

IL PROTOCOLLO N. 16 ALLEGATO ALLA CEDU E LA
FUNZIONE CONSULTIVA DELLA CORTE EUROPEA DEI
DIRITTI DELL'UOMO ANCHE ALLA LUCE DELLA FUTURA
E ANCORA INCERTA RATIFICA ITALIANA

THE PROTOCOL NO. 16 TO THE ECHR AND THE ADVISORY
ROLE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
ALSO IN THE LIGHT OF A FUTURE AND STILL UNCERTAIN
ITALIAN RATIFICATION

CRISTINA GRIECO

Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea

Recibido:21.10.2021 / Aceptado:08.11.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6687>

Riassunto: Il presente articolo esamina il primo parere consultivo reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 della CEDU su richiesta della Corte di cassazione francese, pochi mesi dopo l'entrata in vigore dello stesso Protocollo. I fatti che hanno dato origine alla richiesta di parere riguardano la questione del riconoscimento di un rapporto giuridico genitore-figlio stabilito all'estero a seguito di un accordo di maternità surrogata da parte di una coppia eterosessuale francese, in cui solo il padre risultava biologicamente legato ai figli. Il contributo discute dapprima il contenuto del parere della Corte e descrive le caratteristiche principali della nuova funzione consultiva la anche attraverso un confronto con la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea ed esamina poi la prospettiva della futura e in questa fase ancora incerta ratifica italiana del Protocollo n.16.

Parole chiave: Protocollo n. 16, Ratifica, CEDU, Parere, Competenza consultiva, Maternità Surrogata

Abstract: This article discusses the first advisory opinion of the European Court of Human Rights under the Protocol No 16 to the ECHR at the request of the French Cour de Cassation, a few months after the same Protocol No 16 entered into force. The facts giving rise to the request for an opinion concern the question of recognition of a legal parent-child relationship established abroad following a surrogacy agreement by a heterosexual French couple, where only the father was biologically related to the children. The essay first discusses the content of the Court's opinion and describes the main features of the ECHR's new advisory function also by comparing it with the preliminary ruling function of the Court of Justice of the European Union. The essay then examines the perspective of the future and at this stage still uncertain Italian ratification of the Protocol n.16.

Keywords: Protocol n. 16, ECHR, Ratification, Advisory Opinion, Advisory function, Surrogacy agreement

Sommario: I. Introduzione II. Caratteri, procedura ed effetti della competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo introdotta dal Protocollo n. 16 III. Affinità e divergenze tra la funzione consultiva della Corte EDU e la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia

dell'Unione europea IV. Il primo parere reso in applicazione del Protocollo n. 16 alla CEDU in materia di maternità surrogata V. La posizione della Corte EDU VI. L'Italia tra la ratifica del Protocollo n. 15 e il "no" al Protocollo n. 16: Un lungo ed incerto iter legislativo VII. Conclusioni

I. Introduzione

1. Generalmente le principali giurisdizioni internazionali affiancano ad una competenza di tipo contenzioso anche una di tipo consultivo¹. Ne sono un esempio la Corte internazionale di giustizia², la Corte di giustizia dell'Unione europea, e la Corte interamericana per i diritti umani. Lo stesso non poteva dirsi per la Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui funzione consultiva è stata relegata, almeno fino all'entrata in vigore del Protocollo n. 16, ad un ruolo talmente marginale da risultare pressoché irrilevante³.

2. Nondimeno, negli ultimi anni le cose sembrano aver preso una direzione diversa. Il 10 luglio 2013 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha approvato il Protocollo addizionale n. 16 alla CEDU⁴ che ha ampliato la competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito anche Corte EDU o Corte di Strasburgo) che può ora emettere pareri su questioni giuridiche relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà tutelati dalla convenzione e dai suoi protocolli. Come si legge nel preambolo, il nuovo meccanismo è stato pensato per permettere alla Corte EDU «di interagire maggiormente con le autorità nazionali consolidando in questo modo l'attuazione della Convenzione, conformemente al principio di sussidiarietà». Non è un caso che il Protocollo 16 sia stato ribattezzato "*Protocole du dialogue*"⁵.

Dell'opportunità di ampliare la competenza consultiva della Corte di Strasburgo si discuteva già da tempo⁶. Prima dell'introduzione del Protocollo n. 16, esisteva già un meccanismo, introdotto dal Protocollo n. 2 integrato dal 1998, direttamente nel testo della Convenzione⁷ che consente, a determinate

¹ Nella raccolta di saggi di A. ONDOUA, D. SZYMCAK (a cura di), "*La fonction consultative des juridictions internationales*", Paris, 2009, *passim*, le giurisdizioni internazionali sono suddivise a seconda che esercitino una competenza consultiva reale (Corte Internazionale di Giustizia, Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo, Corte di Giustizia dell'Unione Europea) o virtuale (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Corte Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli, Tribunale Internazionale del Diritto del Mare).

² U. VILLANI, "*La Funzione consultiva della Corte internazionale di giustizia*", in *La Comunità Internazionale*, 1/2019, p. 39.

³ Il testo originario della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 1950 non attribuiva alla Corte di Strasburgo una competenza di tipo consultivo. In seguito, su impulso dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, venne redatto il Protocollo n. 2, poi adottato dal Comitato dei Ministri a Parigi il 6 maggio 1963 ed entrato in vigore il 21 settembre 1970. In seguito alle successive modifiche apportate dal Protocollo n. 11, il Protocollo n. 2 è stato incluso direttamente nel testo della CEDU. Da allora gli articoli 47, 48 e 49 hanno costituito, almeno fino all'entrata in vigore del Protocollo n. 16, il fondamento giuridico della funzione consultiva della Corte EDU.

⁴ Protocollo n. 16 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, Strasburgo, 2 ottobre 2013, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinions&c=>.

⁵ Tale espressione è stata utilizzata dall'allora presidente della Corte EDU, D. Spielmann, https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20151005_Spielmann_Network_launch_FRA.pdf.

⁶ Senza pretesa alcuna di esaustività si segnalano in dottrina i contributi di: E. LAMARQUE (a cura di), "*La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*", Milano, 2015; T. VOLAND, B. SCHIEBEL, "*Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?*", in *Human Rights Law Review*, 2017, p. 73 ss.; P. DE SENA, "*Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*", in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 593 ss.; L.-A. SICILIANOS, "*L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – A propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*", in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, p. 9 ss.; G. ASTA, "*Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*", in *La Comunità internazionale*, 2013, p. 773 ss.; R. CONTI, "*La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*", in *Consulta Online*; E. NALIN, "*I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*", in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 117 ss.; D. VIGONI, "*Entra in vigore (ma non per l'Italia) il Protocollo n. 16 alla CEDU che consente di richiedere alla Corte EDU un parere consultivo*", in *Processo Penale e Giustizia*, 2018, p. 6 ss.

⁷ Titolo II, artt. 47-49 CEDU.

condizioni, di rivolgersi alla Corte per richiedere degli *avis consultatifs*⁸. Nondimeno, a causa delle stringenti limitazioni previste dal punto di vista soggettivo e oggettivo, il ricorso a tale meccanismo è stato talmente residuale da spingere la dottrina a classificare la Corte EDU come una corte “a competenza consultiva virtuale”⁹.

3. L’urgenza di consentire anche alla Corte di Strasburgo di esercitare una funzione consultiva effettiva era stata avvertita da tempo, non solo nell’ottica di permettere uno sviluppo armonioso dell’impianto dei diritti fondamentali a livello regionale ma anche di ridurre il carico di lavoro sulla Corte di Strasburgo che, in seguito al riconoscimento del diritto individuale di petizione, in qualche modo “vittima del proprio successo”¹⁰, rischia la paralisi con un ruolo di 62.000 casi pendenti a gennaio 2021¹¹.

4. Muovendosi in tale direzione, nel 2006 il Gruppo dei Saggi, su incarico del Comitato di Ministri, ha presentato una proposta¹². Successivamente, la questione è stata trattata nell’ambito delle conferenze annuali di *Izmir* (2011)¹³, di *Brighton* (2012)¹⁴ e di diversi altri *interim colloquia*.

Invitato a redigere il testo di un protocollo facoltativo alla CEDU, il Comitato dei Ministri ha incaricato il *Comité directeur pour les Droits de l’Homme*, che ha presentato un progetto di protocollo, unitamente ad un rapporto esplicativo, per l’adozione finale, avvenuta il 10 luglio 2013. Il Protocollo è stato aperto alla firma dei singoli Stati il 2 ottobre 2013. Il 12 aprile 2018 la Francia, paese che per curiosa coincidenza ha anche sollevato la prima richiesta di parere, ha depositato il decimo strumento di ratifica consentendone, in questo modo, il 1° agosto 2018, l’entrata in vigore¹⁵.

⁸ Dal punto di vista soggettivo l’iniziativa è riservata unicamente al Comitato dei Ministri inoltre, dal punto di vista oggettivo, la questione sottoposta alla Corte non deve riguardare questioni giuridiche relative ai diritti contemplati nel Titolo II della Convenzione o che possano costituire oggetto di ricorso contenzioso di fronte alla Corte. Limiti troppo stringenti perché si potesse sperare in un utilizzo estensivo dello strumento. Dal 1970, data di entrata in vigore del Protocollo n. 2, sono state emesse solo tre pronunce ai sensi dell’art. 47 della Convenzione. La prima decisione, resa il 2 giugno 2004, declina la competenza della Corte a fornire un parere con riguardo alla raccomandazione n. 1519 (2001) dell’Assemblea parlamentare (compatibilità della Convenzione europea per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali degli Stati indipendenti e della Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo). La seconda, pronunciata il 12 febbraio 2008, *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights* e, infine, la terza del 22 gennaio 2010, *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights* (no. 2). V. O. FERACI, “Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l’ordinamento giuridico italiano”, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019. Disponibile in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

⁹ Così D. SZYMCZAK, “La compétence consultative de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, in A. Ondoua, D. Szymczak, *La fonction consultative des juridictions internationales*, Paris, 2009, p. 89 ss.; J.-P. COSWTA, P. TITIUN, “Les avis consultatifs devant la Cour Européenne des droits de l’Homme”, in J.-F. Akandji-Kombé (cur.), *L’homme dans la société internationale: mélanges en hommage au professeur Paul Tavemier*, Bruxelles, 2013, p. 605 ss. Doc. CM (2006) 203, 15 novembre 2006. Nel suo “*Reflection Paper on the proposal to extend the Court’s advisory jurisdiction*”, ECHR, Strasburgo, 2012, doc. 3853038, la stessa Corte Edu ha prospettato che in sede di ricevibilità delle richieste potrebbero essere utilizzati alcuni criteri elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di rinvio pregiudiziale, quale ad esempio il criterio della rilevanza: sul punto v. anche la sintesi di M. MARCHINI, “Il protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia”, in *Eurojus*, 13 novembre 2014 e B. NASCIBENE, “La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto”, in *giustiziainsieme.it*.

¹⁰ N. POSENATO, “Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa”, in *Diritto pubblico, comparato ed europeo*, 2014, III, p. 1422.

¹¹ Secondo i dati ufficiali pubblicati nel sito della Corte di Strasburgo <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=>.

¹² Cfr. *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM(2006)203, del 15-11-2006, in particolare, il punto 4 – *Forms of co-operation between the Court and the national Courts – Advisory Opinions*, par. 76-86. Il documento è disponibile all’indirizzo web <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063779&Site=CM>. Fin dal 2006 la “Commissione di Saggi” nell’ottica di suggerire ulteriori correttivi al sistema della Convenzione, considerò nuove proposte di cooperazione tra la Corte europea e le corti nazionali, tra le quali incluse la possibilità di introdurre un *preliminary ruling mechanism on the model of that existing in the European Union*.

¹³ ECHR, *High Level Conference on the Future of of the European Court of Human Rights – Izmir Declaration*, 26 e 27-4-2011, 4 d), consultabile all’indirizzo web www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf.

¹⁴ ECHR, *High Level Conference on the Future of of the European Court of Human Rights – Brighton Declaration*, 18 a 20-4-2012, 4, par. 12, d), consultabile all’indirizzo web www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf.

