

Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del protocollo n. 16 alla convenzione europea dei diritti dell'uomo

di

Ersiliagrazia Spatafora*

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Profili giuridici del Protocollo n.16 e sue implicazioni – 3. Analisi del Protocollo n.16 nella regolamentazione adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: Esame del Rapporto esplicativo, del Capitolo X del Regolamento e delle Linee direttrici adottate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – 4. Il Protocollo n. 16 nel disegno di legge C.n.1124 – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il disegno di legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 del 24 giugno 2013 e del Protocollo n.16 del 2 ottobre 2013 recanti emendamenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Convenzione) ha già indotto esperti giuridici a formulare alcune precisazioni non solo formali, ma anche sostanziali sia in sede di audizione presso le Commissioni riunite Affari esteri e Giustizia della Camera dei Deputati,¹ sia in specifici articoli.²

* Docente di Human Rights nell'Università europea di Roma; Già Professore di Diritto internazionale e Organizzazione internazionale nell'Università Roma Tre; Già Agente del Governo italiano davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo e al Comitato europeo dei diritti sociali del Consiglio d'Europa.

¹ Cfr. nel sito della Camera dei Deputati le audizioni dei giorni 12 febbraio, 5, 19 e 26 novembre 2019, 9 gennaio e 4 febbraio 2020.

² Cfr. tra gli altri ASTA: *Il Protocollo n.16 alla CEDU chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani* in *La Comunità Internazionale* 2013.; LATTANZI S.: *Il dialogo tra la Corte di Strasburgo e le Corti italiane. A margine di un recente incontro tra Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo* in *Forum Quaderni Costituzionali* – febbraio 2019; VARI F. *Sull'(eventuale) ratifica dei Protocolli n.15 e 16 alla CEDU* in *Dirittifondamentali.it* – novembre 2019; ESPOSITO M: *Il d.d.l. di ratifica del Protocollo 16 alla CEDU: un altro caso di revisione costituzionale per legge ordinaria* in *Diritti fondamentali.it Fascicolo 2/2019*.

In questo lavoro mi soffermerò ad analizzare il Protocollo n.16 (Protocollo) come presentato e commentato nel Rapporto esplicativo³ e come interpretato ed applicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte) nella ultima versione del Regolamento adottato dalla stessa il 9 settembre 2019 – in cui è stato introdotto il Capitolo X, *Sui pareri consultivi secondo il Protocollo n.16 alla Convenzione*⁴, nelle *Linee direttrici sull'introduzione e il proseguimento della procedura del parere consultivo previsto dal Protocollo n. 16 alla Convenzione* approvate dalla Corte in sede plenaria il 18 settembre 2017 e, di conseguenza, nel disegno di legge all'esame della Camera dei Deputati senza trascurare il Protocollo n.15 di emendamento alla Convenzione.

Al riguardo ricordo che il Regolamento contiene precise disposizioni sulla composizione e organizzazione interna della Corte, sulle procedure previste per la presentazione dei ricorsi e lo svolgimento dei processi, come previsto dall'articolo 25, lettera d) della Convenzione.

Un Regolamento che nel tempo viene aggiornato e modificato dalla Corte mediante l'introduzione di disposizioni come gli articoli 39 e 61 che disciplinano le c.d. "*misure provvisorie*", adottate nei casi che presentano violazioni gravi e persistenti e la c.d. "*sentenza pilota*" che, pur non previste nella Convenzione né in protocolli aggiuntivi, vengono applicate nei confronti degli Stati con decisione scritta vincolante⁵.

2. Profili giuridici del Protocollo n.16 e sue implicazioni.

La facoltà di chiedere pareri consultivi è stata, fino all'adozione del Protocollo, riservata al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ai sensi degli artt. 47, 48 e 49 della Convenzione, senza indicare se i pareri fossero o no vincolanti per il detto Comitato, chiamato a controllare l'esecuzione delle sentenze della Corte da parte

³ Il Rapporto esplicativo, pubblicato sul sito del Consiglio d'Europa – Ufficio Trattati, ha lo scopo di portare a conoscenza degli Stati contraenti e degli addetti al lavoro l'iter di formazione del Protocollo e ogni commento sul contenuto e la portata delle singole disposizioni.

⁴ Cfr. *Regolamento della Corte* in www.echr.coe.int

⁵ Cfr. *Brevi riflessioni su: la "sentenza Saadi" è una sentenza pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per "violazione virtuale" del divieto di tortura in caso di espulsione?* In Scritti in memoria di Maria Rita Saulle, Editoriale Scientifica, 2014

degli Stati, ferme restando le sue competenze di organo supremo del Consiglio d'Europa.

