

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

FILIPPO VARI

**LE PROSPETTIVE DI RIFORMA DEL SISTEMA CEDU.
ANCORA A PROPOSITO DEI PROTOCOLLI 15 E 16
ALLA CONVENZIONE DI ROMA**

2 MARZO 2020



Filippo Vari
Le prospettive di riforma del sistema CEDU.
Ancora a proposito dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione di Roma

ABSTRACT: *This article examines Protocol 15 and Protocol 16 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*

Protocol 15 shortens the time-limit in which an application can be introduced after a final national decision was taken. It adds into the Preamble of the Convention a reference to the subsidiarity principle as well as to the so-called margin of appreciation and amends several norms regarding processual or organisational aspects of the Corte.

This article concentrates on Protocol 16, which gives cause to serious preoccupation. Protocol 16 opens the possibility for supreme judges to suspend the procedure before them and to put to the Strasbourg's Court a question related to "the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto".

The European Court would in such a case issue an "advisory opinion" that according to the Protocol should not be binding. The paper however shows that – at least in the Italian context – these opinions will become mandatory because of the Italian Constitutional Court's case law.

The author exposes how the introduction of such a jurisdictional mechanism could end up in weakening the Italian Parliament's role with regard to the protection of fundamental rights. Furthermore, the entering into force of the Protocol would jeopardize the Constitutional Court's position, the central part being played in this context by the ECHR that would become a kind of European Super Constitutional Court.

SOMMARIO: 1. Il nuovo ruolo della giurisprudenza (e) della Corte EDU. – 2. Il contenuto del Protocollo 15: il termine per ricorrere, le modifiche del preambolo della CEDU e alcune norme organizzative della Corte di Strasburgo. – 3. Il contenuto del Protocollo n. 16 e il rinvio "pregiudiziale" alla Corte EDU per un parere formalmente consultivo, sostanzialmente vincolante. – 4. Un problema di potere: il potenziamento della Corte EDU a scapito del Parlamento... – 5. ... e della Corte costituzionale. – 6. In conclusione: un difficile equilibrio rimesso in discussione.

1. Il nuovo ruolo della giurisprudenza (e) della Corte EDU

Questo lavoro non può non muovere dalla condivisione – sia pure sul piano descrittivo e non del dover essere – di due rilievi formulati dall'illustre studioso cui è dedicato.

Il primo è relativo al "ruolo oggi accordato alla giurisprudenza come vera e propria fonte del diritto (almeno) nel campo dei diritti umani, non essendo più la relativa elaborazione (se mai lo sia stata) una pedissequa reazione ad una regola di diritto, ma risultando piuttosto uno strumento di conformazione e di reperimento della regola stessa nell'ambito del materiale, talvolta magmatico, fornito da una pluralità di legislatori e corti".¹ In altri, termini, nell'attuale fase storica siamo di fronte, specie nel settore dei diritti fondamentali, a un ampio fenomeno di creazione di norme a opera dei giudici, il c.d. diritto giurisprudenziale, talora finanche in contrapposizione con il c.d. diritto legislativo.

In questo quadro più ampio – che di per sé suscita non pochi problemi² – il secondo rilievo è relativo all'evoluzione del ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo. Essa è "pervenuta nel

¹ P. COSTANZO, [L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte EDU](#), in [Consulta OnLine, Studi 2016/I](#), 11.

² Sul punto in senso critico v. di recente A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 251 ss.; R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ibid.*, 757 ss. Per una diversa posizione v., invece, sempre tra gli scritti più recenti. R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16 – e perché?*, in [Sistema penale](#), 2019. Cfr., inoltre, A. RUGGERI, [Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie](#), in [Consulta OnLine, Studi 2019/III](#), 707 ss.

tempo ad assumere un ruolo alquanto più rilevante di quello già consistente che ad essa spetta nel sistema convenzionale”.³

In particolare, il ruolo della Corte EDU è stato, anzitutto, significativamente rafforzato dall'introduzione della possibilità per i singoli di adirla.

Fino all'inizio degli anni '90 l'impatto della Convenzione sull'ordinamento interno era alquanto limitato. La CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo trovavano spazio marginale anche nella riflessione scientifica di studiosi diversi dagli internazionalisti.

