

Il coinvolgimento preventivo della Corte EDU dovrebbe agevolare un esito condiviso della controversia. Certamente, consente una maggiore "sicurezza giuridica" rispetto ad un possibile intervento postume ed esterno della Corte di Strasburgo.

Resta l'eventualità che il giudice nazionale, ottenuto il parere consultivo della CEDU, ritenga superato ogni dubbio interpretativo riferito allo stesso diritto UE e stabilisca di non effettuare il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE. Si pensi ai casi in cui la Corte escluda il paventato contrasto tra le norme CEDU e le norme dell'UE.

In siffatte eventualità, la diretta applicazione del diritto dell'Unione si connette al principio di fondo in forza del quale il giudice nazionale opera senza bisogno dell'avallo della CGUE, anche per evitare di affollare il contenzioso del Lussemburgo con questioni ritenute prive di rilevanza.

Resta fermo tuttavia, che, in casi di particolare importanza, la giurisdizione nazionale potrebbe valutare se, per chiudere il cerchio del dialogo pieno tra le Corti astrattamente coinvolte nella vicenda interpretativa, non possa comunque disporre il rinvio pregiudiziale alla CGUE.

In prospettiva, poi, se e quando l'Unione europea deciderà di aderire alla Convenzione e al Protocollo n. 16, si aprirà anche la strada, per il giudice nazionale, di un immediato rinvio ex art. 267 TFUE, che lasci alla Corte del Lussemburgo il potere discrezionale di proporre la questione interpretativa alla Corte EDU.

## **28. Il problema del coordinamento con il rinvio all'Adunanza Plenaria operato dalle Sezioni Semplici del consiglio di Stato. La centralità della funzione nomofilattica e la sussidiarietà del parere consultivo della Corte Edu.**

Come si è ricordato, il sistema del processo amministrativo intende assicurare il più elevato livello di uniformità interpretativa, attraverso l'istituto dell'obbligo di deferimento alla Plenaria dei contrasti di giurisprudenza e delle questioni di massima importanza. Nel CPA non è però esplicitato il rapporto tra questo istituto e le altre ipotesi di rinvio pregiudiziale, facoltativo od obbligatorio.

Con riguardo all'ipotesi del rinvio pregiudiziale obbligatorio alla CGUE di cui all'art. 267, la Corte del Lussemburgo ha affermato la regola secondo cui la Sezione semplice, qualora ritenga che l'interpretazione affermata dalla Plenaria si ponga in contrasto con il diritto UE, non è vincolata a prospettare la questione alla stessa Plenaria, secondo la previsione dell'art. 99 del CPA, ma senz'altro può (se non deve) disporre il rinvio pregiudiziale alla Corte GUE.

La soluzione desta qualche perplessità, perché sembra trascurare che la Plenaria è articolazione interna del giudice amministrativo italiano di secondo grado e che il passaggio dalla Sezione semplice alla Plenaria riguarda una unitaria vicenda processuale.



Sul piano della opportunità, poi, il dialogo tra le Corti superiori sembrerebbe più efficace e completo quando l'interlocutore nazionale si esprime al suo più alto e completo livello, dimostrando di avere effettuato il massimo sforzo interpretativo<sup>29</sup>.

Ad ogni modo, la stessa Plenaria ha “ammorbidito” il criterio stabilito dalla CGUE, asserendo che la stessa Sezione semplice conserva il potere di scelta tra il diretto rinvio pregiudiziale alla CGUE e il deferimento all'Adunanza Plenaria.

La più recente prassi del Consiglio di Stato, del resto, risulta essersi attestata su tale via, che appare più equilibrata ed efficace: di regola, le Sezioni semplici compiono diretti rinvii pregiudiziali nelle sole ipotesi in cui non vi è contrasto interpretativo in seno al Consiglio di Stato; deferiscono il giudizio alla Plenaria quando la questione relativa al diritto UE forma oggetto di contrasti o è stata già valutata da un precedente della stessa Plenaria.

Ora, a maggiore ragione, deve essere sostenuta la massima valorizzazione del rinvio alla Plenaria, per questioni riguardanti l'interpretazione e l'applicazione del diritto CEDU.