Ora la facoltà riservata alle "più alte giurisdizioni degli Stati" di chiedere alla Corte durante la fase dei loro procedimenti interni pareri consultivi su questioni poste al loro esame impone, innanzi tutto, alcune riflessioni di ordine giuridico in riferimento agli obblighi degli Stati sul piano internazionale e alla competenza della Corte in base alla Convenzione.

Sotto il primo profilo uno Stato, che ratifica un accordo internazionale, è obbligato alla sua applicazione fino a quando non decide di denunciare l'accordo, facoltà non prevista nell'articolo 6 del Protocollo che recita: *"le Alti Parti contraenti considerano gli articoli 1 a 5 come articoli addizionali alla Convenzione con la conseguenza che tutte le disposizioni della Convenzione devono essere applicate"*.

Si deve sottolineare che nel par. 28 del Rapporto esplicativo viene precisato che, essendo facoltativa l'accettazione del Protocollo per gli Stati contraenti la Convenzione, essa non ha l'effetto di introdurre delle nuove disposizioni nella Convenzione, il cui testo rimane invariato. Le disposizioni del Protocollo sono considerate articoli addizionali solo per gli Stati contraenti la Convenzione che ratificheranno il Protocollo, nel qual caso la sua applicazione sarà condizionata da tutte le altre disposizioni convenzionali.

Ciò significa che il Protocollo, già entrato in vigore per essere stato ratificato o accettato da 14 Stati contraenti la Convenzione,⁶ è definito "facoltativo" per cui uno Stato non è obbligato a ratificarlo.

Nello stesso par. 28 viene, anche, precisato che l'art. 6, in combinato disposto con l'art. 58 della Convenzione, intitolato *"Denuncia"*, permette a uno Stato contraente di denunciare il Protocollo senza denunciare la Convenzione..

La facoltà di denunciare il Protocollo, non prevista nell'art. 6, trova, invero, nel par.28 del Rapporto esplicativo una interpretazione particolare che impone due osservazioni.

⁶ Albania, Andorra, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Lituania, Paesi Bassi, San Marino, Repubblica Slovacca, Slovenia, Ucraina.

Si può fare riferimento all'art. 11 del Protocollo secondo il quale *"Il Segretario Generale del Consiglio d'Europa notificherà agli Stati membri del Consiglio d'Europa e alle altre Alte Parti contraenti della Convenzione: a) ogni firma; b) il deposito di ogni strumento di ratifica, di accettazione o di approvazione; c) la data di entrata in vigore del presente Protocollo, conformemente all'articolo 8; d) ogni dichiarazione fatta in virtù dell'articolo 10; e) ogni altro atto, notifica o comunicazione riguardante il presente Protocollo"* per ipotizzare che l'indicata denuncia del Protocollo possa rientrare tra uno degli atti di cui alla lettera e) ora citata.

La seconda ipotesi invita a esaminare la facoltà di denuncia alla luce dell'art. 44, rubricato *"Divisibilità delle disposizioni di un trattato"*, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 ratificata dall'Italia.

In particolare, il par.1 dell'art. 44 dispone che *"Il diritto per una parte, previsto in un trattato o risultante dall'articolo 56, di denunciare il trattato, di recederne o di sospenderne l'applicazione può essere esercitato soltanto con riguardo al complesso del trattato, a meno che quest'ultimo non disponga diversamente o che le parti non abbiano convenuto altrimenti"*.

Nel Rapporto esplicativo si parla di *"denuncia"* e non di *"recesso"*. Entrambi possono essere esercitati da uno Stato contraente, anche se la denuncia è propria di un accordo bilaterale, mentre il recesso è nel diritto internazionale proprio di accordi multilaterali.

Nel caso in esame il Protocollo è un accordo multilaterale, per cui alla luce del par. 3 dell'art. 44, se la causa di recesso riguarda solo determinate clausole quali *"clausole separabili dal resto del trattato per quanto riguarda la loro esecuzione"* o *"emerge dal trattato o risulta per altra via che l'accettazione delle clausole suddette non ha costituito per l'altra parte o per le altre parti al trattato una base essenziale del loro consenso a vincolarsi al trattato nel suo complesso"*, si può considerare possibile l'ipotesi rappresentata nel par.28 del Rapporto esplicativo, anche se manca una specifica disposizione convenzionale come richiesta dal citato art. 44.