Successivamente la situazione è completamente cambiata: nuove norme di carattere processuale e organizzativo hanno dato la possibilità a tutte le persone che si trovano nello spazio del Consiglio d'Europa di adire la Corte di Strasburgo come giudice “di ultima istanza” delle posizioni giuridiche soggettive protette dalla Convenzione,⁴ così favorendo “la percezione della Convenzione e della sua Corte in termini «costituzionali»”.⁵

Tale percezione è stata ulteriormente accentuata dalla giurisprudenza di Strasburgo che, con “un’aspirazione del tutto fuori luogo rispetto ai tratti originari della CEDU”,⁶ ha inteso quest’ultima non come un testo definito, ma un «*living instrument*» in continua evoluzione.⁷ In sostanza, come chiarito da Bin, questa giurisprudenza ha finito per trasformare la CEDU “da programma di difesa dello *status quo* diretto a scongiurare che l’evoluzione politica portasse a sgretolare le conquiste di cui godono le democrazie occidentali” a “strumento volto a governare gli sviluppi futuri, a adattare le proprie previsioni all’evoluzione della società e modificare significati e equilibri tra i principi in corrispondenza ai programmi politici che il corpo sociale e le sue istituzioni politiche di continuo trasformano”.⁸

In tale orizzonte si collocano le prospettive di riforma della Corte EDU previste in due Protocolli aggiuntivi, il 15 e il 16, alla Convenzione di Roma, attualmente in fase di ratifica nel nostro Paese e al centro di questo lavoro.⁹

2. Il contenuto del Protocollo 15: il termine per ricorrere, le modifiche del preambolo della CEDU e alcune norme organizzative della Corte di Strasburgo

Quanto al merito di tali documenti, si può rilevare come la previsione più significativa contenuta nel Protocollo 15 è, all’art. 4, quella che riduce a quattro mesi, dagli attuali sei, il termine massimo dalla “decisione interna definitiva” entro il quale si può portare un caso all’esame della Corte europea dei diritti dell’uomo.

³ P. COSTANZO, *op. ult. cit.*, 10.

⁴ Sul punto v. M. CASTELLANETA, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la procedura di ricorso alla Corte di Strasburgo*, in *I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell’uomo: diritti azionabili e modalità di presentazione*, a cura di M. CASTELLANETA, suppl. al n. 1/ 2019 di *Studi integr. eur.*, 12 s.

⁵ R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 2018, 642.

⁶ R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti?*, cit., 642.

⁷ Al riguardo v. P. COSTANZO, *L’uso fatto della Carta*, cit., 12; A.M. LECIS, *Consenso europeo, chi è costui? L’individuazione del consensus standard da parte della Corte Edu tra interpretazione evolutiva e margine d’apprezzamento*, in *Diritti Comparati*, 2011; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, cit., 80; F. BUFFA, *La giurisprudenza Cedu tra progresso sociale e conservazione dello status quo*, in *La Corte di Strasburgo*, numero speciale di *Questione giustizia*, aprile 2019, a cura di F. BUFFA – M. G. CIVININI, 187 ss.

⁸ R. BIN, *loc. ult. cit.*

⁹ Cfr. i progetti di legge abbinati C. 1124 *Governo* e C. 35 *Schullian*, attualmente all’esame delle Commissioni Giustizia e Affari esteri della Camera dei deputati.

Si tratta di una modifica all'art 35, par. 1 CEDU, che ha un chiaro scopo deflattivo del contenzioso davanti al giudice di Strasburgo.¹⁰ E', infatti, noto che la mole di giudizi dinanzi a esso pendenti – circa 60.000¹¹ – continua a essere eccessiva e i tempi del processo possono essere lunghissimi.

Si assiste conseguentemente a un processo per tutelare i diritti dell'uomo che può realizzarsi in contrasto con la ragionevole durata del giudizio protetta dall'art. 6 CEDU. Il che, oltre a essere senz'altro paradossale, finisce per impedire un'effettiva tutela dei diritti protetti dalla Convenzione da parte della Corte.

E' sufficiente a dimostrarlo il richiamo a un caso risolto recentemente dalla *Grande Chambre*. Essa ha accertato una lesione della CEDU in conseguenza della decisione delle autorità norvegesi di dichiarare la decadenza dalla responsabilità genitoriale di una madre e consentire l'adozione di suo figlio.¹² Senonché sul caso la decisione di una delle sezioni della Corte – poi riformata in appello – è giunta dopo più di 4 anni e mezzo dalla presentazione del ricorso della donna, mentre la sentenza della Grande Camera che le ha invece dato ragione addirittura dopo 6 anni e mezzo. È evidente il pregiudizio grave e irreparabile sofferto dal minore e dalla madre (anche) nelle more del giudizio, rispetto al quale l'intervento della Corte non può che essere considerato gravemente tardivo.

