

## **La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n. 16**

di Enzo Cannizzaro

Sommario: 1. Introduzione - 2. I problemi di coordinamento fra pareri consultivi e altre forme di rinvio pregiudiziale - 3. I tratti distintivi della pregiudizialità “convenzionale”: a) il carattere facoltativo del rinvio - 4. Segue. Il carattere non vincolante dei pareri consultivi - 5. L’impatto del Protocollo 16 sul “predominio assiologico della Costituzione”.

### **1. Introduzione**

Questo breve scritto intende verificare l’esistenza di “profili di criticità” nella ratifica del Protocollo aggiuntivo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo, connessi al rischio di erosione del ruolo delle Alti Corti giurisdizionali italiane e dei principi fondamentali del nostro ordinamento.

È questa, infatti, la sintetica motivazione che si rinviene nei verbali della seduta del *plenum* della Camera dei deputati del 28 settembre 2020, la quale ha accolto la proposta delle due Commissioni, Giustizia e Affari esteri, di stralciare da un disegno di legge di autorizzazione alla ratifica di due Protocolli aggiuntivi solo la disposizione che avrebbe autorizzato la ratifica del Protocollo 16.

### **2. I problemi di coordinamento fra pareri consultivi e altre forme di rinvio pregiudiziale**

Una analisi critica del Protocollo 16 sarebbe stata, invero, necessaria da parte delle due Commissioni, dato che tale atto modifica in maniera sostanziale il sistema strumentale di garanzia dei diritti dell’uomo.

Il Protocollo n. 16, infatti, introduce, accanto al classico controllo *a posteriori* sul rispetto dei diritti convenzionali ad opera della Corte europea dei diritti umani, attivato da un ricorso individuale, uno strumento aggiuntivo. Tale strumento consiste nella facoltà delle Alte Corti degli Stati parte di richiedere alla Corte europea un parere consultivo sulla interpretazione e sulla applicazione in un caso pendente innanzi ad esse. Il Protocollo precisa che, ancorché connessa al caso, la richiesta dovrà concernere questioni di principio. Inoltre, il parere della Corte europea non avrà effetti vincolanti, né per il giudice richiedente né, a più forte ragione, per altri giudici.

Tale meccanismo, quindi, non presuppone il previo esaurimento dei ricorsi interni, previsto per i ricorsi individuali. Al contrario, esso si impernia in un giudizio pendente presso un giudice nazionale, ancorché in ultimo grado, il quale mira a consentire ai giudici di conoscere gli orientamenti interpretativi della Convenzione prima di rendere la propria sentenza e, di conseguenza, a prevenire la violazione dei diritti convenzionali. Come ricordano molti commentatori, il meccanismo dei pareri consultivi reca tracce di analogia con i sistemi di rinvio pregiudiziale, già sperimentati sia in ambito nazionale che in ambito sovranazionale.

Al di là dello scopo deflattivo rispetto all’enorme carico di ricorsi che affligge la Corte europea, tale meccanismo potrebbe risolvere, almeno in parte, una evidente aporia nel sistema della Convenzione europea, data dalla circostanza che l’attuale sistema di accertamento *ex post* è possibile, nella massima parte dei casi, solo in presenza di giudicati nazionali che rendono assai difficile, se non impossibile, l’attivazione di rimedi restitutori.

Pertanto, l’introduzione del nuovo meccanismo dei pareri consultivi presenta, accanto a questi vantaggi, anche difficoltà tecniche. Quella più preoccupante riguarda la proliferazione di meccanismi di tipo pregiudiziale, i quali, se utilizzati in maniera indiscriminata, potrebbero

allungare in maniera abnorme il percorso giudiziale verso l'accertamento di una violazione dei diritti fondamentali. Un giudice potrebbe trovarsi, infatti, a scegliere fra vari meccanismi pregiudiziale: il rinvio incidentale alla Corte costituzionale; il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione; la richiesta di un parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Le tre strade potrebbero, a propria volta, incrociarsi qualora, ad esempio, la Corte costituzionale decidesse di disporre, a propria volta, un meccanismo di rinvio ad una Corte sovranazionale o, addirittura, una delle due Corti sovranazionali - nella ipotesi di adesione dell'Unione alla Convenzione europea - potrebbe ulteriormente effettuare un rinvio all'altra.

