



## UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE OSSERVATORIO EUROPA

### *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*

#### **Genesi**

In data 2 ottobre 2013, è stato aperto alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa il Protocollo XVI alla C.e.d.u.; adottato dal Comitato dei Ministri (il 10 luglio 2013), esso entrerà in vigore (art. 8) il primo giorno del mese successivo ai tre mesi che seguiranno alla sua ratifica da parte di almeno dieci Stati membri. L'Italia ha già provveduto alla sottoscrizione del Protocollo (se ne attende la ratifica).

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

Redatti progetto di Protocollo e Rapporto esplicativo, sono stati trasmessi al Comitato dei Ministri per l'adozione finale (10 luglio 2013). Il Protocollo è stato, dunque, aperto alla firma a Strasburgo il 2 ottobre 2013. Risultato finale: la creazione di una vera e propria giurisdizione consultiva parallela ad una preesistente di carattere contenzioso.

\*\*\*

#### **Struttura e funzioni del parere consultivo**

Ribattezzato "protocollo del dialogo"<sup>1</sup>, questo progetto propone un sistema in virtù del quale determinate autorità giudiziarie interne possano rivolgersi, in corso di causa, alla Corte di Strasburgo per ottenere un parere consultivo su questioni giuridiche relative alla interpretazione o all'applicazione della Convenzione.

L'obiettivo è quello di alleviare il carico di lavoro della Corte dando legittimità istituzionale a forme di dialogo tra giudici già sviluppatasi spontaneamente<sup>2</sup>: la possibilità di ottenere un chiarimento sul contenuto degli obblighi convenzionali in corso di causa anticiperebbe l'adeguamento al dettato convenzionale, prevenendo i ricorsi individuali *ex post*.

---

<sup>1</sup>Definizione del Presidente della Corte Edu Dean Spielmann, alla 123a Sessione del Comitato dei Ministri, 16 maggio 2013. Il testo del discorso è consultabile online al sito internet [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>2</sup>*Rappourt du Groupe des Sages au Comité des Ministres*, doc. CM(2006)203, par. 78 ss.



Si tratta di una dirompente novità per l'ordinamento convenzionale che ha sempre escluso di potersi pronunciare, *ex art. 47 Cedu*, su qualsiasi questione inerente al contenuto o alla portata dei diritti e libertà contenuti nella Convenzione o sulla quale la Corte o il Comitato dei Ministri possano trovarsi a dover giudicare in seguito alla **presentazione di un ricorso individuale**.

L'architettura del sistema è affidata **all'iniziativa delle più alte giurisdizioni nazionali**, come scelte dagli Stati: queste hanno piena **discrezionalità** nel decidere di rivolgersi alla Corte Europea, formulando una richiesta motivata, accompagnata dall'indicazione degli elementi pertinenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente ed, eventualmente, dalle osservazioni formulate dalle parti e dalle proprie considerazioni della questione<sup>3</sup>.

La natura della richiesta, ma soprattutto la sua ampiezza, sono di difficile anticipazione: sebbene vi sia una trasposizione letterale della formula che disciplina il rinvio alla Grande Camera *ex art. 43 Cedu*, non è agevole fornire una ricostruzione dei criteri adottati in quella sede non essendo prevista la motivazione del rigetto e, allo stesso modo, non soffermandosi la Corte a giustificare le decisioni positive di ammissibilità<sup>4</sup>. Dal *Reflection Paper*, che fa riferimento a casi come *Salduz c. Turchia* in cui sorse la questione della compatibilità con l'art. 6 del diniego del diritto di rivolgersi ad un difensore o alla disputa relativa al trasferimento di un *asylum seeker* in applicazione del Regolamento Dublino II, sembrerebbe emergere un **sistema di dialogo fondato su domande precise, contenutisticamente limitate, e tendenzialmente dirimenti per la causa** che viene sospesa in attesa della pronuncia della Corte.

