

***You never get a second chance to make a first impression.***  
**La Competenza consultiva della corte Edu nella prima (e forse ultima?)  
*advisory opinion* sulla Convenzione di Oviedo**

**Benedetta Vimercati\***

*YOU NEVER GET A SECOND CHANCE TO MAKE A FIRST IMPRESSION. THE ADVISORY JURISDICTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE FIRST-EVER (PERHAPS THE LAST?) ADVISORY OPINION REQUEST ON THE OVIEDO CONVENTION*

ABSTRACT: On September 2021, the ECtHR has delivered its first-ever decision on a request for an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention. The ECtHR has established – giving a strict interpretation of the limits of its advisory jurisdiction – that the request is not within its competence *ratione materiae*. The present paper aims at analyzing the decision deepening the theoretical framework the Court offered about its advisory jurisdiction, focusing on the similarities and differences among the ECHR's advisory opinion mechanisms, and providing food for thought about the contextualization of this decision within the ECtHR's constitutionalisation process.

KEYWORDS: Oviedo Convention; European Court of Human Rights; advisory opinion mechanisms; advisory and contentious jurisdiction; the constitutionalisation of the ECtHR

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Una *roadmap* concettuale. – 3. La definizione della procedura applicabile e il respingimento delle critiche sul fondamento giuridico della competenza consultiva della CEDU su Oviedo – 4. La natura, lo scopo e i limiti della competenza consultiva *ex art. 29* Oviedo. – 4.1. Un preliminare affondo sulle limitazioni *ratione personae* e *ratione materiae* dell'*advisory opinion ex art. 47* CEDU – 4.2. L'incertezza sul perimetro della competenza consultiva della Corte Edu sulla Convenzione di Oviedo – 4.3. L'ampliamento della lettura dei limiti dell'art. 29 Oviedo tra interpretazione teleologica e interpretazione storica. – 4.3.1. L'interpretazione teleologica sulla *ratio* dei limiti delle competenze consultive pur nella diversa natura delle due Convenzioni. – 4.3.2. La storia redazionale della Convenzione di Oviedo e dell'art. 29 come strumento di comprensione della sfera di competenza consultiva della Corte Edu. – 5. Differenze e analogie con il meccanismo di *advisory opinion* di cui al Protocollo n. 16 – 6. Dal piano teorico al piano concreto – 7. L'iter di approvazione del Protocollo addizionale e l'interferenza della Corte Edu con l'esercizio di una attività di tipo politico/legislativo – 8. Il potenziale impatto del Protocollo Addizionale e della richiesta del DH-BIO sul piano costituzionale nazionale – 9. Riflessioni conclusive: l'*opinion* della Corte Edu nel percorso di costituzionalizzazione della CEDU.

\* Ricercatrice di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano. Mail: [benedetta.vimercati@unimi.it](mailto:benedetta.vimercati@unimi.it). Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

## 1. Introduzione

In uno dei suoi più famosi aforismi, Oscar Wilde sosteneva come «You never get a second chance to make a first impression». Tale massima si adatta perfettamente a quanto avvenuto alcuni mesi addietro nelle stanze del Palazzo dei diritti dell'Uomo a Strasburgo. È infatti datata 15 settembre la risposta offerta dalla Corte Edu alla prima richiesta di parere consultivo avanzata nel dicembre 2019 dal *Council of Europe's Committee on Bioethics* (d'ora in avanti DH-BIO), secondo quanto previsto dall'art. 29 della Convenzione sui diritti umani e la biomedicina, nota anche come Convenzione di Oviedo<sup>1</sup>.

Tale articolo istituisce un meccanismo di *advisory opinion* che consente di chiedere alla Corte Edu un apporto interpretativo su disposizioni della Convenzione di Oviedo. Pur presente nel testo della Convenzione dalla sua genesi e nonostante il suggerimento a favore dell'impiego dello strumento avanzato dalla stessa Corte Edu nel caso *Vo c. France*<sup>2</sup>, questa competenza consultiva è però rimasta a lungo dormiente, dando ragione al pronostico maturato in parte della dottrina secondo la quale tale strumento sarebbe, con tutta probabilità, rimasto lettera morta<sup>3</sup>. Questo quanto accaduto fino alla recente richiesta del DH-BIO.

<sup>1</sup> CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention - Request for an advisory opinion under Article 29 of the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, 15 settembre 2021, disponibile sul portale <https://hudoc.echr.coe.int/> (ultimo accesso 12/10/2021).