Il carattere facoltativo e non vincolante del parere espresso dalla Corte EDU, infatti, non significa che la soluzione del dubbio interpretativo non debba essere ricercata, in prima battuta, attraverso l'utilizzazione dei mezzi processuali di diritto interno, espressamente finalizzati ad assicurare l'uniformità nomofilattica. In senso contrario non può argomentarsi dalla espressa menzione, nell'art. 3 del DDL, del CGARS, quale “alta giurisdizione” abilitata al rinvio pregiudiziale. Infatti, la previsione non intende segnare alcuna deroga alle regole contemplate dall'art. 99 del CPA.

Il rinvio pregiudiziale operato dalla Sezione sarà consentito solo se, in tal modo, non intercetta un diverso orientamento fissato dalla Plenaria o non si innesta in un contrasto interpretativo in seno allo stesso Consiglio di Stato. Risulta infatti necessario che il coinvolgimento preventivo della CEDU sia realizzato solo quando l'indirizzo interpretativo della giurisdizione nazionale sia chiaramente definito, attraverso l'utilizzo dei mezzi processuali dell'ordinamento nazionale finalizzati a tale scopo.

## **VII. L'impatto positivo del nuovo strumento di dialogo.**

### **29. Il Protocollo 16 favorisce il dialogo tra le Corti? La corretta logica della sussidiarietà. La posizione attuale della Corte costituzionale nell'ordinamento.**

Il carattere meramente facoltativo del rinvio e della correlata sospensione, insieme alla natura non vincolante del parere della Corte EDU possono far dubitare della efficacia del meccanismo processuale.

---

<sup>29</sup> LIPARI M., *Ricorso principale e ricorso incidentale*, in Libro dell'Anno del diritto, Treccani, 2017.

L'origine "compromissoria" della disciplina avrebbe determinato la creazione di un istituto ibrido, che non risolve il problema del coordinamento delle decisioni assunte dai giudici nazionali e dalla Corte EDU. In senso contrario, tuttavia, e in una prospettiva di più largo respiro, il sistema delineato dal Protocollo n. 16 risulta, tra i diversi ipotizzabili, quello maggiormente rispettoso dell'idea del dialogo "paritario" e attivo tra le Corti nazionali e la Corte EDU.

La giurisdizione dello Stato membro può scegliere se chiudere la decisione senza conoscere preventivamente l'avviso di Strasburgo e, addirittura, dopo aver sollecitato l'emissione del parere, può stabilire di discostarsene *motivatamente*.

L'art. 5 del Protocollo contiene la disposizione fondamentale dell'intervento normativo, alla quale è affidata la soluzione dei problemi che aveva individuato la commissione dei Saggi.

L'articolo prevede espressamente che i pareri consultivi non siano vincolanti, sottolineando implicitamente come gli stessi siano emessi esclusivamente nell'ambito di un *dialogo* tra la Corte EDU e le autorità giudiziarie nazionali, poste tra loro in un rapporto di piena *complementarietà*.

In tal senso, si deve richiamare l'insegnamento della Corte cost. (sentenza n. 49/2015), secondo cui sarebbe errato "*ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esecutivo impartito altrove nel le forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato.*"<sup>30</sup>

Ne consegue che:

- l'Autorità statale richiedente decide sugli effetti del parere consultivo nel procedimento nazionale, potendo stabilire di disattenderlo;
- l'adozione del parere consultivo non impedisce alla parte interessata, presente nella causa in cui è stato disposto il rinvio pregiudiziale, di esercitare il proprio diritto al ricorso individuale ai sensi dell'art. 34 della Convenzione;
- nemmeno la Corte, una volta investita del successivo ricorso individuale, è formalmente vincolata al proprio parere consultivo, ancorché pronunciato nella stessa vicenda processuale.

La discussione su queste peculiarità del meccanismo è stata finora molto ampia. Si tratterà di verificare, in futuro, alla luce dell'esperienza pratica, se il sistema riuscirà davvero a corrispondere alle attese.

---

<sup>30</sup> La Corte prosegue affermando che il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, secondo comma, Cost., con il quale si « esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto » (sentenza n. 40 del 1964; in seguito, sentenza n. 234 del 1976), e ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di adattamento.