Si osserva anche che nel Protocollo non sono ammesse le c.d. *"riserve"* (art. 9), cioè lo strumento per escludere l'applicazione di alcune disposizioni di un trattato

multilaterale. Nel Rapporto esplicativo viene precisato al par. 8 che il Protocollo, ai sensi dell'art. 56 della Convenzione sulla "applicazione territoriale", autorizza gli Stati contraenti ad escludere la sua applicazione ad alcuni o a tutti i casi che emanano da più territori quando designano le giurisdizioni.

Occorre, sotto il profilo del diritto internazionale, sottolineare come lo Stato italiano, contraente della Convenzione e dei suoi Protocolli addizionali, sia vincolato alla loro applicazione per la protezione e il rafforzamento dei diritti umani senza, tuttavia, dimenticare di essere parte contraente di altri accordi internazionali sui diritti umani (vedi ONU, UE, lo stesso Consiglio d'Europa e altri) a loro volta vincolanti per essere stati ratificati con legge e, quindi, in vigore.

Al riguardo dai Rapporti del Comitato direttore per i diritti umani (CDDH) e del Comitato di esperti sul sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (DH-SYSC), emerge che la Corte sta ancora esaminando il ruolo della Convenzione nell'ordine europeo e internazionale per verificarne il contenuto e la portata, originariamente risalente al 1950, in parallelo con le norme internazionali consuetudinarie e con gli accordi o le convenzioni che più recentemente disciplinano e regolamentano gli stessi aspetti della protezione dei diritti umani e soprattutto con il diritto dell'UE.⁷

Ciò comporta per la Corte un preventivo esame delle norme internazionali o europee che, vincolanti per lo Stato convenuto, disciplinano il caso sottoposto al suo esame inducendo la stessa ad interpretare la Convenzione in linea con quelle disposizioni. Ad es. nella sentenza *Al Adsani c. Regno Unito*⁸ sul divieto di tortura, la Corte ha fatto rinvio all'art. 5 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e all'art. 7 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e alla giurisprudenza di altre giurisdizioni internazionali.

⁷ Cfr. i recenti rapporti del CDDH (2019) R91 Addendum 7 del 27/06/2019 e del DH-SYSC(2019)R5 Addendum 1 del 18/10/2019

⁸ Cfr. sentenza *Al Adasni c. Regno Unito* . n 35763/97, §. 55, del 21 novembre 2001.

Tale confronto ha anche indotto la Corte, nel corso degli anni, a riconsiderare l'interpretazione delle norme della Convenzione con nuove tecniche ritenendola uno "strumento vivente" e in continua evoluzione pur nella sua staticità.⁹

Per esempio, nella sentenza *Scoppola (n. 2) c. Italia* ha precisato: «*Il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoires. Si la Cour n'adoptait pas une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration*».¹⁰

La Corte ha anche precisato che «*la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, auxquelles il y a lieu d'intégrer l'évolution du droit international, de façon à refléter le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme, lequel implique une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques*».¹¹

Si deve osservare che tale approccio fa riferimento, in alcune sentenze della Corte, al c.d. "consensus europeo", quale frutto di una analisi della pratica e della situazione particolare degli altri Stati contraenti in relazione al carattere consensuale delle loro obbligazioni in diritto internazionale. Riferimento questo che la Corte utilizza per giustificare la sua decisione di condanna dello Stato chiamato in causa o viceversa di negazione della violazione invocata, interpretando in modo evolutivo e dinamico la Convenzione.

Lo stesso CDDH nel suo Rapporto del 2019¹² osserva che, pur ricorrendo a metodi di interpretazione dinamici «*les règles traditionnelles d'interprétation des traités et le caractère consensuel du droit international, ainsi que la nécessité d'éviter la fragmentation de ce dernier, imposent des limites à ces approches. Il est donc important que la Cour explique ses méthodes d'interprétation dans ces limites et que les résultats obtenus soient*

⁹ Concetto apparso nella sentenza *Tyrrer* del 1978.

¹⁰ Cfr. sentenza n.10249/03, *Scoppola (n.2)*, Grande Camera del 17 settembre 2009) §. 104.

¹¹ Cfr. Sentenze *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, Grande Camera del 12 novembre 2008, § 146;

Öcalan c. Turquie, n° 46221/99, Grande Camera del 12 maggio 2005, § 163 e *Selmouni c. France*, n° 25803/94,

Grande Camera del 8 luglio 1999, § 101.

¹² Vedi Rapporto CDDH (2019) R 91- Addendum 7, p.15, par.6

prévisibles et compréhensibles pour les États contractants, conformément aux obligations auxquelles ils ont souscrit au titre de la CEDH ».