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

Il raggiungimento di tale obiettivo, tuttavia, non appare immediato: proprio perché la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha natura casistica ed è intensamente condizionata dalla vicenda concreta, risulta difficile prevedere in che modo questo strumento potrà riuscire a fornire all'autorità giudiziaria che presenta la richiesta i mezzi necessari per garantire il rispetto dei diritti previsti nella Convenzione senza al tempo stesso sostituirsi ad essa nella soluzione del caso specifico. Questo, soprattutto, alla luce della regola, per cui il giudice domestico deve devolvere tutte le carte processuali rilevanti alla Corte di Strasburgo.

Quanto al **funzionamento**, si prevede poi che la questione debba essere decisa dalla Grande Camera, a seguito di un preventivo vaglio di ammissibilità di cinque giudici<sup>5</sup>. Questo primo vaglio, la cui intensità è stata rimessa all'applicazione pratica della Corte e dovrà essere adeguatamente motivato, dovrà verificare la rilevanza della questione per la

<sup>3</sup>Art. 1.3, Protocollo XVI alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, Strasburgo, 2 Ottobre 2013; cfr. par. 12 Rapporto esplicativo.

<sup>4</sup>Si fa riferimento alla formula "**questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli**" contenuta nell'art. 1, comma 1, del Protocollo e all'art. 43, paragrafo secondo, della Convenzione. Cfr. par. 9 del Rapporto esplicativo.

<sup>5</sup> Art. 2, Protocollo XVI.



risoluzione del caso, essendo preclusa alla Corte “una revisione in astratto della legislazione”<sup>6</sup>.

Tra i criteri di verifica è stato suggerito quello di introdurre, oltre alla disciplina comunitaria dell'*act clair* ed *éclairée*, la possibilità di dichiarare inammissibili quelle richieste di pareri che potrebbero incidere sulla decisione di un ricorso individuale pendente, preservando così i confini tra giurisdizione consultiva e decisoria<sup>7</sup>.

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

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

\*\*\*

#### ***Alcuni rilievi “a prima vista”: le giurisdizioni abilitate a richiedere il parere consultivo***

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

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

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

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

Alcune indicazioni possono opportunamente trarsi dalla lettera della disposizione: il riferimento letterale alle “più alte giurisdizioni”, e non già esclusivamente alla giurisdizione posta al vertice dell'ordinamento interno considerato, permettono di ipotizzare che la facoltà

<sup>6</sup> Rapporto esplicativo, par. 10; *Reflection paper*, p. 7-8.

<sup>7</sup> *Rapport du Groupe des Sages*, doc. CM(2006)203, punto 86.



prevista dall'art. 1 possa essere attribuita a giurisdizioni interne che, sebbene non coincidenti con la Corte costituzionale, siano comunque in una posizione elevata nell'assetto gerarchico domestico o, in ogni caso, investite della trattazione di peculiari categorie di casi. Tanto si desumerebbe anche dal *Rapport explicative* (v. sopra): «L'utilisation des termes "les plus hautes" et, dans la version anglaise du présent rapport explicatif, du terme "highest", tel qu'opposé à "the highest", permet l'inclusion éventuelle de juridictions qui, bien qu'étant inférieures à la Cour constitutionnelle ou suprême, sont néanmoins d'une importance particulière car elles sont "les plus hautes" juridictions pour une certaine catégorie d'affaires». Indicazione di certo coerente con il generalissimo principio del previo esaurimento dei ricorsi interni, ma che va attentamente considerata alla luce di una **primaria necessità**: quella di **garantire un'efficace protezione dei diritti umani**, evitando al contempo il riproporsi di quei problemi che avevano condotto alla sostanziale inadeguatezza ed inefficienza del sistema disposto dagli artt. 47 ss. C.e.d.u.

Indubbiamente sostenere l'inclusione della Corte costituzionale fra le giurisdizioni abilitate vi sarebbe una ragione di pregnante rilievo: il rafforzamento del dialogo fra il Giudice delle leggi e quello sovranazionale, che, dalla forma "indiretta" conservata fino a questo momento, verrebbe ad assumere una forma "diretta" (il parere espresso a Strasburgo, giusta il par. 2 dell'art. 1, verrebbe ad incidere sulla risoluzione di un caso pratico *in fieri*); da ciò, inevitabilmente, discenderebbe una più immediata implementazione nel sistema interno dei principi espressi in sede europea per il tramite dello stesso Giudice delle leggi, nell'ottica di un sempre maggior allineamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione.