Il paventato rischio della moltiplicazione (anziché della riduzione) del contenzioso non sembra in verità molto elevato, nemmeno nella primissima fase di operatività.

Ciò potrebbe accadere nei soli casi limite in cui la Corte Nazionale disattenda “frontalmente” il parere richiesto alla Corte EDU, adottando una decisione sfavorevole al soggetto che lamenti la lesione di un proprio diritto fondamentale.

In tali eventualità, è ragionevole prevedere che l’interessato, esauriti i rimedi di diritto interno, proporrà un successivo ricorso individuale alla CEDU, con buone probabilità di esito favorevole. Ma resta fermo che la Corte, a sua volta, dovrà attentamente motivare la decisione, proprio alla luce del percorso “dialogo” già sviluppato nel giudizio nazionale, senza potersi limitare al pedissequo richiamo al precedente avviso.

Taluno ha paventato che questa nuova procedura genererà inevitabilmente, inizialmente, un aumento del lavoro per la Corte, già in una situazione di sovraccarico.

Ma si può immaginare che tutti i casi suscettibili di provocare un parere ai sensi del Protocollo 16, in assenza del rinvio pregiudiziale, potrebbero portare all'introduzione di una richiesta individuale al Strasburgo.

Non solo, ma, come indica il “*documento di riflessione*” della Corte, il meccanismo del parere preventivo potrebbe consentire di rafforzare la coerenza dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme della convenzione da parte dei giudici Nazionali.

In definitiva, i pareri consultivi consentiranno a ciascuno Stato di risolvere un certo numero di domande e quindi di prevenire future petizioni ripetitive dinanzi al tribunale. Secondo l’opinione della stessa Corte EDU, quindi, questa procedura avrà quale effetto non solo quello di accrescere la legittimità della Corte, ma anche di rafforzare l'applicazione del *Principio di sussidiarietà*.

### **30. Gli effetti giuridici o meramente “esistenziali” dei pareri consultivi: un’ipotesi di *soft law*?. La loro collocazione nel sistema delle fonti CEDU.**

L’art. 5 del Protocollo, come già ripetutamente sottolineato, stabilisce che «*les avis consultatifs ne sont pas contraignants*» (i pareri non hanno effetti vincolanti).

Ma il paragrafo 27 del Rapporto esplicativo ha cura di spiegare che, comunque, tali avvisi si inseriscono nella giurisprudenza della Corte, accanto alle sue sentenze e decisioni.

Pertanto, prosegue il Rapporto, “*L’interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, contenuta in questi pareri, è analoga nei suoi effetti agli elementi interpretativi stabiliti dalla Corte nelle sue sentenze e decisioni.*”

In conclusione, pertanto, i pareri, *“benché privi del carattere vincolante delle sentenze della Grande Chambre pronunciate in materia contenziosa, avranno, nondimeno, degli innegabili effetti giuridici”*<sup>31</sup>.

Ci si potrebbe chiedere se, in tal modo, i pareri consultivi della Corte non possano essere ascritti alla categoria (generalissima e dai contorni incerti) della *soft law*: muniti di effetti non solo “esistenziali”<sup>32</sup> (come tali incidenti, almeno di fatto, sugli atteggiamenti dei giudici), ma anche “semivincolanti”, quanto meno nella parte in cui devono gravare il giudice di un profondo obbligo di motivazione, nel caso in cui questi intenda discostarsene.

### **31. La cooperazione concreta tra le Corti. Il Protocollo del novembre 2017 tra la Corte EDU e il Consiglio di Stato.**

La previsione di un apposito meccanismo di raccordo preventivo tra le giurisdizioni nazionali superiori e la Corte di Strasburgo non può che accentuare l'esigenza di intensificare le occasioni di confronto e di dialogo, valorizzando le iniziative favorite dalle ultime presidenze della CEDU e delle più alte giurisdizioni nazionali.

Ne costituisce un esempio concreto la recente stipulazione della Convenzione di cooperazione tra Corte EDU e Consiglio di Stato (novembre 2017).