Obbligazioni che inducono la Corte ad esaminare soprattutto il diritto dell'Unione europea, da quando la Carta dei diritti fondamentali è parte integrante dei Trattati e quindi vincolante per i 28 (presto 27) Stati membri che, chiamati in futuro alla firma e ratifica del Protocollo sull'adesione dell'UE alla Convenzione (non ancora effettuata e bocciata dalla stessa Corte di Giustizia dell'UE), dovranno, quali Stati contraenti della Convenzione, rispettare gli obblighi assunti nei confronti di entrambe le normative secondo i criteri e le procedure previste.

E' necessario, al riguardo, fare un distinguo tra gli obblighi derivanti dal diritto dell'UE e quelli della Convenzione per fare riferimento ai due principi che quest'ultima, negli artt. 8, 9, 10 e 11 richiama, cioè il principio di sussidiarietà e il principio del margine di apprezzamento, riservati agli Stati che possono così adottare misure di sicurezza previste per leggi in una società democratica "per la sicurezza pubblica, la protezione dell'ordine, della salute e della morale pubblica, la protezione dei diritti e libertà di ciascuno".

Principi che il Protocollo n. 15 del 24 giugno 2013¹³, presente nel d.d.l. qui in esame, richiama all'art.1 stabilendo che :

"At the end of the preamble to the Convention, a new recital shall be added, which shall read as follows: «Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention»".

La forza di tale disposizione, che richiama due principi importanti per gli Stati contraenti, viene sminuita sia dal suo inserimento nel Preambolo della Convenzione, riservato alle considerazioni degli Stati che hanno redatto e adottato la Convenzione evitando così un articolo specifico a fondamento della

¹³ Protocollo n.15 non ancora entrato in vigore sul piano internazionale per la mancata ratifica dell'Italia e della Bosnia-Erzegovina

obbligatorietà dei due principi sia dal ricordato ruolo di supervisore svolto dalla Corte (nella versione inglese “supervisory jurisdiction”, in quella francese “sous le contrôle”).

Al riguardo si osserva che il principio di sussidiarietà, fondato sulla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni ex art. 26 della Convenzione, non sempre è stato rispettato dalla Corte quando adita da ricorrenti che non hanno espletato tutte le vie giudiziarie interne, con la conseguenza che spesso essa ha ritenuto ricevibili quei ricorsi condannando gli Stati.¹⁴

Ora il Protocollo n. 16 sembra ripercorrere tale giurisprudenza attraverso i pareri consultivi che, richiesti dalle alte giurisdizioni nazionali e accettati dalla Corte, hanno lo scopo di rafforzare la Convenzione negli ordinamenti interni degli Stati contraenti pur essendo definiti pareri non vincolanti.

Tale impostazione richiama quanto previsto nel diritto dell’Unione Europea per il c.d. rinvio pregiudiziale presentato da un giudice interno di uno Stato membro alla Corte di Giustizia dell’UE con la differenza che la pronuncia di tale Corte è vincolante secondo il principio di sussidiarietà alla stessa riservato e previsto nei Trattati.

Il detto Protocollo, pur redatto sulla base della normativa dell’UE relativa al c.d. rinvio pregiudiziale, non prevede, invero, l’obbligatorietà del parere consultivo per le alte giurisdizioni nazionali ma vincola le stesse al rispetto di regole che, adottate dalla Corte, affievoliscono ancor più il principio di sussidiarietà e il margine di apprezzamento propri degli Stati contraenti.

3. Analisi del Protocollo n.16 nella regolamentazione adottata dalla Corte: *Esame del Rapporto esplicativo, del Capitolo X del Regolamento e delle Linee direttrici adottati dalla Corte.*

Il Protocollo deve essere, soprattutto, esaminato alla luce del suo Rapporto esplicativo, del Capitolo X del Regolamento e delle Linee direttrici della Corte che ne delineano le procedure e le competenze per comprendere se effettivamente sia

¹⁴ Vedi tra gli altri per l’Italia *Caso Costa Pavan*, n.54270/10, sentenza dell’11 febbraio 2013.

lo strumento per un dialogo costruttivo tra la Corte e le alte giurisdizioni nazionali, per un rafforzamento dell'applicazione della Convenzione a livello nazionale, secondo il principio di sussidiarietà e non un'ulteriore soggezione dell'autonomia decisionale delle giurisdizioni nazionali, come la stessa Corte ha dimostrato soprattutto con le c.d. sentenze pilota, rappresentandosi come "quarto grado di giurisdizione" o "ultima istanza".¹⁵

Dal Rapporto emerge, fin dalla sua introduzione (par. 1), come la Corte, disposta a formulare pareri consultivi richiesti dagli Stati contraenti, auspica di "rinforzare il suo ruolo costituzionale", assumendo un nuovo "potere supplementare", sebbene accettabile o meno da parte degli Stati richiedenti per un caso concreto e non vincolante per gli altri Stati (par. 3).