¹⁵ Ai sensi dell’articolo 8, l’entrata in vigore sarebbe scattata “il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un pe-

5. Il presente contributo dopo aver delineato i tratti essenziali della nuova competenza consultiva istituita dal Protocollo n. 16 e i suoi profili di affinità (pochi) e di differenza (molti) con la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea, esamina i contenuti del primo parere reso e la posizione interpretativa espressa dalla Corte di Strasburgo, soffermandosi brevemente sul punto di vista italiano anche in vista di una prossima futura ratifica del Protocollo n. 16.

I. Caratteri, procedura ed effetti della competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo introdotta dal Protocollo n. 16

6. Come detto, il prestigio ottenuto dalla Corte EDU nel corso del tempo ha prodotto una mole di lavoro così imponente da superare le stesse capacità di risposta dei giudici di Strasburgo e generare il rischio di arrivare al paradosso di negare un diritto tutelato dalla stessa Convenzione, ovvero la ragionevole durata del processo. Da qui l'esigenza di introdurre mezzi alternativi idonei a garantire, da un lato, una tutela effettiva dei diritti umani e, dall'altro, il mantenimento del prestigio del ruolo conquistato. In questa ottica si inserisce, seppur con qualche incognita, il Protocollo n. 16 che, in applicazione del principio di sussidiarietà¹⁶ e del concetto di *shared responsibility*, istituisce un meccanismo di dialogo tra la Corte EDU e i giudici nazionali. L'entrata in vigore del Protocollo n. 16 ha dato vita ad una struttura decentrata, all'interno della quale le corti nazionali mantengono la responsabilità di garantire la corretta applicazione delle norme della CEDU sul piano interno, facendosi al contempo garanti di preservare il valore dell'orientamento interpretativo fornito dai giudici di Strasburgo.

7. La legittimazione attiva a rivolgersi alla Corte EDU, in base a quanto prevede il Protocollo n. 16, spetta "alle più Alte giurisdizioni"¹⁷. L'individuazione di quali autorità giudiziarie siano effettivamente idonee a richiedere un parere spetta alle "Alte Parti contraenti" che potranno, anche in un momento successivo, modificare la loro scelta¹⁸.

8. Il Protocollo n. 16 stabilisce che oggetto di richiesta di parere possano essere "*questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli*"¹⁹. Nel rapporto esplicativo si evidenzia che la formulazione dell'articolo 1, paragrafo 1, trae ispirazione, con le opportune differenze, dall'articolo 43, paragrafo 2, della CEDU. Secondo tale norma il rinvio dinanzi alla Grande Camera è ammissibile ogniqualvolta il caso sollevi gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale²⁰. Nel rapporto esplicativo al Protocollo n. 11, attraverso il quale

riodo di tre mesi dalla data in cui dieci Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo". La Francia ha ratificato il Protocollo il 12 aprile 2018, consentendone così l'entrata in vigore il 1° agosto 2018 nei dieci paesi che, entro quella data avevano già depositato la ratifica, ovvero Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Slovenia e Ucraina. Al momento in cui si scrive sono invece 16 le ratifiche pervenute, oltre ai dieci paesi già elencati si sono infatti aggiunte quelle di Andorra, Bosnia Herzegovina, Grecia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Slovacchia. Per un quadro aggiornato sullo stato delle firme e delle ratifiche https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=vwTf97nS.

¹⁶ Con il Protocollo n. 15, adottato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 24 giugno 2013, è stato inserito nel preambolo della CEDU un espresso riferimento al principio di sussidiarietà. Si veda M. BARNABÒ, "La nuova competenza consultiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo", in *Federalismi.it*, 4/2013.

¹⁷ La dottrina si è mostrata critica nella valutazione di tale disposizione poiché rischia di penalizzare i giudici costituzionali in quei Paesi in cui non è stato ancora portato a compimento il processo di consolidamento democratico e che rischiano di essere escluse dal novero delle interlocutrici privilegiate a Strasburgo, in questo senso O. POLLICINO, "La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?", in Forum costituzionale, disponibile al seguente link http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0470_pollicino.pdf.

¹⁸ Come prevedono gli articoli 1 e 10 del Protocollo n. 16. In questo modo si è voluto tenere conto delle peculiarità giuridiche e organizzative dei singoli sistemi processuali interni.

¹⁹ Art. 1, par. 1.

²⁰ La Corte EDU può statuire sulle questioni che siano oggetto di esame dinanzi ad una Camera e su rimessione di quest'ul-

è stato introdotto lo strumento del rinvio alla Grande Camera, viene chiarito che per «questioni gravi sull'interpretazione» devono intendersi, sia temi sui quali la Corte di Strasburgo non si sia mai pronunciata ma di rilevanza tale da essere in grado di orientare la prassi futura o di rivoluzionare la giurisprudenza precedente sia questioni che richiederebbero interventi correttivi significativi dell'ordinamento o della prassi nazionale, ovvero che, pur non sollevando una grave questione interpretativa riferita alla CEDU²¹, mettano in luce strutturali difficoltà interne. Più agevole la categorizzazione della “questione grave di carattere generale” che è da ricondursi a tutti quei casi di importante interesse politico o generalizzato. Nella formulazione finale del Protocollo n. 16 scompare l'aggettivo “grave” e l'enfasi viene posta unicamente sulle “questioni di principio”. Nondimeno, nella valutazione di cosa debba intendersi per “questione di principio” ai sensi del Protocollo n. 16, si è giunti alla conclusione, già a partire dai lavori preparatori, che non si possa tenere conto unicamente dei casi implicanti problemi sistemici o strutturali²².

9. Anche i concetti di “interpretazione o applicazione” dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli hanno sollevato alcune incertezze interpretative. Ancora una volta viene in soccorso il testo della CEDU che, all'articolo 32, nel definire il contenuto della competenza contenziosa della Corte, ricorre alla stessa formulazione²³. Nondimeno, l'utilizzo nell'articolo 1 del Protocollo n. 16 della congiunzione disgiuntiva sembrerebbe in concreto aprire alla circostanza che il giudice richiedente sia legittimato a portare dinanzi alla Grande Camera quesiti anche laddove non sussistano dei dubbi interpretativi, rimettendo di fatto alla Corte EDU, in violazione del Protocollo n. 16, la decisione del caso concreto²⁴.

10. Secondo quanto dispone l'articolo 43 della CEDU, la possibilità di rimettere dinanzi alla Grande Camera una questione su cui la Corte di Strasburgo si sia già pronunciata è condizionata alla circostanza che il caso oggetto di ricorso sollevi “gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli” o riguardi “un'importante questione di carattere generale”. Nel corso dei lavori preparatori che hanno preceduto l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 è stata ampiamente discussa la possibilità che la nuova funzione consultiva potesse essere utilizzata anche per questioni di interesse generale. Un attento esame della prassi discendente dall'articolo 43 ha però suggerito l'opportunità di rimuovere tale riferimento dal testo definitivo²⁵. È pertanto plausibile ipotizzare che le questioni di principio che verranno esaminate ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, del Protocollo n. 16 debbano ricondursi a gravi questioni di interpretazione e applicazione della CEDU così come delineate nell'articolo 43. Una simile interpretazione sembra potersi sostenere anche alla luce di quanto chiarito dalla stessa Corte EDU che, sul punto, ha affermato “[r]equests for advisory opinions in that sense could be envisaged in relation to many questions of principle (...) concerning the application of the Convention such as those

tima, nel caso in cui sollevino gravi problemi di interpretazione riguardo la CEDU o i suoi Protocolli o nell'ipotesi in cui la soluzione rischi di dar luogo ad una precedente sentenza pronunciata dalla Corte (art. 30 CEDU). In aggiunta, l'articolo 46, par. 4, della CEDU dispone che qualora un'Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi ad una sentenza definitiva in una controversia in cui risulti parte, il Comitato, con una decisione adottata a maggioranza dei due terzi, potrà adire la Corte EDU sollevando la questione dell'adempimento degli obblighi assunti dalla Parte coinvolta. Da ultimo, secondo quanto dispone l'art. 31, lett. c) della CEDU, l'esercizio della competenza consultiva prevista dagli artt. 47 e ss. spetta alla Grande camera.

²¹ Rapporto esplicativo del Protocollo n. 11 alla CEDU, paragrafi 100 e 101.

²² Su tale proposta, originariamente avanzata in seno al *Reflection Group for the follow-up of the reform of the Court* (DH-S-GDR), si vedano le considerazioni critiche della Corte europea nel citato *Reflection Paper*, par. 28.

²³ Cfr. B. RANDAZZO, “Art. 32”, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 620 ss.

²⁴ Cfr. V. ZAGREBELSKI, “Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà”, in E. Lamarque (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali: prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2015, p. 91 ss., spec. pp. 94-95.

²⁵ Sulla decisione di eliminare tale ulteriore riferimento, si veda il documento GT-GDR-B(2012) R1, item 4, par. 6.ii); per la prassi della Corte europea e del collegio di cinque giudici relativa all'applicazione dell'art. 43 CEDU, durante i lavori preparatori del Protocollo n. 16 si faccia riferimento al doc. GT-GDR-B(2012)013, *The General Practice of the Grand Chamber followed by the Panel of the Grand Chamber when deciding on requests for referral in accordance with Article 43 of the Convention* (Court document).

*that have been raised in cases before the Grand Chamber or in leading cases before the Chambers*²⁶, lasciando in questo modo supporre che le questioni di principio trattate dalle Camere nei “*leading cases*” debbano essere ritenute equiparabili a quelle che rientrano nella competenza della Grande Camera.

11. Come ricordato, secondo quanto dispone l’articolo 1 del Protocollo n. 16, la legittimazione soggettiva a richiedere un parere spetta soltanto alle “più Alte giurisdizioni di un’Alta Parte contraente”²⁷ che avranno facoltà di rivolgersi alla Corte EDU ed attivare così la competenza consultiva.

Dalla formulazione dell’articolo emerge subito la natura puramente facoltativa dello strumento. È previsto infatti, che le Corti nazionali abilitate “*may request the Court to give advisory opinion*”. Nel rapporto esplicativo viene chiarito in modo esaustivo che viene lasciata ampia discrezionalità al giudice *a quo* di richiedere un parere alla Corte EDU²⁸. L’indicazione di quali debbano intendersi le “*Highest Courts and Tribunals*” abilitate a richiedere un parere consultivo alla Corte EDU dipende dalla scelta di ciascuna alta parte contraente al momento della ratifica e può essere oggetto di modifica anche in un momento successivo²⁹.

12. La richiesta di parere proveniente dal giudice *a quo* non solo è facoltativa ma è anche revocabile in qualsiasi momento³⁰. Seppur con le differenze che si avrà modo di illustrare nel prosieguo³¹ e benché in questo caso si parli unicamente di competenza consultiva, il meccanismo in esame mette in luce alcune similarità e, al contempo, anche delle sostanziali differenze, se messo a confronto con la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell’Unione europea.

13. Il parere può essere richiesto solo in pendenza di una causa dinanzi ad un giudice nazionale³² e la richiesta deve essere motivata³³. Il parere consultivo che la Corte EDU è chiamata ad emettere infatti, è finalizzato a garantire unicamente che, in presenza di dubbi, la definizione della causa domestica avvenga nel rispetto della Convenzione e dei suoi Protocolli. Ne consegue che, ovviamente, non spetta alla Corte EDU né risolvere la controversia interna da cui è scaturita la richiesta di parere né tantomeno svolgere, in via meramente astratta, un sindacato generalizzato sulla normativa interna³⁴. Il giudice nazionale richiedente il parere dovrà circostanziare l’ambito del procedimento, i fatti rilevanti, la normativa interessata e le questioni che interessano la CEDU, nonché fornire, qualora risulti pertinente, un riepilogo delle posizioni delle parti coinvolte nel caso pendente dinanzi al giudice *a quo* e, se rilevanti, anche alcune considerazioni e valutazioni sul merito della questione³⁵. Necessariamente dunque la ri-

²⁶ *Reflection Paper*, par. 30.