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

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

La prospettiva, invero, concreterebbe un auspicato modello c.d. integrato della tutela dei diritti umani, dove l'esigenza del più proficuo dialogo fra le Corti si accompagnerebbe ad un sistema volto alla progressiva creazione di un uniforme approccio interpretativo alla materia da parte delle giurisdizioni superiori; uniformità di approccio che, massimamente, si conseguirebbe ove il legislatore optasse per l'attribuzione della facoltà di richiesta alle sole



Sezioni Unite. Il tutto, si intende, con l'indubbio fine di prevenire quelle fratture interpretative fra giudici sovranazionali e corti interne a cui già in passato si è assistito.

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

La questione si pone, in particolare, in relazione alla futura **adesione dell'Unione Europea alla C.e.d.u.** (proposito programmato nell'art. 6 par. 2 T.U.E.), in relazione alla quale – come noto – nell'aprile 2013 è stato approvato il Progetto definitivo di adesione, che costituisce uno dei punti programmatici dell'Unione delle Camere Penali Italiane.

Alla possibilità di una futura inclusione della Corte di Giustizia fra i legittimati attivi non osta il dato letterale dell'art. 1: il riferimento alle “*High Contracting Parties*”, e non già agli Stati membri, lascia presumere che anche questa, all'indomani dell'avvenuta adesione al Consiglio d'Europa, potrà essere abilitata alla richiesta di parere consultivo.

\*\*\*

#### ***Gli effetti del parere consultivo***

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

Al carattere non vincolante del parere consegue che la decisione interpretativa non pregiudica la possibilità per le parti in causa di esperire, successivamente, il ricorso individuale *ex art. 34 CEDU*, vera pietra angolare della giurisdizione convenzionale: questo sarà (parzialmente) precluso solo per la parte in cui il giudice *a quo* si sia effettivamente conformato al parere della Corte<sup>8</sup>. In questo modo, però, oltre a delegittimare ulteriormente il valore del giudicato nazionale, si favorirebbe, verosimilmente, un aumento, anziché una diminuzione, del numero di ricorsi. Infatti, il parere della Corte esplicherebbe un evidente effetto *boomerang* rispetto alla decisione di quel giudice che, rivoltosi a questa, ne disattenda poi i consigli: le parti avrebbero buon gioco nel rivolgersi a Strasburgo contro quel giudicato, forti di un precedente favorevole della Grande Camera.

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

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

In quest'ottica, non si può dimenticare che il contenuto degli obblighi convenzionali è co-determinato dai giudici di Strasburgo e si sviluppa nelle loro pronunce là dove possono decidere tutte le questioni interpretative che eventualmente si presentino nella trattazione di

---

<sup>8</sup> Cfr. Rapporto esplicativo, par. 26. La prima versione della Dichiarazione di Brighton sembrava abbozzare l'idea di escludere la possibilità di proporre ricorso *ex art. 34* in casi in cui fosse stato richiesto, ed ottenuto, il parere consultivo della Corte. L'ipotesi fu però subito respinta quale preclusione illegittima del diritto ad avere accesso alla Corte tale da rinnegare le stesse fondamenta del sistema convenzionale.



un ricorso individuale, con effetti vincolanti per l'ordinamento interno; ovvero con finalità non limitate alla risoluzione del caso concreto; ma volte a chiarire, tutelare e promuovere i principi della Convenzione. Il sistema convenzionale del resto, come taluno ha osservato, si è via via allontanato dal paradigma di una tutela giurisdizionale *hic et nunc*, "singola" ed "individuale" nel senso di relegata esclusivamente e fedelmente alla risoluzione del caso concreto, costruendo, nel tempo, un approccio "marcatamente teleologico" e fortemente strutturato dall'architettura dei precedenti vincolanti. Nel decidere la singola controversia la Corte ha cominciato non solo a definire i contorni dei principi, ma altresì a creare e a dare vita ad un diritto convenzionale, indicando in motivazione quale fosse il contenuto attuale della Convenzione stessa. Tant'è che ad essa viene riconosciuto sempre più il ruolo tipico di una corte costituzionale<sup>9</sup>.