Insomma, lo strumento del parere consultivo potrebbe creare una addizionale difficoltà nell'ambito di sistemi concorrenti dei diritti fondamentali, che già mettono a dura prova la perizia tecnica dei giudici coinvolti, moltiplicano i conflitti fra le prerogative, vere o presunte, delle rispettive Corti e ostacolano grandemente la strada verso una tutela effettiva delle vittime.

Questi nodi critici saranno verosimilmente sciolti ad opera della giurisprudenza e della dottrina, alla ricerca di un equilibrio, sovente mutevole, che assicuri la composizione fra gli innumerevoli elementi che compongono i sistemi di tutela dei diritti fondamentali. Non sembra, però, che essi possano costituire, di per sé, un ostacolo alla ratifica del nuovo strumento, i cui vantaggi soverchiano notevolmente gli svantaggi.

Né sembrano queste le criticità che hanno ispirato la decisione del legislatore italiano.

In assenza di indicazioni esplicite nei lavori parlamentari, i motivi della decisione della Camera dei deputati del 28 settembre scorso vanno verosimilmente individuate con l'aiuto dei testi delle audizioni di alcuni studiosi davanti alle due Commissioni parlamentari, i quali hanno espressamente concluso nel senso della inopportunità di procedere alla ratifica del Protocollo 16. Converrà, quindi, considerare sinteticamente le tesi suggerite in tali audizioni, valutarne la consistenza tecnica e saggiarne la coerenza teorica.

### **3. I tratti distintivi della pregiudizialità “convenzionale”: a) il carattere facoltativo del rinvio**

Un primo ordine di motivazioni, di carattere tecnico, si impernia sulle analogie fra il nuovo meccanismo dei pareri consultivi e lo strumento del rinvio pregiudiziale, disciplinato, nell'ordinamento dell'Unione europea, dall'art. 267 TFUE. Su tale premessa, si potrebbe sostenere che l'introduzione del nuovo meccanismo produrrebbe conseguenze negative per le competenze della Corte costituzionale in tema di diritti fondamentali.

Di tale argomento, appare impropria la premessa, data dalla stretta analogia fra i pareri consultivi della Corte europea e le sentenze pregiudiziali della Corte di giustizia. Né sono chiare le conseguenze circa il rischio di una alterazione del sistema costituzionale di tutela dei diritti fondamentali.

Nella teoria generale del processo, una questione si definisce pregiudiziale allorché essa si ponga in rapporto di priorità logica rispetto all'altra. Da questo punto di vista, non vi è dubbio che la richiesta di parere consultivo debba riguardare questioni pregiudiziali per il giudice *a quo*. Qui si fermano le analogie con lo strumento del rinvio pregiudiziale. Difatti, 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, come si dirà in un paragrafo successivo, quanto agli effetti dell'accertamento sulla questione pregiudiziale.

Come si è detto, il Protocollo n. 16 attribuisce alle Alte Corti degli Stati parte una mera facoltà di chiedere un parere consultivo, su questioni di principio e, limitatamente al caso pendente innanzi ad esse. L'insieme di tali limitazioni, alla luce del ridotto numero di disposizioni convenzionali soggette a interpretazione, e della sterminata giurisprudenza della Corte europea, sembra indicare come le richieste di parere verteranno pressoché esclusivamente sulla pregressa giurisprudenza della Corte europea, al fine di ottenerne una precisazione o addirittura una modifica.

L'effetto della mancata ratifica, quindi, da parte dell'Italia avrà come unico effetto quelli di rendere impossibile ai giudici italiani di portare all'attenzione della Corte europea una situazione, fattuale o giuridica, che esiga, a loro avviso, uno sforzo interpretativo ulteriore rispetto alla pregressa giurisprudenza. Di conseguenza, il giudice italiano avrà l'alternativa fra conformarsi ai precedenti orientamenti della Corte europea, ritenuti non appropriati, ovvero adottare un indirizzo interpretativo divergente, con il conseguente rischio di violare i diritti fondamentali di un individuo, e di ingenerare un ricorso individuale.