²⁷ Come chiarito dal Rapporto esplicativo al §8 nella definizione di «*highest courts and tribunals*» dovranno rientrarvi i giudici che, in base alla struttura interna del sistema giudiziario, si trovino al vertice. La necessaria limitazione inserita deve leggersi nell’ottica di evitare un eccessivo numero di richieste. La previsione è inoltre coerente con il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni, «*although a ‘highest’ court need not be one to which recourse must have been made in order to satisfy the requirement of exhaustion of domestic remedies under Article 35, paragraph 1 of the Convention*». Il Protocollo lascia flessibilità alle Alte parti contraenti di stabilire quali istanze giudiziarie potranno adire la Corte. Peraltro guardando alla versione inglese del Rapporto esplicativo, l’uso di *highest* in luogo di *the highest*, consente sostanzialmente l’inclusione nel novero dei soggetti legittimati anche quelle corti che, sebbene non si trovino al vertice del sistema giudiziario interno potrebbero assumere una particolare rilevanza per specifiche materie. Si veda G. ASTA, “*Il Protocollo N. 16 alla Cedu: Chiave di Volta del Sistema Europeo di Tutela dei Diritti Umani?*”, p. 778.

²⁸ Non è strettamente necessario che la più alta giurisdizione sia anche l’autorità a cui debba essere proposto il ricorso che esaurisca i rimedi interni *ex art. 35, § 1, CEDU*.

²⁹ Cfr. Rapporto esplicativo, § 8.

³⁰ Cfr. Rapporto esplicativo, § 7.

³¹ V. *infra* par. 3.

³² Si è voluto escludere che la competenza consultiva della Corte EDU potesse essere attivata soltanto per questioni meramente ipotetiche ovvero per valutare, in via puramente teorica la compatibilità di una legislazione nazionale con la Convenzione. In questo senso si esprime il Rapporto esplicativo, § 10. Inoltre, ai sensi dell’articolo 1, paragrafo terzo, le corti interne dovranno spiegare la motivazione che soggiace alla richiesta di parere, oltre a fornire «*the relevant legal and factual background of the pending case*».

³³ In altre parole, è richiesto che le questioni di principio sottoposte alla Corte EDU con la richiesta di parere siano rilevanti per la risoluzione del caso concreto pendente dinanzi al giudice nazionale.

³⁴ Cfr. Rapporto esplicativo, §§ 10 e 11.

³⁵ Cfr. Rapporto esplicativo, § 12.

chiesta di parere dovrà intervenire in un momento processuale in cui la causa risulti sufficientemente istruita e i problemi giuridici sottostanti adeguatamente delineati. Il Protocollo trascura di precisare quale debba essere la lingua da utilizzarsi per sottoporre la richiesta di parere. Se si dovessero applicare in via analogica le norme procedurali che sovrintendono alla presentazione dei ricorsi individuali potrebbe ritenersi utilizzabile la lingua nazionale³⁶. Questo significherebbe porre a carico della Corte EDU, che si è già detta contraria ad una simile soluzione, i costi della traduzione³⁷.

14. Per ciò che attiene al funzionamento in concreto della procedura, è stato introdotto un filtro iniziale di ammissibilità³⁸ che prevede un vaglio preliminare da parte di un collegio formato da cinque giudici che, in caso di pronuncia negativa, motiverà l'eventuale rigetto³⁹. In caso di accoglimento, il parere consultivo verrà emesso direttamente dalla Grande Camera. Il giudice dello Stato cui appartiene il giudice che ha presentato istanza di parere è componente di diritto del collegio "filtro" e anche della Grande Camera. Nell'ipotesi di assenza o impedimento è previsto che sia il Presidente della Corte a designare un sostituto selezionandolo nell'ambito di un elenco precedentemente trasmesso dallo Stato di appartenenza del giudice *a quo* che ha avanzato la richiesta di parere. Il Commissario per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa e l'Alta Parte contraente interessata sono autorizzati a presentare osservazioni per iscritto e a partecipare alle udienze. Resta nella facoltà del Presidente della Corte EDU, qualora lo ritenga opportuno nell'ottica di garantire una buona amministrazione della giustizia, estendere anche altre Alte Parti contraenti o individui la possibilità di produrre osservazioni scritte o prendere parte alle udienze⁴⁰. Il Protocollo n. 16 non prevede l'intervento obbligatorio delle parti della causa, è previsto unicamente un generico invito a partecipare⁴¹. Sebbene si comprenda il motivo per il quale si sia scelto di non rendere obbligatorio il coinvolgimento dei singoli, ben potendo essere molte le parti coinvolte e difficoltosa la gestione, una simile scelta potrebbe in concreto risolversi in una compressione del principio del contraddittorio. Il parere che la Grande Camera emette è motivato. A ciascun giudice è attribuita la facoltà di inserire all'interno del parere la propria "*separate opinion*" unitamente alla loro eventuale opinione dissenziente qualora la posizione dalla Corte EDU non dovesse essere espressione, anche solo parziale, di una visione unanime⁴². A seguito dell'emissione, il parere andrà inviato all'organo giudiziario che ne ha avanzato la richiesta e anche all'Alta Parte contraente cui tale autorità appartiene, ed è pubblicato nelle lingue ufficiali della Corte⁴³. Quello della Corte di Strasburgo non è un *preliminary ruling*. Il dettato normativo è chiaro sul punto. L'articolo 5 del Protocollo n. 16 stabilisce infatti che le «*advisory opinions shall not be binding*»⁴⁴. Ne consegue che per espressa previsione i pareri, come nella generalità dei casi trattandosi di uno strumento giuridico utilizzato a fini di mera consultazione, non avranno effetti vincolanti⁴⁵ non soltanto nei confronti dell'organo giudiziario che lo ha richiesto ma anche nei confronti della generalità dei giudici nazionali, sui quali continuerà a gravare la responsabilità di

³⁶ Cfr. Rapporto esplicativo, § 13.

³⁷ ECHR, *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, 6 maggio 2013, § 14.

³⁸ Protocollo n. 16, art. 2, par. 3. Il giudizio preliminare del Collegio dovrà essenzialmente verificare se la domanda sottoposta alla Corte concerne una questione di principio relativa ai diritti e alla libertà garantite dalla CEDU e dai protocolli annessi e se soddisfa i requisiti procedurali stabiliti Protocollo e dal Regolamento della Corte.

³⁹ Cfr. anche l'art. 43, § 2, CEDU (il quale, però, non prevede che il rigetto della domanda debba essere motivato) si veda anche ECHR, *Opinion of the Court*, § 9.

⁴⁰ Cfr. art. 36, §§ 2 e 3, CEDU.

⁴¹ Rapporto esplicativo, § 20.

⁴² Cfr. *Rules of Court*, § 88 e articolo 4, paragrafo 2. Tale previsione è conforme a quanto stabilito dall'articolo 88, paragrafo 2, del Regolamento di procedura della Corte. I Giudici di Strasburgo hanno comunque ricordato che «it has been the practice of the Court when issuing advisory opinions to endeavour to speak with one voice» (cfr. *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16*, §11). Sul valore delle opinioni separate dei giudici della Corte europea si veda R.C.A. WHITE, I. BOUSSIAKOU, "*Separate Opinions in the European Court of Human Rights*", in HRLR, 2009, 37-60.

⁴³ Il parere adottato andrà poi tradotto nella lingua ufficiale del Paese a cui appartiene il giudice che l'ha richiesto, in modo da consentire la ripresa del procedimento temporaneamente sospeso (cfr. *Rapporto esplicativo*, § 23).

⁴⁴ Cfr. doc. CM(2006)203, par. 135.

⁴⁵ Come noto, ugualmente non vincolanti sono i pareri consultivi di altre Corti internazionali (Corte internazionale di giustizia (ICJ), Corte interamericana dei diritti umani (IACHR) e della Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (AfCHPR).

applicare la CEDU nel proprio ordinamento interno, assicurando comunque l'osservanza del principio di sussidiarietà.

15. Sebbene il Protocollo n. 16 sia stato pensato con l'intenzione di alleggerire la mole di lavoro gravante sulla Corte EDU, è altresì evidente che la questione degli effetti non possa limitarsi ad una mera lettura letterale del testo. Per garantire l'effettività dello strumento infatti, una simile previsione andrebbe letta in un'ottica di più ampio respiro. Il Protocollo n. 16 dovrebbe essere utilizzato per instaurare una più stretta cooperazione e un dialogo istituzionalizzato tra giudici a diversi livelli con la finalità ultima di rafforzare l'intero impianto della CEDU, garantendo comunque il rispetto delle competenze interne, del principio di sussidiarietà e un'appropriata applicazione del concetto di *shared responsibility*⁴⁶.

16. Appare evidente che i pareri emessi sulla base del Protocollo n. 16 dovrebbero avere quanto meno l'effetto di "orientare i comportamenti" delle Parti contraenti, dare vita ad una prassi virtuosa ed evitare, quanto più possibile nel lungo periodo, ricorsi ripetitivi. D'altronde, la stessa Corte EDU ha chiarito che, malgrado la non obbligatorietà dei pareri, essi avranno comunque un «*undeniable legal effects*»⁴⁷. Resta inteso che l'efficacia dello strumento dipenderà in misura considerevole dall'atteggiamento e dalla concreta applicazione da parte dei singoli giudici nazionali. All'interno del rapporto esplicativo al Protocollo n. 16 viene evidenziato comunque che l'esercizio della funzione consultiva non impedirà alle parti in causa di poter adire in un momento successivo la Corte di Strasburgo, ai sensi dell'articolo 34, nel caso in cui si ritenga sia stato violato un diritto tutelato dalla CEDU⁴⁸. Cionondimeno, pare potersi ritenere che i pareri forniti dalla Corte avranno quantomeno un effetto dissuasivo rispetto al ricorso giurisdizionale. Con ciò si intende che nel caso in cui un parere sia stato emesso e il giudice *a quo*, nell'adottare la decisione finale, si sia conformato alla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo, un eventuale ricorso giurisdizionale non dovrebbe poter superare il filtro di ammissibilità e, almeno limitatamente alle questioni oggetto di parere, dovrebbe essere dichiarato inammissibile⁴⁹. Il Rapporto esplicativo precisa altresì che sebbene i pareri non influenzeranno direttamente i successivi ricorsi, entreranno comunque a far parte della giurisprudenza della Corte EDU, affiancando sentenze e decisioni⁵⁰. Ne consegue che la funzione consultiva esercitata spiegherà i suoi effetti all'interno del sistema di tutela regionale dei diritti fondamentali e i pareri, entrando a far parte della *case-law* della Corte di Strasburgo, avranno il valore di *res interpretata*. Può dunque prospettarsi che la funzione consultiva della Corte EDU avrà sugli organi giurisdizionali interni un effetto seppur non immediato, quantomeno mediato. Pur apparendo un'ipotesi remota, potrebbe però accadere che il giudice *a quo* decida di non conformarsi all'interpretazione fornita dalla Corte EDU. Ovviamente un simile comportamento, se reiterato da più parti, andrebbe a minare l'efficacia stessa della competenza consultiva. Resta però in mano alla Corte EDU la "via" giurisdizionale. Appare plausibile infatti che la parte in giudizio, la cui posizione sia so-

⁴⁶ E. NALIN, "I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", p. 141. L'A. evidenzia come la potenzialità dei nuovi pareri potrebbe risultare maggiormente interessante nell'ottica dell'eventuale (anche se ad oggi remota) adesione dell'Unione europea alla CEDU. La Corte di giustizia dell'UE potrebbe a sua volta utilizzare questa procedura, e instaurare in questo modo un dialogo istituzionalizzato anche tra giudici sovranazionali, per ottenere indicazioni sulla corretta interpretazione delle norme convenzionali, così da garantire una più attenta applicazione delle norme convenzionali anche all'interno del sistema unionale (in questo senso si esprime anche il rapporto del Gruppo di saggi, par. 81 ss., nonché il *Reflection Paper* della Corte, par. 10). Proprio in vista di tale futura adesione, il Preambolo del Protocollo n. 16 fa riferimento agli Stati membri del Consiglio d'Europa e alle altre Parti contraenti la CEDU.

⁴⁷ Cfr. Corte europea dei diritti dell'Uomo, *Reflection Paper*, §44.

⁴⁸ G. ASTA, "Il Protocollo n. 16 alla cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?", p. 783.

