



Ordine internazionale e diritti umani

International Legal Order and Human Rights
Ordenamiento Jurídico Internacional y Derechos Humanos
Ordre juridique international et Droits de l'Homme

MICHELE NINO*

LA COMPETENZA CONSULTIVA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI ALLA LUCE DEI PARERI ADOTTATI IN BASE AL PROTOCOLLO N. 16 DELLA CEDU: BILANCI E PROSPETTIVE

SOMMARIO: 1. Introduzione e piano dell'indagine. – 2. Lo strumento consultivo previsto dal Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti umani. – 2.1. Le storia e le origini del Protocollo: dalla Conferenza di Varsavia alla Conferenza di Brighton. – 2.2. Gli obiettivi sottesi alla introduzione del meccanismo consultivo. – 2.3. Le caratteristiche della procedura consultiva: l'ambito delle questioni sottoponibili; le autorità abilitate a richiedere i pareri; i profili processuali; la natura non vincolante dei pareri; il carattere volontario del meccanismo. – 2.4. Le similitudini e le differenze tra la procedura consultiva contemplata dal Protocollo n. 16 ed il meccanismo del rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE. – 2.5. La incidenza delle lacune dello strumento consultivo sulla realizzazione degli obiettivi del Protocollo n. 16. – 3. Il primo parere richiesto dalla Corte di Cassazione francese sulla maternità surrogata. – 3.1. Le questioni sollevate e la precedente giurisprudenza europea adottata in materia di gestazione per altri espressa nei casi *Mennesson, Labassee e Paradiso e Campanelli*. – 3.2. Le osservazioni preliminari: la discutibile limitazione della competenza consultiva in base al Protocollo n. 16 operata dalla Corte di Strasburgo. – 3.3. La prima questione: la conferma dell'applicazione del *best interest of the child* ed il riconoscimento giuridico della relazione tra il minore e la madre di intenzione. – 3.4. La seconda questione: l'adozione del bambino da parte della madre di intenzione quale misura rispettosa dei parametri consacrati dall'articolo 8 della CEDU. – 3.5. Le poche luci e le tante ombre del parere. – 4. Il secondo parere richiesto dalla Corte Costituzionale armena sulla portata dell'articolo 7 della Convenzione. – 4.1. I fatti all'origine del caso e le questioni poste alla Corte di Strasburgo. – 4.2. Le osservazioni preliminari intese a delimitare in maniera significativa le competenze della Corte in base al Protocollo n. 16. – 4.3. Le risposte ai quesiti posti dalla Corte Costituzionale armena: la compatibilità della tecnica della "blanket reference" con l'articolo 7 della Convenzione; la rilevanza della combinazione del principio della applicazione retroattiva della legge penale più favorevole e di quello della concretizzazione. – 4.4. I timidi miglioramenti rispetto al primo parere e la persistenza di molti limiti nel quadro della attuazione del Protocollo n. 16. – 5. Conclusioni: il mancato raggiungimento degli obiettivi del Protocollo e la necessità di un approccio più rispettoso dello spirito e delle finalità sottesi alla procedura consultiva.

1. *Introduzione e piano dell'indagine*

Oggetto del presente scritto è l'esame dello stato attuale e delle prospettive della competenza consultiva della Corte europea dei diritti umani così come prevista dal Protocollo n. 16, alla luce dei recenti pareri da essa adottati.

* Professore associato di diritto internazionale, Università degli Studi di Salerno.

La prima parte del contributo è rivolta all'inquadramento generale della procedura consultiva disciplinata dal Protocollo, attraverso l'approfondimento di una serie di elementi atti a connotarla, ovvero, la storia, le origini, gli obiettivi, le caratteristiche e le lacune. La seconda parte del lavoro è dedicata all'analisi dei pareri citati – mediante l'esame delle tematiche giuridiche da essi affrontati e dei principi di diritto negli stessi sanciti –, ponendone in risalto sia gli aspetti positivi che quelli negativi, anche e soprattutto in considerazione delle finalità sottese al Protocollo n. 16. Nella terza parte dell'articolo, infine, viene svolto un bilancio dell'applicazione dello strumento consultivo in oggetto e ne vengono delineate le prospettive future.

2. Lo strumento consultivo previsto dal Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti umani

2.1. Le storia e le origini del Protocollo: dalla Conferenza di Varsavia alla Conferenza di Brighton

Nel 2018, per effetto della ratifica della Francia, è entrato in vigore il Protocollo n. 16, il quale conferisce alle più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente la competenza a chiedere alla Corte europea dei diritti dell'uomo (in seguito anche "Corte EDU") pareri consultivi in merito alla «interpretazione o applicazione dei diritti e delle libertà» consacrati dalla Convenzione europea dei diritti umani (nel prosieguo anche "Convenzione" o "CEDU") o dai suoi Protocolli¹. Si tratta di uno strumento di notevole rilievo, che rappresenta un'evoluzione significativa, con riguardo sia al ruolo svolto dalla Corte di Strasburgo sia al rapporto della stessa con le supreme autorità giudiziarie nazionali. Detto strumento, se attuato coerentemente ed adeguatamente, potrebbe assurgere ad una vera e propria rivoluzione dell'intero assetto della CEDU e della sua applicazione all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali.

Peraltro, va evidenziato che il riconoscimento di funzioni consultive all'organo giurisdizionale del Consiglio d'Europa non costituisce un elemento del tutto nuovo nel sistema complessivo delineato dalla CEDU², se si pone mente alla circostanza che la competenza disciplinata dal Protocollo n. 16 si aggiunge a quella già precedentemente stabilita dagli articoli 47-49 della Convenzione³. Tali ultime disposizioni, introdotte dal

¹ Art. 1, par. 1, Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, del 2 ottobre 2013, entrato in vigore 1° agosto 2018.

² A tal riguardo, va precisato che la funzione consultiva delle autorità giurisdizionali internazionali non rappresenta un elemento di novità neanche nell'ordinamento giuridico internazionale, se si considera che, a parte il caso della Corte internazionale di giustizia, detta funzione è conferita, nell'ambito dei sistemi regionali di protezione dei diritti dell'uomo, anche alla Corte interamericana dei diritti umani ed alla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli. Per uno studio approfondito sul tema, vedi: G. ASTA, *La funzione consultiva delle corti regionali dei diritti umani*, Napoli, 2019; vedi anche: R. WOLFRUM, *Advisory Opinions: An Alternative Means to Avoid the Development of Legal Conflicts?*, disponibile su www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783845299051-99.pdf.

³ J. GERARDS, *Advisory Opinion: European Court of Human Rights (ECtHR)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2019, disponibile su www.researchgate.net/publication/337656376_Advisory_opinions_under_Protocol_16_MPEiPro, par. 1. In effetti, nell'ambito del sistema complessivo della CEDU, il Protocollo n. 16 è stato considerato come un ampliamento della giurisdizione consultiva della Corte di Strasburgo, alla luce della necessità di ristrutturare il regime convenzionale europeo, adeguandolo al passare del tempo; ampliamento, questo, che ha determinato una modifica sostanziale tanto del contenuto quanto della natura di tale giurisdizione (L.-A. SICILIANOS, *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2014, p. 9 ss., p. 17; C. GIANNOPOULOS,

Protocollo n. 2 ed entrate in vigore nel 1970, attribuiscono, difatti, alla Corte EDU il potere di fornire pareri consultivi su «questioni giuridiche relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli», laddove richiesta dal Comitato dei Ministri. D'altro canto, va sottolineato che si tratta di un meccanismo che presenta una portata particolarmente restrittiva, alla luce di una serie di ragioni che valgono a differenziarlo in maniera significativa dallo strumento predisposto dal Protocollo n. 16. Per un verso, infatti, in base all'articolo 47, par. 2, i pareri non possono avere ad oggetto questioni concernenti il «contenuto o la portata dei diritti e libertà» sanciti dalla Convenzione e dai Protocolli, né altre questioni su cui «la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla Convenzione». Ciò sta a significare che i pareri in esame possono riguardare soltanto questioni di natura procedurale o istituzionale, e non profili di merito o sostanziali, con la conseguenza di non potere incidere effettivamente sulla evoluzione dei parametri di salvaguardia dei diritti umani, così come contemplati dalla CEDU⁴. Per altro verso, potendo i pareri essere richiesti solo dal Comitato dei Ministri, è giocoforza considerare che lo strumento *ex* articolo 47 è stato istituito in maniera tale da promuovere non già un dialogo di sistema, costruttivo ed ampio, tra autorità giurisdizionali nazionali e giudici di Strasburgo, quanto piuttosto un confronto limitato tra potere esecutivo e potere giudiziario nel circoscritto ambito del regime della Convenzione⁵. È proprio a causa di questa natura ristretta – ispirata prevalentemente alla necessità di evitare la sovrapposizione della funzione contenziosa della Corte con quella consultiva⁶ – che lo strumento in esame è stato utilizzato in pochi e rari casi, inerenti esclusivamente a questioni relative alla composizione ed alla organizzazione della Corte medesima⁷.

In tale contesto, va evidenziato il fatto che l'introduzione della procedura disciplinata dal Protocollo n. 16 ha origini risalenti, costituendo l'epilogo di un lungo e delicato percorso delle istituzioni e degli Stati membri del Consiglio d'Europa, inteso vuoi al rafforzamento della effettività della Convenzione vuoi al miglioramento del funzionamento e della strutturazione interna della Corte di Strasburgo. Detto percorso è stato inaugurato con l'adozione del Protocollo n. 14, che ha proposto soluzioni – quali, la previsione della sussistenza del pregiudizio importante come criterio di ricevibilità dei ricorsi individuali; l'istituzione del ruolo del giudice unico, competente ad esaminare i ricorsi manifestamente irricevibili; l'attribuzione al Comitato dei tre giudici della competenza a decidere sui casi

Considerations on Protocol n. 16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights? in *Germ. Law Jour.*, 2015, p. 337 ss., p. 348).

⁴ Sul punto, vedi: A. PAPROCKA, M. ZIÓŁKOWSKI, *Advisory Opinions Under Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2015, p. 274 ss., p. 277.

⁵ T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?* in *Hum. Rights Law Rev.*, 2017, p. 73 ss., p. 81.

⁶ K. DZEHTSIAROU, N. O'MEARA, *Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: A Magic Bullet for Dialogue and Docket-control?* in *Legal St.*, 2014, p. 444 ss., pp. 447-448.

⁷ Più precisamente, la Corte ha reso solo due pareri consultivi in virtù dell'articolo 47 della Convenzione, l'uno nel 2008 e l'altro nel 2010, concernenti, in particolare, alcune problematiche giuridiche sorte con riguardo alle liste dei candidati alla elezione dei giudici della Corte medesima, presentate rispettivamente dallo Stato maltese (Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani [GC], del 12 febbraio 2008, *Advisory Opinion on Certain Legal Questions Concerning the Lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights*) e dal governo ucraino (Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani [GC] del 22 gennaio 2010, *Advisory Opinion on Certain Legal Questions Concerning the Lists of Candidates Submitted with a View to the Election of Judges to the European Court of Human Rights (No. 2)*). Per un'analisi dettagliata di tali pareri, vedi: K. DZEHTSIAROU, N. O'MEARA, *Advisory Jurisdiction*, cit., pp. 447-448.

ripetitivi⁸ –, che, alla prova dei fatti, non sono state in grado di ovviare adeguatamente alla annosa problematica dell'eccessivo carico di lavoro della Corte di Strasburgo⁹. In ragione di ciò, nel 2006 il Gruppo dei Saggi – istituito in occasione della Conferenza di Varsavia del 2005 al fine di analizzare la problematica dell'efficacia a lungo termine del meccanismo di controllo della CEDU e degli effetti a lungo e breve termine del Protocollo n. 14 – adottò un Rapporto, in cui sottolineò l'utilità della introduzione di un regime, che permettesse ai tribunali nazionali di richiedere pareri consultivi alla Corte EDU su questioni giuridiche relative alla interpretazione della Convenzione europea, così da favorire un dialogo effettivo tra autorità giurisdizionali e potenziare il ruolo cd. “costituzionale” della Corte medesima¹⁰. Successivamente, la Conferenza di Smirne sul futuro della Corte del 2011, nella dichiarazione finale, invitò il Comitato dei Ministri a valutare l'opportunità di prevedere un regime di tal guisa, in quanto lo stesso avrebbe potuto contribuire a chiarire le disposizioni della Convenzione e la giurisprudenza della Corte, riducendo l'elevato numero dei ricorsi individuali e fornendo un indirizzo agli Stati, con l'obiettivo di evitare future violazioni della CEDU¹¹. In seguito, in occasione della Conferenza di Brighton del 2012, da un lato i giudici di Strasburgo intervennero attivamente sulla tematica in esame, licenziando il “Documento di riflessione sulla proposta di estendere la competenza consultiva della Corte”¹²; dall'altro il Comitato dei Ministri fu invitato a predisporre la bozza di un protocollo opzionale alla Convenzione, che entrasse in vigore nel 2013 e contemplasse il potere consultivo della Corte europea dei diritti umani su richiesta dei tribunali interni¹³. Di conseguenza, nel maggio 2012 il Comitato dei Ministri incaricò il Comitato direttivo per il diritti dell'uomo a redigere il testo del Protocollo, che, adottato ed aperto alla firma nel 2013, è entrato in vigore, come dinanzi detto, nel 2018, e, ad oggi, è stato ratificato da 15 Stati¹⁴; tra questi non figura l'Italia, che si è limitata a firmare il testo medesimo nel 2013¹⁵. Infine, nell'ambito della Conferenza di

⁸ Su questi profili, vedi: A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Milano, 2018, p. 53 ss.; V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019, pp. 415-419, 447-450; K. LEMMENS, *Protocol no 16 to the ECHR: Managing Backlog Through Complex Judicial Dialogue?*, in *Enr. Const. Law Rev.*, 2019, p. 691 ss., p. 692.