Lo stesso scopo deflattivo del contenzioso ha l'art. 5 del Protocollo 15, volto a rendere più semplice la dichiarazione d'irricevibilità di un ricorso individuale, per consentire alla Corte di "scartare" i ricorsi privi di effettiva importanza. Tale disposizione stabilisce l'abrogazione della regola fissata nell'art. 35, par. 3, lett. b CEDU, secondo il quale la Corte potrebbe dichiarare irricevibile un ricorso individuale in assenza di un effettivo pregiudizio del ricorrente soltanto qualora esso sia già "stato debitamente esaminato da un tribunale interno". In sostanza, dopo l'entrata in vigore del Protocollo 15, qualora si tratti di un caso nel quale il ricorrente non ha subito un effettivo danno derivante dalla presunta violazione della CEDU, la Corte di Strasburgo può evitare di occuparsi della vicenda anche se in merito ad essa non si è espresso alcun giudice nazionale. Si tratta di una previsione opportuna, che consente alla Corte di dedicarsi a questioni importanti, tralasciando vicende prive di effettiva consistenza.

Degno di nota è anche l'art. 1 del Protocollo. Esso ha lo scopo d'introdurre nella Carta di Roma un richiamo al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine d'apprezzamento.

In particolare, si prevede una modifica del testo della Convenzione, con l'inserimento nel suo preambolo della seguente disposizione: "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". E ciò ribadendo al contempo che, nell'esercizio di tale responsabilità, gli Stati "enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention".

Il richiamo al principio di sussidiarietà dovrebbe servire a ricordare che il controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo è uno strumento residuale, da attivare nel momento in cui non funzionano i meccanismi interni di protezione dei diritti fondamentali. In altri termini, la Corte dovrebbe essere adita ed "entrare in gioco" soltanto nel momento in cui, a livello di Stati, non si riesca efficacemente a garantire un diritto protetto dalla CEDU. Si tratta di una previsione sollecitata in più occasioni anche dai Paesi membri, come viene opportunamente ricordato nella relazione introduttiva al disegno di legge governativo di ratifica del Protocollo.¹³

Quanto al richiamo al margine d'apprezzamento, com'è noto, esso concerne l'ampiezza della discrezionalità di cui godono gli Stati nella disciplina delle singole fattispecie. Quanto maggiore è il

¹⁰ Cfr. G. ZAMPETTI, *The Recent Challenges for The European System of Fundamental Rights: Protocol No. 16 to The ECHR and Its Role Facing Constitutional and European Union Level of Protection*, in [Econstor](#), 2018, 5.

¹¹ Cfr. i dati disponibili sul sito della Corte all'indirizzo https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_month_2020_FRA.PDF

¹² [Sent. 10 settembre 2019, Strand Lobben and Others v. Norway, application no. 37283/13.](#)

¹³ Cfr. il DDL C. 1124 *Governo*, sul [sito della Camera](#).

marginale d'apprezzamento, tanto meno stringente è il vincolo che su una certa disciplina impongono la Convenzione e la Corte EDU.¹⁴

Senonché, come evidenziato da Massimo Luciani,¹⁵ l'opportuna esigenza di rimarcare una delimitazione dei ruoli tra Stato nazionale e giurisdizione europea, ribadendo che a quest'ultima spetta un ruolo soltanto sussidiario, si scontra con una formulazione non adeguata della proposta di modifica del Preambolo della Convenzione.

È noto, infatti, che il principio di sussidiarietà opera come “un ascensore”,¹⁶ potenzialmente in grado di far ascendere una competenza. Ne discende che il successivo richiamo alla Corte EDU per la garanzia di questo principio e del margine d'apprezzamento degli Stati finisce, in realtà, per rendere palese che alla prima viene affidata la definizione delle competenze, proprio in contrasto con l'esigenze che invece il Protocollo 15, con la modifica suddetta, vorrebbe soddisfare.

