



Testo di commento predisposto in occasione dell'audizione del 19 novembre 2019 presso le Commissioni Giustizia e Affari Esteri della Camera dei Deputati sui progetti di legge abbinati C. 1124 Governo e C. 35 Schullian in tema di ratifica ed esecuzione dei Protocolli nn. 15 e 16 alla CEDU

IN MERITO ALLA RATIFICA DEL PROTOCOLLO N. 15

Si segnala che la previsione dell'art. 4 che "contrae" il termine per adire la Corte EDU da 6 a 4 mesi appare irragionevolmente "punitivo" del diritto dei cittadini degli Stati membri di proporre ricorso, soprattutto ove si consideri la particolarità della materia e gli stringenti requisiti, stabiliti a pena di inammissibilità, per la sua redazione, un vero e proprio percorso ad ostacoli che implica l'intervento di un avvocato specializzato. Senza contare che nel termine di 4 mesi (è già assai complicato in 6) è praticamente impossibile emendare gli eventuali errori procedurali segnalati al ricorrente dalla Corte ai sensi dell'art. 47 del Regolamento. È una vera *contradictio in adiecto* che la Corte EDU limiti l'accesso alla sua giurisdizione quando dovrebbe essere un baluardo alla effettiva ed efficace tutela dei diritti fondamentali. Utile sarebbe invece che venissero stanziati dal Consiglio d'Europa maggiori fondi per aumentare l'organico della Corte al fine di trattare con maggiore celerità le questioni ad essa sottoposte.

IN MERITO ALLA RATIFICA DEL PROTOCOLLO N. 16

Ribattezzato "protocollo del dialogo", 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 (una sorta di "rinvio incidentale interpretativo" per richiamare una bella espressione del Prof. Bruno Nascimbene) su questioni giuridiche relative all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione. L'obiettivo dichiarato è quello di diminuire il carico di lavoro della Corte, dando legittimità istituzionale a forme di dialogo tra giudici già sviluppatasi spontaneamente. 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*. Si tratta di una novità davvero

Unione Camere Penali Italiane

Via del Banco di S. Spirito, 42 00186 Roma

Tel +39 06 32500588 - segreteria@camerepenali.it - www.camerepenali.it

C.F. 05386821002 - P.I. 08989681005



dirompente 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 possono trovarsi a dover giudicare in seguito alla presentazione di un ricorso individuale. L'architettura del sistema è affidata alla iniziativa delle più Alte Giurisdizioni nazionali, così 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 in merito alla questione. In siffatta 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 profondamente 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 trasmettere tutti gli atti processuali rilevanti alla Corte di Strasburgo.

Quanto al funzionamento, si prevede che la questione debba essere decisa dalla Grande Camera, a seguito di un preventivo vaglio di ammissibilità di cinque giudici. Questo primo vaglio, la cui pregnanza è stata rimessa all'applicazione pratica della Corte che ha l'obbligo di motivare adeguatamente, dovrà verificare la rilevanza della questione per la risoluzione del caso, essendo preclusa alla Corte "una revisione in astratto della legislazione". Se il sistema così descritto sembra, dunque, rievocare quello di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia di Lussemburgo secondo l'art. 267 TFUE, bisogna però subito chiarire una delle fondamentali differenze: i pareri che perverranno da Strasburgo non saranno, o, *rectius*, non dovrebbero essere 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 del 2012, 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.

A norma dell'art. 1 del Protocollo n. 16, la richiesta di parere consultivo può essere avanzata dalle "più Alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente, designate conformemente all'art. 10". Il sistema descritto dall'art. 1 del Protocollo si impernia su un meccanismo incidentale: ne dà contezza il par. 2, che inibisce la proposizione di richieste fondate su questioni avulse da un caso pratico. In quest'ottica, del pari, va letto il par. 3, il quale impone alla giurisdizione istante di "produrre gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente". La richiesta potrà avere ad oggetto (con formulazione che ricalca l'art. 43 par. 2 CEDU, 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".