⁹ T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions*, cit., p. 77.

¹⁰ Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, doc. CM(2006)203, del 15 novembre 2006, disponibile su search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893, par. 81; sul punto, vedi anche: J. JAHN, *Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions. Deprivation or Relocation of the Convention's Core?* in *ZaöRV*, 2014, p. 821 ss., p. 832.

¹¹ High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Izmir Declaration, 26-27 aprile 2011, disponibile su echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf, p. 4.

¹² Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction, disponibile su echr.coe.int/Documents/Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf.

¹³ High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration, 19-20 aprile 2012, p. 4; sul punto, vedi: G. RAIMONDI, *La Dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista associazione italiana costituzionalisti*, 2013, n. 3, disponibile su www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/Raimondi.pdf.

¹⁴ In particolare, si tratta dei seguenti Stati: Albania; Andorra; Armenia; Estonia; Finlandia; Francia; Georgia; Grecia; Lituania; Lussemburgo; Paesi Bassi; San Marino; Slovacchia; Slovenia; Ucraina. Sulla situazione relativa alla firma e alla ratifica del Protocollo da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa, vedi: Chart of Signatures and Ratifications of Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, disponibile su www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=cZUtVyWU.

¹⁵ L'iter di ratifica del Protocollo n. 16 da parte dell'Italia ha conosciuto notevoli rallentamenti ed è allo stato attuale ancora in una situazione di stallo, nonostante i numerosi tentativi promossi dalle istituzioni nel corso degli anni. In particolare, durante la precedente XVII legislatura, il 30 dicembre 2014 il Governo italiano ha presentato un primo disegno di legge, che prevedeva la ratifica e l'esecuzione dei Protocolli n. 15 e 16 (d.d.l. n.

Copenaghen del 2018, fu avvertito che il Protocollo n. 16 avrebbe potuto ulteriormente aumentare il carico di lavoro della Corte nel breve e medio termine, ma che, in definitiva, avrebbe dovuto ridurlo in una prospettiva a più lungo raggio¹⁶.

2.2. *Gli obiettivi sottesi alla introduzione del meccanismo consultivo*

In linee generali, va sottolineato che le finalità della procedura consultiva introdotta dal Protocollo n. 16 sono molteplici e possono essere così sintetizzate: il rafforzamento della effettività della Convenzione europea dei diritti umani; il consolidamento della interazione

2801 «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»). La proposta governativa, dopo aver ottenuto l'approvazione della Camera dei Deputati il 26 settembre 2017 è stata successivamente trasmessa al Senato della Repubblica, che, tuttavia, non ha potuto terminarne la valutazione, in quanto nel marzo del 2018 la legislatura è giunta alla sua conclusione. Peraltro, nel corso dell'attuale XVIII legislatura, il 10 agosto 2018 il Governo ha presentato un nuovo disegno di legge (d.d.l. n. 1124 «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»), che, al netto di alcuni profili concernenti il ruolo della Corte costituzionale italiana nell'attuazione del Protocollo n. 16, presentava un contenuto sostanzialmente identico a quello del progetto di legge licenziato dalla Camera dei Deputati nella precedente legislatura. Più precisamente, il d.d.l. n. 1124, composto da quattro articoli, si basava su tre linee direttrici: a) individuazione delle autorità giurisdizionali nazionali abilitate a richiedere il parere consultivo alla Corte europea dei diritti umani (ovvero, la Suprema Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti ed il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana); b) attribuzione alla Corte costituzionale del potere di decidere se essere annoverata tra le autorità legittimate ad attivare lo strumento consultivo in discussione, prescrivendo il d.d.l. non senza ambiguità, che la Corte stessa potesse «provvedere con proprie disposizioni all'applicazione» del Protocollo n. 16; c) conferimento al giudice nazionale del potere di disporre la sospensione del processo nazionale fino alla ricezione del parere consultivo reso dai giudici di Strasburgo (sul punto, vedi: O. FERACI, *Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, n. 2, disponibile su www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/fascicoli/2-2019/1442-il-primo-parere-consultivo-della-cedu-su-richiesta-di-un-giudice-nazionale-e-l-ordinamento-giuridico-italiano/file, p. 1 ss., pp. 12-13; M. LIPARI, *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*, in *Federalismi*, 2019, n. 3, disponibile su www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38015, p. 1 ss., pp. 14-18). L'analisi del disegno di legge in questione, iniziata nel gennaio 2019 innanzi alle Commissioni Giustizia e Affari Esteri della Camera, è stata costellata da posizioni giuridico-politiche contrastanti e ha portato alla rilevazione di una serie di significative criticità sottese al disegno stesso, riguardanti segnatamente: a) i poteri del giudice interno, richiedente il parere alla Corte di Strasburgo, di sospendere il processo nazionale in attesa del parere medesimo; b) l'incerto ed indefinito ruolo della Corte costituzionale nell'attività di proposizione del meccanismo consultivo in esame. In ragione dell'esistenza di siffatte problematiche, nel settembre 2020 le Commissioni Giustizia e Affari Esteri hanno ritenuto che fosse opportuno rinviare al futuro la ratifica del Protocollo n. 16, ed è stato, dunque, disposto lo stralcio della parte relativa a tale ratifica dal d.d.l. n. 1124 (su questi profili, vedi la puntuale ricostruzione di: E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Osservatorio costituzionale*, 2021, n. 2, disponibile su www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2021_2_01_Crivelli.pdf, p. 50 ss., pp. 60-67).

¹⁶ High Level Conference Copenhagen Declaration, 12-13 aprile 2018, disponibile su echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf, par. 46. Per un *excursus* storico degli eventi che hanno portato alla predisposizione del Protocollo n. 16, vedi: Rapporto esplicativo, Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, disponibile su www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ITA.pdf, pp. 1-2.

tra Corte di Strasburgo e autorità giurisdizionali nazionali; la istituzionalizzazione della funzione della Corte stessa; l'alleggerimento del carico di lavoro di quest'ultima¹⁷.

Alla base del perseguimento di dette finalità si pone l'elemento centrale che ha ispirato la istituzione di detta procedura, vale a dire il principio di sussidiarietà¹⁸. In effetti, se è vero che il Protocollo n. 15 ha formalmente e solennemente dichiarato la rilevanza di tale principio nel contesto del sistema della CEDU, è altrettanto vero che il Protocollo n. 16 ne ha dato concreta attuazione, mediante la istituzione di un meccanismo innovativo fondato sulla cooperazione giudiziaria¹⁹. Il principio in esame è da intendersi nel senso che grava in capo alle autorità statali – ivi comprese quelle giurisdizionali – la responsabilità primaria di garantire una adeguata e coerente protezione ai diritti consacrati nella Convenzione, fermo restando il ruolo sussidiario di supervisione della loro attività attribuito ai giudici di Strasburgo²⁰. A tale riguardo, va precisato, infatti, che, in virtù dell'applicazione di siffatto principio, lo scopo dello strumento consultivo non è quello di trasferire le controversie dal piano nazionale a quello internazionale, quanto quello di fornire ai tribunali nazionali indicazioni tecniche e specifiche, necessarie alla composizione delle controversie medesime²¹.

La *ratio* del Protocollo è, quindi, quella di costruire un dialogo proficuo e costante tra la Corte europea dei diritti umani e le autorità giurisdizionali interne, con l'obiettivo di assicurare una corretta interpretazione ed applicazione della CEDU all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali²². Inoltre, il rafforzamento del dialogo è strumentale a trasformare gradualmente la funzione della Corte, istituzionalizzandone il ruolo "quasi" costituzionale e conferendo alla stessa importanti attività di indirizzo nei confronti dei giudici interni, nella prospettiva della costruzione di un rapporto non più di natura gerarchica o

¹⁷ Vedi: preambolo, Protocollo n. 16, cit.; *Guidelines on the Implementation of the Advisory-opinion Procedure Introduced by Protocol No. 16 to the Convention*, disponibile su www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf, p. 2, par. 1-2. In dottrina, vedi: A.G. LANA, *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: alcune riflessioni*, in *Dir. uomo*, 2014, p. 641 ss.; P. PIRRONE, *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 75 ss.; I. RIVERA, *Il Protocollo n. 16 CEDU e la richiesta di parere consultivo, ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, in *St. integr. eur.*, 2016, p. 455 ss.; A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea*, cit., p. 74 ss.; S. O'LEARY, T. EICKE, *Some Reflections on Protocol No. 16*, in *Eur. Hum. Rights Law Rev.*, 2018, p. 220 ss.; A. HENKE, *La giurisdizione consultiva della Corte di Strasburgo nel nuovo Protocollo n. 16 alla CEDU*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1244 ss.; K. KONSTANTINE, *Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights Under Protocol 16: Prospects and Challenges*, in *Eur. Hum. Rights Law Rev.*, 2019, p. 291 ss.

¹⁸ In questo senso, vedi: preambolo, Protocollo n. 16, cit.

¹⁹ Su tale profilo, vedi: T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions*, cit., p. 78. Secondo alcuni autori il Protocollo n. 16 non sarebbe solo ed unicamente una manifestazione plastica del principio di sussidiarietà, ma ne costituirebbe una vera e propria incarnazione (J. GERARDS, *Advisory Opinion: European Court of Human Rights*, cit., par. 33). Quanto all'esame congiunto dei Protocolli nn. 15 e 16, vedi: E. NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *St. integr. eur.*, 2014, p. 117 ss.; D. MILNER, *Protocols no. 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the Context of the Perennial Process of Reform. A Long and Winding Road*, in *Zeit. Eur. Stud.*, 2014, p. 19 ss.

²⁰ In relazione a questo aspetto, vedi: S. O'LEARY, T. EICKE, *Some Reflections on Protocol No. 16*, 2019, disponibile su echr.coe.int/Documents/Speech_20190125_O'Leary_Eicke_JY_ENG.pdf, p. 4; M. WASEK-WIADEREK, *Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Do National Judges Really Need This New Forum of Dialogue?* in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, K. WOJTYCZEK (eds.), *Judicial Power in a Globalized World. Liber Amicorum Vincent De Gaetano*, Cham, 2019, p. 637 ss., p. 643.

²¹ Rapporto esplicativo, cit., p. 4, par. 11; S. O'LEARY, T. EICKE, *Some Reflections*, cit., 2019, p. 4.

²² Sul punto, vedi: J. GERARDS, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights: A Comparative and Critical Appraisal*, in *Maastricht Jour. Eur. Comp. Law*, 2014, p. 630 ss., p. 637.

asimmetrica, ma caratterizzato piuttosto da elementi di sinergia e cooperazione²³. Più esattamente, tale rafforzamento è volto a: a) prevenire future violazioni della CEDU e, pertanto, la possibile insorgenza di controversie innanzi alla Corte europea, anticipando ad una fase precontenziosa la risoluzione di questioni giuridiche attinenti alla interpretazione ed alla attuazione della Convenzione²⁴; b) garantire una migliore efficienza dell'attività e del funzionamento della Corte stessa, potenziandone la legittimazione al cospetto dei tribunali nazionali; c) coinvolgere maggiormente ed attivamente questi ultimi nell'opera di definizione ed identificazione delle situazioni giuridiche contemplate dalla CEDU²⁵.

La procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 costituisce, dunque, un valore aggiunto tanto per la Corte EDU quanto per i tribunali interni. Da un canto, i giudici di Strasburgo assumono una considerevole autorità nell'ambito del sistema multilivello di salvaguardia dei diritti umani²⁶, svolgendo un significativo ruolo di guida nei confronti delle autorità nazionali e potendo, tra l'altro, esercitare una particolare influenza sulle sentenze da esse adottate²⁷. Dall'altro, le corti interne possono valersi di un rilevante strumento aggiuntivo, che consente loro di applicare adeguatamente gli standard di tutela dei diritti umani sanciti nella CEDU e di legittimarsi maggiormente sia sul piano nazionale che su quello internazionale. In effetti, l'adozione da parte di dette corti di pronunce che si basino su un parere reso in virtù del Protocollo in oggetto, permette alle medesime non solo di consolidare la propria posizione all'interno dei rispettivi ordinamenti giuridici, ma anche di seguire orientamenti che risultino in armonia con le interpretazioni autentiche elaborate dalla Corte, rafforzando, in definitiva, la coerenza della giurisprudenza adottata dai giudici di Strasburgo²⁸.

Infine, va aggiunto che il Protocollo n. 16 si pone l'importante finalità di ridurre l'eccessivo volume di lavoro cui la Corte europea dei diritti umani è soggetta da molti anni e, quindi, di limitare l'elevato numero di ricorsi individuali, che essa è chiamata ad esaminare e che rischiano di pregiudicarne il funzionamento e l'operatività²⁹. Infatti, il meccanismo consultivo, consentendo l'anticipazione della risoluzione di una questione giuridica ad una fase precedente a quella contenziosa innanzi alla Corte stessa – in quanto teso non già ad accertare la responsabilità di uno Stato quanto a chiarire il contenuto delle disposizioni della CEDU³⁰ – e riconoscendo ai giudici nazionali la responsabilità primaria nell'assicurare

²³ T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions*, cit., p. 74.