Non è un caso che, durante le audizioni svolte in Parlamento per la ratifica del Protocollo, la modifica del Preambolo della CEDU abbia dato luogo a divergenti interpretazioni, con una parte della dottrina secondo la quale la previsione *de qua* aprirebbe a un'ulteriore espansione del ruolo del giudice di Strasburgo.¹⁷ Tale prospettiva, oltretutto, appare ancora più preoccupante alla luce di quanto si dirà più avanti sul contenuto del Protocollo 16.¹⁸

Il Protocollo 15 contiene, poi, previsioni meno problematiche, che riguardano la composizione della Corte e il suo funzionamento.

In particolare, l'art. 2 introduce delle modifiche in relazione all'età che debbono avere le personalità proposte dagli Stati all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa per la nomina a giudice. Si prevede che la rosa di candidati debba essere composta da persone che non hanno raggiunto i 65 anni d'età e, al contempo, si elimina la previsione della cessazione del mandato dei giudici al compimento del 70° compleanno, anche se non sono trascorsi i nove anni di durata del mandato.¹⁹

L'art. 3 del Protocollo, poi, elimina il diritto delle parti costituite in un giudizio davanti alla Corte di opporsi alla rimessione di una questione, da parte di una sezione, alla *Grande Chambre*, nel caso previsto dall'art. 30 CEDU, e cioè se essa sollevi “gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la sua soluzione” rischi “di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte”.

Questa modifica ha lo scopo di razionalizzare il sistema giurisdizionale convenzionale, consentendo alla grande Camera di esprimersi sulle questioni più spinose. Essa pone, tuttavia, il problema della garanzia del doppio grado di giudizio, che verrebbe messa nelle “mani” della sezione che può richiedere il rinvio alla Grande Camera.²⁰

In realtà, è proprio il sistema d'appello della Corte EDU che necessiterebbe una revisione. E ciò non solo perché non è assicurato il doppio grado di giudizio, dal momento che spetta alla stessa Corte la scelta di accettare o meno l'appello contro le sentenze delle sezioni; ma anche perché tale scelta non è adeguatamente motivata e, dunque, priva di chiari presupposti, sembrando talora il frutto di *arcana imperii* invero incompatibili con un giudice chiamato a tutelare i diritti fondamentali.²¹

¹⁴ Al riguardo v. M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Torino, 2018, 81. Sul tema nella giurisprudenza della Corte EDU, v. ad es. [Grand Chamber, sent. 16 dicembre 2010, A, B and C vs. Ireland, Application no. 25579/05](#), spec. §§. 231 ss..

¹⁵ M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, in [Sistema penale](#), 2019, 4.

¹⁶ In tal senso v. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino, XV ed., 2017, 91.

¹⁷ Cfr. M. LUCIANI, *loc. cit.* Cfr., inoltre, F. FARRI, *Protocollo 16 CEDU. Verso una super Corte costituzionale europea*, al [sito del Centro Studi Livatino](#), 2019.

¹⁸ V. *infra*, par. 3 ss.

¹⁹ Sul punto sia consentito il rinvio a F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2019, 3.

²⁰ M. LUCIANI, *Note critiche*, cit., 3.

²¹ Cfr. ad es. la decisione della Corte di non concedere il rinvio alla *Grande Chambre* dopo la [sent., sez. II, 28 agosto 2012, Costa et Pavan c. Italie \(Requête no 54270/10\)](#). Su tale pronuncia sia consentito il rinvio a F. VARI, *Considerazioni*

Il Protocollo 15 è stato già ratificato da parte di tutti i Paesi membri del Consiglio d'Europa, salvo la Bosnia-Erzegovina e l'Italia. Ciò ne blocca l'entrata in vigore, giacché essa è condizionata alla ratifica da parte di tutti gli Stati sottoposti alla giurisdizione della Corte.

3. Il contenuto del Protocollo n. 16 e il rinvio “pregiudiziale” alla Corte EDU per un parere formalmente consultivo, sostanzialmente vincolante

Diversamente dal Protocollo 15, il 16, approvato nell'ambito del Consiglio d'Europa nel 2013, è già entrato in vigore, giacché erano necessarie soltanto di 10 ratifiche.

Esso oggi trova applicazione in 13 Paesi – che presto diverranno 14 – su 47 del Consiglio d'Europa. Si tratta di Stati che, sotto il profilo della tradizione giuridica, si potrebbero definire quasi tutti, con l'eccezione significativa della Francia, minori.²² Tanto per fare qualche esempio, la Germania, la Spagna, il Regno Unito, a differenza del Protocollo n. 15, non hanno ratificato – e, anzi, nemmeno firmato – il Protocollo n. 16.