⁴⁹ Rapporto esplicativo, §26. Inizialmente nella bozza della dichiarazione di Brighton si prevedeva che ove le corti nazionali si fossero adeguate al parere consultivo non vincolante della Corte, all'individuo risultasse precluso il diritto ad adire la Corte EDU (par. 19, lett. d. iv). Una simile limitazione è stata oggetto di severe critiche (*Joint NGO preliminary comments*, punto e) e pertanto non è stata inserita nella versione finale del testo della dichiarazione, né in quello del Protocollo n. 16.

⁵⁰ Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16, par. 27. A supporto di questa ricostruzione, cfr., altresì, il citato rapporto del Relatore del *Committee on Legal Affairs and Human Rights* dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, par. 11. In dottrina si veda U. VILLANI, "Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano", in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 7 ss., e in *Studi in onore di Umberto Leanza*, Napoli, 2008, vol. II, p. 1425 ss.

stenuta dal parere emesso, avrà tutto l'interesse, qualora il giudice interno non vi si sia conformato, a portare nuovamente la questione dinanzi alla Corte EDU, questa volta in sede giurisdizionale, così da vedere riconfermata la posizione favorevole ma questa volta con effetti obbligatori⁵¹. Se, al contrario, com'è più ragionevole supporre, i giudici nazionali si conformeranno all'interpretazione fornita dalla Corte, l'intero impianto regionale di tutela dei diritti fondamentali ne uscirà indubbiamente rafforzato.

17. Resta inteso che l'effetto più immediato che la nuova competenza consultiva è destinata ad avere è quello di instaurare un dialogo diretto tra giudici interni e giudice sovranazionale⁵² contribuendo a fornire una lettura univocamente orientata delle norme dalla CEDU. In questo modo, auspicabilmente, oltre ad evitarsi violazioni reiterate dei diritti tutelati da parte dei giudici interni ed evitare la presentazione di ricorsi individuali, la più estesa competenza consultiva della Corte EDU potrebbe consentirle di conoscere anticipatamente le posizioni delle corti nazionali su determinate questioni particolarmente delicate. Sempre la Corte EDU ha chiarito che la nuova competenza consultiva le consentirà di pronunciarsi su questioni di principio e di creare degli standard minimi di tutela dei diritti fondamentali, e ciò a prescindere dalla decisione di uno specifico caso. In questo modo inoltre, potranno essere fornite a tutte le Alte Parti contraenti, anche quante non abbiano ratificato il Protocollo n. 16, delle linee guida applicative generalizzate⁵³. A giudizio della Corte EDU, i pareri potrebbero assumere un valore paragonabile a quello delle sentenze vincolanti e favorire altresì lo sviluppo di principi di diritto in grado di dialogare con gli eterogenei sistemi giuridici delle diverse parti contraenti così da garantire una discussione estesa su questioni essenziali relative all'interpretazione della CEDU in un foro giudiziario più ampio.

III. Affinità e divergenze tra la funzione consultiva della Corte EDU e la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea

18. La nuova procedura istituita con il Protocollo n. 16 presenta dei possibili profili interferenza con altri strumenti di natura sovranazionale, sebbene operanti all'interno di sistemi giuridici differenti, primo tra tutti la procedura pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea⁵⁴.

Sebbene con le differenze che si evidenzieranno, è possibile rilevare come la competenza consultiva della Corte EDU sia liberamente ispirata al meccanismo di rinvio pregiudiziale disciplinato dall'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea⁵⁵.

Nondimeno il Gruppo dei Saggi aveva sin da subito evidenziato l'impossibilità di procedere ad una mera trasposizione della procedura del rinvio pregiudiziale nel sistema convenzionale sia perché, prima di poter accedere alla tutela offerta dalla Corte EDU⁵⁶, è richiesto il previo esaurimento delle vie di ricorso interne⁵⁷, sia perché quello previsto dal Protocollo n. 16, a differenza del meccanismo unionale, è

⁵¹ Cfr. ECHR, *Opinion of the Court*, § 12: «Firstly, it is in the nature of a dialogue that it should be for the requesting court to decide on the effects of the advisory opinion in the domestic proceedings. Secondly [...], it will be open to a dissatisfied party to bring an application to Strasbourg once a final decision has been given at national level».

⁵² E. NALIN, «I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo», pp. 141-142.

⁵³ In questo senso, si veda il citato *Reflection Paper*, par. 44, e i richiami effettuati in quel contesto dalla Corte europea alla prassi della Corte internazionale di giustizia e della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, nell'esercizio delle proprie competenze consultive, nonché agli «undeniable legal effects» dei pareri non vincolanti resi dalle medesime.

⁵⁴ Sulle analogie e differenze tra la richiesta di parere consultivo e il rinvio pregiudiziale si vedano in dottrina, tra gli altri: B. NASCIBENE, «La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto»; P. GRAGL, «(Judicial) love is not a one-way street: the EU preliminary reference procedure as a model for ECtHR advisory opinions under draft Protocol no 16», in *European Law Review*, 2013, p. 229 ss.; J. GERARDS, «Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention of Human Rights. A Comparative and Critical Appraisal», in *Maastricht Journal Eur. Comp. Law*, 2014, p. 630 ss.; T. VOLAND, B. SCHIEBEL, «Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Unbalancing the System of Human Rights Protection in Europe?», in *Human Rights Law Review*, 2017, p. 73 ss.

⁵⁵ V. 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*, 3/2019.

⁵⁶ Rapporto del Gruppo dei Saggi, par. 80.

⁵⁷ Articolo 35 CEDU.

uno strumento a carattere sussidiario e complementare rispetto ai rimedi giurisdizionali previsti a tutela dei diritti dell'uomo.

19. Volendo soffermarsi sulle similitudini tra i due strumenti, uno degli aspetti che accomuna le due procedure è il carattere incidentale delle stesse. Tanto la Corte di giustizia dell'Unione europea quanto la Corte EDU, infatti, nei rispettivi sistemi di appartenenza, possono essere adite incidentalmente nell'ambito di un giudizio già pendente dinanzi ad un giudice nazionale. Ciononostante già in punto di legittimazione attiva può evidenziarsi una marcata differenza. Mentre la possibilità di richiedere pareri consultivi alla Corte EDU è riconosciuta in via esclusiva, unicamente alle più Alte giurisdizioni di un'Alta Parte contraente⁵⁸, nel caso del rinvio pregiudiziale tutti i giudici nazionali sono legittimati a rivolgersi alla Corte di giustizia, ivi compresi i giudici di merito. Inoltre, mentre la richiesta di parere consultivo alla Corte di Strasburgo è sempre facoltativa⁵⁹, al giudice di ultima istanza è imposto l'obbligo di rimettere la questione alla Corte di giustizia nel caso in cui residuino dubbi interpretativi o di validità per la risoluzione del caso pendente dinanzi al giudice *a quo*⁶⁰ che, se risolti autonomamente, potrebbero dare vita all'interno dello Stato ad una prassi o ad una giurisprudenza contrari al diritto dell'Unione europea.

20. Un'ulteriore marcata differenza si evidenzia negli effetti che i due strumenti sono idonei a produrre. Come evidenziato, il parere emesso dalla Corte EDU nell'ambito della procedura istituita dal Protocollo n. 16 non risulta vincolante neppure per l'autorità giurisdizionale richiedente⁶¹. Al contrario, come ben noto, le decisioni adottate dalla Corte di giustizia esplicano effetti giuridici vincolanti generalizzati che non si limitano alla causa pendente nell'ambito della quale è stata avanzata la richiesta di rinvio pregiudiziale ma vincolano anche gli altri organi decisionali interni tutte le volte in cui si trovino a dover applicare la medesima normativa, una volta che la Corte di Giustizia ne abbia fornito un'interpretazione autentica.

21. Nonostante le differenze elencate, è indubbio che la matrice dei due strumenti sia comunque unitaria, e varie caratteristiche della nuova competenza consultiva della Corte EDU siano state mutate, con gli opportuni adattamenti, dall'esperienza del rinvio pregiudiziale. Basti pensare che in aggiunta al ricordato carattere incidentale, in entrambi i sistemi le richieste rivolte alle Corti sovranazionali devono avere origine da una questione concreta, escludendo in questo modo un sindacato diffuso e del tutto ipotetico. Quanto all'oggetto, come avviene per il rinvio pregiudiziale, anche nel caso della Corte EDU le richieste devono riguardare questioni di principio concernenti l'interpretazione o l'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli. A ciò si aggiunga che lo stesso meccanismo di prima valutazione in ordine all'ammissibilità del ricorso, per stesso suggerimento della Corte di Strasburgo⁶², è delineato sul filtro di ammissibilità a cui viene sottoposta una domanda pregiudiziale indirizzata alla Corte di giustizia, finalizzato a determinare la rilevanza della questione nonché il carattere non ipotetico e meramente astratto della stessa.

22. In un'ottica futura, considerate le rispettive "zone di influenza" delle due Corti e la procedura tutt'ora aperta (e per nulla spedita) di adesione alla CEDU da parte dell'Unione europea⁶³ potrebbero pro-

⁵⁸ Rapporto esplicativo, commento all'art. 1, par. 8.

⁵⁹ P. GRAGL, "(Judicial) Love is Not a One-Way Street", in *European Law Review*, p. 229 e ss.

⁶⁰ La ragione che giustifica l'obbligo di rinvio pregiudiziale è di evitare che si formi o peggio si consolidi nel tempo a livello interno un indirizzo giurisprudenziale contrario al diritto dell'Unione europea. È stata la stessa Corte di giustizia a chiarire, nella sentenza *Cilfit e a.*, 6 ottobre 1982, Causa 283/81, in Racc. p. 3415, che in capo ai giudici nazionali le cui decisioni non possono più essere soggette a riforma in base al sistema giudiziario interno sono obbligati ad adempiere il loro obbligo di rinvio a meno che non ritengano la questione non pertinente, sufficientemente chiara ovvero che la disposizione interessata sia stata già interpretata dalla Corte.

⁶¹ Non sono mancate critiche a tale impostazione soprattutto alla luce del fatto che i pareri sono emessi dalla Grande Camera, v. N. HERVIEU, "*Cour européenne des droits de l'homme : Bilan d'étape d'un perpétuel chantier institutionnel*", in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2013, p. 3.

⁶² *Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour*, reperibile su https://www.echr.coe.int/Documents/2013_Courts_advisory_jurisdiction_FRA.pdf, par. 33.

⁶³ Si veda N. LAZZERINI, "*Questo matrimonio (così?) non s'ha da fare*": il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo", in *Osservatorio sulle fonti*, 2015, p. 1 ss., spec. pp. 15-17.

filarsi ulteriori ipotesi di interferenza fra i ruoli delle due Corti sovranazionali qualora l'oggetto dell'interpretazione dovesse vertere proprio sul tema dei diritti fondamentali anche in virtù dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha attribuito alla Carta di Nizza⁶⁴, parente prossima della Convenzione europea, lo stesso valore giuridico dei trattati istitutivi⁶⁵. D'altronde, in tempi non sospetti, la Corte di giustizia aveva già individuato nel Protocollo n. 16, ancora neppure in vigore, un serio ostacolo (potenziale) a tale possibilità di adesione⁶⁶. Allo stato attuale, tuttavia, anche in ipotesi di un maggior numero di ratifiche in futuro del Protocollo n. 16 (inclusa magari quella italiana), si può ipotizzare con un ragionevole livello di certezza, che l'introduzione della competenza consultiva della Corte EDU non avrà effetto sull'obbligo di rimettere un'eventuale questione alla Corte di giustizia qualora, pur riguardando diritti tutelati dalla Convenzione europea o dai suoi protocolli, la stessa dovesse presentare profili di interferenza con il diritto dell'Unione europea⁶⁷. Tanto si può affermare sia per il carattere di supremazia che contraddistingue il diritto dell'Unione europea destinato a prevalere sui singoli diritti nazionali sia per la diversità di utilizzo e di scopo che caratterizza i due strumenti. Ne consegue che in presenza di un obbligo per un giudice di rimettere una questione con rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, questo strumento andrà privilegiato rispetto a quello introdotto dal Protocollo n. 16, qualora la questione da sottoporre dovesse presentare profili impattanti sul diritto europeo. Peraltro non è da escludersi che nell'ipotesi di adesione dell'Unione europea alla CEDU e al Protocollo n. 16, si potrebbe istituire anche tra le due Corti sovranazionali un dialogo istituzionalizzato più stretto che consentirebbe uno scambio e un arricchimento reciproci nell'ottica di sviluppo del sistema di tutela dei diritti umani. Nel caso di adesione, infatti, la stessa Corte di giustizia sarà legittimata, in presenza di una questione rimessa con rinvio pregiudiziale da un giudice nazionale ex articolo 267 TFUE, a sollevare una richiesta di parere alla Corte EDU qualora sussista al contempo un dubbio interpretativo legato ai diritti tutelati dalla Convenzione. Con tutta probabilità, questo è proprio ciò che la Corte di giustizia ha voluto scrupolosamente evitare pronunciandosi in senso negativo sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU.