²⁴ J. JAHN, *Normative Guidance*, cit., p. 828.

²⁵ T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions*, cit., p. 80; sul punto, vedi anche: B. THORARENSEN, *The Advisory Jurisdiction of the ECtHR Under Protocol no. 16: Enhancing Domestic Implementation of Human Rights or a Symbolic Step?* in O.M. ARNARDÓTTIR, A. BUYSE (eds.), *Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection. Rethinking Relations Between the ECHR, EU, and National Legal Orders*, London, 2016, p. 79 ss.

²⁶ Su detto profilo, vedi: N. POSENATO, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2014, p. 1421 ss.; I. ANRÒ, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1 agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra corti?* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 189 ss., p. 190; M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., pp. 53-54.

²⁷ J. GERARDS, *Advisory Opinion: European Court of Human Rights*, cit., par. 32.

²⁸ J. JAHN, *Normative Guidance*, cit., pp. 825-826; C. GIANNOPOULOS, *Considerations on Protocol n. 16*, cit., p. 338.

²⁹ Vedi: I. ANRÒ, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1 agosto 2018: un nuovo strumento*, cit., pp. 197-198; M.C. CARTA, *Le incognite della nuova competenza consultiva della Corte EDU ispirata al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, n. 3, disponibile su www.rivistaoidu.net/sites/default/files/6_Carta%20.pdf, p. 157 ss.

³⁰ Sul punto, vedi: E. CANNIZZARO, *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali: verso un modello integrato?* in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015, p. 79 ss., p. 81.

l'osservanza dei diritti fondamentali previsti da tali disposizioni, ha il potenziale di produrre un significativo effetto deflattivo del carico di lavoro dei giudici di Strasburgo³¹.

2.3. Le caratteristiche della procedura consultiva: l'ambito delle questioni sottoponibili; le autorità abilitate a richiedere i pareri; i profili processuali; la natura non vincolante dei pareri; il carattere volontario del meccanismo

In relazione alla natura delle tematiche giuridiche su cui un'autorità giurisdizionale interna può richiedere alla Corte di Strasburgo un parere consultivo, il Protocollo n. 16 fa riferimento alle «questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli»³².

Si tratta di una formulazione particolarmente vaga ed ampia, che trova la sua *ratio* nella necessità di non circoscrivere eccessivamente il novero delle questioni che potrebbero essere oggetto d'analisi della Corte, così da permetterle di approfondire la trattazione di un'ampia serie di problematiche giuridiche di carattere generale, che potrebbero porsi in concreto e nella prassi³³. D'altro canto, il Protocollo non contiene alcun elemento che precisi detta definizione, laddove il Rapporto esplicativo chiarisce unicamente che spetta alla Corte il compito di interpretarla sulla base dei casi che saranno sottoposti alla sua attenzione³⁴. Gli unici (sommari) dati che possano aiutare a decifrare il contenuto della formulazione contenuta nell'articolo 1, par. 1, del Protocollo sono quelli contenuti nel Documento di Riflessione, il quale sottolinea che, nell'ambito delle questioni cui ha riguardo siffatta previsione, potrebbero essere ricondotte, appunto, «questioni di principio o di interesse generale concernenti l'interpretazione della Convenzione o casi che pongano eventuali problemi sistemici o strutturali»³⁵. A tal proposito, non può non rilevarsi l'analogia tra la procedura in esame e quella disciplinata dall'articolo 43, par. 2, della Convenzione, secondo cui un rinvio di un caso alla Grande Camera è ammesso laddove «la questione oggetto del ricorso sollevi gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale». Nonostante tali procedure perseguano, come è noto, differenti finalità³⁶, è in ogni caso presumibile che i parametri che in passato hanno ispirato la trattazione dei casi *ex* articolo 43 della Convenzione servano in futuro quale modello di riferimento per l'esercizio della funzione consultiva da parte dei giudici di Strasburgo in base al Protocollo n. 16³⁷.

A ciò si aggiunga che la dicitura «questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione» – e, dunque, non interpretazione e applicazione – è stata fortemente criticata da alcuni autori a causa della sua ambiguità, in quanto essa porterebbe al verificarsi di situazioni particolarmente delicate e complesse, attinenti alle attribuzioni di competenze tra autorità giurisdizionali nazionali ed internazionali. Più esattamente, tale dicitura consentirebbe alla corte interna richiedente un parere, che nutra dubbi, non di natura interpretativa ma, piuttosto, di carattere applicativo in relazione ad una determinata causa, di

³¹ J. GERARDS, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings*, cit., p. 639.

³² Art. 1, par. 1, Protocollo n. 16, cit.

³³ C. GIANNOPOULOS, *Considerations on Protocol n. 16*, cit., p. 339.

³⁴ Rapporto esplicativo, cit., pp. 3-4, par. 9.

³⁵ Reflection Paper, cit., par. 22.

³⁶ Rapporto esplicativo, cit., p. 3, par. 9.

³⁷ Sul punto, vedi: K. LEMMENS, *Protocol no 16*, cit., p. 696.

rimettere la risoluzione del merito della causa medesima alla Corte europea dei diritti umani³⁸. Ciò non solo sarebbe in contrasto con lo spirito del Protocollo³⁹ – che, come è stato osservato, non è quello di trasferire la composizione della controversia dal piano nazionale a quello internazionale, quanto quello di fornire un orientamento alle autorità giudiziarie nazionali⁴⁰ –, ma, soprattutto, porrebbe i giudici di Strasburgo nella condizione di rifiutarsi di emettere una pronuncia, vanificando, in buona sostanza, il rilievo dello strumento consultivo⁴¹.

In base alla disposizione testé menzionata, le autorità abilitate a richiedere il parere consultivo alla Corte di Strasburgo sono identificabili nelle «più alte giurisdizioni» di uno Stato contraente, designate da quest'ultimo conformemente all'articolo 10 del Protocollo stesso⁴². Tale formulazione, non definendo con esattezza dette autorità, conferisce un'ampia discrezionalità agli Stati membri al riguardo, con l'obiettivo di evitare l'insorgenza di eventuali complicazioni dovute alla tipicità e specificità di ciascun ordinamento giuridico nazionale⁴³. Pertanto, nella nozione in esame è possibile ricondurre non solo le autorità giurisdizionali poste all'apice di un sistema giuridico interno – quali, la Corte Costituzionale o la Corte suprema di uno Stato –, ma anche quei tribunali che, sebbene posti ad un livello inferiore a siffatti organi giudiziari, abbiano una particolare rilevanza e competenza in relazione a precipue categorie di controversie⁴⁴. D'altro canto, limitare il novero delle autorità legittimate ad interpellare la Corte EDU alle «più alte giurisdizioni» rappresenta l'espressione di una scelta precisa dei redattori del Protocollo, intesa a: a) far sì che il dialogo giurisdizionale su tematiche giuridiche di notevole importanza concernenti il contenuto delle disposizioni della Convenzione avvenga ad un livello elevato ed appropriato⁴⁵; b) soddisfare il principio dell'esaurimento dei ricorsi interni sancito dall'articolo 35, par. 1, della Convenzione; c) evitare una proliferazione di richieste di pareri da parte di una estesa congerie di tribunali nazionali, che avrebbero l'effetto di appesantire notevolmente il carico di lavoro della Corte stessa⁴⁶.

Inoltre, la richiesta di parere consultivo deve essere presentata nell'ambito di una causa pendente innanzi alla autorità giudiziaria nazionale che interpella la Corte europea ed avere

³⁸ In relazione a questo profilo, vedi: V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta*, cit., p. 91 ss., p. 94.

³⁹ Vedi: O. FERACI, *Il primo parere consultivo*, cit., pp. 8-9.

⁴⁰ Rapporto esplicativo, cit., p. 4, par. 11; G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Prot. 16 Cedu*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta*, cit., p. 145 ss., p. 155.

⁴¹ Vedi: V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo*, cit., p. 94; I. ANRÒ, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1 agosto 2018: un nuovo strumento*, cit., p. 200.

⁴² Art. 1, par. 1, Protocollo n. 16, cit.; sul punto, vedi: 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*, 2014, disponibile su www.giurcost.org/studi/conti2.pdf, p. 1 ss., pp. 10-12; O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo n. 16?* in *Dir. Un. eur.*, 2014, p. 293 ss., pp. 295-297.

⁴³ Rapporto esplicativo, cit., p. 3, par. 8; S. O'LEARY, T. EICKE, *Some Reflections*, cit., 2019, p. 5.

⁴⁴ Ivi.

⁴⁵ Rapporto esplicativo, cit., p. 3, par. 8; sul punto, vedi anche: S. O'LEARY, T. EICKE, *Some Reflections*, cit., 2019, p. 5; K. LEMMENS, *Protocol no 16*, cit., p. 696.

⁴⁶ Rapporto esplicativo, cit., p. 3, par. 8; in relazione a tale profilo, vedi anche: J. GERARDS, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings*, cit., p. 633; P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Prot. 16 Cedu nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta*, cit., p. 1 ss., p. 7.

ad oggetto questioni non meramente ipotetiche o teoriche, ma di natura concreta.⁴⁷ Per tale ragione, siffatta autorità deve adeguatamente motivare la sua richiesta e fornire alla Corte di Strasburgo tutti «gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente»⁴⁸.

Per quanto attiene ai profili meramente processuali, va evidenziato che l'articolo 2, par. 2, del Protocollo n. 16, riconosce alla Grande Camera il potere di emettere i pareri consultivi, a patto che un collegio di cinque giudici decida preliminarmente di accogliere la richiesta di detti pareri fatta dalle autorità giurisdizionali interne⁴⁹. A ciò va aggiunto che il Rapporto esplicativo, malgrado non preveda un preciso termine entro cui la Corte sia tenuta a rendere una decisione, chiarisce tuttavia espressamente che i procedimenti ai sensi del Protocollo dovrebbero essere trattati con priorità⁵⁰.

Venendo ora alla natura dei pareri richiesti alla Corte europea dei diritti umani, va rilevato che essi non hanno carattere vincolante⁵¹. Tra l'altro, l'emissione da parte della Corte di un parere consultivo su una questione sollevata nell'ambito di una causa pendente dinanzi a una autorità giurisdizionale nazionale, non impedisce a una parte di tale causa di esercitare in un momento successivo il suo diritto a un ricorso individuale ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione, e quindi di poter adire la Corte EDU perché accerti una eventuale violazione della Convenzione stessa da parte di uno Stato membro ai suoi danni⁵².

La *ratio* sottesa alla scelta di non attribuire carattere obbligatorio ai pareri in discussione risiede nella necessità di incentivare vuoi un dialogo libero e proficuo tra autorità giudiziarie nel rispetto del principio di sussidiarietà – senza che, dunque, ci siano particolari imposizioni di sorta – vuoi la ratifica del maggior numero di Stati al Protocollo n. 16⁵³. In questo contesto, pertanto, teoricamente finanche le autorità giurisdizionali richiedenti i pareri alla Corte potrebbero non attenersi, anche se è plausibile che tale circostanza si possa difficilmente verificare nella prassi futura. In effetti, una corte nazionale di uno Stato che scelga liberamente di chiedere una interpretazione autentica della Corte europea in merito ad una determinata questione, non solo sarebbe logicamente e tendenzialmente propensa a seguirne le indicazioni, ma eviterebbe in ogni caso di disattendere i *dicta* statuiti dalla Corte medesima, a fronte della concreta possibilità che gli individui possano far valere siffatta inosservanza mediante un ricorso individuale e, di conseguenza, del rischio della configurazione della responsabilità internazionale dello Stato stesso in base alla Convenzione⁵⁴.

⁴⁷ Il meccanismo consultivo non è stato ideato, per esempio, al fine di consentire una revisione in astratto di una normativa nazionale che non deve essere applicata nel giudizio pendente innanzi alle autorità nazionali (Rapporto esplicativo, cit., p. 4, par. 10).

⁴⁸ Art. 1, par. 3, Protocollo n. 16, cit.

⁴⁹ Art. 2, par. 2, Protocollo n. 16, cit.; sul punto, vedi anche: M. SARZO, *La nuova procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 alla luce del parere della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di surrogazione di maternità*, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 1158 ss., p. 1165.

⁵⁰ Vedi: Rapporto esplicativo, cit., p. 5, par. 17; *Guidelines on the Implementation*, cit., p. 5, par. 15.

⁵¹ Art. 5, Protocollo n. 16, cit.

⁵² Rapporto esplicativo, cit., p. 7, par. 26.

⁵³ In relazione a ciò, vedi: C. GIANOPOULOS, *Considerations on Protocol n. 16*, cit., pp. 341-342; I. ANRÒ, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1 agosto 2018: un nuovo strumento*, cit., p. 212.