Nel par. 7 del Rapporto, con riferimento all'art. 1, c.1 del Protocollo, si specifica che la domanda di un parere consultivo può essere facoltativa, ma anche obbligatoria (si presume secondo l'ordinamento interno dello Stato richiedente), come pure ritirata dalla giurisdizione che l'ha presentata. Quest'ultima facoltà, non disciplinata dal Protocollo, autorizza la Corte a chiudere la procedura come previsto al par. 2.3 del Capitolo X.

Un parere consultivo non può, invero, che essere richiesto dalle alte giurisdizioni nazionali alla Corte su "*questioni di principio relative all'interpretazione o applicazione dei diritti e libertà definite dalla CEDU o dai suoi protocolli*" (art. 1, c.1 del Protocollo) in presenza di una causa pendente dinanzi ad esse, producendo ogni elemento pertinente inerente al contesto giuridico e fattuale della detta causa (par. 12 del Rapporto).

Occorre precisare, come affermato al par. 11 del Rapporto, che la Corte, chiamata ad indicare alla alta giurisdizione nazionale richiedente i mezzi necessari perché questa sia in grado di garantire il rispetto della Convenzione nel suo ordinamento, formula un *parere non vincolante* (artt. 4 e 5 del Protocollo) seguendo la procedura di cui all'art. 2 dello stesso.

¹⁵ Cfr. *Caso Torregiani c. Italia*, [43517/09](#), [46882/09](#), [55400/09](#), [57875/09](#), [61535/09](#), [35315/10](#) et [37818/10](#), §§100 e 101, sentenza del 27 maggio 2013.

Il Rapporto, a tale scopo, spiega nei paragrafi da 14 a 17 che la competenza della Corte è esercitata da un collegio di 5 giudici della Grande Camera tra i quali il giudice dello Stato la cui giurisdizione ha richiesto il parere. Il collegio della Grande Camera ha il potere discrezionale di accettare o meno la domanda motivando la sua decisione.¹⁶

Viene inoltre sottolineato nel Rapporto, al par.19, che la domanda di parere deve essere puntuale nel rispetto dei criteri indicati e tale da consentire alla Corte di esaminare la questione posta, chiamando anche a partecipare alla procedura il "Commissario ai diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa" e, secondo il par. 20, altri Stati mediante memorie scritte o alle udienze (quest'ultime se decise dalla Corte) quando si rende necessario per la buona amministrazione della giustizia (art. 3 del Protocollo).

I parr. 22, 23 e 24 del Rapporto, richiamando l'obbligo della Corte di motivare il proprio parere consultivo (art. 4 del Protocollo), permettono ai giudici dissenzienti o concordanti di esprimere per iscritto la propria opinione come da prassi nelle diverse procedure. Il parere deve essere trasmesso alla giurisdizione richiedente e al suo Stato di appartenenza, nonché ai soggetti di cui all'art. 3 qualora partecipanti alla procedura e pubblicato nel rispetto delle regole confidenziali applicabili.

Viene anche precisato nel Rapporto che la giurisdizione interna, qualora accettata la sua domanda, non può riprendere la procedura sospesa, se non dopo aver ricevuto e tradotto nella sua lingua il parere consultivo espresso dalla Corte.

Atteso che il parere consultivo della Corte non è vincolante (art. 5), il Rapporto, nei suoi paragrafi da 25 a 27, precisa che la giurisdizione interna è libera di seguire o meno quanto stabilito nel parere.

¹⁶ Questa procedura si fonda sull'art. 43, par. 2 della Convenzione, relativo alla domanda di rinvio alla Grande Camera della Corte presentata dallo Stato convenuto o dal ricorrente a seguito di una sentenza di condanna di una delle 7 Camere della Corte (cfr. art. 26, c. 1 del Protocollo n. 14 del 13 maggio 2004). Un collegio di 5 giudici della Grande Camera può rigettare senza motivazione la domanda o accettarla instaurando così una nuova procedura che conduce ad una sentenza definitiva pronunciata dalla Grande Camera composta da 17 giudici tra i quali quello dello Stato..