In ogni caso, non si vede come il nuovo meccanismo possa incidere sulle competenze della Corte costituzionale. Niente, infatti, impedisce al giudice che abbia richiesto un parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo, e non sia convinto della conformità del suo contenuto all'assetto costituzionale dei valori, di sollevare un rinvio incidentale alla Corte costituzionale. La richiesta di parere consultivo implica, evidentemente, l'esistenza di un dubbio da parte del giudice su precedenti orientamenti interpretativi della Corte europea, ovvero sulla loro applicazione al caso concreto. Qualora i dubbi siano dissipati, il giudice potrà tranquillamente applicare la soluzione adottata dal parere, esercitando la propria discrezionalità tecnica di non sollevare rinvio incidentale alla Corte costituzionale; una discrezionalità sulla quale il Protocollo 16 evidentemente non incide. In caso contrario, e sempre che i dubbi riguardino l'assetto costituzionale dei valori, il giudice manterrà intatta la propria prerogativa di sollevare il rinvio incidentale secondo la consueta procedura dettata dalla Costituzione italiana.

Non sarà, invece, possibile una terza ipotesi; che, cioè, il giudice chieda un parere consultivo alla Corte europea successivamente ad una sentenza della Corte costituzionale adottata in seguito al suo rinvio incidentale e al fine di discostarsi da essa. Come è noto, infatti, a differenza dei pareri consultivi, le sentenze della Corte costituzionale hanno effetti vincolanti, sia per il giudice *a quo* che per qualsiasi altro giudice, i quali non potranno discostarsene neanche al fine di evitare una violazione della Convenzione.

#### **4. Segue. Il carattere non vincolante dei pareri consultivi**

Un secondo ordine di criticità potrebbe derivare dal presunto effetto vincolante dei pareri consultivi. Si potrebbe ritenere, infatti, che tale effetto, comporti un allineamento della decisione del giudice italiano al parere, vanificando così la competenza della Corte costituzionale ad accertare la costituzionalità delle leggi contrarie alla Convenzione europea, attraverso il filtro dell'art. 117, comma 1, Cost.

A dispetto della suggestione teorica che suscita l'idea di un "parere vincolante", tale argomento non sembra aver alcun fondamento.

Innanzitutto, esso è ostacolato da una ragione formale. Al carattere non vincolante dei pareri consultivi è dedicata una apposita disposizione: l'art. 5 del Protocollo. È ben difficile ritenere che si tratti di una svista dei redattori del Protocollo. Né può dirsi che dietro la forma si celi una sostanza diversa, prodotta dalla particolare autorevolezza dell'autore del parere. L'effetto formalmente non vincolante, infatti, è teso proprio a consentire al giudice *a quo*, non persuaso della risposta ricevuta

dalla Corte europea, di non darvi seguito, facendo valere nella propria decisione le ragioni, magari di ordine costituzionale, che esigono una diversa ricostruzione dei diritti convenzionali.

Ma pur ad ammettere che i pareri consultivi producano un effetto *de facto* vincolante, in relazione alla autorevolezza della Corte europea, non si vede come essi possano incidere sulle competenze della Corte costituzionale. Neanche un parere “vincolante” potrà mai impedire ad un giudice di sollevare un rinvio incidentale di costituzionalità delle leggi nazionali. Il parere potrà, semmai, incidere sull’apprezzamento del giudice; potrà, “convincerlo” della conformità della soluzione adottata dalla Corte europea rispetto al sistema costituzionale nazionale, per modo che questi sia indotto a non sollevare una questione di costituzionalità. È difficile però accettare l’idea che l’Italia non debba ratificare uno strumento di tutela dei diritti convenzionali al fine di evitare il rischio che un giudice si convinca che il contenuto dei diritti convenzionali, come definito dalla Corte europea, sia compatibile con la Costituzione italiana.

## **5. L’impatto del Protocollo 16 sul “predominio assiologico della Costituzione”.**

Conviene, da ultimo, interrogarsi sugli effetti sistemici dell’introduzione del nuovo meccanismo dei pareri consultivi; chiedersi, cioè, se tale meccanismo possa aver l’effetto di depotenziare la funzione della Corte costituzionale come supremo giudice dei diritti fondamentali. Si tratta della questione talvolta definita come quella della “ultima parola”.