⁵⁴ Sul punto, si vedano le considerazioni del giudice Siclanos, già Presidente della Corte europea dei diritti umani, secondo cui: «la décision de mettre en place une procédure qui aboutit simplement au prononcé d'un avis consultatif n'est pas exempt de risques. Il ne peut pas être exclu en effet que la juridiction nationale qui a fait la demande ne suive pas l'avis de la Cour. D'un autre côté, on peut observer que, précisément parce que la procédure instaurée est facultative, une telle hypothèse paraît improbable, en ce sens qu'une juridiction nationale qui a décidé de recourir au nouveau mécanisme sera *a priori* disposée à suivre l'avis ainsi rendu. De

Nonostante i pareri non siano dotati di forza vincolante, essi costituiscono comunque – come è stato chiarito nel Rapporto esplicativo – parte integrante della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, in uno con le sentenze e le decisioni⁵⁵. In sostanza, viene stabilita un'equivalenza tra il valore giurisprudenziale dei pareri e quello delle sentenze, che producono, come è noto, effetti vincolanti: l'interpretazione contenuta nei pareri consultivi, cioè, è in grado di produrre i medesimi effetti giuridici dell'interpretazione sancita nelle sentenze⁵⁶. A tal riguardo, va precisato che queste ultime hanno valore di *res interpretata*, nel senso che l'interpretazione dei termini, delle nozioni e degli standard della Convenzione elaborata dalla Corte nelle stesse entra a far parte del sistema di tutela predisposto dalla CEDU, contribuendo a delimitarne il contenuto e l'ampiezza. Ragion per cui, codesta interpretazione è idonea a vincolare gli Stati membri, che sono tenuti a rispettare i dettami della CEDU, quali definiti dalla Corte⁵⁷. Pertanto, se sussiste un'equiparazione tra gli effetti giuridici delle sentenze e quelli dei pareri, è giocoforza giungere alla conclusione che anche questi ultimi avranno valore di *res interpretata*⁵⁸. Tale circostanza è particolarmente importante, in quanto – secondo quanto è stato esattamente rilevato da alcuni autori – è tale da conferire ai pareri medesimi una «efficacia potenziale ben più ampia, rispetto al caso che ne determina l'adozione»⁵⁹.

Infine, va messo in evidenza un altro rilevante dato, che connota ancor di più il meccanismo consultivo disciplinato dal Protocollo n. 16: le autorità giurisdizionali interne hanno la facoltà di chiedere il parere ai giudici di Strasburgo, non essendovi, dunque, obbligate, e potendo finanche ritirare la loro richiesta⁶⁰. Si tratta di una caratteristica che si inquadra perfettamente nell'ambito della natura prettamente volontaria del meccanismo in discussione, volto a rafforzare la interazione tra autorità giudiziarie – che prevede, come è stato sottolineato, anche la libertà sia della Corte europea di non accogliere la richiesta di parere consultivo sia delle corti nazionali di non attenersi al parere emesso dalla Corte stessa –, e che risulta essere manifestazione evidente del principio di sussidiarietà sulla cui base si fonda interamente il «Protocollo del dialogo»⁶¹.

2.4. Le similitudini e le differenze tra la procedura consultiva contemplata dal Protocollo n. 16 ed il meccanismo del rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE

Lo strumento consultivo previsto dal Protocollo n. 16 trova le sue origini e trae per molti versi ispirazione dal procedimento stabilito dall'articolo 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea⁶². Come è noto, in virtù di quest'ultimo, la Corte di

toute façon, la partie affectée par le refus éventuel d'une juridiction nationale de suivre l'avis de la Cour pourra toujours intenter un recours individuel au titre de l'article 34 de la Convention en vue d'obtenir un arrêt obligatoire» (L.-A. SICILIANOS, *L'élargissement de la compétence*, cit., p. 26); in questo senso, vedi anche: T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions*, cit., p. 83; P. DE SENA, *Caratteri e prospettive*, cit., p. 11.

⁵⁵ Rapporto esplicativo, cit., p. 7, par. 27.

⁵⁶ S. O'LEARY, T. EICKE, *Some Reflections*, cit., p. 9.

⁵⁷ Sul punto, vedi: J. GERARDS, *Advisory Opinion: European Court of Human Rights*, cit., parr. 20-21; K. LEMMENS, *Protocol no 16*, cit., p. 702.

⁵⁸ Vedi: J. GERARDS, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings*, cit., p. 635; A. PAPROCKA, M. ZIÓLKOWSKI, *Advisory Opinions*, cit., pp. 290-291; WASEK-WIADEREK, *Advisory Opinions*, cit., p. 650.

⁵⁹ In tal senso, vedi: P. DE SENA, *Caratteri e prospettive*, cit., p. 11.

⁶⁰ Art. 1, par. 1, Protocollo n. 16, cit.

⁶¹ T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions*, cit., p. 82.

⁶² Sul punto, vedi: G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?* in *Com. int.*, 2013, p. 773 ss., p. 773 ss., p. 778; K. DZEHTSIAROU, N. O'MEARA, *Advisory Jurisdiction*, cit., p. 461.

giustizia UE, laddove richiesta da un'autorità giurisdizionale nazionale, è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, vuoi sull'interpretazione dei Trattati UE vuoi sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione⁶³. Tuttavia, la prospettiva di introdurre, attraverso il Protocollo n. 16, un meccanismo che in nulla differisse dal procedimento di pronuncia pregiudiziale incontrò la ferma opposizione del Gruppo dei Saggi, che considerò siffatta opzione incompatibile con gli elementi caratterizzanti il funzionamento del sistema della Convenzione europea dei diritti umani, ossia la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni ed il principio di sussidiarietà⁶⁴. Tra l'altro, il Gruppo sottolineò il rischio che la coesistenza di modelli sostanzialmente identici nel contesto europeo avrebbe comportato non solo il sorgere di complessi problemi giuridici e di ordine pratico, ma anche un appesantimento del lavoro della Corte europea dei diritti umani⁶⁵. D'altro canto, fu considerato di particolare utilità l'istituzione di un regime in base al quale le corti nazionali potessero adire direttamente la Corte di Strasburgo su questioni giuridiche relative alla interpretazione o applicazione della CEDU, sulla falsariga del rinvio pregiudiziale *ex* articolo 267 TFUE, ma che fosse nondimeno distinto da esso nelle caratteristiche e nelle modalità.⁶⁶

In effetti, quanto alle similitudini tra i due procedimenti, bisogna osservare, innanzitutto, che gli stessi mirano ad ottenere una valutazione *ex ante* da parte di organi giurisdizionali internazionali – nell'un caso la Corte EDU con riguardo alla Convenzione europea dei diritti umani, nell'altro caso la Corte di giustizia UE in relazione al diritto dell'Unione europea –, che implica la sospensione di una causa a livello nazionale. Inoltre, entrambi i sistemi tendono tanto ad istituzionalizzare un dialogo tra diversi organi giudiziari quanto ad attribuire un ruolo di primaria importanza alle autorità giurisdizionali interne, conferendo loro la competenza a richiedere l'intervento di corti internazionali, al fine di ottenere una interpretazione autentica della normativa internazionale di riferimento che sono chiamate ad applicare⁶⁷.

Peraltro, a dette similitudini fanno da contraltare le profonde differenze che connotano i due sistemi. La prima riguarda più in generale la diversa logica ad essi sottesa: il Protocollo n. 16 disegna un percorso in cui il parere viene reso da un giudice che non fa parte dell'ordinamento in cui verrà applicato il chiarimento interpretativo; al contrario, nel modello comunitario, i giudici nazionali che si rivolgono alla Corte di giustizia UE, dovendosi pronunciare su questioni rispetto alle quali viene in considerazione il diritto dell'Unione europea, sono in sostanza, in forza dei Trattati, giudici comunitari. La seconda differenza concerne le autorità interne abilitate a richiedere il parere: se, infatti, da un canto, l'articolo 267 TFUE conferisce questo potere a tutte le istanze giurisdizionali di un ordinamento giuridico nazionale, dall'altro, il Protocollo n. 16 circoscrive tale facoltà alle più alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente. La terza differenza attiene alla natura dei regimi in discussione, alla luce della circostanza che, laddove il Protocollo presenta, come è stato evidenziato, una natura puramente volontaria – non prescrivendo a carico delle corti nazionali alcun obbligo di consultazione della Corte di Strasburgo –, l'articolo 267 TFUE impone, viceversa, alle autorità giudiziarie nazionali, sempre che siano di ultima istanza, di rivolgersi alla Corte di giustizia UE, perché si pronunci su una questione giuridica riguardante

⁶³ Art. 267, Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea.

⁶⁴ Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, doc. CM(2006)203, cit., par. 80.

⁶⁵ *Ivi*.

⁶⁶ *Ivi*, par. 81.

⁶⁷ Sul punto, vedi: C. GIANOPOULOS, *Considerations on Protocol n. 16*, cit., p. 346.

il diritto dell'Unione europea sorta nell'ambito del giudizio interno⁶⁸. La quarta differenza inerisce agli effetti delle decisioni: mentre, infatti, la sentenza resa in sede pregiudiziale dai giudici di Lussemburgo produce effetti vincolanti nei confronti del giudice nazionale che dispone il rinvio – e la interpretazione in essa contenuta sarà utilizzata anche in tutti gli Stati membri⁶⁹ –, il parere consultivo adottato dalla Corte EDU non è vincolante neanche per l'autorità giurisdizionale nazionale che lo ha richiesto⁷⁰. La quinta differenza tra i due sistemi concerne la delimitazione dell'oggetto della richiesta di parere, in quanto, per un verso, l'articolo 267 TFUE stabilisce che la Corte di giustizia UE possa pronunciarsi con riferimento a qualunque questione attinente all'interpretazione dei Trattati UE o degli atti derivati, così come alla validità di questi ultimi; per altro verso, il Protocollo n. 16 prevede che la Corte europea dei diritti umani possa essere interpellata con riguardo unicamente alle questioni di principio relative alla interpretazione o applicazione della Convenzione^{71 72}.

2.5. La incidenza delle lacune dello strumento consultivo sulla realizzazione degli obiettivi del Protocollo n. 16

È ora opportuno indagare sui possibili rischi connessi alle lacune del meccanismo consultivo, che potrebbero in definitiva pregiudicare il soddisfacimento degli obiettivi sottesi al Protocollo n. 16.

Per quanto concerne il rafforzamento del dialogo tra autorità giurisdizionali interne ed internazionali, va sottolineato che lo stesso potrebbe non essere adeguatamente realizzato, se si considera che potrebbe sussistere un rischio di delegittimazione della Corte di Strasburgo da parte delle autorità nazionali, che potrebbe di riflesso determinare un limitato utilizzo dello strumento consultivo da parte delle autorità medesime. Se, infatti, è logico dedurre che tale rafforzamento si fonda su un approccio positivo e costruttivo delle corti interne nei confronti degli orientamenti espressi dalla Corte, non può certo negarsi che in

⁶⁸ Su tale profilo, vedi: P. GRAGL, *(Judicial) Love is not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No.16*, in *Eur. Law Rev.*, 2013, p. 229 ss.; G. RAIMONDI, *La Dichiarazione di Brighton*, cit., p. 3; K. DZEHTSIAROU, N. O'MEARA, *Advisory Jurisdiction*, cit., p. 461.

⁶⁹ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*¹¹, Napoli, 2018, p. 479.

⁷⁰ Vedi: E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 CEDU: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quad cost.*, 2019, p. 709 ss., p. 719.

⁷¹ T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions*, cit., p. 81; P. DE SENA, *Caratteri e prospettive*, cit., p. 8.

⁷² Sul tema delle differenze tra i sistemi in esame si è espressa parte della dottrina. In particolare, alcuni autori riconoscono che tra detti sistemi risulta esservi «un'analogia parziale che ha fatto ritenere, erroneamente, che sia nata, per via convenzionale, una sorta di nuovo rinvio pregiudiziale, qualificabile tale anche se di carattere "speciale" perché riguarda la tutela dei diritti della persona» (B. NASCIBENE, *La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto*, disponibile su www.giustiziainsieme.it/it/news/92-%20main/costituzione-e-carte-dei-diritti-fondamentali/1516-la-mancata-ratifica-del-protocollo-n-16-rinvio-consultivo-e-rinvio-pregiudiziale-a-confronto-di-bruno-nascimbene, 8 dicembre 2020, par. 2); altri studiosi sottolineano come «i due strumenti appaiono diversissimi: quanto ai soggetti legittimati al rinvio; quanto alla facoltà o all'obbligo di procedervi; quanto all'oggetto del rinvio stesso e ... agli effetti dell'accertamento sulla questione pregiudiziale» (E. CANNIZZARO, *La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n. 16*, disponibile su www.giustiziainsieme.it/it/europa-e-corti-internazionali/1433-la-singolare-vicenda-della-ratifica-del-protocollo-n-16, 29 gennaio 2021, par. 3). Nello stesso senso si pongono le considerazioni di chi, riscontrando differenze «notevolissime» tra le due procedure, evidenzia peraltro come lo strumento consultivo contemplato dal Protocollo n. 16 trovi in realtà «un suo antecedente nell'art. 64 della Convenzione americana sui diritti umani», perché «mira semplicemente a far acquisire a giudici individuati dallo Stato membro ... un autorevole parere, non vincolante, sull'interpretazione e l'applicazione della Convenzione» (R. SABATO, *Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, disponibile su www.sistemapenale.it/it/documenti/sabato-riflessioni-ratifica-protocolli-15-e-16-cedu, 16 dicembre 2019).

passato quest'ultima sia stata non di rado criticata da siffatte corti, inclini peraltro a rivendicare una propria posizione autonoma verso la risoluzione di importanti tematiche giuridiche⁷³. È, dunque, improbabile che i tribunali nazionali che nel corso del tempo hanno manifestato dubbi nei confronti delle posizioni adottate dai giudici di Strasburgo si avvalgano poi della procedura consultiva⁷⁴. Inoltre, la caratterizzazione puramente volontaria del meccanismo, se da un lato è intesa a soddisfare alcune significative finalità – ovvero, come è stato visto, l'incentivazione del più alto numero di adesioni degli Stati e la valorizzazione del principio di sussidiarietà –, dall'altro rischia di ridurne in maniera consistente l'effettività nel suo complesso. Ciò, in ragione della circostanza che le corti non solo possono disattendere gli orientamenti dei giudici di Strasburgo, ma non sono neanche tenute a chiedere loro un'interpretazione autentica del contenuto delle disposizioni della Convenzione. Tra l'altro, non può certo escludersi che le autorità giurisdizionali interne, mediante la procedura consultiva, possano deresponsabilizzarsi, strumentalizzando l'operato della Corte⁷⁵. Più precisamente, si potrebbe verificare il caso in cui tali autorità, allo scopo di evitare di trattare, nell'ambito di una controversia, alcune delicate problematiche politiche interne, si sottraggano all'assolvimento delle loro funzioni, chiedendo l'intervento dei giudici di Strasburgo per la soluzione di dette problematiche. Ciò si sostanzierebbe in una politicizzazione dell'attività di siffatti giudici ed al tempo stesso in uno snaturamento del meccanismo previsto dal Protocollo in esame⁷⁶.