IV. Il primo parere reso in applicazione del Protocollo n. 16 alla CEDU in materia di maternità surrogata

23. La prima concreta applicazione del Protocollo n.16 si è avuta in occasione di una richiesta formulata dalla *Cour de cassation* francese sul delicato problema della maternità surrogata. Il caso esa-

⁶⁴ Nella specie, ipotesi di interferenza potrebbero già rinvenirsi nell'articolo 52 della Carta di Nizza nella parte in cui dispone che: "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa". Il tenore letterale dell'articolo solleva indiscutibili sovrapposizioni e corrispondenze tra i due sistemi.

⁶⁵ Articolo 6 del Trattato sull'Unione europea.

⁶⁶ In particolare, con il Parere 2/13 della Corte di giustizia (Seduta Plenaria), del 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2454, il cui dispositivo è stato pubblicato in GUUE C 65, del 23 febbraio 2015, p. 2, la Corte ha segnato (in negativo) la storia del processo di integrazione tra il sistema di tutela dei diritti fondamentali vigente all'interno dell'Unione europea, da un lato, e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dall'altro. La Corte in quella sede ha evidenziato, tra le altre cose, che con riferimento alle caratteristiche specifiche e all'autonomia del diritto dell'Unione l'applicazione del Protocollo 16 potrebbe creare una sorta di *forum shopping* tra tale procedura e il rinvio pregiudiziale. Infatti, nel momento in cui la CEDU, per effetto dell'adesione, diventasse parte integrante del diritto dell'UE ex art. 216, par. 2 TFUE, un quesito alla Corte EDU con riferimento all'interpretazione dei diritti e delle libertà garantiti dalla CEDU potrebbe, in linea di principio, sostituire il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE. Cfr. T. Lock, "Oops! We did it again – the CJEU's Opinion on EU Accession to the ECHR", disponibile al seguente link <http://www.verfassungsblog.de/en/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/#.VJPu2dDpDw>.

⁶⁷ Si veda al riguardo la posizione critica dell'avvocato generale Kokott nel procedimento 2/13, punti 140-141, che evidenzia, anche nel caso in cui l'Unione non aderisse alla CEDU, che il giudice di uno Stato membro che ratifica il Protocollo potrebbe disporre il rinvio indipendentemente dall'adesione. I giudici nazionali non possono comunque sottrarsi agli obblighi posti dal diritto UE. L'art. 267, 3° comma "prevale sul diritto nazionale e dunque anche su un accordo internazionale eventualmente ratificato da singoli Stati membri dell'Unione". Il primato del diritto UE ha per conseguenza che i giudici "laddove chiamati a decidere su una controversia rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, devono sottoporre eventuali questioni attinenti ai diritti fondamentali prioritariamente [alla] Corte e prioritariamente conformarsi alle decisioni di quest'ultima".

minato dalla Grande Camera ha riguardato la situazione di una coppia di coniugi francesi che era ricorsa alla pratica della maternità surrogata all'estero utilizzando il materiale biologico del padre. Tornati in Francia la trascrizione dell'atto di nascita veniva accordata in favore del solo padre biologico ma non anche della madre d'intenzione. Per inquadrare correttamente la vicenda è però necessario partire da due pronunce della Corte EDU di qualche anno fa, *Menesson c. Francia* e *Labassee c. Francia*⁶⁸, dalle quali è residuo un margine di incertezza tale da dare origine alla richiesta di parere.

24. Le due fattispecie sono in punto di fatto tra loro molto simili. In entrambi i casi i coniugi di nazionalità francese, avendo incontrato delle serie difficoltà nel portare avanti una gravidanza, hanno scelto di fare ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistite, quali la fecondazione eterologa e l'utero in affitto, vietate in Francia ma ammesse negli Stati Uniti⁶⁹. In particolare, i genitori hanno scelto una procedura di fecondazione eterologa attraverso la quale viene formato un embrione in vitro utilizzando metà del patrimonio genetico del padre e l'altra metà proveniente da una donna anonima ovo-donatrice. L'embrione così generato viene impiantato nell'utero di una terza donna che si offre di portare a termine la gestazione. Secondo quanto dispone la legge statunitense in questi casi, a seguito della nascita del bambino, viene emesso un provvedimento con il quale si attribuisce ai coniugi originari lo *status* di genitori del neonato a tutti gli effetti di legge. Una volta rientrati in Francia, i genitori hanno richiesto la trascrizione dell'atto di nascita, negata dalle competenti autorità interne per contrarietà all'ordine pubblico, ritenendo che la nascita fosse avvenuta ricorrendo ad una procedura di surrogazione di maternità, vietata in Francia⁷⁰. I coniugi sono stati addirittura perseguiti penalmente per sostituzione, simulazione e occultamento intenzionale con conseguente violazione dello stato civile di un neonato, procedimento subito archiviato poiché il fatto era stato commesso negli Stati Uniti. Mentre nel caso *Labassee*, pur vedendosi negare la trascrizione nei registri di stato civile, i ricorrenti sono riusciti ad ottenere un provvedimento che comprovasse quantomeno l'esistenza di una relazione *facto* tra genitori e figlio, nel caso *Menesson*, la trascrizione inizialmente effettuata è stata poi dichiarata nulla con provvedimento della *Cour de cassation*. Nella specie, la Corte ha ritenuto che la trascrizione degli atti di nascita nel registro di stato civile avrebbe riconosciuto effetto giuridico a un contratto di maternità surrogata che, in base agli articoli 16-7 e 16-9 del codice civile francese, deve considerarsi nullo per contrarietà all'ordine pubblico⁷¹. In entrambi i casi la Corte non ha considerato la decisione di negare la trascrizione dell'atto di nascita lesiva della sfera privata e familiare degli interessati in quanto di fatto i minori non erano stati privati dello *status* giuridico perfezionatosi negli Stati Uniti e non gli era stato impedito di vivere in Francia con i genitori⁷². Di diverso avviso i coniugi che, una volta esaurite le vie di ricorso interne, si

⁶⁸ Corte EDU, quinta Sezione, 26 giugno 2014, *Menesson c. Francia*, ric. N. 65192/11, e C. EDU, quinta Sezione, 26 giugno 2014, *Labassee c. Francia*, ric. 65941/11 con nota di J. Guillaumé in *Journal du droit international*, 2014, p. 1267 ss.; L. D'AVOUT, "La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Menesson et Labassee*", in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1806 ss.; A. VETTOREL, "International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, p. 523 ss.; P. BEAUMONT, K. TRIMMINGS, "Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?", in https://www.abdn.ac.uk/law/documents/Recent_jurisprudence_of_the_European_Court_of_Human_Rights_in_the_area_of_cross-border_surrogacy.pdf; M. WELLS-GRECO, H. DAWSON, "Inter-Country Surrogacy and Public Policy: Lessons from the European Court of Human Rights", in *Yearbook of Private International Law*, 2014/2015, vol. 16, p. 315 ss.; R. BARATTA, "Recognition of Foreign Personal and Family Status: a Rights Based Perspective", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2016, p. 413 ss.

⁶⁹ Sulla questione della maternità surrogata nei vari sistemi cfr. Hague Conference on Private International Law, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy*, No. 10 of March 2012, p. 9 ss.; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT (eds), "International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level", Oxford, 2012, passim; M. WELLS-GRECO, "The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements", The Hague, 2015, passim; A. STUMCKE, "Extra-territoriality and Surrogacy: The Problem of State and Territorial Moral Sovereignty", in *Surrogacy, Law and Human Rights*, P. GERBER, K. O'BYRNE (eds), London and New York, 2015, p. 65 ss.; R. STORROW, "Surrogacy: American Style", *ivi*, p. 193 ss.

⁷⁰ Si vedano in tema di contrasto con l'ordine pubblico internazionale le considerazioni di R. BARATTA, "Diritti fondamentali e riconoscimento dello status filii in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore", in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol. 10 2016, n. 1, p. 309 ss.

⁷¹ La procedura di surrogazione di maternità è espressamente vietata in Francia dall'art. 16-7 del *Code civil*, norma definita di ordine pubblico, meno di sei mesi dopo la richiesta della Suprema Corte francese giunta il 12 ottobre 2018, essi abbiano violato il diritto dei

⁷² In generale, sul tema della continuità internazionale degli *status* familiari si rinvia a: F. MARONGIU BUONAIUTI, "La

sono rivolti alla Corte di Strasburgo, proprio per lamentare la violazione del loro diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'articolo 8 della CEDU. Nella specie, secondo i genitori dei minori, l'impossibilità di poter ottenere in Francia il riconoscimento di un rapporto di filiazione costituitosi in modo lecito in uno stato estero all'esito di una procedura di maternità surrogata ammessa nel luogo in cui il bambino è nato, si pone in contrasto con l'articolo 8 della CEDU. Nondimeno, le doglianze dei ricorrenti rivolte alla Corte EDU non hanno riguardato la correttezza o meno del divieto imposto da un ordinamento di fare ricorso alla procedura di surrogazione di maternità ma la compatibilità con i diritti garantiti dalla CEDU della decisione dello Stato di residenza di privare i bambini, nati a seguito di una procedura di maternità surrogata legalmente praticata all'estero, dei documenti che attestino il loro *status* di figli, in particolare per quanto riguarda il loro rapporto con la madre d'intenzione.

25. La Corte di Strasburgo, nel pronunciarsi sulla questione, ha osservato che il rifiuto delle autorità francesi di riconoscere valore giuridico al rapporto di filiazione perfezionatosi all'estero costituisce senza dubbio un'ingerenza nella vita privata e familiare dei ricorrenti. In particolare, la Corte ricorda che in questo caso entrano in gioco gli obblighi negativi imposti agli Stati dall'articolo 8 della CEDU, che serve a tutelare gli individui da interferenze arbitrarie da parte delle autorità pubbliche. V'è però da dire, come osservato ancora dalla Corte EDU, che la protezione fornita dall'articolo 8 della CEDU non riveste un carattere assoluto. Secondo quanto dispone l'articolo 8 paragrafo 2 infatti, un'ingerenza da parte delle autorità interne nella vita privata e familiare può essere ritenuta ammissibile se è la legge a disporla ovvero se risulta necessaria per il perseguimento di uno o più scopi legittimi.

26. Nel caso esaminato, la Corte EDU ha ritenuto che l'ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto della vita privata e familiare fosse effettivamente giustificato da una previsione legislativa e dunque rientrasse pienamente nella menzionata previsione legislativa⁷³. In aggiunta, la Corte ha evidenziato che il rifiuto da parte dello Stato francese di riconoscere valore legale ad un rapporto di filiazione sorto ricorrendo al metodo della maternità surrogata perseguisse altresì uno scopo legittimo poiché intendeva garantire la protezione della salute e dei diritti e delle libertà altrui, scoraggiando i propri cittadini dal servirsi, al di fuori del territorio nazionale, di un metodo di procreazione medicalmente assistita vietato dall'ordinamento francese⁷⁴.