A sostenere l'inclusione della Corte costituzionale fra le giurisdizioni abilitate, indipendentemente quindi da quanto proposto all'art. 3 nei Disegni di Legge all'esame ("La Corte costituzionale può provvedere con proprio regolamento sull'applicazione del Protocollo..."), 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, a termini del 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. Per tale ragione si ritiene opportuno limitare la legittimazione attiva a richiedere il parere consultivo alla sola Corte costituzionale precisando che se una delle più Alte Giurisdizioni, indicate all'art. 3 dei Disegni di Legge in esame, ravvisa la possibilità che la norma interna, oggetto di una causa pendente avanti ad essa, presenti profili di incompatibilità insuperabili con la CEDU, tale giurisdizione sia obbligatoriamente e preliminarmente tenuta ad investire della questione la Corte costituzionale. In altre parole, nell'ambito di una controversia giudiziaria, il ricorso al parere consultivo potrebbe attivarsi solo in ipotesi di incidente di costituzionalità. Del resto è noto che le pronunce del Giudice delle Leggi hanno statuito che compete alla Corte costituzionale valutare la conformità delle norme alla CEDU, così come interpretate dalla Corte EDU, alla Costituzione italiana che prevale sulla Convenzione ("predominio assiologico della Costituzione" rispetto alle



fonti sovranazionali), e ciò non soltanto quando il contrasto si manifesti con riguardo ai principi supremi della Carta costituzionale ma anche quando il contrasto attenga a una disposizione c.d. non suprema (cfr. sent. n. 49/2015 ma anche sent. n. 264/2012). È quindi evidente che un controllo *ex ante* della Corte EDU sull'operato dei giudici nazionali nell'applicazione delle disposizioni della Convenzione è in contrasto con i principi della nostra Carta costituzionale (art. 117, 1° comma). L'attuale rapporto tra le due Corti è caratterizzato da rilevanti e diversificati esiti nel dialogo pur instaurato in più occasioni. Nel solco delle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, che hanno riconosciuto valore para-costituzionale alle sentenze della Corte EDU, l'approccio della Corte costituzionale ha vissuto una dicotomia, passando da pronunce in cui ha attribuito pieno valore all'interpretazione della Corte di Strasburgo ad altre nelle quali ha rivendicato, per contro, il potere di valutare come ed entro quali limiti i *dicta* della Corte EDU possano trovare spazio nel nostro ordinamento. In altre parole, la Consulta non ha rinunciato affatto al tentativo 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.

Quanto agli effetti di questo nuovo dialogo previsto dal Protocollo n. 16, 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 colonna portante della giurisdizione convenzionale: questo sarà, *in parte qua*, precluso solo nei limiti in cui il giudice *a quo* si sia effettivamente conformato al parere della Corte. 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 *rebound* rispetto alla decisione di quel giudice che, rivoltosi a questa, ne disattendesse poi i consigli consultivi: le parti avrebbero facile strada nel rivolgersi a Strasburgo contro quel giudicato, forti di un precedente favorevole della Corte. Ed è parimenti improbabile che la Corte, già espressasi su quel determinato caso, possa in seguito mutare il proprio *decisum*, ancorché reso nella forma del parere consultivo, così dichiarando conforme alla CEDU la decisione del giudice interno che quel parere non ha accolto e quindi non applicato. Di fronte a questi rischi si reputa che lo strumento in esame possa, in