Un'altra prospettiva da non sottovalutare nello studio dell'effettività dei vincoli derivanti dai pareri è quella interna alla Corte di Strasburgo: il rapporto esplicativo indica che i giudici della Corte, chiamati a decidere i ricorsi individuali, dovranno considerare i pareri espressi dalla Grande camera *valid case-law to be followed when ruling on potential subsequent individual applications*<sup>10</sup>. Anche sotto questo profilo, dunque, ne esce confermata la tesi volta a cogliere nella decisione preliminare consultiva una forza vincolante.

Per quanto riguarda i **profili pratici**, mentre, si crede, sulla qualità e l'efficienza dei rapporti tra Corte di Strasburgo e Cassazione saranno determinanti le capacità e la volontà di superare le differenze strutturali e di metodo dei rispettivi giudizi, è nel rapporto con la Corte Costituzionale che si presentano le questioni più complesse.

Si deve in proposito sottolineare come l'attuale rapporto tra le due Corti sia caratterizzato da alcune rilevanti oscillazioni di intensità. Nel solco delle sentenze gemelle che hanno riconosciuto valore para-costituzionale alle sentenze della Corte E.d.u., l'approccio della Corte Costituzionale ha vissuto una dicotomia, passando da pronunce in cui ha attribuito piena deferenza all'interpretazione della Corte di Strasburgo<sup>11</sup> ad altre nella quali ha rivendicato, per contro, il potere di valutare come ed entro quali limiti i *dicta* della C.e.d.u. possano trovare spazio nel nostro ordinamento<sup>12</sup>.

In altre parole, la Consulta non ha rinunciato ai tentativi di sottomettere le interpretazioni della Corte Europea ad un'opera di bilanciamento con gli altri principi costituzionali in modo da conservare un certo margine di apprezzamento.

In questo panorama, se si vuole consolidare il criterio di "convivenza delle fonti" basato sulla massima espansione delle tutele bisognerebbe tenere in considerazione tre esigenze. La prima è quella di non disconoscere le differenze strutturali tra ordinamento comunitario e convenzionale: la non vincolatività del parere rispecchia la finalità del paradigma della Convenzione che è quella di assicurare un *minimum standard* di protezione e non quello di

<sup>9</sup> Cfr. par. 1 Rapporto esplicativo; L'art. 32, infatti, stabilisce che la Corte Europea è competente per risolvere tutte le questioni di interpretazione e applicazione della Convenzione.

<sup>10</sup> *Reflection Paper*, cit., par. 44.

<sup>11</sup> Cfr. Corte Cost. n.113 e n. 1/2011; Corte Cost. n. 93/2010; Corte Cost. n. 331 e 239/2009, n. 39/2008:

<sup>12</sup> Cfr. Corte Cost. n. 264/2012, par. 4.2 dei considerando in diritto.



uniformare il contenuto delle garanzie. La seconda, strettamente legata alla prima, è quella di assicurare un circolo virtuoso di dialogo, alimentato dalle interpretazioni giudiziali: in questo, lo strumento del parere consultivo può servire alla Corte Europea per esplicitare i contorni della sostanza delle sue interpretazioni, evitando al tempo stesso di elidere qualunque possibilità di aggiustamento da parte della Corte Costituzionale. La terza, a sua volta strumentale rispetto alla seconda, è quella di sviluppare meccanismi capaci di generare quella “translitterazione” tra i diversi alfabeti che stanno costruendo l’edificio giuridico globale.

### **Conclusioni**

I rilievi svolti permettono di formulare alcune osservazioni conclusive.

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

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

Roma, 26 maggio 2014