27. Una volta esaminate queste questioni preliminari, la Corte EDU è passata ad analizzare un altro aspetto, ovvero se una simile limitazione, che di fatto incide sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, possa considerarsi ammissibile nell'ambito di una società democratica. Il passaggio cruciale di entrambe le pronunce si rinviene proprio nel vaglio circa la necessità dell'intervento da parte dei pubblici poteri, che solo in quanto essenziale potrebbe effettivamente considerarsi anche giustificabile. La Corte EDU chiarisce che in tema di surrogazione di maternità debba essere concesso agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità, poiché si tratta di una materia particolarmente complessa e delicata che racchiude anche interrogativi di ordine etico che non trovano risposta univoca, anche da un punto di vista normativo, nei singoli Stati membri⁷⁵. Sebbene ciò sia corretto, è pur vero che, a parere della Corte

continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti", in *Diritti umani dir. int.*, 2016, p. 49 ss.; R. BARATTA, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", in *Recueil des cours*, vol. 348, 2010; F. SALERNO, "The Identity and Continuity of Personal Status in Contemporary Private International Law", in *Recueil des cours*, vol. 395, 2019; P. LAGARDE (a cura di), "La reconnaissance des situations en droit international privé", Paris, 2013.

⁷³ Sentenze *Menesson c. Francia* §§57-58 e *Labassee c. Francia* §52.

⁷⁴ Cfr. *Menesson c. Francia*, § 62, ove si legge che «la Cour comprend en revanche que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et ... la mère porteuse». Analogamente *Labassee c. Francia*, § 54.

⁷⁵ La sentenza analizza la legislazione di 35 Stati membri, cfr. in particolare *Menesson c. Francia*, §§ 40 ss., e *Labassee c. Francia*, §§ 31 ss. giungendo alla conclusione «qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger»

EDU, il margine di apprezzamento deve necessariamente ridursi qualora si tratti di questioni attinenti alla genitorialità e, dunque, ad un aspetto particolarmente privato della vita di ciascun individuo.

28. Su tale punto la Corte EDU è intervenuta in modo incisivo per verificare che le autorità francesi avessero operato un giusto bilanciamento tra la gli interessi dello Stato e i diritti dei genitori interessati. Nella valutazione la Corte EDU ha tenuto distinti i due profili, ponendo da una parte il diritto al rispetto della vita privata e familiare dei genitori che hanno scelto di fare ricorso alla tecnica della maternità surrogata e, dall'altro, quello dei minori nati attraverso tale tecnica. Con riferimento al primo punto, ovvero il rispetto della vita familiare della coppia, la Corte EDU ha osservato che, pur essendo innegabile che il mancato riconoscimento del loro *status* di genitori in Francia abbia avuto un'influenza negativa sulla loro vita privata, non ha però avuto in concreto conseguenze fondamentali sulla vita familiare dei ricorrenti⁷⁶. A ben diversa conclusione giunge la Corte EDU nello scrutinio dedicato alla situazione dei minori e al diritto degli stessi al rispetto della vita privata. La Corte di Strasburgo chiarisce che il rispetto per la vita privata del minore include il suo fondamentale diritto a poter definire a tutto tondo il proprio "io", non ultimo il proprio *status* di figlio. Ne consegue che il diniego da parte dell'ordinamento francese di riconoscere valore legale al rapporto di parentela correttamente perfezionatosi all'estero attraverso la tecnica della maternità surrogata, ha posto i minori in una situazione di incertezza giuridica e ne ha messo in pericolo l'identità all'interno della società⁷⁷. La Corte EDU ha inoltre evidenziato che, sebbene l'articolo 8 della Convenzione non garantisca il diritto ad acquisire una specifica cittadinanza, quest'ultima costituisce un aspetto rilevante che concorre a circoscrivere l'identità di ogni singolo individuo. L'incertezza legata al rischio che ai minori venisse negata la cittadinanza francese ha negativamente condizionato la definizione della loro identità ponendoli in una inaccettabile situazione di incertezza. Per giunta, il mancato riconoscimento del rapporto di filiazione incide negativamente anche sui diritti di successione dei minori che potranno ereditare dai genitori solo se istituiti eredi. Sulla base di tali considerazioni, la Corte EDU ha concluso che nel caso esaminato gli effetti del mancato riconoscimento nell'ordinamento francese del rapporto di filiazione non si esauriscono nella sfera giuridica dei genitori ma si estendono anche a quella dei figli, generando un impatto negativo sul loro diritto al rispetto della vita privata e alla possibilità di vedere definiti gli aspetti fondamentali della propria identità, compresi i rapporti di parentela⁷⁸. A parere della Corte di Strasburgo, dunque, la decisione assunta dai giudici francesi non tutela il supremo interesse dei minori, il cui rispetto deve guidare tutte le decisioni che li riguardano⁷⁹. Peraltro, nello scrutinio della Corte EDU, tali valutazioni assumono una rilevanza ancora maggiore nel caso in cui uno dei genitori della coppia che ha fatto ricorso alla tecnica della maternità surrogata sia anche biologicamente legato ai minori. Certamente non corrisponde al supremo interesse del minore privarlo del riconoscimento giuri-

(così *Mennesson c. Francia*, § 78). T. TRINCHERA, "Viola l'art. 8 della CEDU lo stato che non riconosce il rapporto di filiazione costituito all'estero ricorrendo alla surrogazione di maternità", disponibile al seguente indirizzo <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3201-viola-l-art-8-della-cedu-lo-stato-che-non-riconosce-il-rapporto-di-filiazione-costituito-all-estero>. Si veda altresì da un punto di vista comparatistico lo studio elaborato in materia di maternità surrogata dal Parlamento europeo "A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States", reperibile all'indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOLJURI_ET\(2013\)474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOLJURI_ET(2013)474403). Si vedano inoltre, tra gli studi complessivi del fenomeno: G. KOVAČEK STANIĆ, "State Regulation of Surrogate Motherhood: Liberal or Restrictive Approach", in *International Journal of Jurisprudence of Family*, 2013, p. 35 ss.; K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, "General Report on Surrogacy", in K. Trimmings, P. Beaumont (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 441 ss.

⁷⁶ In particolare la Corte osserva che «la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l'espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l'État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale», così *Mennesson c. Francia*, § 94; analogamente *Labassee c. Francia*, § 73. Resta il fatto che ogni volta che l'accesso a un diritto o a un servizio in Francia richiedeva la prova del rapporto di filiazione, i ricorrenti erano obbligati a produrre i documenti dello stato civile californiano, accompagnati da una traduzione giurata. Inoltre, non avendo le minori ottenuto la cittadinanza francese, i trasferimenti da uno Stato all'altro risultavano complessi e vi erano incertezze sulla futura stabilità dell'unità familiare in caso di morte del padre biologico o di separazione dei genitori.

⁷⁷ Cfr. *Mennesson c. Francia*, § 96, e *Labassee c. Francia*, § 75.

⁷⁸ Cfr. *Mennesson c. Francia*, § 99 e analogamente *Labassee c. Francia*, § 78.

⁷⁹ Per una disamina complessiva della rilevanza del principio del superiore interesse del minore nel contesto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si rinvia a E. LAMARQUE, "Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale", Milano, 2016, p. 87-110.

dico del rapporto di parentela quando tale rapporto rispecchia, anche se solo parzialmente, la realtà biologica e a maggior ragione quando minore e genitori ne richiedano il pieno riconoscimento. Alla luce di ciò, la Corte EDU ha ritenuto che, nel negare la trascrizione nei pubblici registri del rapporto di filiazione validamente costituito all'estero, sebbene ricorrendo ad una procedura di maternità surrogata, le autorità francesi abbiano ecceduto il margine di apprezzamento loro concesso.

29. A seguito di tali pronunce l'orientamento giurisprudenziale interno si è modificato e la *Cour de Cassation*, in sede di riesame, ha chiarito che l'aver fatto ricorso all'estero alla tecnica della maternità surrogata non comporta automaticamente l'impossibilità di trascrivere un atto di nascita nei registri dello stato civile francese qualora i fatti ivi dichiarati corrispondano alla realtà biologica. In altre parole, qualora il padre sia effettivamente quello biologico, la trascrizione dell'atto di nascita del minore non potrà essere negata.

Nondimeno, se chiara risulta essere la posizione nei confronti del genitore biologico del minore, al contrario, secondo la *Cour de Cassation*, nella giurisprudenza della Corte EDU residuano dei dubbi con riferimento a quali siano gli obblighi che gravano sullo Stato con riguardo alla posizione della madre d'intenzione con la quale, al contrario, non sussiste alcun legame biologico.

Proprio su questo punto verte la richiesta di parere del giudice francese che, in seguito all'entrata in vigore del Protocollo n. 16, ha richiesto alla Corte di Strasburgo di meglio delineare gli effetti (incerti) delle sentenze *Mennesson c. Francia* e *Labassee c. Francia* in tema di maternità surrogata.

V. La posizione della Corte EDU

30. Come si è accennato, la richiesta di parere è nata proprio dall'incertezza generata dalle sentenze *Mennesson* e *Labassee* con riguardo alla posizione della madre d'intenzione, in caso di assenza di qualsiasi legame biologico con il minore.

Due sono le strade, entrambe apparentemente percorribili. Secondo una prima lettura restrittiva delle pronunce *Mennesson* e *Labassee*, si sarebbe potuto considerare sufficiente per le autorità interne assicurare almeno un riconoscimento parziale del rapporto di filiazione, ancorché perfezionatosi all'estero, accordandolo nei confronti del padre intenzionale-biologico, e negandolo, al contrario, alla madre d'intenzione. Tale impostazione, seppur particolarmente stringente, apparirebbe comunque rispettosa di quanto prospettato dalla Corte di Strasburgo e rispondente alla necessità di garantire allo Stato di esercitare il proprio margine di apprezzamento imponendo un generalizzato divieto di ricorrere alla tecnica della maternità surrogata. Una seconda lettura, meno restrittiva, implica che le autorità nazionali dello Stato d'origine della coppia siano tenute a riconoscere ad entrambi i coniugi lo *status* di genitori, senza che a ciò si opponga l'assenza di un effettivo legame genetico da parte della madre d'intenzione.

31. Alla luce di tali considerazioni, i coniugi *Mennesson* hanno presentato domanda di riesame della decisione della Corte di appello di Parigi del 18 marzo 2010 che aveva annullato la trascrizione degli atti di nascita formati all'estero. L'assemblea plenaria della *Cour de Cassation*, ritenendo che in base alla giurisprudenza della Corte EDU non fosse agevole delimitare la portata del margine di discrezionalità degli Stati sul tema, ha ritenuto di sospendere il procedimento e di presentare, avvalendosi del Protocollo n. 16, una richiesta di parere consultivo. L'*Assemblée Plénière de la Cour de Cassation*, con lettera del 12 ottobre 2018, ha sottoposto alla Corte EDU, i seguenti due quesiti: per un verso, se lo Stato ecceda il proprio margine di apprezzamento rifiutando di registrare l'atto di nascita estero nella parte in cui attribuisce la maternità alla madre intenzionale in qualità anche di madre legale qualora abbia invece permesso una simile trascrizione nei confronti del padre biologico; per altro verso, se l'adozione del figlio biologico del marito possa rappresentare un mezzo alternativo idoneo alla trascrizione rispettoso dell'arti. 8 della CEDU.

32. Il 3 dicembre 2018 il collegio "filtro" composto da cinque giudici, ritenendo la domanda ricevibile, l'ha rimessa all'esame della Corte EDU. La risposta dei giudici di Strasburgo è intervenuta

con grande rapidità⁸⁰. Il 10 aprile 2019, meno di sei mesi dopo la richiesta della Suprema Corte francese giunta il 12 ottobre 2018, la Grande Camera ha reso il suo parere consultivo⁸¹. Nell'ambito della procedura hanno presentato le proprie osservazioni i signori *Menesson*, i governi di Francia, Regno Unito, Repubblica Ceca, Irlanda⁸², l'*Ombudsman* francese, il Centro di studi di genere dell'Università di Trento, e cinque organizzazioni non governative.