In una prospettiva di “dialogo” tra le Corti,²³ esso serve a consentire alle “più alte giurisdizioni”, individuate da ciascun Paese,²⁴ di sospendere eventualmente il giudizio dinanzi a sé e chiedere alla Corte di Strasburgo un parere preventivo su “diritti e ... libertà definite dalla Convenzione o dai suoi protocolli”.

Si tratta di un meccanismo incidentale simile, per molti aspetti, da un lato, a quello che attiva il controllo della Corte costituzionale italiana sulle leggi e, dall'altro, al rinvio pregiudiziale previsto nel diritto dell'Unione europea.²⁵

Il Protocollo, all'art. 5, prevede che il parere abbia valore soltanto consultivo, mentre, in realtà, esso finirà per avere un'efficacia vincolante.²⁶ E ciò già in punto di fatto. Invero, da un lato, si fa fatica a immaginare un giudice che, prima, è talmente in dubbio su come risolvere una certa questione da chiedere un parere alla Corte di Strasburgo e, poi, una volta ottenuto tale parere, abbia la forza di distaccarsene. D'altro lato, lo scostamento del giudice rimettente dalla decisione di Strasburgo inevitabilmente costituirebbe “motivo di ulteriore impugnativa ... alla Corte” EDU da parte del soggetto soccombente davanti al tribunale nazionale.²⁷ Ed è difficile credere che la Corte di Strasburgo, dopo essersi espressa su una vicenda nella composizione di *Grande Chambre*, smentisca se stessa, “legittimando” la decisione di un giudice che si è opposto al suo parere. Il che è ancora più

critiche a proposito della sentenza *Costa et Pavan* della II sezione della Corte EDU, in [Rivista AIC](#), n. 1 2013. Sulla mancata concessione dell'appello v. A. VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2013.

²² Gli altri Stati che hanno ratificato il Protocollo n. 16 sono Albania, Andorra, Armenia, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Lituania, Paesi Bassi, San Marino, Slovacchia, Slovenia e Ucraina (cfr. sul [sito Internet del Consiglio d'Europa](#)).

²³ G. ZAMPETTI, *The Recent Challenges for The European System of Fundamental Rights*, cit., 5.

²⁴ Per l'Italia il disegno di legge in esame indica, all'art. 3, comma 1, quali giudici legittimati alla richiesta di parere alla Corte EDU, con eventuale sospensione del giudizio *a quo*, “la Suprema Corte di cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana”.

Visto il particolare regime di autonomia della Corte costituzionale, il comma 3 dello stesso articolo prevede che la Corte costituzionale possa “provvedere con proprie disposizioni all'applicazione” del Protocollo n. 16.

²⁵ 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.it](#), n. 3 del 2019, 10.

²⁶ Al riguardo v. M. LUCIANI, *Note*, cit., 4 ss.; M. ESPOSITO, *I d.d.l. di ratifica del Protocollo 16 della CEDU: un altro caso di revisione costituzionale per legge ordinaria?*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2019, 17 ss.; G. ZAMPETTI, *Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU*, in [Federalismi.it](#), n. 3 del 2020, 161 s.

²⁷ G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in [Federalismi.it](#), n. 5 del 2019, 77.

problematico, come evidenziato da Esposito,²⁸ nel momento in cui il parere viene reso dalla Corte senza che le parti del processo nazionale possano costituirsi dinanzi a essa.

Se questi rilievi sono già di per sé sufficienti a dimostrare come il parere della Corte EDU, sul piano di fatto, finisce per essere vincolante, anche in punto di diritto si giunge, quanto meno per l'ordinamento italiano, alla medesima conclusione.

In proposito occorre fare riferimento alla nota giurisprudenza della Corte costituzionale, inaugurata nel 2007 con le c.d. sentenze gemelle.²⁹ In esse il giudice delle leggi ha riconosciuto che la CEDU e le decisioni della Corte di Strasburgo che esplicitano il contenuto della stessa sono fonti interposte nel giudizio di legittimità costituzionale sulla violazione del primo comma dell'art. 117 Cost. – come riscritto a seguito della riforma del Titolo V della parte II della Costituzione avvenuta nel 2001 – e vincolano, dunque, il legislatore interno. Inoltre, per il tramite dell'interpretazione conforme, le decisioni della Corte di Strasburgo possono finire per imporsi anche al giudice,³⁰ come evidenziato, sia pure con alcune necessarie e opportune precisazioni, sempre dalla Consulta.³¹

Quindi, in Italia, il parere preventivo della Corte di Strasburgo, esplicitando il contenuto della Convenzione, finirebbe per essere vincolante anche in punto di diritto.