Secondo tale atto, Il Consiglio di Stato italiano e la Corte EDU, dopo aver preso atto del precedente accordo di collaborazione con la Corte di cassazione, hanno convenuto che:

*“Appare opportuna la stipula di analogo Protocollo tra la Corte EDU e il Consiglio di Stato italiano, chiamato sempre più di frequente ad occuparsi, nell'ambito della sua giurisdizione, di tematiche incidenti sui diritti umani e a confrontarsi con l'attuazione della Convenzione EDU;*

*L'attuazione del progetto per il dialogo costituisce, infatti, uno strumento proficuo ed efficace al fine di consentire l'approfondimento reciproco dei meccanismi di funzionamento delle due giurisdizioni e dei temi di maggiore attualità, confrontando la prospettiva del diritto interno e quella della Corte EDU, anche mediante lo scambio di informazioni sulla rispettiva giurisprudenza interna ed europea e sulle specificità dell'ordinamento interno;*

---

<sup>31</sup> «Les avis consultatifs (...) s'insèrent (...) dans la jurisprudence de la Cour, aux côtés de ses arrêts et décisions. L'interprétation de la Convention et de ses protocoles contenue dans ces avis consultatifs est analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions». Ainsi, bien que les avis consultatifs soient dépourvus du caractère contraignant des arrêts de Grande Chambre rendus en matière contentieuse, ils auront néanmoins «d'indéniables effets juridiques».

<sup>32</sup> La formula degli “effetti esistenziali?” è suggerita da G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 2016, fasc. 3, 273, per delineare la natura giuridica delle Linee Guida dell'ANAC e degli altri atti di *regolamentazione flessibile* imputati a tale Autorità.

Su queste problematiche sia consentito rinviare a LIPARI M. *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in *Federalismi.it*.

*Il progetto prevede lo svolgimento di periodici incontri, anche congiuntamente con le altre Corti supreme italiane, da tenersi a Strasburgo o a Roma, compatibilmente con le disponibilità di ciascuna istituzione, su temi di comune interesse e di attualità;*

*Ulteriori e diverse modalità di collaborazione potranno essere approntate e concordate in futuro tra le parti, senza particolari formalità.”*

Il diretto confronto tra giudici, l'esame di alcune problematiche “sensibili” infatti, permette di agevolare il dialogo istituzionale previsto dal Protocollo 16.

### **32. Gli interrogativi ancora aperti. Il valore del parere espresso dalla Corte. L'efficacia nel giudizio principale e nell'eventuale procedimento contenzioso davanti alla CEDU, nell'ordinamento della giurisdizione nazionale, nel sistema complessivo convenzionale.**

Attesa la sua applicazione ancora parziale e sperimentale, il Protocollo 16 lascia tuttora aperti alcuni interrogativi, che potranno essere risolti solo in seguito ad un congruo periodo di operatività.

In prospettiva dovrà ancora essere chiarito, anzitutto, che influenza abbiano i “*pareri consultivi*” nell'ambito delle successive sentenze che la Corte di Strasburgo debba poi emanare su questioni di principio già conosciute (peraltro nella più autorevole composizione di Grande Camera) in sede consultiva;

Al riguardo, occorre distinguere i diversi casi. Difficilmente, in ipotesi di un parere espresso nella stessa vicenda processuale, la Corte potrà mutare orientamento, in assenza di sopravvenuti elementi di fatto e di diritto. Ma, come si è detto, un elemento da verificare concerne l'eventualità in cui la decisione del giudice nazionale abbia disatteso il parere preventivo.

Altro caso è quello (speculare) in cui il giudice nazionale disattenda (motivatamente) il parere. Sebbene l'ipotesi sia di difficile ipotizzabilità (ma i punti caldi riguarderanno il “*marginale di apprezzamento*” e i “*controlimiti*”, vale a dire aspetti rilevanti nella decisione, ma non nell'interpretazione), la Corte potrà (e dovrà) tenere conto delle nuove motivazioni espresse dal giudice del rinvio.

Forse il valore vincolante del parere risulterà ancora meno stretto qualora espresso in relazione a diverse vicende.

Ci si potrebbe domandare se non sia necessario modulare attentamente l'efficacia concreta del parere, sulla base di diverse coordinate.

Da un lato, andrà considerata la sua “stratificazione”, in rapporto ad altre pronunce precedenti e successive della stessa Corte.