33. La Corte di Strasburgo, prima ancora di pronunciarsi sulla questione, in maniera significativa, ha ritenuto necessario delimitare i confini del perimetro del proprio mandato. In primo luogo ha chiarito che il meccanismo consultivo introdotto dal Protocollo n. 16 non ha come scopo quello di spostare sulla Corte EDU l'onere della risoluzione del caso concreto bensì di dotare il giudice richiedente delle corrette indicazioni interpretative sulle questioni che interessano i diritti tutelati dalla CEDU per poi consentirgli di pronunciarsi in maniera corretta sul caso di specie⁸³. In secondo luogo, ha rilevato che una lettura in combinato disposto degli articoli 1, paragrafi 1 e 2 del Protocollo n. 16, suggerisce che i pareri devono limitarsi a trattare unicamente le questioni che risultano strettamente connesse al caso concreto. In base al chiarimento fornito dalla Corte EDU, il parere non poteva occuparsi, né della questione del riconoscimento dello *status* della madre intenzionale quando questa è anche biologicamente legata al minore – maternità surrogata tradizionale⁸⁴ –, né tantomeno del rispetto della vita familiare dei minori o dei genitori intenzionali o del diritto alla vita privata di questi ultimi⁸⁵. La Grande Camera, sulla base di tali preliminari osservazioni, è arrivata addirittura a riformulare i quesiti sollevati dall'*Assemblée Plénière de la Cour de Cassation* nei termini che seguono: 1) se in base all'articolo 8 CEDU, qualora si sia fatto ricorso ad una procedura di maternità surrogata utilizzando del materiale biologico della coppia, l'obbligo di riconoscere il rapporto di filiazione nei confronti del padre biologico imponga altresì il riconoscimento in favore della madre di intenzione; 2) e se, in caso di risposta affermativa, l'articolo 8 CEDU imponga che un simile riconoscimento debba necessariamente avvenire mediante trascrizione nel registro di stato civile o se, al contrario, possa farsi ricorso ad altre tecniche di riconoscimento, come ad esempio l'adozione.

33. Per rispondere al primo dei due quesiti sottoposti, la Corte EDU ha richiamato due temi principali ovvero il superiore interesse del minore e il margine di apprezzamento degli Stati⁸⁶. Con riguardo al primo dei due – il superiore interesse del minore – la Corte EDU, richiamando la propria consolidata giurisprudenza da cui emerge la prevalenza di tale aspetto, riafferma il principio secondo cui, ogni qualvolta una situazione simile a quella esaminata coinvolga un minore, il suo superiore interesse deve necessariamente prevalere. Da ciò deriva che il mancato riconoscimento da parte delle autorità interne del rapporto di filiazione tra il minore nato ricorrendo all'estero ad una procedura di maternità surrogata e la madre d'intenzione impatta negativamente sulla sfera giuridica del bambino e, in particolare, sul suo diritto al rispetto della propria sfera privata⁸⁷. *A fortiori*, sempre in virtù del principio del superiore interesse del minore, si impone che il soggetto giuridicamente incaricato di prendersene cura possa essere individuato facilmente, così da garantire al bambino di vivere in un ambiente stabile e idoneo a soddisfa-

⁸⁰ O. FERACI, "Il primo parere consultivo della CEDU su richiesta di un giudice nazionale e l'ordinamento giuridico italiano", in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019.

⁸¹ Parere consultivo reso il 10 aprile 2019 dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla base del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU su richiesta della Corte di cassazione francese (domanda n. P16-2018-001).

⁸² È degno di nota che abbiano presentato le proprie osservazioni anche degli Stati che non hanno ratificato il Protocollo, quali Regno Unito, Repubblica ceca e Irlanda.

⁸³ Parere, par. 25 "[T]he Court has no jurisdiction either to assess the facts of a case or to evaluate the merits of the parties' views on the interpretation of domestic law in the light of Convention law, or to rule on the outcome of the proceedings. Its role is limited to furnishing an opinion in relation to the questions submitted to it. It is for the requesting court or tribunal to resolve the issues raised by the case and to draw, as appropriate, the conclusions which flow from the opinion delivered by the Court for the provisions of national law invoked in the case and for the outcome of the case".

⁸⁴ Parere, parr. 28 e 29.

⁸⁵ Parere, par. 30.

⁸⁶ Parere, par. 37 e 38.

⁸⁷ Parere, par. 40.

re i suoi bisogni. La Corte EDU ha altresì evidenziato che l'interesse superiore del minore non racchiude unicamente la necessità di evitare profili di incertezza giuridica riferiti alla situazione del bambino che siano lesivi del suo diritto alla vita privata, ma obbliga anche a tenere in debita considerazione altri fattori di uguale importanza, che non necessariamente depongono per il riconoscimento del rapporto di filiazione con la madre d'intenzione⁸⁸. In pratica, secondo quanto chiarito dalla Grande Camera, l'obbligo di garantire il rispetto del supremo interesse del minore implica che non debba esservi, all'interno dello Stato, una generalizzata e assoluta impossibilità per il minore e la madre d'intenzione di vedersi riconoscere il rapporto di filiazione stabilito all'estero ricorrendo alla maternità surrogata e impone che ogni singola situazione sia oggetto di autonoma valutazione tenendo conto delle particolari circostanze del caso⁸⁹. In aggiunta, la Corte EDU chiarisce altresì che, sebbene il margine di apprezzamento di cui godono gli Stati contraenti risulti piuttosto ampio, anche in situazioni che implicano valutazioni particolarmente delicate dal punto di vista etico, deve ritenersi che quando vi siano in gioco, come nella fattispecie esaminata, questioni che coinvolgono l'identità dell'individuo e altri aspetti intimi della vita privata, particolarmente quelli che incidono sullo sviluppo armonioso del minore in un contesto familiare adeguato, tale margine si deve ridurre, poiché in tali casi si impone alle autorità interne l'obbligo di assicurare una qualche forma di riconoscimento al rapporto di filiazione in questione⁹⁰, in modo che sia garantita al minore la protezione di cui necessita.

34. Con riferimento al secondo aspetto, la Corte EDU chiarisce che, nell'ottica di garantire che la prevalenza del superiore interesse del minore venga assicurata, è necessario che l'incertezza in cui versa il bambino sino a che non venga definita la questione della genitorialità venga dissipata nel più breve possibile tempo (*"as short-lived as possible"*)⁹¹. Ciò in quanto il minore, fino al riconoscimento del suo *status* di figlio, viene a trovarsi in una condizione di vulnerabilità. Nondimeno, e su questo passaggio torna ad apprezzarsi il valore del margine di discrezionalità lasciato ai singoli Stati, la Grande Camera precisa che l'articolo 8 CEDU non impone un obbligo generalizzato di riconoscere sin dal primo momento il rapporto di filiazione con la madre d'intenzione. La norma impone unicamente che, in tutti i casi in cui il legame stabilito legalmente all'estero ricorrendo alla maternità surrogata sia diventato una *"practical reality"* anche nel Paese in cui se ne richiede il riconoscimento, quest'ultimo venga garantito⁹². Resta inteso che la valutazione della fattispecie e della relazione tra minore e genitore spetta ancora una volta alle autorità nazionali, su cui graverà il compito di decidere se la relazione in esame abbia assunto o meno la forma di una realtà concreta. Ne consegue che, ai fini del rispetto della CEDU, non è importante il modo in cui le autorità interne sceglieranno di dare seguito a tale riconoscimento. La valutazione andrà fatta caso per caso e, allo scopo, potrebbero essere ritenuti idonei anche metodi alternativi alla trascrizione del certificato di nascita nel registro di stato civile⁹³. La cosa fondamentale è che una forma adeguata di riconoscimento sia comunque garantita *"promptly and effectively"*, così che il bambino non debba trovarsi per un tempo lungo in una situazione di incertezza giuridica⁹⁴. Tornando al caso di specie, la Corte EDU, limitandosi ad esporre a margine della propria decisione alcune considerazioni sull'ordinamento francese, lascia alle autorità interne il compito di valutare se la forma di riconoscimento prescelta risulti o meno in linea con i requisiti enunciati⁹⁵.

⁸⁸ Parere, par. 41. Ci si riferisce a pratiche abusive collegate alla maternità surrogata e all'opportunità per il minore di conoscere le proprie origini. Emblematico il caso *Paradiso e Campanelli*, Corte EDU, *Paradiso e Campanelli* c. Italia, ricorso n. 25358/12, sentenza, 27 gennaio 2015 e sentenza della Grande Camera, 24 gennaio 2017. Si veda in proposito il commento di O. FERACI, *"Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli C. Italia"*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, p. 420 ss.

⁸⁹ Parere, par. 42.

⁹⁰ Parere, par. 43-46.

⁹¹ Parere, par. 49.

⁹² Parere, par. 52.

⁹³ Parere, par. 53.

⁹⁴ Parere, par. 54-55.

⁹⁵ Parere, par. 58.

VI. L'Italia tra la ratifica del Protocollo n. 15 e il “no” al Protocollo n. 16: Un lungo ed incerto iter legislativo

35. L'Italia al momento non figura tra i Paesi che hanno ratificato il Protocollo n. 16, pur avendo proceduto tempestivamente alla firma dello stesso il 2 ottobre 2013. L'iter legislativo finalizzato al recepimento si è arenato alla Camera dei Deputati. Il destino del Protocollo n. 16 inizialmente era stato unito a quello dell'altro Protocollo, il numero 15, ed affidato ottimisticamente ad un unico disegno legislativo. La scelta non ha però tenuto conto della diversità dei due strumenti e degli ostacoli che si sarebbero potuti frapporre, come in effetti accaduto, alla ratifica soprattutto con riguardo al Protocollo n. 16, anche alla luce dei difficili negoziati per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU interrotti dopo la posizione negativa espressa dalla Corte di giustizia⁹⁶. Uno dei nodi fondamentali riguarda proprio il Protocollo n. 16 e, più precisamente, il difficile coordinamento fra competenza consultiva della Corte EDU disciplinata dal Protocollo, da un lato, e competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea disciplinata dai trattati, dall'altro lato.

36. Come noto il Protocollo n. 15, firmato il 24 giugno 2013, è un atto di emendamento alla CEDU ed è stato pensato, nell'ambito della dichiarazione di Brighton⁹⁷, con l'intento di garantire una maggiore efficienza e celerità nella risoluzione dei ricorsi e di attribuire un ruolo di rilievo al principio di margine di apprezzamento del giudice⁹⁸. In sintesi, il Protocollo n. 15 modifica la CEDU nei seguenti punti: aggiunge nei considerando un riferimento espresso al principio di sussidiarietà e al margine di apprezzamento degli Stati; riduce da sei a quattro mesi il termine entro cui il ricorso deve essere introdotto; elimina la condizione di ricevibilità del ricorso relativa all'esame debitamente compiuto da un giudice interno mantenendo inalterata quella relativa al pregiudizio significativo, salvo che il rispetto dei diritti umani esiga un esame del merito; priva le parti in causa della possibilità di opporsi alla decisione di una Camera e infine modifica il limite di età per l'elezione a giudice prevedendo un'età inferiore ai sessantacinque anni alla data di trasmissione della lista con i tre nominativi dei candidati all'Assemblea parlamentare⁹⁹.

37. Per ciò che riguarda l'iter di ratifica in Italia, il 30 dicembre 2014, nel corso della XVII legislatura, il Governo aveva presentato un disegno di legge di ratifica ed esecuzione di entrambi i protocolli¹⁰⁰ approvato, in prima lettura, dalla Camera dei deputati, il 26 settembre 2017 ma mai approvato in via definitiva in Senato.

Una nuova proposta¹⁰¹ è stata presentata dal Governo in data 10 agosto 2018. Quest'ultima, pur riproducendo nella sostanza gli stessi contenuti del precedente disegno di legge, è rimasta ferma alla Camera dei Deputati¹⁰².

⁹⁶ Corte di Giustizia, Parere 2/13 del 18.12.2014, EU:C:2014:2454, par. 176. Cfr. *supra* nota 66.

⁹⁷ *Supra* par. 1.

⁹⁸ È la prima volta che si interviene sul Preambolo della Convenzione, rimasto inalterato dal 1950. Si vedano in proposito le posizioni espresse in sede parlamentare da M. De Salvia nella sua audizione del 5 novembre 2019 presso le Commissioni riunite Giustizia e Esteri condensate in *Osservazioni in tema di ratifica dei protocolli n° 15 et n° 16 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU): tracce sintetiche*, in www.camera.it, p. 5; e anche V. ZAGREBELSKY che, nel corso della sua audizione informale del 19 novembre 2019, disponibile su <https://webtv.camera.it/evento/15423>, evidenzia come sia la prima volta che si interviene sul testo originario del Preambolo per introdurre un espresso riferimento al principio di sussidiarietà e all'apprezzamento del margine di discrezionalità nazionale già presenti da tempo nella giurisprudenza.