Pur ad ammettere che tale questione abbia ancora senso nell’ambito dei moderni ordinamenti complessi, è difficile, però, vedere come la ratifica del Protocollo 16 possa influire su di essa. Non vi è dubbio che, nell’ordinamento costituzionale italiano l’ultima parola in tema di questioni costituzionali spetti alla Corte costituzionale. Non vi è parimenti dubbio che, nell’ordinamento internazionale, l’ultima parola in tema di violazioni dei diritti convenzionali spetti alla Corte europea dei diritti dell’uomo.

Or bene, proprio il rischio di conflitti inter-ordinamentali dovrebbe indurre alla ricerca di tecniche atte a prevenirli. Il meccanismo dei pareri consultivi è proprio una *conflict avoidance technique*, il cui scopo primario è quello di consentire ai vari organi giudiziari, titolari di competenze nel delicato campo dei diritti fondamentali, di apprezzare in via preventiva le rispettive ragioni e di ricercare soluzioni che possano contemperare le diverse esigenze in gioco. Di converso, la rivendicazione astratta del primato di un ordinamento sull’altro e, conseguentemente, dei rispettivi organi di garanzia, appare un sicuro moltiplicatore di conflitti, vieppiù pericolosi nel delicato ambito dei diritti fondamentali.

Da un punto di vista più generale, la rivendicazione dell’ultima parola, nella presente fase storica che vede una espansione della tutela sovranazionale dei diritti fondamentali, sembra esprimere il timore che tale tutela si sovrapponga e condizioni quella costituzionale; che organi privi di legittimazione sovrachino gli orientamenti del custode della Costituzione; che, insomma, occorra ripristinare il predominio assiologico degli ordinati sistemi statali rispetto alle minacce eversive portate dal mondo esterno.

Se questa fosse la preoccupazione che ha animato il rifiuto di autorizzare la ratifica del Protocollo 16, si tratterebbe di una preoccupazione ... preoccupante. Essa, infatti, esprime la convinzione che lo Stato sia l’unico ambiente giuridico nel quale la tutela dei diritti fondamentali possa attecchire; che, al di fuori di esso, non vi sia spazio alcuno per la tutela di valori e diritti fondamentali; che tale sistema, legittimato dal principio democratico e ispirato alla tutela dei diritti dell’uomo, non abbisogni di forme esterne di controllo.

Si tratta, come è evidente, di argomenti di carattere ideologico, come tali non suscettibili né di dimostrazione né di confutazione. Su tale punto, quindi, converrà limitarsi a offrire alla riflessione talune rapide notazioni di carattere generale.

La prima concerne la circostanza, assai nota, che i trattati che hanno istituito forme di protezione internazionale dei diritti dell'uomo si collocano nel grande movimento internazionalista che ha preso avvio dopo la Seconda guerra mondiale, in reazione proprio ai nazionalismi che l'hanno causata. Come si legge nella quarta disposizione preambolare della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: "... fundamental freedoms ... are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of the Human Rights upon which they depend".

La seconda considerazione attiene al rischio prodotto dai processi di autolegittimazione dei sistemi costituzionali, il cui corollario è l'assoluta libertà dello Stato rispetto a interferenze e controlli internazionali, visti come una intollerabile intrusione nella sovranità statale. L'ideologia del potere assoluto di una comunità di determinare i propri valori fondamentali e le loro forme di tutela non è, infatti, professato solo dai sistemi fondati sulla democrazia e il rispetto dei diritti fondamentali, ma anche, e soprattutto, da quelli illiberali, manifestamente o surrettiziamente. Insomma, l'ideologia della sovranità può servire egualmente bene sia lo scopo di tutelare i diritti fondamentali che quello di violarli.

L'ultima considerazione attiene, infine, alla convinzione della autosufficienza dei moderni sistemi costituzionali, pur fondati sulla democrazia e sui diritti fondamentali. Anche in tali sistemi, apparentemente perfetti, si possono produrre violazioni dei diritti fondamentali, anche in forme particolarmente odiose, come evidenziato da talune recenti esperienze del nostro Paese.

È superfluo ricordare quanto l'esperienza della tutela transnazionale dei diritti fondamentali abbia giovato allo sviluppo di tali diritti e, più in generale, della cultura giuridica degli Stati parte, inclusa quella del nostro Paese.