Per quanto attiene alla riduzione del carico di lavoro della Corte EDU, va osservato che paradossalmente lo strumento consultivo potrebbe sortire l'effetto opposto, impegnando, cioè, ancor di più, l'attività della Corte medesima⁷⁷. Innanzitutto, attribuire alla Grande Camera – che annualmente rende un numero molto limitato di decisioni in base all'articolo 43 della Convenzione – anche il compito di rendere pareri *ex* articolo 1 del Protocollo n. 16, potrebbe determinare un appesantimento della sua mole di lavoro⁷⁸. Per di più, il notevole impegno finanziario e di risorse umane richiesto per il corretto svolgimento della procedura consultiva rappresenta un elemento di non poco momento, che non contribuisce ad alleggerire complessivamente l'attività della Corte di Strasburgo. A ciò si aggiunga che l'effetto sospensivo del procedimento nazionale derivante dalla attuazione del meccanismo in esame fa sì che si allunghino i tempi processuali di detto procedimento⁷⁹, con conseguente rischio di violazione del diritto al giusto processo, tutelato dall'articolo 6 della CEDU, da far valere eventualmente in sede contenziosa innanzi alla Corte⁸⁰.

Inoltre sussiste un'ulteriore problematica, che è tale da poter compromettere il corretto funzionamento della procedura consultiva stabilita dal Protocollo. In primo luogo, va evidenziato che non sono stati definiti in alcun modo i parametri tesi a disciplinare i rapporti tra siffatta procedura ed il rinvio pregiudiziale contemplato dall'articolo 267 del TFUE. Non è chiaro infatti quali siano le modalità da seguire, laddove si verifichi una sovrapposizione tra

⁷³ In relazione a tale tematica, vedi: J. GERARDS, *Advisory Opinions, Preliminary Rulings*, cit., p. 646.

⁷⁴ T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions*, cit., p. 86.

⁷⁵ Sul punto, vedi: M.C. CARTA, *Le incognite della nuova competenza*, cit., p. 578.

⁷⁶ G. LÜBBE-WOLFF, *How Can the European Court of Human Rights Reinforce the Role of National Courts in the Convention System?* in *Hum. Rights Law Jour.*, 2012, p. 11 ss., p. 13; J. GERARDS, *Advisory Opinion: European Court of Human Rights*, cit., par. 43.

⁷⁷ Con riguardo a questo profilo, vedi anche: S. CHIARLONI, *Il nuovo Protocollo 16 per la Corte europea dei diritti dell'uomo: un passo ulteriore verso il governo dei giudici?* in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 1311 ss.

⁷⁸ Vedi: T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions*, cit., p. 85.

⁷⁹ K. LEMMENS, *Protocol no 16*, cit., p. 712.

⁸⁰ T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions*, cit., p. 85.

sistemi; vale a dire, se una corte nazionale chieda prima un parere consultivo alla Corte di Strasburgo ed in un secondo momento interpelli la Corte di giustizia UE perché si pronunci in via pregiudiziale o viceversa⁸¹. Questa situazione potrebbe portare, come è stato sottolineato in dottrina, ad ipotesi di *forum shopping*, inducendo, cioè, le corti nazionali ad adire l'organo giudiziario – quindi, o Corte di giustizia UE o Corte EDU – che esse ritengono possa presumibilmente adottare una decisione che loro desiderano⁸². Si tratterebbe, in definitiva, di una scelta dettata più da ragioni di convenienza ed opportunità, piuttosto che volta ad ottenere una corretta interpretazione della normativa pertinente. Non è un caso, difatti, che proprio l'assenza di articolazione tra le due procedure in oggetto ha costituito una delle ragioni principali che hanno indotto la Corte di giustizia UE a rigettare l'accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU mediante l'adozione del noto parere n. 2/13⁸³. È evidente, pertanto, che la possibile concorrenza tra regimi, fondati, come è stato evidenziato innanzi, su logiche e presupposti differenti, implica una reale necessità di un effettivo coordinamento tra gli stessi, attraverso una coerente distribuzione e delimitazione di competenze tra le autorità giudiziarie interessate, soprattutto in rapporto alle questioni giuridiche da trattare e risolvere⁸⁴.

Avendo effettuato un inquadramento generale del meccanismo consultivo previsto dal Protocollo n. 16 – identificandone obiettivi, caratteristiche e limiti –, appare ora opportuno analizzare i due pareri che finora la Corte ha reso in base a siffatto meccanismo: il primo, sulla maternità surrogata, richiesto dalla Corte di Cassazione francese; il secondo, sulla portata dell'articolo 7 della Convenzione, promosso dalla Corte Costituzionale armena.

3. Il primo parere richiesto dalla Corte di Cassazione francese sulla maternità surrogata

3.1. Le questioni sollevate e la precedente giurisprudenza europea adottata in materia di gestazione per altri espressa nei casi *Menesson, Labassee e Paradiso e Campanelli*

I giudici di Strasburgo sono stati richiesti del primo parere consultivo *ex* Protocollo n. 16 dalla Corte di Cassazione francese, con riferimento alla delicata problematica della compatibilità della gestazione per altri con la Convenzione europea dei diritti umani. Più precisamente, il supremo organo giudiziario francese ha chiesto l'ausilio interpretativo ai giudici di Strasburgo in relazione a due importanti questioni, ovvero: 1. se un'autorità nazionale ecceda il suo margine di apprezzamento, laddove, per un verso, rifiuti la trascrizione nei registri di stato civile di un certificato di nascita di un bambino nato all'estero per effetto di un accordo di maternità surrogata gestazionale, nella misura in cui il certificato

⁸¹ J. GERARDS, *Advisory Opinion: European Court of Human Rights*, cit., par. 50.

⁸² Ivi; sul punto, vedi anche: I. ANRÒ, *Il Protocollo 16 in vigore dal 1° agosto 2018: una nuova ipotesi di forum shopping tra le corti?* 2018, disponibile su [rivista.eurojus.it/il-protocollo-16-in-vigore-dal-1-agosto-2018-una-nuova-ipotesi-di-forum-shopping-tra-le-corti/?print=pdf](http://rivista.eurojus.it/il-protocollo-16-in-vigore-dal-1-agosto-2018-una-nuova-ipotesi-di-forum-shopping-tra-le-corti/), p. 4; M.C. CARTA, *Le incognite della nuova competenza*, cit., pp. 576-577.

⁸³ Parere della Corte di giustizia dell'Unione europea del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, parr. 198-199; su tale aspetto, vedi: G. ASTA, *Il Protocollo n. 16*, cit., p. 784; 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 associazione italiana costituzionalisti*, 2014, n. 1, disponibile su [www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2014_Ruggeri%20\(2400+ttf\).pdf](http://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2014_Ruggeri%20(2400+ttf).pdf), p. 1 ss. T. VOLAND, B. SCHIEBEL, *Advisory Opinions*, cit., pp. 89-90; A. DI STASI, *Introduzione alla Convenzione europea*, cit., p. 43 ss.

⁸⁴ V. ONIDA, *Introduzione*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta*, cit., p. IX ss., p. XI.

designi la madre di intenzione come madre legale; e, per altro verso, consenta la trascrizione del certificato medesimo con riguardo al padre di intenzione, che risulti essere anche padre biologico; e se, in detto ambito, sia opportuno distinguere le circostanze in cui il bambino sia stato concepito usando gli ovociti della madre di intenzione da quelle in cui non sussista alcuna connessione biologica tra quest'ultima ed il bambino stesso; 2. e, in caso di risposta affermativa al primo requisito, se l'adozione del bambino da parte della madre di intenzione sia compatibile con i dettami consacrati dall'articolo 8 della CEDU⁸⁵.

A tal proposito, va precisato che tali considerevoli tematiche relative al complesso istituto della maternità surrogata e, in particolare, al riconoscimento giuridico dei minori nati all'estero tramite la tecnica di gestazione per altri – che non solo sollevano una serie di interrogativi di ordine morale e sociale di non poco momento, ma richiedono anche una coerente risposta, alla luce della sempre più emergente necessità di regolamentazione e tutela di nuove figure genitoriali, non collegate alla nozione di filiazione naturale – sono già state oggetto d'analisi da parte della Corte europea dei diritti umani⁸⁶. È dunque bene dar conto, sia pur per grandi linee, della pertinente giurisprudenza adottata in precedenza da quest'ultima, al fine di comprendere adeguatamente il contesto giuridico-sociale in cui le problematiche in esame sono maturate⁸⁷.

Innanzitutto, è bene richiamare i *dicta* contenuti nella sentenza del 2014 resa nel caso *Menesson c. Francia*, concernente la stessa situazione poi riproposta, in altri termini, alla Corte EDU dalla Corte di Cassazione francese mediante la procedura consultiva *ex* Protocollo n. 16⁸⁸. Siffatto caso era originato dal rifiuto, opposto dalle autorità francesi a due coniugi francesi, di trascrivere nel registro di stato civile gli atti di nascita delle loro due figlie nate all'estero – segnatamente, negli Stati Uniti – tramite la tecnica di gestazione per altri⁸⁹. I

⁸⁵ Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani [GC] del 10 aprile 2019, Richiesta n. P16-2018-001, *Advisory Opinion Concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent-Child Relationship Between a Child Born Through a Gestational Surrogacy Arrangement Abroad and the Intended Mother* (in seguito “*Advisory Opinion on Surrogacy*”), par. 9. Per commenti al parere, vedi: G. BUFFONE, *Maternità surrogata: la relazione familiare può essere riconosciuta mediante l'adozione* (Corte europea dei diritti dell'Uomo, parere 10 aprile 2019), in *Guida dir.*, 2019, n. 27, p. 20 ss.; G. CASABURI, *In tema di maternità surrogata e parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, 2019, n. 6, p. 277 ss.; R.G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, 2019, disponibile su www.questionegiustizia.it/articolo/il-parere-preventivo-della-corte-edu-post-prot-16-in-tema-di-maternita-surrogata_28-05-2019.php; L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità “intenzionale”: il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, p. 160 ss.; G. TARANTINO, *Considerazioni in tema di maternità surrogata, a partire dal primo parere della Corte europea dei diritti dell'uomo emesso a norma del Protocollo 16 annesso alla CEDU*, in *Iustitia*, 2019, n. 4, disponibile su www.iustitiaugci.org/wp-content/uploads/2020/01/Iustitia-419-44-52.pdf, p. 42 ss.

⁸⁶ Vedi: M. GIACOMINI, *Il caso “Menesson”. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in *Osservatorio costituzionale*, 2019, n. 5, disponibile su www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/2019_5_05_Giacomini.pdf, p. 167 ss., p. 175 ss.

⁸⁷ Sul punto, vedi: H. FULCHIRON, C. BIDAUD-GARON, *Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts “Labassee”, Menesson” et “Campanelli-Paradiso” de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. cr. dr. int. pr.*, 2015, p. 1 ss.

⁸⁸ Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 26 giugno 2014, Ricorso n. 65192/11, *Menesson c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2014:0626.

⁸⁹ Press release ECHR 185 (2014) del 26 giugno 2014, *Totally Prohibiting the Establishment of a Relationship Between a Father and his Biological Children Born Following Surrogacy Arrangements Abroad Was in Breach of the Convention*, disponibile su hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4804617-5854908&filename=003-4804617-5854908.pdf, p. 1; Press release ECHR 132 (2019) del 10 aprile 2019, *The European Court of Human Rights Delivers Its First Advisory Opinion*, disponibile su

coniugi Mennesson si erano risolti a recarsi in California, poiché l'articolo 16-7 del *Code civil* prevedeva il divieto di ricorrere a tale tecnica⁹⁰. In questo caso, la Corte di Strasburgo, in applicazione del principio del *best interest of the child*, accertò la violazione del diritto alla vita privata e familiare contemplato dall'articolo 8 della CEDU delle sole minori – e, non, quindi, dei genitori di intenzione –, in ragione del fatto che la mancata registrazione dei certificati di nascita le avrebbe esposte ad una notevole incertezza, con possibili conseguenze negative sul riconoscimento alle medesime della cittadinanza francese e dei diritti successori, così come sullo sviluppo della loro identità⁹¹. Inoltre, venne rilevata l'importanza del riconoscimento giuridico della “realtà biologica”, sostenendosi che il rifiuto di trascrizione da parte delle autorità francesi integrava la violazione in questione, anche in quanto non teneva conto della sussistenza del legame biologico effettivamente sussistente tra le minori ed il padre di intenzione⁹². A seguito di codesta pronuncia, la Corte di Cassazione francese modificò il suo orientamento, ammettendo il riconoscimento del solo padre di intenzione – sempre che sussistesse un legame genetico tra lo stesso ed il minore – e non anche della madre di intenzione, dando comunque a quest'ultima la possibilità di adottare il minore medesimo a determinate condizioni⁹³. Nutrendo in ogni caso dubbi sul margine di apprezzamento concesso allo Stato nella definizione dello *status* della madre di intenzione, il supremo organo giudiziario francese ha sottoposto alla Corte EDU le due questioni, indicate in linee generali innanzi, e che saranno oggetto d'esame nel prossimo paragrafo. A tal riguardo, va, tra l'altro, ricordato che i principi statuiti nella decisione *Mennesson* sono stati affermati in maniera pressoché identica nella sentenza resa nello stesso giorno nel caso *Labassee c. Francia*, concernente una situazione affine a quella dei coniugi Mennesson⁹⁴.