4. Un problema di potere: il potenziamento della Corte EDU a scapito del Parlamento...

Massimo Luciani ha di recente ricordato come costituisca “manifestazione di potere la decisione sui diritti”.³²

Proprio per tale ragione il meccanismo di rinvio pregiudiziale alla Corte EDU è uno strumento “rivoluzionario”,³³ che rischia, quanto al nostro ordinamento, di marginalizzare, da un lato, il Parlamento e, dall'altro, la Corte costituzionale.

Come si è detto sopra, il controllo della Corte di Strasburgo sul rispetto dei diritti fissati nella Convenzione e nei suoi protocolli addizionali era stato configurato come una valutazione *ex post*, da attivare una volta esperiti tutti i mezzi di ricorso interni. Era, dunque, un meccanismo sussidiario, che portava all'accertamento che tutti i soggetti istituzionali competenti non erano riusciti ad assicurare il rispetto dei diritti fondamentali protetti dal sistema CEDU: una sorta di “ultima spiaggia”.

Con il Protocollo 16, invece, si affida ai giudici, sia pure supremi, la possibilità di richiedere alla Corte EDU di pronunciarsi preventivamente sul regime dei diritti protetti dalla Convenzione. In tal

²⁸ M. ESPOSITO, *I d.d.l. di ratifica*, cit., 18.

²⁹ [Sentt. 24 ottobre 2007, n. 348](#) e [24 ottobre 2007, n. 349](#).

Su tali decisioni v. A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, sul [sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti](#), 2007; ID., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 2009; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, sul [sito dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti](#), 2007.; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2007; M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, 3564 ss.; F. BILANCIA, *Con l'obiettivo di assicurare l'effettività degli strumenti di garanzia la Corte costituzionale italiana funzionalizza il “margine di apprezzamento” statale, di cui alla giurisprudenza CEDU, alla garanzia degli stessi diritti fondamentali*, *ibid.*, 2009, 4772 ss.; E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in [Rivista AIC](#), n. 1 del 2011.

³⁰ Sul punto v. M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, 459, nt. 502.

³¹ Cfr. [Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49](#), con osservazioni di G. REPETTO, *Vincoli al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo* e di V. MONGILLO, *La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo “stigma penale” e la presunzione d'innocenza* in *Giur. cost.*, 2015, 391 ss.

³² M. LUCIANI, *Note critiche*, cit., 1.

³³ L'espressione è di M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16*, cit., 4.

modo, si spinge la Corte di Strasburgo a farsi essa stessa garante in prima istanza della tutela dei diritti fondamentali, con un ruolo creativo, demiurgico, non più suppletivo, di controllo o di ultima istanza.

La Corte è, così, chiamata a esercitare un compito che potrebbe sovrapporsi a quello degli organi nazionali competenti a garantire i diritti fondamentali, a partire dal Parlamento. Infatti, “in ordinamenti come quello italiano, la decisione sui diritti e sui doveri è concepita come una decisione *politica* che non può essere affidata ai giudici”;³⁴ a questi ultimi, “nello Stato costituzionale di diritto (quanto meno nella sua versione continentale, ...)” spetta “un’opera essenziale di *protezione* dei diritti fondamentali, ma questa non può sovrapporsi all’azione degli organi politici e trasformarsi in opera di *creazione* di quei diritti”.³⁵

Al contrario la capacità creativa della Corte EDU – già incisiva in virtù della giurisprudenza, sopra ricordata,³⁶ che ritiene la Convenzione un “*living instrument*” – è ulteriormente rafforzata dal meccanismo del rinvio pregiudiziale, che consente alla stessa di andare a definire, addirittura prima delle valutazioni dei giudici (supremi) nazionali, il regime di un diritto fondamentale.