Da un altro lato bisognerà tenere conto del rilievo del parere:

- a) nel giudizio principale;
- b) nel successivo eventuale giudizio dinanzi alla stessa CEDU;

- c) nell'ordinamento dello Stato che ha provocato il Paese;
- d) nel sistema complessivo della CEDU, se del caso distinguendo tra i membri che hanno aderito al Protocollo n. 16 e quelli che hanno deciso di rimanerne estranei.

In secondo luogo, occorrerà stabilire che influenza abbiano i “*pareri consultivi*” nell’ambito della formulazione da parte dei Giudici nazionali di interpretazioni della disciplina interna *secundum conventionem*. In chiave interpretativa, non vi è dubbio che il parere costituisca un “precedente” che – sebbene non vincolante – può e deve essere valutato e, in relazione al suo contenuto è certamente destinato a rendere uniforme e consolidato l’orientamento dei giudici nazionali.

Infine, si tratta di chiarire Se i “*pareri consultivi*” possano fungere, nell’ambito del giudizio di costituzionalità, da parametro interposto di costituzionalità ex art. 117, comma primo, Cost.

La risposta sembra essere positiva: nonostante l’affermato carattere non vincolante, i pareri entrano a far parte della giurisprudenza della CEDU e possono consolidarsi in un filone interpretativo ritenuto idoneo a configurare quel diritto vivente dalla CEDU considerato dalla corte costituzionale italiana necessario e sufficiente per integrare il parametro di legittimità costituzionale.

A maggiore ragione, il rilievo del parere della CEDU potrebbe essere determinante nelle ipotesi in cui sia stata la stessa Corte costituzionale ad evidenziare un problema interpretativo rilevante: in tali eventualità, la Corte potrebbe anche valutare se l’avviso consultivo mirato ottenuto da Strasburgo, ancorché “isolato”, possa reputarsi idoneo a definire il contenuto della normativa internazionale rilevante ai sensi dell’art. 117 della Cost..

### **33. Il veicolo della Ratifica dei protocolli n. 15 e n. 16 per semplificare e accrescere l’effettività della tutela dei diritti fondamentali. Quale spazio per l’adozione di altre normative attuative?**

Ci si potrebbe domandare se l’occasione della legge di ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 non possa essere colta anche per affrontare alcuni problemi applicativi emersi negli ultimi anni.

Senza correre il rischio di appesantire l’iter parlamentare di un disegno di legge già eccessivamente lento, potrebbe essere opportuno introdurre alcune disposizioni volte a semplificare il sistema di tutela dei diritti fondamentali.

Tra questi si può indicare la questione della revocabilità delle decisioni passate in giudicato che risultino in contrasto con decisioni anche successive della Corte EDU (sentenza della Corte costituzionale n. 123 del 2017).

Nel merito, l’ambito di estensione dell’impugnazione straordinaria andrebbe valutato con attenzione, tenendo conto delle preziose notazioni già espresse dalla citata decisione della Corte costituzionale.

Allo stesso modo, si potrebbe risolvere l'interrogativo riguardante l'eseguibilità in ambito interno, con gli strumenti ordinari del giudizio di ottemperanza, delle pronunce della CEDU rimaste inattuato o non correttamente adempiute, quanto meno con riguardo alle decisioni della Corte che prevedono condanne al pagamento di somme di denaro, senza imporre obbligazioni di *facere* allo Stato italiano.

Anche questo tema presenta aspetti di notevole complessità e risulta in qualche modo sdrammatizzato dal netto miglioramento dell'attività di liquidazione ed esecuzione delle pronunce svolta dagli appositi Uffici della presidenza del Consiglio.

Sullo sfondo della problematica si pone il nodo del ruolo svolto dallo Stato, soccombente nel giudizio CEDU e la portata delle statuizioni che accertano la violazione dei diritti fondamentali.

#### **34. Conclusioni e prospettive. Gli aspetti complessivamente positivi del nuovo strumento incidentale. La razionalizzazione del sistema *multilivello* di tutela dei diritti fondamentali.**

Ogni istituto processuale nuovo è inevitabilmente destinato a creare molte aspettative positive e a generare altrettante preoccupazioni, particolarmente accentuate quando si tratta di meccanismi innovativi che attraversano le esperienze di giurisdizioni collocate in livelli diversi, operanti secondo sistemi differenziati.