In tale contesto, va inquadrata la pronuncia resa nel caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, attinente alla situazione di un bambino nato in Russia attraverso la gestazione per altri, che – diversamente dai casi *Mennesson* e *Labassee* – non aveva alcun legame genetico con i genitori di intenzione, una coppia di cittadini italiani⁹⁵. Successivamente, al rientro in Italia, le autorità locali, considerando che la insussistenza di siffatto legame in uno con le inesattezze contenute nel certificato di nascita estero si ponevano in contrasto con l'ordine pubblico, rifiutarono di trascrivere detto certificato nel registro di stato civile, avviarono un'indagine penale nei confronti della coppia e disposero l'affidamento ai servizi sociali del minore⁹⁶. Nella decisione

hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-6380685-8364782&filename=Advisory+opinion+P16-2018-001+.pdf, p. 1.

⁹⁰ Art. 16-7 del *Code civil française*; sul punto, vedi: M. GIACOMINI, *Il caso “Mennesson”*, cit., p. 168.

⁹¹ *Mennesson c. Francia*, 2014, cit., parr. 96-98.

⁹² Ivi, parr. 100-102; con riguardo a tale profilo, vedi anche: L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Dir. um. dir. int.*, 2019, p. 418 ss., p. 421.

⁹³ Corte di Cassazione francese: Assemblea Plenaria, sentenze nn. 619 e 620 del 3 luglio 2015; I Camera Civile, sentenze nn. 824-827 del 5 luglio 2017; sul punto, vedi: A. MARGARIA, *Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is ‘New’? The ECtHR’s First Advisory Opinion*, in *Medical Law Review*, 2020, p. 412 ss., p. 416.

⁹⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 26 giugno 2014, Ricorso n. 65941/11, *Labassee c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2014:0626.

⁹⁵ Sentenza della Corte europea dei diritti umani [GC], sentenza del 24 gennaio 2017, Ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2017:0124.

⁹⁶ Press release ECHR 034 (2017) del 24 gennaio 2017, *The Authorities’ Removal of a Child Born from Gestational Surrogacy Who Had No Biological Ties to the Intended Parents Was not Contrary to the European Convention on Human Rights*, disponibile su [ISSN 2284-3531 *Ordine internazionale e diritti umani*, \(2021\), pp. 322-348.](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=003-5608252-7087738&filename=Grand%20Chamber%20Judgment%20Paradiso%20and%20Campanelli%20v.%20Italy%20-%20removal%20by%20the%20authorities%20of%20a%20child%20born%20from%20a%20gestational%20surrog, pp. 1-3.</p>
</div>
<div data-bbox=)

del 2017 la Grande Camera, sovvertendo la precedente sentenza del 2015⁹⁷, escluse che tali autorità avessero violato il diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, alla luce della circostanza che non sussisteva né un legame genetico né tantomeno una vita familiare *de facto* tra i ricorrenti medesimi ed il minore⁹⁸. Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, l'affidamento del bambino ai servizi sociali deciso dai giudici italiani rappresentava una misura proporzionata *ex* articolo 8 della CEDU, poiché salvaguardava sia l'interesse superiore del bambino stesso sia quello dei minori in generale da pratiche illecite, ivi compreso il traffico di esseri umani⁹⁹.

3.2. *Le osservazioni preliminari: la discutibile limitazione della competenza consultiva in base al Protocollo n. 16 operata dalla Corte di Strasburgo*

Prima di affrontare il merito delle questioni innanzi ad essa sollevate, la Corte delimita in maniera particolarmente restrittiva la portata della sua giurisdizione consultiva. Innanzitutto, la Grande Camera, richiamando gli obiettivi sottesi alla procedura prevista dal Protocollo n. 16, afferma di poter unicamente svolgere un ruolo di guida ed esclude di poter decidere il caso ad essa sottoposto, spettando detta funzione esclusivamente alla autorità giudiziaria richiedente¹⁰⁰. Inoltre, i giudici di Strasburgo decidono di delimitare i pareri consultivi ai punti che sono direttamente collegati con i procedimenti pendenti a livello nazionale¹⁰¹. Alla luce di ciò, viene precisato che il parere richiesto verte unicamente sulla situazione relativa al caso di specie – concernente, cioè, il riconoscimento della relazione giuridica tra madre di intenzione e bambino, nato in forza di un accordo di maternità surrogata gestazionale e concepito usando i gameti del padre biologico e di intenzione e gli ovociti di una terza donatrice –; e non, viceversa, su circostanze differenti, riguardanti, per esempio, un bambino nato tramite la tecnica di gestazione per altri, usando gli ovociti o della madre di intenzione o della madre surrogata¹⁰². Siffatta impostazione non appare scevra da critiche, se si considera che, se è vero che il Protocollo in esame stabilisce che l'autorità giurisdizionale può chiedere un parere consultivo «solo nell'ambito di una causa pendente dinanzi ad essa», è parimenti vero che esso non prescrive alcun obbligo a carico alla Corte EDU di circoscrivere il parere in questione a tale ambito¹⁰³. Secondo quanto è stato messo in risalto in dottrina, questa tendenza alla eccessiva restrizione della propria competenza consultiva espressa dalla Corte si pone in contrasto con lo spirito sotteso al Protocollo, che, come è stato sottolineato innanzi, è quello di fornire una guida circa l'interpretazione o l'applicazione della normativa contenuta nella Convenzione¹⁰⁴. In effetti, sarebbe stato auspicabile che l'approccio dei giudici di Strasburgo non si fosse limitato alle sole questioni di principio sollevate nel caso di specie, ma fosse piuttosto di più ampia portata, nella

⁹⁷ Sentenza della Corte europea dei diritti umani del 27 gennaio 2015, Ricorso n. 25358/12, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ECLI:CE:ECHR:2015:0127.

⁹⁸ *Paradiso e Campanelli c. Italia*, 2017, cit., par. 157.

⁹⁹ *Ivi*, par. 202.

¹⁰⁰ *Advisory Opinion on Surrogacy*, cit., par. 25.

¹⁰¹ *Ivi*, par. 26.

¹⁰² *Ivi*, par. 27-29.

¹⁰³ Sul punto, vedi: L. LAVRYSEN, *The Mountain Gave Birth to a Mouse: The First Advisory Opinion Under Protocol No. 16*, disponibile su strasbourgobservers.com/2019/04/24/the-mountain-gave-birth-to-a-mouse-the-first-advisory-opinion-under-protocol-no-16/.

¹⁰⁴ *Ivi*.

prospettiva di fornire risposte, coerenti e diversificate, anche in relazione a problemi giuridici che sarebbero potuti sorgere in futuro in relazione a situazioni simili¹⁰⁵.

Dietro alla invocazione di codesti limiti di carattere procedurale, si può chiaramente intravedere una sostanziale reticenza della Corte EDU ad affrontare delicate e complesse tematiche, risultanti dal cambiamento della strutturazione della società moderna ed affini a quelle sollevate nel caso *Menesson*. Si pensi infatti, come è stato evidenziato, tanto al caso del bambino nato mediante l'uso degli ovociti della madre di intenzione quanto alle problematiche giuridico-sociali derivanti dalla realizzazione della tecnica della maternità surrogata tradizionale. La risoluzione di dette tematiche non solo avrebbe contribuito maggiormente alla evoluzione del diritto convenzionale in materia, ma avrebbe anche permesso al nuovo meccanismo consultivo previsto dal Protocollo n. 16 di assumere una particolare rilevanza vuoi all'interno del sistema della CEDU vuoi nei confronti delle autorità giurisdizionali nazionali, chiamate in definitiva in futuro ad attivare il meccanismo medesimo.

3.3. *La prima questione: la conferma dell'applicazione del best interest of the child ed il riconoscimento giuridico della relazione tra il minore e la madre di intenzione*

In relazione al primo quesito ad essa sottoposto, i giudici di Strasburgo, richiamando ripetutamente i principi sanciti nei casi *Menesson* e *Labassee*, sottolineano che il mancato riconoscimento di una relazione giuridica tra un bambino, nato all'estero tramite maternità surrogata, e la madre di intenzione è idoneo a produrre significativi effetti negativi sul diritto alla vita privata del bambino stesso, ponendolo in una condizione di incertezza giuridica concernente la sua identità nella società ed esponendolo ad una serie di gravi rischi¹⁰⁶. Di conseguenza, l'impossibilità generale ed assoluta di ottenere il riconoscimento di detta relazione giuridica è incompatibile con il superiore interesse del bambino, che richiede come minimo che ogni situazione sia esaminata alla luce delle circostanze del caso specifico. In tale contesto, viene sostenuto che, laddove non vi sia consenso tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa in relazione ad una determinata tematica ed un caso sollevi delicati problematiche, di natura morale ed etica, il margine d'apprezzamento statale risulta essere generalmente molto ampio¹⁰⁷. Ciononostante, viene osservato che nell'ambito del riconoscimento giuridico della relazione tra un bambino nato all'estero tramite la tecnica della maternità surrogata ed i genitori intenzionali, in ragione del fatto che sono posti in pericolo importanti aspetti dello sviluppo della identità e della personalità del minore, lo Stato gode di un margine di apprezzamento particolarmente ridotto¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Ivi*; in questo senso, vedi anche: L. POLI, *Il primo (timido) parere*, cit., p. 423.

¹⁰⁶ Più esattamente, i giudici di Strasburgo fanno riferimento ai rischi che al minore siano negati: a) la nazionalità della madre intenzionale, con la conseguenza di non poter rimanere nel paese di residenza di quest'ultima; b) i propri diritti successori; c) la relazione con la madre, nel caso in cui i genitori si separino o il padre di intenzione muoia; d) le tutele giuridiche, laddove la madre di intenzione si rifiuti di prendersene cura o smetta di farlo (*Advisory Opinion on Surrogacy*, cit., par. 40).

¹⁰⁷ Con riguardo alla maternità surrogata, la Corte mette in risalto che un studio di diritto comparato da essa condotta, concernente la quasi totalità degli ordinamenti giuridici dei Paesi del Consiglio d'Europa (43 in particolare), dimostra che non risulti esservi consenso sul punto, sebbene si intraveda un importante orientamento, inteso a riconoscere giuridicamente la relazione tra bambino nato all'estero tramite detta tecnica e genitori di intenzione. In tale studio, infatti, viene constatato che gli accordi di maternità surrogata gestazionale sono ammessi in 9 Stati, tollerati in 10 e vietati in 24 Paesi (*ivi*, par. 23).

¹⁰⁸ *Ivi*, parr. 44-46.

In considerazione dei due elementi analizzati – il *best interest of the child* ed il limitato margine di apprezzamento –, la Corte risponde, dunque, al primo quesito ad essa sottoposto, stabilendo che l'articolo 8 della CEDU richiede che il diritto nazionale di un Stato preveda la possibilità del riconoscimento giuridico della relazione tra un bambino nato all'estero tramite maternità surrogata gestazionale e la madre di intenzione, che sia designata nell'atto di nascita estero quale madre legale. In definitiva, viene statuito che, al fine di proteggere il superiore interesse del minore, lo Stato è obbligato a riconoscere il legame di filiazione tra questi e la madre di intenzione, non potendo esimersi dal farlo invocando il proprio margine di apprezzamento e la mancanza di convergenza tra gli Stati, in merito alla disciplina della tecnica di gestazione per conto terzi¹⁰⁹. La previsione di detto obbligo nasce dalla constatazione che nella evoluzione della personalità del minore assumono rilievo non solo i profili connessi al dato genetico, ma anche quelli di natura sostanziale ed effettiva, legati alla assiduità e l'intensità dei rapporti tra il minore e la madre intenzionale, indipendentemente dalla sussistenza del legame biologico tra i medesimi.¹¹⁰

I giudici di Strasburgo, infine, sanciscono succintamente che la necessità di assicurare siffatto riconoscimento si pone a maggior ragione nel caso in cui il bambino sia stato concepito usando gli ovociti della madre di intenzione¹¹¹. Quest'ultima affermazione presta il fianco a due ordini di critiche di non poco momento. Innanzitutto, essa manifesta una evidente contraddizione nel ragionamento della Corte, che, se inizialmente aveva delimitato l'ambito della sua funzione consultiva, stabilendo che non si sarebbe occupata di tale aspetto, ha poi cambiato approccio, decidendo di dare viceversa una risposta sul punto. Tra l'altro, non può non rilevarsi che detta risposta si caratterizza per essere essenzialmente approssimativa e laconica, in quanto più che fornire un coerente apporto chiarificatore su una tematica di così alta complessità e specificità – in omaggio allo spirito del Protocollo n. 16 –, liquida la stessa con poche battute, non dedicandovi un adeguato approfondimento e non supportando il suo ragionamento con adeguate e particolareggiate motivazioni. A tal proposito, va evidenziato che risulta quanto meno paradossale la circostanza che, per un verso, la Corte dichiara preliminarmente che l'interesse dei pareri consultivi è quello di fornire alle corti nazionali una guida on «questions of principle relating to the Convention applicable in similar cases» a quello oggetto del caso di specie¹¹²; per altro verso, affronta la trattazione di siffatti casi in maniera inadeguata ed insufficiente, formulando le sue argomentazioni giuridiche facendo prevalentemente riferimento alla sola fattispecie sottoposta alla sua attenzione¹¹³.