realtà, portare con sé un ineliminabile “vincolo di fatto” dei giudici nazionali rispetto alle indicazioni della Corte, rafforzato proprio dalla conseguenza preannunciata di subire una condanna da parte della Corte di Strasburgo. Questo effetto sembra, peraltro, coerente con le affermazioni del Rapporto esplicativo in cui si chiarisce che “l’interpretazione contenuta in tali pareri consultivi sarà analoga nei suoi effetti ai principi interpretativi stabiliti dalla Corte nelle sentenze e nelle decisioni”. In quest’ottica, non si può dimenticare che il contenuto degli obblighi convenzionali è co-determinato dai giudici di Strasburgo e si sviluppa nelle loro pronunce là dove possono decidere tutte le questioni interpretative che eventualmente si presentino nella trattazione di un ricorso individuale, con effetti vincolanti per l’ordinamento interno, ovvero con finalità non limitate alla risoluzione del caso concreto, ma volte a chiarire, tutelare e promuovere i principi della Convenzione. Il sistema convenzionale, del resto, si è poco a poco allontanato dal paradigma di una tutela giurisdizionale *hic et nunc*, “singola” ed “individuale”, come tale relegata esclusivamente e fedelmente alla risoluzione del caso concreto, costruendo, nel tempo, un approccio “marcatamente teleologico” e fortemente strutturato dalla motivazione 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 (c.d. *living*) della Convenzione stessa. Tant’è che ad essa viene riconosciuto sempre più il ruolo tipico di una corte costituzionale “europea”.

Un’altra prospettiva da non sottovalutare nella disamina della prevedibile concreta effettività dei vincoli derivanti dai pareri è quella interna alla Corte di Strasburgo: il rapporto esplicativo prevede che i giudici della Corte, chiamati a decidere i ricorsi individuali, dovranno obbligatoriamente considerare i pareri espressi dalla *Grand Chambre* quali “*valid case-law to be followed when ruling on potential subsequent individual applications*”. Anche sotto questo profilo, dunque, può considerarsi confermata la tesi, rinvenibile dal testo del Protocollo in esame, volta a cogliere nella decisione preliminare consultiva una forza vincolante quantomeno di fatto. Tuttavia va evidenziata anche una precisa incoerenza di fondo del sistema così creato dal Protocollo n. 16. I tempi del processo di merito per giungere a una decisione definitiva si allungherebbero, con ulteriore pregiudizio per il soggetto interessato a causa della obbligatoria sospensione del processo nazionale, anche in considerazione di questa nuova e atipica funzione della Corte EDU che certo, se divenisse uno strumento diffuso di consultazione, non farebbe che



operare di ulteriori procedimenti la Corte senza affatto risolvere, *pro futuro*, la ulteriore proposizione di ricorsi all'esito dell'esaurimento dei mezzi di impugnazione propri del giudizio interno.

oooooo

I rilievi sopra descritti 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. Il Protocollo n. 16 è certamente destinato a mutare la fisionomia stessa della Corte di Strasburgo. Si passa infatti da un intervento *ex post* ad un intervento anche *ex ante* con una conseguente radicale trasformazione del ruolo tradizionale della Corte EDU quale giudice del caso concreto e del *distinguishing*. È quindi opportuno verificare quale sarà l'orientamento della Corte con riguardo alle domande formulate dagli Stati che lo hanno ratificato, al momento solo 17 su 47 (Germania, Spagna, Federazione Russa, Austria, Danimarca, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Svizzera, ad esempio, non l'hanno nemmeno sottoscritto). Finora la Corte EDU ha pronunciato un solo parere consultivo da quando il Protocollo n. 16 è entrato in vigore l'1 agosto 2018 e ciò nella causa *Mennesson c/ Francia* in tema di maternità surrogata gestazionale all'estero, parere richiesto il 5 ottobre 2018 e reso il 10 aprile 2019. Già si può evidenziare che la nettezza della risposta della Corte EDU nella massima composizione della *Grande Chambre*, pur senza udienza pubblica, si appalesa di grande peso per la Corte di cassazione francese che quindi assai difficilmente potrà discostarsene se non vuole rischiare di incorrere nell'immediato futuro nella condanna della Corte, adita all'esito definitivo del giudizio.

Roma, 19 novembre 2019

Per la Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane

Avv. Paola Rubini