In ogni caso le parti in causa davanti alla giurisdizione interna possono adire la Corte che, in presenza di ricorsi ex art. 34 della Convenzione, dichiara irricevibili o radia dal ruolo tutte le questioni già trattate nel parere consultivo (par.26).

Il Rapporto, al par. 27, precisa che il parere consultivo non ha alcun effetto diretto su ulteriori ricorsi, ma viene comunque affiancato alle sentenze e decisioni adottate dalla Corte, con la conseguenza che *“l’interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli contenuta nei pareri consultivi è analoga negli effetti agli elementi interpretativi enunciati dalla Corte nelle sue sentenze e decisioni”*.

Ne consegue che l’art. 5, come interpretato nel Rapporto, individua nei pareri consultivi un ulteriore strumento che la Corte potrà utilizzare nel dialogo con le giurisdizioni interne, non solo per verificare la validità della Convenzione, ma per rafforzare la sua competenza e la sua giurisprudenza c.d. consolidata, già ampiamente applicata nei confronti degli Stati.

Ora, l’analisi effettuata dimostra, invero, come la Corte abbia dettagliatamente previsto le sue competenze richiamando gli Stati contraenti il Protocollo all’adempimento di obblighi di procedura che, solo previsti nel suo Regolamento e nei documenti qui esaminati, ricalcano le stesse procedure dei ricorsi individuali.

Da ultimo il par. 32 del Rapporto spiega l’art. 10, che stabilisce come e quando lo Stato contraente può indicare quali giurisdizioni possono chiedere i pareri consultivi senza fissare alcun termine o scadenza.

4. Il Protocollo n.16 nel disegno di legge C. 1124.

L’analisi del Protocollo effettuata nel disegno di legge C.1124 ripercorre sinteticamente quanto indicato nel Rapporto esplicativo, ma non tutte le regole del Capitolo X del Regolamento e delle Linee direttrici sulle procedure che un’alta giurisdizione deve rispettare e eseguire affinché la sua domanda di parere consultivo sia accettata.

In particolare, il Capitolo X del Regolamento e le Linee direttrici riconducono alla stessa procedura seguita dai ricorsi individuali o interstatuali, implicando tempi di

lavorazione non certo brevissimi e competenze della Corte non previste nel Protocollo, ma specificate e applicate fermamente dalla stessa.

Regole che inducono a considerare che la ratifica ed esecuzione del Protocollo introdurrà un nuovo procedimento che, comportando la sospensione di un processo in corso davanti ad un'alta giurisdizione, ha l'effetto concreto di prolungare ancor più l'iter processuale precedentemente svolto davanti ai diversi gradi di giurisdizione.

Certamente una legge o normativa interna può essere in contrasto con la Convenzione e i suoi Protocolli aggiuntivi, per cui la richiesta di un parere consultivo potrebbe essere utile se reso in tempi brevi.

Al riguardo il par. XI delle Linee direttrici intitolato "*Priorità*" prescrive che compete alla alta giurisdizione richiedente indicare le circostanze per le quali domanda un esame urgente da parte della Corte ai sensi dell'art. 41 del Regolamento. Tale richiesta sarà vagliata dalla Corte secondo i criteri utilizzati per i ricorsi individuali, che la giurisdizione deve conoscere e applicare. Diversamente la Corte, in assenza di una richiesta urgente, può decidere d'ufficio di trattare la domanda con urgenza o di rifiutarla informando la giurisdizione richiedente, che deve, a sua volta, informare le parti alla procedura interna, con ogni conseguente implicazione sulla lunghezza del procedimento in corso.

Nel par. XII delle Linee direttrici, intitolato "*i seguiti del parere della Corte*", è previsto che la giurisdizione richiedente deve informare la Corte sui seguiti riservati al suo parere se applicato nella procedura interna comunicando, copia della sentenza o della decisione definitiva adottate nel caso di specie.

Entrambe le regole citate non sono previste nel Protocollo.

Si sottolinea, inoltre, che nell'art. 3 del disegno di legge si richiama la Grande Camera della Corte. Si tratta di un errore in quanto, solo la Corte è destinataria delle domande di pareri consultivi, come ben specificato nel Protocollo e nei documenti qui esaminati, essendo la Grande Camera solo una delle sue articolazioni.

Non si può, ancora, non osservare che la mancata designazione della Corte Costituzionale tra le alte giurisdizioni nell'art. 3, comma 1 del disegno di legge contrasta con l'art. 3, comma 3 sulla richiamata facoltà della Corte Costituzionale di provvedere con proprie disposizioni all'applicazione del Protocollo secondo la Legge n.87/1953¹⁷ facoltà, tra l'altro, non prevista per le altre giurisdizioni precisamente indicate.