3.4. *La seconda questione: l'adozione del bambino da parte della madre di intenzione quale misura rispettosa dei parametri consacrati dall'articolo 8 della CEDU*

La seconda questione attiene alla individuazione delle modalità attraverso cui è possibile soddisfare l'obbligo del riconoscimento della relazione giuridica tra madre di

¹⁰⁹ Su siffatto profilo, vedi: A.M. LECIS, *Prima applicazione della procedura consultiva prevista dal protocollo n. 16 CEDU: dalla Corte EDU chiarimenti in chiaroscuro sull'obbligo di trascrizione dei figli nati da GPA*, disponibile su www.diritticomparati.it/prima-applicazione-della-procedura-consultiva-prevista-dal-protocollo-n-16-cedu-dalla-corte-edu-chiarimenti-chiaroscuro-sullo-obbligo-di-trascrizione-dei-figli-nati-da-gpa/?print-posts=pdf, p. 4.

¹¹⁰ Sul punto, vedi anche: L. POLI, *Il primo (timido) parere*, cit., p. 424.

¹¹¹ Su tale aspetto, vedi: A. MARGARIA, *Parenthood*, cit., p. 419.

¹¹² *Advisory Opinion on Surrogacy*, cit., par. 26.

¹¹³ In questo senso, vedi: A.M. LECIS, *Prima applicazione*, cit., p. 7.

intenzione e minore così come richiesto dall'articolo 8 della CEDU. La Grande Camera si è chiesta, in particolare, se tale riconoscimento possa essere effettuato tramite la trascrizione nel registro di stato civile del certificato estero di nascita del minore o anche mediante la procedura di adozione di quest'ultimo da parte della madre intenzionale. La Corte, rilevando una mancanza di consenso sul punto tra gli Stati, mette in risalto che la scelta dei mezzi attraverso cui ammettere il riconoscimento rientra nel margine di apprezzamento statale. In questo contesto viene sancito, da un canto, che l'articolo 8 della CEDU non impone agli Stati un obbligo generale di riconoscere *ab initio* un rapporto tra il bambino e la madre di intenzione; dall'altro, che il superiore interesse del bambino esige che il riconoscimento di siffatto rapporto, legalmente stabilito all'estero, sia possibile al più tardi quando sia diventato una «realtà pratica». In linea di principio, non spetta alla Corte, ma in primo luogo alle autorità nazionali valutare se e quando, nelle circostanze del caso specifico, tale rapporto si sia concretato. In definitiva, i giudici di Strasburgo rispondono al secondo quesito posto dalla Corte di Cassazione francese, stabilendo che tanto la trascrizione del certificato di nascita estero nei registri di stato civile quanto l'adozione del minore da parte della madre di intenzione rappresentano entrambe misure idonee a garantire la salvaguardia del *best interest of the child*, sempre che il diritto nazionale assicuri la loro attuazione in maniera pronta ed effettiva.

A questo proposito, vanno rilevati due profili di criticità delle argomentazioni della Corte. Innanzitutto, la identificazione della «realtà pratica» della relazione tra madre di intenzione e minore quale presupposto per la configurazione dell'obbligo di riconoscimento di quest'ultimo si presenta particolarmente vaga ed oscura, non contribuendo a far luce su tale spinosa questione¹¹⁴. A ciò si aggiunga che, relativamente all'ordinamento francese, viene sottolineato che, sebbene la maggioranza delle domande di adozione del figlio da parte del coniuge del genitore biologico venga accettata, codesta procedura è comunque disponibile per i soli genitori di intenzione che siano uniti in matrimonio. Quindi, la possibilità del riconoscimento è garantito alla madre di intenzione, non solo in ragione del suo coinvolgimento nella vita e nello sviluppo del minore, ma anche nella sua qualità di moglie del padre biologico¹¹⁵. Inoltre, in tal modo non viene chiarita la considerevole problematica dell'adozione del minore da parte del genitore di intenzione che sia legato al genitore biologico da altre tipologie di vincoli – quali, le unioni civili o i contratti di convivenza –, rischiandosi, così, di lasciare il minore medesimo senza un'effettiva tutela¹¹⁶.

3.5. *Le poche luci e le tante ombre del parere*

Alla luce di quanto detto è possibile svolgere alcune brevi riflessioni sulla portata del parere, anche in rapporto agli obiettivi sottesi alla procedura contemplata dal Protocollo n. 16. Per un verso, l'approccio della Corte va apprezzato in quanto, pur confermando in buona parte la sua pertinente giurisprudenza analizzata innanzi e non apportando un contributo rilevante con riguardo alla disciplina della maternità surrogata in Europa, riafferma l'importanza di assicurare il superiore interesse del minore, attraverso lo sviluppo della sua personalità ed il rafforzamento del suo rapporto con la madre di intenzione; limita il margine di apprezzamento degli Stati in un settore molto delicato, quale è quello della gestazione per

¹¹⁴ Vedi: L. LAVRYSEN, *The Mountain Gave Birth*, cit.

¹¹⁵ Vedi: A. MARGARIA, *Parenthood*, cit., p. 424.

¹¹⁶ Sul punto, vedi: S. TONOLO, “*Status filiationis*” da maternità surrogata e adozione da parte del genitore “intenzionale”: i limiti nella formula dell'adattamento, in *Riv. dir. int.*, 2019, p. 1151 ss., p. 1153.

altri; costruisce la figura della paternità sulla scorta della sussistenza del legame biologico col minore e quella della maternità alla luce della effettiva esistenza di una vita familiare¹¹⁷. Per altro verso, va in ogni caso messo in risalto che, come è stato osservato, il parere soffre di una serie di lacune e criticità di non poco momento, che non consentono di darne un giudizio pienamente positivo. In effetti, l'autolimitazione dell'ambito della propria competenza consultiva in virtù del Protocollo n. 16, la riluttanza nell'affermare principi giuridici applicabili a casi simili a quelli del caso di specie e la grave incertezza su una serie di profili – si pensi alla mancata definizione della nozione della realtà pratica e l'insoddisfacente approfondimento della questione della adozione del minore nato all'estero tramite maternità surrogata, laddove i genitori di intenzione non siano sposati – sono tutti elementi che portano a concludere che in questo primo parere la Corte, non mostrando coraggio ed intraprendenza, non è stata in grado di rafforzare il dialogo e l'interazione con le autorità giurisdizionali nazionali né di fornire loro un orientamento adeguato in merito alla interpretazione ed all'applicazione della CEDU sulle questioni oggetto del suo esame, disattendendo così lo spirito e le finalità sottesi al Protocollo medesimo.

4. *Il secondo parere richiesto dalla Corte Costituzionale armena sulla portata dell'articolo 7 della Convenzione*

4.1. *I fatti all'origine del caso e le questioni poste alla Corte di Strasburgo*

Nel maggio 2020 la Corte europea dei ditti umani ha adottato il suo secondo parere in base alla procedura stabilita dal Protocollo n. 16 richiesta dalla Corte costituzionale armena¹¹⁸.

I fatti che hanno portato quest'ultima ad interpellare i giudici di Strasburgo si riferiscono alla incriminazione di Presidente dell'Armenia dal 1998 al 2008, Kocharyan, ex articolo 300.1 § 1 del codice penale armeno del 2009, che disciplina il reato di sovvertimento dell'ordine democratico. Più precisamente, nel febbraio 2008, a seguito della vittoria alle elezioni presidenziali del primo ministro, Sargsyan, appartenente allo stesso partito di Kocharyan, furono organizzate significative proteste in tutto il territorio nazionale da parte dei sostenitori del candidato sconfitto, Petrosyan, e di migliaia di altri cittadini, che ritenevano che tali elezioni non fossero state libere e legittime¹¹⁹. Pochi giorni dopo, ad inizio marzo, in attuazione di un'operazione di polizia, a cui parteciparono anche forze militari speciali, molti manifestanti furono violentemente dispersi e durante gli scontri persero la vita dieci persone (otto civili e due ufficiali di polizia). Pertanto, il presidente Kocharyan dichiarò lo stato di emergenza nazionale, in forza del quale per venti giorni venne limitato l'esercizio di importanti diritti e libertà fondamentali, ivi compresa la libertà di riunione¹²⁰. Nel 2018, successivamente alla cd. "Rivoluzione di velluto", il leader del movimento di protesta Pashinyan fu eletto primo ministro subentrando al dimissionario Sargsyan, che, dopo aver svolto la funzione di Presidente della Repubblica dal 2008 al 2018, aveva ricoperto sempre

¹¹⁷ A. MARGARIA, *Parenthood*, cit., p. 424.

¹¹⁸ Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani [GC] del 29 maggio 2020, Richiesta n. P16-2019-001, *Advisory Opinion Concerning the Use of the "Blanket Reference" or "Legislation by Reference" Technique in the Definition of an Offence and the Standards of Comparison Between the Criminal Law in Force at the Time of the Commission of the Offence and the Amended Criminal Law* (in seguito "*Advisory Opinion Concerning the Use of the "Blanket Reference"*").

¹¹⁹ *Ivi*, parr. 13-14.

¹²⁰ *Ivi*.

nel 2018, per breve tempo, anche il ruolo di premier¹²¹. In seguito a siffatta circostanza, Kocharyan fu sottoposto a processo innanzi al Tribunale di primo grado di Erevan, che sospese il procedimento e chiese alla Corte Costituzionale armena se l'articolo 300.1 § 1 del codice penale fosse compatibile con la Costituzione, ed, in particolare, se rispettasse il requisito della certezza del diritto ed il principio di irretroattività della legge penale e se avesse peggiorato la situazione giuridica di Kocharyan in rapporto all'articolo 300 del precedente codice penale, che disciplinava il reato di usurpazione del potere statale e risultava essere in vigore al momento in cui si erano verificati gli eventi indicati¹²².

Il supremo organo giurisdizionale armeno, a sua volta, ha chiesto un parere consultivo alla Corte di Strasburgo su una serie di questioni attinenti, in buona sostanza, alla compatibilità dell'attuale articolo 300.1 § 1 del codice penale armeno con l'articolo 7 della CEDU, che sancisce il principio del *nullum crimen sine lege*, ovvero: 1. se le nozioni di diritto contemplate tanto da quest'ultima disposizione quanto da altri articoli della CEDU, per esempio gli articoli 8-11, postulino lo stesso grado di requisiti qualitativi (certezza, accessibilità, prevedibilità e stabilità); 2. e, in caso contrario, quale sarebbero i criteri di distinzione; 3. se una norma penale che, per definire un reato, contiene un riferimento a determinate disposizioni giuridiche di un atto normativo avente forza giuridica suprema ed un livello di astrazione più elevato, soddisfi i requisiti di certezza, accessibilità, prevedibilità e stabilità; 4. in ossequio al principio di irretroattività della legge penale, quali siano gli standard per effettuare una comparazione tra la legge penale vigente al momento della commissione del reato e quella modificata, così da individuare le loro somiglianze e differenze sostanziali¹²³.

4.2. *Le osservazioni preliminari intese a delimitare in maniera significativa le competenze della Corte in base al Protocollo n. 16*

Preliminarmente la Grande Camera definisce maggiormente, rispetto al precedente parere, quali siano i suoi poteri nell'ambito della procedura prevista dal Protocollo n. 16. Più esattamente, in primo luogo, viene esplicitamente sancito il potere della Corte di riformulare le questioni sollevate dalla autorità giudiziaria richiedente tenendo conto delle specifiche circostanze di fatto e di diritto relative ai procedimenti nazionali, così come di combinare alcune domande poste da detta autorità¹²⁴. Inoltre, la Corte si attribuisce competenze di particolare rilievo, stabilendo che la decisione del collegio di cinque giudici, tesa a valutare l'ammissibilità delle richieste di parere consultivo da parte delle corti nazionali,¹²⁵ non preclude in ogni caso alla Grande Camera la possibilità di accertare essa stessa autonomamente se tali richieste soddisfino i requisiti prescritti dall'articolo 1 del Protocollo

¹²¹ *Ivi*, par. 15.

¹²² Press release ECHR 150 (2020) del 29 maggio 2020, *The Court Delivers Its Advisory Opinion on Questions Asked by the Constitutional Court of Armenia*, disponibile su hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-6709129-8935425&filename=The%20Court%20issues%20an%20advisory%20opinion%20to%20the%20Constitutional%20Court%20of%20Armenia.pdf, pp. 1-2.

¹²³ *Advisory Opinion Concerning the Use of the "Blanket Reference"*, cit., par. 11.