È stato, al riguardo, acutamente evidenziato che il ruolo creativo della Corte EDU è prefigurato anche nelle Linee guida della Corte per l’attuazione del Protocollo 16,³⁷ le quali richiamano l’insorgere di un “«novel point of Convention law» quale ipotesi che potrebbe condurre il giudice nazionale ad avvalersi della possibilità di formulare una richiesta di parere”.³⁸

5. ... e della Corte costituzionale

La nuova procedura introdotta dal Protocollo 16 rischia, inoltre, di accentuare le tendenze ricordate all’inizio di questo scritto sul carattere costituzionale del giudice di Strasburgo, trasformandolo in una super Corte costituzionale europea, priva oltretutto della “legittimazione” derivante da “una decisione costituente democratica” che caratterizza, al contrario, la Consulta.³⁹

Di un “*constitutional role*” della Corte EDU si parla espressamente nella proposta formulata dai saggi⁴⁰ da cui ha preso le mosse la redazione del Protocollo 16,⁴¹ in contraddizione, peraltro, con l’intento di limitare il ruolo della Corte che invece sarebbe sotteso, come si è visto innanzi,⁴² alla modifica del Preambolo della CEDU introdotta dal Protocollo 15.

L’intervento preventivo della Corte di Strasburgo potrebbe, dunque, portare a una “dequotazione della Corte costituzionale in tema di diritti fondamentali”.⁴³

³⁴ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1663.

³⁵ M. LUCIANI, *loc. ult. cit.*

³⁶ V. par. 1 di questo lavoro.

³⁷ Sulle *Linee direttrici sull’introduzione e il proseguimento della procedura del parere consultivo previsto dal Protocollo n. 16 alla Convenzione* approvate dalla Corte EDU il 18 settembre 2017 e sulle norme contenute nel Capitolo X del Regolamento della Corte EDU v. E. SPATAFORA, *Il d.d.l. di ratifica ed esecuzione del Protocollo n.16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in Dirittifondamentali.it, n.1 del 2020.

³⁸ G. ZAMPETTI, *Ordinamento costituzionale*, cit., 166.

³⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, cit., 1663, il quale chiarisce (nt.79) come con tale riferimento intende richiamarsi non alla “democraticità della legittimazione derivante ... dalla nomina o dall’elezione dei giudici costituzionali da parte di organi politici, ma alla democraticità della decisione che ha originato il parametro di giudizio, che si riverbera sulla legittimazione dell’organo che quel parametro è chiamato ad applicare”.

⁴⁰ Cfr. §. 135 del *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM(2006)203, del 15 novembre 2006.

⁴¹ Sul processo di redazione del Protocollo v. il [Rapporto esplicativo al Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali](#).

⁴² V. *supra*, par. 2.

⁴³ G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge*, cit., 3.

È noto che, a partire dalla [sentenza n. 269 del 2017](#),⁴⁴ il giudice delle leggi ha affermato, con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), che “le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento *erga omnes*” della Consulta, “anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)”. E ciò pure “al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali”. In sostanza la Corte costituzionale è giunta finanche a “depotenziare” l'efficacia del diritto dell'Unione direttamente applicabile, per riservare a sé un sindacato accentrato sui diritti fondamentali.⁴⁵ In contrasto con tale esigenza d'accentramento, il meccanismo del rinvio “preliminare” a Strasburgo finirebbe, invece, per tagliare fuori la Consulta dal controllo sulla disciplina dei diritti fondamentali su cui si pronuncerebbe la Corte EDU.

Tramite tale strumento, quest'ultima potrebbe intervenire nelle questioni più spinose, finendo per proporre/imporre una sua lettura dei diritti diversa da quella propria della Costituzione italiana.⁴⁶

Infatti, può verificarsi una differenza sostanziale tra i diritti protetti dalla Carta repubblicana e quelli regolati dalla CEDU. Sarebbe “ingenuo” credere che alla medesima parola corrisponda lo stesso contenuto o che “la stessa etichetta (poniamo: «libertà di associazione») denoti la medesima cosa in tutti i contesti e in tutte le esperienze giuridiche”.⁴⁷ Lo dimostra, ad esempio, il rapporto tra la libertà di manifestazione del pensiero, protetta come diritto individuale dall'art. 21 Cost., e le libertà d'espressione e d'opinione, oggetto di funzionalizzazione nell'art. 10 CEDU.⁴⁸