Al riguardo si osserva che tutte le alte giurisdizioni indicate saranno chiamate ad applicare il Protocollo e modificare, se del caso, i propri regolamenti interni per cui il richiamo alla citata legge non sostituisce la mancata designazione della Corte Costituzionale nell'art.3, comma 1 del disegno di legge.

Si sottolinea che lo Stato contraente ha la facoltà di comunicare al Segretario Generale del Consiglio d'Europa in qualsiasi momento la sua intenzione di aggiungere o sopprimere le giurisdizioni designate nel rispetto dell'art.10 del Protocollo che prevede come e quando lo Stato contraente può indicare quali giurisdizioni possono richiedere pareri consultivi secondo le modalità precisate nel par. 32 del Rapporto esplicativo.

5. Conclusioni

L'analisi del Protocollo e dei relativi documenti esplicativi, adottati dalla Corte, è stata fatta per evidenziare come quest'ultima, formata da 47 giudici espressione di differenti ordinamenti giuridici, sia di civil law sia di common law, abbia necessità di fissare regole di procedura eguali per tutti gli Stati contraenti e atte a facilitare il percorso dei pareri consultivi.

Ciò ha messo in rilievo come la stessa Corte abbia introdotto nel Regolamento proprie competenze e diritti e doveri a carico degli Stati contraenti o di altri soggetti facendo richiamo all'art. 25, lett. d) della Convenzione sull'adozione del Regolamento da parte dell'Assemblea plenaria della Corte.

¹⁷ Legge 11 marzo 1953, n.87 – Norme sulla costituzione e funzionamento della Corte Costituzionale.

E', quindi, evidente che le alte giurisdizioni nazionali, dopo la ratifica o accettazione del Protocollo, troveranno solamente nel Regolamento, nel Rapporto e nei relativi documenti esplicativi qui analizzati la spiegazione della concreta applicazione delle disposizioni convenzionali sinteticamente formulate nel disegno di legge.

Non si può, inoltre, non osservare che la Corte voglia evitare nuovi e complessi ricorsi individuali contro gli Stati mediante i pareri consultivi non vincolanti atti a verificare la compatibilità delle legislazioni interne con la Convenzione e i suoi Protocolli per raggiungere, comunque, gli stessi risultati ottenuti con le sue sentenze (vedi par.27 del Rapporto esplicativo).

Può essere, quindi, positivo per l'alta giurisdizione richiedente un parere consultivo qualora applicabile per evitare nuovi ricorsi ma inesistente per essa se la Corte ne rigetta la domanda (art. 93, par. 5 del Capitolo X) o la stessa giurisdizione lo disattenda con la conseguenza che le parti del processo interno possono presentare ricorso alla Corte ex art. 34 della Convenzione, come precisato al par. 26 del Rapporto esplicativo.

Le procedure previste per i pareri consultivi potrebbero aumentare la mole di lavoro della Corte ma soprattutto delle alte giurisdizioni nazionali prolungando i processi in corso con esiti sconosciuti.

Al riguardo si richiama il primo parere consultivo "relativo al riconoscimento del legame di filiazione tra un minore nato da una maternità surrogata praticata all'estero e la madre cosiddetta intenzionale" della Corte del 10 aprile 2019 espresso su richiesta della Corte di Cassazione francese.

La Cassazione francese è stata chiamata a pronunciarsi sulla detta questione da parte di coloro che avevano precedentemente adito la Corte per avere avuto il rifiuto delle autorità francesi di trascrivere l'atto di nascita dei due minori nati all'estero da maternità surrogata. La Corte con sentenza del 26 giugno 2014 nel caso *Mennesson c. Francia* ha riconosciuto il diritto dei minori al rispetto della loro vita privata ammettendo il legame solamente con il padre biologico tramite la trascrizione dell'atto di nascita straniero ma non con la madre cd. intenzionale

avendo anche proceduto ad una analisi comparativa delle legislazioni vigenti sul divieto o no della maternità surrogata e sue implicazioni nei 47 Stati contraenti la Convenzione per verificarne il c.d. consensus europeo.

La Corte si è, dunque, dovuta confrontare con la sua sentenza trovando nella richiesta di parere consultivo della Corte di Cassazione la questione lasciata insoluta nella citata sentenza relativa al mancato riconoscimento in diritto francese del legame di filiazione con la madre intenzionale mediante la non trascrizione dell'atto di nascita straniero legalmente valido.