La originalità di un processo che, nella sua unitarietà, passa attraverso le valutazioni del giudice nazionale e di quello di Strasburgo rappresenta, però, una trasformazione innovativa molto significativa, un vero e proprio *salto di qualità*, destinato ad attenuare alcuni momenti di apparente disallineamento tra le soluzioni fornite dalle Corti statali e da quella europea.

Si deve senz'altro mettere in conto un certo periodo di rodaggio dell'istituto, ricordando le non poche difficoltà incontrate, in passato, con l'esperienza del rinvio pregiudiziale alla CGUE, seppure nel diverso contesto della *sovraordinazione* del giudice di Lussemburgo rispetto alle giurisdizioni nazionali.

In termini più generali, il percorso di integrazione tra gli Stati del Consiglio di Europa attraversa un momento politico assai delicato, proprio in una fase in cui la rilevanza dei diritti fondamentali è al tempo stesso culturalmente acquisita e in costante progresso, ma sempre più minacciata e messa in pericolo, anche in Paesi di lunga tradizione democratica.

Il principio del *margin di apprezzamento nazionale*, enunciato ora dal Protocollo 15<sup>33</sup>, anche esso in attesa di ratifica ed attuazione, mira a dare una risposta coerente alla esigenza di coniugare la matrice europea e

---

<sup>33</sup> L'Articolo 1 del Protocollo 15 così stabilisce:

*Alla fine del preambolo della Convenzione è aggiunto un nuovo considerando così redatto:*

«Affermando che spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione.»



comune dei diritti fondamentali con le peculiarità giuridiche, culturali e costituzionali espresse dai singoli Stati che partecipano alla Convenzione.

Non è un caso, del resto, che proprio la prima richiesta di parere ex Protocollo n. 16, formulata dalla Cassazione francese, abbia puntualmente richiamato proprio questa problematica, in relazione ad una controversia riguardante una materia *eticamente sensibile*, quale la maternità surrogata.

Lo strumento processuale del Protocollo 16, caratterizzato dalla flessibilità dell'intervento della Corte EDU e del suo impatto sulla decisione del giudice statale, dovrebbe assicurare un più intenso dialogo tra le giurisdizioni, garantendo la formazione di indirizzi interpretativi condivisi, frutto di approfondimenti progressivi dei temi controversi. In ogni caso, agevolerà la trasparenza delle soluzioni interpretative, riducendo i rischi dell'*effetto sorpresa* scaturito da un'eventuale decisione della Corte di Strasburgo che disattenda l'opinione consolidata della giurisdizione nazionale.

Come si è detto, ci si deve attendere dalle "*più alte giurisdizioni nazionali*" la capacità di svolgere la massima "sensibilizzazione" sulla operatività concreta dei diritti fondamentali, inseriti, armonicamente, nel disegno costituzionale statale, ma pure espressione di una base giuridica e culturale sovranazionale.

Le richieste di parere si dovranno indirizzare, correttamente, verso l'individuazione dei veri nodi interpretativi proposti dai diritti fondamentali dell'uomo, evitando gli estremi opposti della formulazione di interrogativi del tutto astratti e teorici, da un lato, e del deferimento alla Corte EDU dell'intera controversia, dall'altro.

Non solo, ma la gestione oculata della definizione della stessa richiesta di parere da parte del giudice nazionale dovrebbe agevolare la necessaria omogeneizzazione tra il giudizio svolto in ambito nazionale e quello – che dovrebbe restare del tutto eventuale, in forza del criterio della *responsabilità condivisa* – dinanzi alla Corte EDU.

In questo ambito, non deve essere sottovalutato il ruolo assunto dal giudice di merito, anche in primo grado. Seppure sprovvisto del potere di rinvio, il giudice che affronta in prima battuta una questione involgente l'applicazione del diritto CEDU non potrà non tenere conto della più intensa vicinanza, anche processuale, con la Corte di Strasburgo, valorizzando, nella conduzione del giudizio e nella decisione finale, la portata del diritto di matrice convenzionale.