Inoltre, come chiarito dalla Corte costituzionale nella nota sentenza sulle pensioni svizzere,⁴⁹ è diversa la prospettiva nella quale si collocano le pronunce della Consulta e quelle di Strasburgo: infatti, “a differenza della Corte EDU” – che “è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco” – il giudice delle leggi “opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata”. Dunque, anche di fronte alla stesso termine, possiamo assistere tra sistema CEDU e ordinamento costituzionale a discipline dei diritti tra loro non pienamente coincidenti, anche quanto ai limiti apponibili. Si può ricordare, per inciso, come la differenza tra regimi di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea, nel sistema CEDU e nelle costituzioni nazionali⁵⁰ costituisce il presupposto di recenti due pronunciamenti del *Bundesverfassungsgericht*,⁵¹ la cui portata apparirà chiara soltanto in futuro.⁵²

La ratifica da parte dell'Italia del Protocollo 16 porrebbe, dunque, problemi analoghi a quelli evidenziati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, nel parere del 18 dicembre 2014,⁵³ sull'adesione dell'UE alla Convenzione. Essa si è espressa criticamente su tale adesione,

⁴⁴ [Corte cost., sent. 14 dicembre 2017, n. 269](#) con osservazioni di G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017* e G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità* in *Giur. cost.*, 2017, 2925 ss.

⁴⁵ Sul punto e sulle più recenti pronunce del giudice delle leggi v. M. RUOTOLO, [L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa](#), in [Consulta OnLine](#), [Studi 2019/III](#), 589 ss..

⁴⁶ *Contra* M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 4 s.

⁴⁷ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, cit., 1661. Al riguardo v. anche G. ZAMPETTI, *Ordinamento*, cit., 168.

⁴⁸ Sul tema v. M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, cit., 459.

⁴⁹ [Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264](#), con osservazioni di C. PINELLI, «Valutazione sistematica» versus «valutazione parcellizzata»: un paragone con la Corte di Strasburgo, di R. CAPONI, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le corti* e di F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in *Giur. cost.*, 2012, 4216 ss.,

⁵⁰ Sulla quale cfr. le riflessioni di A. MANGIA, *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *DPCE*, 2019, 867 s.

⁵¹ BVerfG, [ordd. 6 novembre 2019, 1 BvR 16/13 \(Recht auf Vergessen I\)](#) e [1 BvR 276/17 \(Recht auf Vergessen II\)](#).

⁵² Su di essi v. L.S. ROSSI, *Il “nuovo corso” del Bundesverfassungsgericht nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell'Unione*, in [Federalismi.it](#), n. 3 del 2020, III ss.

⁵³ [Corte di giustizia, sezione plenaria, parere 2/2013](#).

sottolineando il rischio che le procedure di cui al Protocollo 16 vengano attivate al posto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, *ex art. 267 TFUE*,⁵⁴ con una sua conseguente marginalizzazione.

6. In conclusione: un difficile equilibrio rimesso in discussione

Questo scritto ha analizzato le prospettive di riforma del sistema CEDU, evidenziando come esse, in particolare il Protocollo 16, finiranno per rafforzare la Corte EDU in contrasto con il principio di sussidiarietà – pur richiamato nel Protocollo 15 – e a scapito della centralità del Parlamento e del ruolo della Corte costituzionale.

Così si finirà anche per rimettere in discussione l'equilibrio nei rapporti tra ordinamento interno e sistema convenzionale, raggiunto dopo le sentenze gemelle del 2007.⁵⁵

Il tempo dimostrerà se tali considerazioni sono fondate; o se, invece, hanno ragione gli autori per i quali la ratifica dei nuovi Protocolli costituirà un passo avanti nella tutela dei diritti fondamentali, portando a un miglioramento nel dialogo tra le Corti, come prefigurato in un comunicato dell'ufficio stampa della Corte costituzionale, relativo a un incontro tra quest'ultima, la Cassazione, la Corte dei conti, il Consiglio di Stato e la Corte EDU.⁵⁶

È indiscutibile, tuttavia, che le prospettive sopra descritte, ove pienamente realizzate, contribuiranno a spostare ulteriormente l'equilibrio tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo – descritto dall'illustre studioso cui questo scritto è dedicato con le parole ricordate al suo inizio – a tutto vantaggio del primo.

⁵⁴ Sul punto v. M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 15.

⁵⁵ Cfr. E. MALFATTI, *La Cedu come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2019, 159 s.; G. ZAMPETTI, *Ordinamento*, cit., 175.

⁵⁶ Il testo del comunicato è nel [sito della Corte costituzionale](#). Richiama lo stesso R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16 – E perché*, in [Sistema penale](#), 2019, 4.