Ora, ciò che emerge dal parere consultivo è una breve ricostruzione della Corte del contenuto della sentenza del 2014 per poter giustificare la sua risposta alla Corte di Cassazione chiamata in causa dai ricorrenti contro il giudizio negativo della Corte di Appello di Parigi del 2010 che aveva negato la trascrizione dell'atto di nascita in favore della madre intenzionale.

L'analisi del parere mette in evidenza come la Corte, richiamando il preambolo del Protocollo, intenda ricordare che “ la procédure d'avis consultatif a pour but de renforcer l'interaction entre elle et les autorités nationales et de consolider ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité, en donnant la possibilité aux juridictions nationales désignées de lui demander un avis sur des questions de principe relative à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles (article 1 par1) » (par.25 del parere).

In particolare, continua la Corte, i pareri consultivi devono limitarsi ai punti che hanno un legame diretto con la contesa in atto sul piano interno fornendo alle giurisdizioni nazionali indicazioni che, vertenti sulle questioni di principio relative alla Convenzione applicabili in caso simili (par. 26 del parere), permettono alla giurisdizione di garantire il rispetto dei diritti della Convenzione (par.34 del parere).

Nel caso di specie la Corte, nella sua composizione della Grande Camera (17 giudici) ha inteso sottolineare che, in presenza di questione ancora allo studio della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato per la redazione di una

convenzione internazionale sulla maternità surrogata e sue implicazioni accettabile dagli Stati, compete a questi ultimi esercitare non solo il principio di sussidiarietà ma soprattutto il proprio margine di apprezzamento nel modo più consono alla soluzione di questioni morali o etiche delicate per evitare violazioni di diritti lesivi della identità delle persone coinvolte.

Tale affermazione trova concretezza nelle conclusioni finali del parere della Corte che ricorda allo Stato che l'articolo 8 sul diritto al rispetto della vita privata del minore *“richiede che il diritto interno offra una possibilità di riconoscimento del legame di filiazione tra questo minore e la madre intenzionale designata nell'atto di nascita legalmente valido all'estero come “madre legale” mentre “non richiede che questo riconoscimento si faccia con la trascrizione dei registri di stato civile dell'atto di nascita legalmente valido all'estero; essa può essere fatta per altra via quale l'adozione della madre intenzionale a condizione che le modalità previste dal diritto interno garantiscano l'effettività e la celerità della loro attuazione conformemente all'interesse superiore del minore”*.¹⁸

Il breve esame di questo primo parere consultivo ha evidenziato come la Corte abbia facilmente espresso il proprio giudizio avendo nella sentenza del 2014 un precedente valido e esauriente relativo alle parti in causa che ha permesso di rispondere in breve tempo alla Corte di Cassazione francese indicando modalità che uno Stato può attuare secondo la propria legislazione in difesa dell'interesse superiore del minore (vedere il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia* (GC) n.25358/12 – sentenza del 24 gennaio 2017).¹⁹

Questo parere, pur non vincolante, dimostra, soprattutto, come la Corte, pur ricordando il principio di sussidiarietà e il margine di apprezzamento propri dello Stato, non rinuncia ad esercitare il suo compito di difendere la Convenzione volendo rinforzare il suo ruolo costituzionale anche attraverso una interpretazione evolutiva delle disposizioni (vedi supra par.3).

¹⁸ Interesse superiore del minore evocato negli interventi scritti dei governi britannico, ceco e irlandese e di numerose organizzazioni non governative e centri di studi universitari accettati dalla Corte ma non considerati dalla Cassazione francese che non ha loro risposto.

¹⁹ Vedi ancora per l'Italia sentenze positive e importanti per la protezione dei diritti umani che hanno confermato la validità della nostra legislazione (si pensi al divieto di ricerca su embrione crioconservato e all'esposizione del Crocefisso nelle scuole).

E' evidente che il contenuto e la portata del Protocollo indicano un nuovo meccanismo diretto ad aprire un dialogo tra la Corte e le alte giurisdizioni nazionali, meccanismo soprattutto destinato a sottoporre alla Corte nuove questioni che potrebbero sul nascere creare un contenzioso davanti la stessa ma anche la volontà della Corte di assumere un "potere supplementare" per rafforzare la validità dei principi della Convenzione sminuendo così il potere giurisdizionale (e parlamentare) degli Stati contraenti il Protocollo.

Solo i futuri pareri consultivi indicheranno se il Protocollo sarà lo strumento per un corretto dialogo tra la Corte e le alte giurisdizioni nazionali nel rispetto del principio di sussidiarietà e margine di apprezzamento degli Stati, come evocati nel Protocollo No.15.

dirittifondamentali.it