⁹⁹ B. NASCIBENE, “La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto”.

¹⁰⁰ Disegno di legge n. 2801, Ratifica ed esecuzione dei seguenti Protocolli: a) Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013; b) Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013.

¹⁰¹ Disegno di legge n. 1124, *Ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 24 giugno 2013, e del Protocollo n. 16 recante emendamento alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatto a Strasburgo il 2 ottobre 2013*.

¹⁰² L'esame in Commissione è iniziato il 23 gennaio 2019. Il testo, in particolare, introduce una nuova ipotesi di sospensio-

38. Rimaneva tuttavia da risolvere con solerte urgenza il problema del recepimento del Protocollo n. 15 che, in quanto protocollo di emendamento, per l'entrata in vigore richiedeva obbligatoriamente la ratifica di tutti gli Stati parti della CEDU. Trascorsi oltre sette anni dal momento in cui è stato aperto alla firma, l'unica ratifica mancante era proprio quella dell'Italia¹⁰³. Per evitare che il ritardo si traducesse in problemi a livello internazionale e persistendo ancora più o meno fondate obiezioni alla ratifica del Protocollo n. 16¹⁰⁴, le Commissioni Giustizia e Affari esteri riunite hanno proposto lo stralcio dal disegno di legge di autorizzazione destinato alla ratifica di entrambi i protocolli la parte relativa al recepimento del Protocollo n. 16¹⁰⁵. Con l'approvazione dei necessari emendamenti il 29 luglio e il 23 settembre, con i quali è stata accolta la proposta, il 30 settembre è stato approvato alla Camera un disegno di legge finalizzato unicamente alla "ratifica ad esecuzione del Protocollo n. 15", approvato in via definitiva anche dal Senato il 12 gennaio 2021¹⁰⁶.

39. Nondimeno, alla luce del fatto che la competenza consultiva istituita dal Protocollo n. 16 consente di ampliare e rafforzare quel necessario e proficuo dialogo istituzionale tra giudici, è bene

ne facoltativa dei processi dinanzi alle più alte giurisdizioni nazionali e designa come autorità legittimate a richiedere il parere consultivo, rispettivamente la Suprema Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti e il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Rispetto a quanto previsto nel primo disegno di legge, l'art. 3, 3° comma, del DDL 1124 rimette alla Corte Costituzionale il potere di stabilire se essere abilitata o meno a presentare richieste di parere alla Corte EDU, prevedendo che essa possa provvedere "con proprie disposizioni all'applicazione del Protocollo di cui al comma 1". La norma attribuisce dunque direttamente alla Corte Costituzionale, in conformità agli articoli 14 e 22 della legge 11 marzo 1953, n. 87, la scelta da effettuarsi tramite regolamento. A motivo di ciò nel gennaio 2019, la stessa Corte Costituzionale ha rivolto un formale invito al Parlamento affinché fosse accelerato il processo di approvazione della legge di ratifica e di attuazione del Protocollo n. 16 alla CEDU, nella prospettiva del rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali, Comunicato dell'11 gennaio 2019, Intitolato "Dialogo tra Corti" Per la piena tutela dei diritti fondamentali il Parlamento Approvi Il "Protocollo 16" per rafforzare il dialogo" reperibile su https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190111163258.pdf.

¹⁰³ È stato evidenziato in dottrina da E. LAMARQUE, "La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa", che i lunghi tempi di attesa rischiavano di essere letti come uno "sgradevole sabotaggio della riforma del sistema Cedu".

¹⁰⁴ Si vedano le critiche di 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; G. CERRINA FERRONI, "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./2019; F. VARI, "Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU", in *Dirittifondamentali.it*, 2019. In senso diverso R. SABATO, "Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU", in *Sistema penale*, 2019. Per una rassegna delle opinioni espresse e per rilievi sull'utilità della ratifica: R. CONTI, "Chi ha paura del Protocollo n. 16 e perché?", in *Sistema penale*, 2019; e ID., "La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea"; A. CANNONE, "Il disegno di legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: audizioni parlamentari", in *Rivista di diritto internazionale*, 2020, p. 859 ss.; G. ZAMPETTI, "Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU: un quadro problematico", in *Federalismi.it*, n. 3/2020; E. CRIVELLI, "The Italian debate about the ratification of Protocol n. 16", in *Eurojus*, 2021. Per le opinioni espresse alla Camera, audizioni disponibili al seguente link, https://www.camera.it/leg18/1104?shadow_organoparlamentare=2803&id_tipografico=03, si ricordano, in particolare, le opinioni critiche dell'on. Boldrini che evidenzia conseguenze "di una dilatazione certa della lunghezza dei processi" e di una potenziale "deriva europeista in campo giuridico", o l'affermazione della relatrice On. Ehm secondo cui il Protocollo presenta "profili di criticità connessi al rischio di erosione del ruolo delle alte Corti giurisdizionali italiane e dei principi fondamentali del nostro ordinamento", o quella dell'on. Dalmaistro delle Vedove, secondo cui la ratifica del Protocollo, "sciagurato", rappresenterebbe "una pietra tombale sulla sovranità giuridica italiana sull'autonomia del diritto italiano".

¹⁰⁵ A seguito della decisione di dividere il destino dei due Protocolli si è avviato un intenso dibattito sulla rivista on line Giustizia insieme sull'opportunità o meno di procedere alla ratifica del Protocollo 16, www.giustiziainsieme.it, inaugurato dall'editoriale del 12 ottobre 2020 dal titolo *L'estremo saluto al Protocollo 16 annesso alla Cedu e animato da contributi volti ad auspicare una pronta riattivazione del procedimento di ratifica del Protocollo n.16*. Hanno preso parte al dibattito: A. RUGGERI, "Protocollo 16: funere mersit acerbo", 22 ottobre 2020; C. PINELLI, "Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale", 3 novembre 2020; E. LAMARQUE, "La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa", 18 Novembre 2020; C.V. GIABARDO, "Il Protocollo 16 e l'ambizioso (ma accidentato) progetto di una global community of courts", 28 novembre 2020; E. CANNIZZARO, "La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n. 16", 8 dicembre 2020; e S. BARTOLE, "Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare", 13 gennaio 2021, B. NASCIMBENE, "La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto", 29 gennaio 2021.

¹⁰⁶ Legge n. 11 del 15 gennaio 2021 in Gazzetta Ufficiale n. 34 del 10 febbraio entrata in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione, ossia l'11 febbraio 2021.

auspicare che per l'Italia si tratti solo di un rinvio e non di un abbandono dell'iter legislativo finalizzato alla sua ratifica¹⁰⁷.

VII. Conclusioni

40. Alla luce del parere reso, che come evidenziato ha rappresentato il banco di prova del nuovo meccanismo consultivo introdotto dal Protocollo n. 16, è possibile formulare alcune riflessioni sul funzionamento dello strumento, con particolare riguardo all'atteggiamento tenuto dalla Corte.

Al momento in cui si scrive sono cinque le nuove richieste pervenute alla Corte EDU¹⁰⁸ di un parere, utilizzando la nuova competenza consultiva introdotta dal Protocollo n. 16.

41. Una tra le cinque richieste pervenute non ha superato il filtro di ammissibilità. La Corte EDU, riconfermando l'atteggiamento rigoroso con cui ha delimitato il perimetro del mandato ricevuto nell'ambito del primo parere reso, ha infatti chiarito che per la loro natura, il loro grado di novità e/o di complessità, alcune delle questioni sottoposte con la richiesta di parere non richiedessero il necessario intervento della Corte EDU per assicurare, nella risoluzione della causa pendente dinanzi al giudice *a quo*, il rispetto dei diritti della CEDU.

42. Se da una parte l'atteggiamento restrittivo della Corte EDU potrebbe risolversi in una perdita di efficacia e di concretezza dello strumento, poiché si rischia di giungere a considerazioni troppo generiche non idonee a risolvere i dubbi interpretativi sollevati incentivando la proposizione di ricorsi individuali e annullando l'auspicato collaterale effetto deflativo del contenzioso, dall'altra potrebbe portare ad ampliare la platea degli Stati che ratificheranno il protocollo. L'atteggiamento prudente della Corte EDU, infatti, potrebbe vincere le resistenze di quanti temono un'ingerenza in punto di sovranità nazionale (l'Italia *in primis*) o addirittura agevolare il percorso di adesione dell'Unione europea alla CEDU, superando le opinioni negative di quanti ritengono che possa esserci il rischio di un mancato coordinamento con la procedura di rinvio pregiudiziale e le competenze della Corte di giustizia.

43. Altro aspetto da considerare è la celerità con cui la Corte EDU sta tentando di elaborare i pareri. Appena sei mesi per quello sollevato dalla Corte di Cassazione francese e otto mesi per quello sollevato dalla Corte costituzionale armena. Questo aspetto potrebbe dissipare anche le obiezioni riguardanti il rischio di dilazione della durata del processo e il fatto che il rinvio possa fornire l'occasione di ricorrere a tecniche dilatorie da parte dei soggetti in causa.

44. Per quanto riguarda gli effetti del parere sugli altri ordinamenti al momento sembra valida l'ipotesi che gli Stati parti della Convenzione, che hanno ratificato il Protocollo n. 16, pur nell'esercizio

¹⁰⁷ Come evidenziato il dibattito in dottrina è ancora aperto v. *supra* in nota 105.

¹⁰⁸ Si segnalano altre cinque nuove richieste di parere successive a quella presentata dalla Corte di Cassazione francese in tema di maternità surrogata. La seconda richiesta è giunta dalla Corte costituzionale armena a proposito della compatibilità con la CEDU di una norma del codice penale nazionale e ha dato origine al parere del 29 maggio 2020. Una terza richiesta è pervenuta dalla Corte Suprema slovacca con riferimento all'indipendenza del meccanismo di indagine slovacco relativo ai reclami contro la polizia. Tale richiesta non ha però superato il filtro di ammissibilità. La Corte EDU ha rigettato la richiesta evidenziando che "*The Court considered that the questions raised in the present request for an advisory opinion, on account of their nature, degree of novelty and/or complexity or otherwise, did not concern an issue on which the requesting court would need the Court's guidance to be able to ensure respect for*

Convention rights when determining the case pending before it", si veda il comunicato diffuso e disponibile al seguente indirizzo <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinions&c=>. A seguire sono pervenute altre tre richieste, che superato il filtro di ammissibilità sono attualmente in corso di esame, rispettivamente dalla Suprema Corte Amministrativa lituana il 5 novembre 2020 in tema di *impeachment*, dalla Corte di Cassazione armena l'11 marzo 2021 sulla compatibilità con l'articolo 7 della Convenzione del diritto interno che non preveda la non applicazione dei termini di prescrizione in caso di reati di tortura o equivalenti, e dal Consiglio di Stato francese il 15 aprile 2021 riguardante il diritto delle associazioni di proprietari terrieri di non concedere oltre i propri terreni ad un'associazione di caccia ufficialmente riconosciuta.

della discrezionalità consentita dall'articolo 5, seguiranno l'orientamento dettato dalla Corte EDU. Per ciò che riguarda i Paesi che, al contrario, non hanno ratificato il protocollo, essi potrebbero, nel trattare questioni analoghe, seguire comunque le indicazioni fornite, riconoscendo indirettamente al parere consultivo reso, una generalizzata autorevolezza anche in considerazione del fatto che i pareri costituiranno pur sempre dei precedenti, seppur non vincolanti, che influenzeranno inevitabilmente la prassi successiva in sede contenziosa e di fatto entreranno a far parte della *case-law* della Corte di Strasburgo.

45. I pareri resi costituiscono solo un primo passo verso il consolidamento di una forma di dialogo istituzionalizzato tra giudici sulla base del Protocollo n. 16 ma è evidente che il compito principale è riservato alla Corte EDU sulla quale grava l'onore di adottare un atteggiamento idoneo a rafforzare il valore intrinseco della nuova funzione consultiva attribuitale.