¹²⁴ *Ivi*, par. 45.

¹²⁵ Vedi *supra* paragrafo 2.3.

n. 16, ivi compreso se un dato parere sia stato richiesto nel contesto di un caso pendente dinanzi all'autorità giurisdizionale richiedente¹²⁶.

In ragione di ciò, i giudici di Strasburgo, con riguardo alle prime due questioni poste dalla Corte Costituzionale armena, da un lato ritengono che le medesime siano puramente teoriche ed astratte, andando oltre l'ambito della procedura consultiva; dall'altro rilevano l'impossibilità di riformulare dette questioni, così da consentire alla Corte EDU di limitare il parere ai soli punti direttamente collegati con i procedimenti pendenti a livello nazionale¹²⁷. Di conseguenza, la Corte sostiene di non dover rispondere alle questioni in oggetto, non soddisfacendo le stesse i parametri consacrati dal Protocollo n. 16¹²⁸.

A tal proposito, va considerato che questo approccio, teso ancora una volta a circoscrivere l'ambito di operatività della Corte, appare insoddisfacente e paradossalmente è tale da non consentire il conseguimento degli obiettivi sanciti da detto Protocollo. Innanzitutto, come è stato notato, né il Protocollo stesso né il Rapporto esplicativo escludono in alcun modo la possibilità di rendere i pareri consultivi con riferimento alle questioni teoriche ed astratte. Tra l'altro, l'affermazione della competenza a risolvere tali questioni, concernenti l'interpretazione e l'applicazione della normativa convenzionale, avrebbe potuto permettere ai giudici europei di rafforzare il loro ruolo di guida nei confronti delle autorità nazionali consolidando la interazione con le stesse, in ossequio allo spirito sotteso al Protocollo¹²⁹.

4.3. *Le risposte ai quesiti posti dalla Corte Costituzionale armena: la compatibilità della tecnica della “blanket reference” con l'articolo 7 della Convenzione; la rilevanza della combinazione del principio della applicazione retroattiva della legge penale più favorevole e di quello della concretizzazione*

La terza questione attiene, segnatamente, alla compatibilità della tecnica della “blanket reference” o “legislation by reference” con l'articolo 7 della Convenzione. La stessa – che nell'ordinamento italiano è identificata nello strumento della “legge penale in bianco”¹³⁰ – è definita dalla Corte quale la tecnica legislativa consistente nel riferimento effettuato dalle norme sostanziali di diritto penale alle norme poste al di fuori dell'ordinamento penale, al fine di definire una determinata fattispecie di reato¹³¹. Ciò è quanto avviene proprio con l'articolo 300.1 § 1 del codice penale armeno, cui è stato fatto poc'anzi cenno, il quale, per definire il reato di sovvertimento dell'ordine costituzionale, fa riferimento agli articoli 1-5 e 6 § 1 della Costituzione armena¹³².

Secondo i giudici di Strasburgo la tecnica in esame – accettata, sia pur solo implicitamente, dalla Corte nella sua pertinente giurisprudenza ed ampiamente utilizzata dagli

¹²⁶ *Advisory Opinion Concerning the Use of the “Blanket Reference”*, cit., par. 47; su questi profili, vedi: P. PIRRONE, *I primi pareri pregiudiziali della Corte europea dei diritti umani: aspetti procedurali*, in *Dir. um. dir. int.*, 2020, p. 531 ss., pp. 542-544.

¹²⁷ *Advisory Opinion Concerning the Use of the “Blanket Reference”*, cit., par. 55.

¹²⁸ *Ivi*, par. 56.

¹²⁹ Sul punto, vedi: L. LAVRYSEN, *Advisory Opinion No. 2: A Slightly Bigger Rodent*, disponibile su strasbourgobservers.com/2020/06/05/advisory-opinion-no-2-a-slightly-bigger-rodent/.

¹³⁰ Vedi: S. GIORDANO, *La ragionevole prudenza della Corte Edu: tra prevedibilità e accessibilità del precetto. Considerazioni a caldo sul parere della Corte (CEDH 150) del 29.05.2020*, disponibile su www.giustiziasieme.it/it/europa-e-corti-internazionali/1279-la-raagionevole-prudenza-della-corte-edu-tra-prevedibilita-e-accessibilita-del-precetto-considerazioni-a-caldo-sul-parere-della-corte-cedh-150-del-29-05-2020, 10 settembre 2020.

¹³¹ *Advisory Opinion Concerning the Use of the “Blanket Reference”*, cit., par. 31.

¹³² *Ivi*, par. 58-59.

Stati membri nei propri sistemi giuridici nazionali¹³³ – è conforme all'articolo 7 CEDU, a patto che tanto la norma richiamante quanto la norma richiamata consentano alle persone interessate di prevedere quale condotta determini una loro responsabilità penale¹³⁴. A tal riguardo, viene sostenuto che il modo più efficace per garantire la chiarezza e la prevedibilità del precetto penale è che la norma richiamante effettui un riferimento esplicito alla norma richiamata e definisca gli elementi costitutivi del reato¹³⁵. Si tratta di una statuizione non chiara, in quanto la Grande Camera lascia presumere che vi siano ulteriori modalità per conseguire siffatto obiettivo, senza tuttavia identificarle né enunciarle espressamente¹³⁶. D'altro canto, dopo aver sancito i parametri perché siano assicurate la chiarezza e la prevedibilità della norma penale, in maniera sostanzialmente ambigua, si stabilisce di converso che spetta «in any event» alle corti interne, che applicano vuoi la norma richiamante vuoi la norma richiamata, valutare se la responsabilità penale sia prevedibile nel caso concreto¹³⁷.

Infine, relativamente alla quarta questione, la Corte, richiamando la sua pertinente e consolidata giurisprudenza, statuisce preliminarmente che l'articolo 7, per un verso vieta incondizionatamente l'applicazione retroattiva della legge penale più svantaggiosa per l'imputato; per altro verso ammette l'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole per quest'ultimo¹³⁸. Alla luce di ciò, in ossequio al principio della concretizzazione, viene affermato che i giudici nazionali devono tener conto delle situazioni specifiche del caso concreto, allo scopo di stabilire se, ai fini dell'articolo 7 della Convenzione, una legge adottata dopo la commissione di un presunto reato sia più o meno favorevole all'imputato rispetto alla legge che era in vigore al momento di tale commissione. Laddove la legge successiva risulti più severa, la stessa non può essere applicata¹³⁹.

4.4. *I timidi miglioramenti rispetto al primo parere e la persistenza di molti limiti nel quadro della attuazione del Protocollo n. 16*

In conclusione, va evidenziato, da un canto, che il secondo parere reso dai giudici di Strasburgo rappresenta un'evoluzione rispetto al primo, nella misura in cui contribuisce a definire, sia pur in misura limitata, gli elementi della procedura consultiva contemplata dal Protocollo n. 16, sancendo il potere della Corte europea dei diritti umani di riformulare le questioni sollevate dalle autorità giudiziarie nazionali e di disattendere la decisione di filtro adottata dal collegio dei cinque giudici. Va, d'altro canto, messo in risalto che la Corte, come nel caso concernente la maternità surrogata, ha mostrato poco coraggio nella trattazione dei profili giuridici ad essa sottoposti, sottraendosi dall'affrontare importanti questioni teoriche

¹³³ *Ivi*, par. 70. La Grande Camera, come già fatto nell'ambito del primo parere, svolge un'accurata comparazione tra i vari sistemi giuridici degli Stati europei in relazione alla tecnica in discussione (*ivi*, parr. 33-35).

¹³⁴ La Corte precisa che tale principio si applica anche alle situazioni – quale quella riguardante l'incriminazione del sig. Kocharyan, in virtù dell'art. 300.1 § 1 del codice penale armeno – in cui la norma richiamata abbia un rango gerarchico più elevato nell'ordinamento giuridico interessato o un livello di astrazione più ampio rispetto alla norma richiamante (*ivi*, parr. 72-74).

¹³⁵ *Ivi*, par. 73.

¹³⁶ Vedi: L. LAVRYSEN, *Advisory Opinion No. 2*, cit.

¹³⁷ V. FERRERES COMELLA, *The European Court of Human Rights Renders an Advisory Opinion Requested by the Armenian Constitutional Court*, disponibile su eulawlive.com/op-ed-the-european-court-of-human-rights-renders-an-advisory-opinion-requested-by-the-armenian-constitutional-court-by-victor-ferrerres-comella/#; L. LAVRYSEN, *Advisory Opinion No. 2*, cit.

¹³⁸ *Advisory Opinion Concerning the Use of the "Blanket Reference"*, cit., parr., 80-81.

¹³⁹ *Ivi*, par. 92.

ed astratte, affermando, non senza ambiguità, i presupposti della prevedibilità del precetto penale ed applicando noti principi di diritto penale, consolidati nella sua giurisprudenza ed ampiamente applicati negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. In ragione di ciò, non può certo dirsi che con siffatto parere la Corte abbia assunto un ruolo di guida né che abbia significativamente agevolato l'interazione con le autorità giurisdizionali interne, così come richiesto dai dettami consacrati dal Protocollo n. 16.

5. Conclusioni: il mancato raggiungimento degli obiettivi del Protocollo e la necessità di un approccio più rispettoso dello spirito e delle finalità sottese alla procedura consultiva

Tirando le fila di quanto esposto nel presente lavoro, pare ora opportuno compiere un bilancio e delineare le prospettive della procedura consultiva contemplata dal Protocollo n. 16, alla luce dei pareri esaminati.

Per un verso, come è stato osservato, la Corte ha mostrato un approccio che si caratterizza per particolare reticenza e che è tale da produrre effetti negativi sul perseguimento delle finalità sottese al Protocollo medesimo. In particolare, i giudici di Strasburgo, sulla base di argomentazioni, fondate prevalentemente su valutazioni del caso di specie e su analisi comparative degli ordinamenti statali con riguardo alla regolamentazione degli istituti giuridici portati alla loro attenzione, si sono limitati, per lo più, a richiamare ed applicare la pertinente e consolidata giurisprudenza della CEDU. In tale contesto, la Grande Camera ha eccessivamente circoscritto la portata della sua giurisdizione consultiva, evitando di affermare principi, anche innovativi, che potessero essere estensibili a situazioni affini a quelle sollevate innanzi ad essa (come nel primo parere), e sottraendosi dal rispondere ad alcuni quesiti senza addurre idonee e comprovate motivazioni che giustificassero tale scelta (come nel secondo parere). In questo modo, l'organo giurisdizionale del Consiglio d'Europa non si è posto come guida effettiva nei confronti delle autorità nazionali dando loro adeguate indicazioni ai fini della risoluzione di problematiche giuridiche che potrebbero porsi nell'immediato futuro, disattendendo, per molti versi, lo spirito del Protocollo. A ciò si aggiunga che l'assenza della costruzione di un dialogo proficuo con i tribunali interni fa venir meno, per il momento, il soddisfacimento di uno degli obiettivi del Protocollo, ovvero quello della istituzionalizzazione del ruolo "quasi costituzionale" della Corte, legittimandola in questa sua veste al cospetto di siffatti tribunali. In effetti, il timido approccio espresso dalla Corte nei due pareri è tale da non invogliare questi ultimi ad interpellare i giudici di Strasburgo circa questioni di principio relative alla interpretazione o applicazione della CEDU. Inoltre, sarebbe stato auspicabile che i giudici di Strasburgo fornissero alcuni elementi, allo scopo di individuare, con maggiore certezza, la natura delle questioni ad essi sottoponibili in base allo strumento consultivo, in tal modo dissipando le incertezze derivanti sia dalla genericità della previsione dell'articolo 1 del Protocollo n. 16 sia dalla assenza di pertinenti indicazioni all'interno del Rapporto esplicativo del Protocollo medesimo¹⁴⁰.

Per altro verso, va rilevato che, da un punto di vista procedurale, la Grande Camera ha fornito dati più precisi, chiarendo alcuni suoi poteri nell'ambito del meccanismo consultivo, quale quello di riformulare le questioni poste dalle corti nazionali così come il potere di disattendere la decisione di filtro resa dal collegio dei cinque giudici. Tra l'altro, non può certo

¹⁴⁰ Vedi *supra*, paragrafo 2.3.

negarsi che il meccanismo in discussione costituisce uno strumento nuovo, che evidentemente ha bisogno di ulteriore tempo per essere definito nelle sue caratteristiche e nella sua articolazione.

In definitiva, è auspicabile che la Corte di Strasburgo, nelle prossime situazioni in cui verrà richiesta di rendere pareri dalle autorità giurisdizionali nazionali in base al Protocollo n. 16¹⁴¹, dimostri maggiore coraggio, esprimendo un orientamento che sia più conforme allo spirito e agli obiettivi del Protocollo medesimo.

¹⁴¹ A tal riguardo, è importante sottolineare che, allo stato altre due autorità giurisdizionali interne hanno rispettivamente richiesto un parere alla Corte di Strasburgo in base al Protocollo n. 16: la Suprema Corte amministrativa lituana, in merito alla legislazione nazionale relativa all'*impeachment* di personaggi politici (domanda presentata il 5 novembre 2020 ed accettata dal collegio dei cinque giudici della Corte il 28 gennaio 2021); la Suprema Corte slovacca, con riguardo alla indipendenza dell'attuale sistema di indagine dei ricorsi contro la polizia nazionale (richiesta presentata il 19 novembre 2020 e rigettata da tale collegio nella sua funzione di filtro il 14 dicembre 2020).