<sup>2</sup> La Corte Edu non aveva infatti mancato di ricordare la possibilità di avvalersi di questo strumento, ritenuto particolarmente utile soprattutto laddove sia difficile rilevare un diffuso consenso su tematiche trasversali al sistema convenzionale europeo e a quello di Oviedo. Significative, in questo senso, sono le sollecitazioni presentate nel caso *Vo c. Francia* (CEDU, Grande Camera, *Vo c. France*, 53924/00 (8/7/2004), sentenza disponibile su <https://hudoc.echr.coe.int/>). Il caso riguardava la mancata qualificazione da parte delle autorità giurisdizionali francesi come omicidio colposo di un aborto subito dalla ricorrente per *malpractice*. Nell'affrontare la questione giuridici, i giudici avevano evidenziato la difficoltà nel ricavare una definizione scientifica e giuridica di inizio vita per verificare la violazione dell'art. 2 CEDU. Nella propria pronuncia, la Corte Edu fa riferimento alle ambiguità contenute nella Convenzione di Oviedo e nel Protocollo Addizionale che, relativamente ai limiti e ai divieti concernenti la ricerca biomedica e la clonazione umana, non definiscono, volutamente, il termine "everyone" né, tanto meno, quello di "human being". La Grande Camera, quindi, pur ritenendo non desiderabile e finanche possibile allo stato dell'arte rispondere in astratto alla domanda se il nascituro possa essere considerato una persona umana, si era premurata di ricordare che «the Court may be requested under Article 29 of the Oviedo Convention to give advisory opinions on the interpretation of that instrument».

<sup>3</sup> A. GIPI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione sulla biomedica*, in *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo*, 3, 1998, 719-735. Si pensi, innanzitutto, alla diffidenza con cui si guardava all'ampliamento della competenza consultiva della Corte Edu, non solo confinata a profili di carattere più marcatamente procedural/processuali ma estesa a norme sostanziali; in secondo luogo, analogamente in termini problematici era stata accolta la possibilità di fondare, per questa via, una competenza esterna diretta della Corte di Strasburgo in materie non espressamente ricomprese nell'ambito di intervento della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti CEDU) e capaci di muovere corde intimamente legate all'impronta culturale, storica ed etica del singolo ordinamento. Inoltre, sempre criticamente ci si approcciava alla potenziale apertura nell'interlocuzione con la Corte Edu di Stati parti della Convenzione di Oviedo ma non della CEDU. Problematica che, pur non essendosi ad oggi concretizzata dal momento che tutti gli Stati che hanno ratificato la Convenzione di Oviedo sono Parti del sistema convenzionale, non può dirsi del tutto sconosciuta. Qualora dovesse accadere che alla Convenzione di Oviedo decidano di aderire Stati che non sono parti

Diverse sono le ragioni che possono aver portato a sconfessare le previsioni di inattivazione del meccanismo. Tale primo passo potrebbe essere figlio del grande interesse suscitato dall'adozione del Protocollo n. 16 che ha contribuito a riaccendere i riflettori sui meccanismi di *advisory opinion* propri della Corte Edu. Anche se a questa motivazione di carattere generale si può probabilmente accompagnare una ragione maggiormente distintiva, legata al contenuto delle questioni giuridiche sottoposte all'attenzione della Corte Edu. Il DH-BIO ha infatti rivolto ai giudici di Strasburgo due quesiti tra loro interconnessi: innanzitutto, si chiedeva di definire quali fossero le "condizioni di protezione" previste dall'art. 7 Oviedo che ogni Stato membro dovrebbe prevedere per soddisfare i requisiti minimi di protezione funzionali a perseguire l'obiettivo di garantire a chiunque, senza discriminazioni, il rispetto della propria integrità<sup>4</sup>; in secondo luogo, la richiesta mirava a chiarire se tali condizioni dovessero applicarsi anche nel caso di trattamenti disposti su un paziente affetto da disturbo mentale allo scopo di proteggere soggetti terzi da un *serious harm*, ovvero sia in una fattispecie che, sebbene non contemplata dall'art. 7 Oviedo, è tuttavia prevista dall'art. 26 Oviedo concernente la restrizione all'esercizio dei diritti<sup>5</sup>. L'ambito materiale su cui insistono i quesiti tocca un tema molto delicato che, almeno in parte, coincide con alcuni degli aspetti più dibattuti nel corso dell'*iter* di approvazione di un Protocollo addizionale alla Convenzione di Oviedo rivolto alla protezione dei diritti di soggetti con disturbi mentali<sup>6</sup>.

Oltre che per questa ragione, la decisione era particolarmente attesa anche perché essa avrebbe potuto offrire agli interpreti la possibilità di cogliere la concreta estensione della competenza consultiva di cui all'art. 29 Oviedo. Dopo aver però circoscritto in maniera significativa la propria giurisdizione consultiva *ex art. 29 Oviedo*, la Corte Edu ha ritenuto i quesiti sottoposti al proprio apprezzamento estranei *rationae materiae* a tale sfera di competenza, rigettando – con una maggioranza di 13 voti contro 4 – la richiesta di *opinion*. Ciononostante, attraverso argomentazioni dal taglio marcatamente pedagogico, i giudici di Strasburgo hanno contribuito a far luce su alcune delle zone d'ombra proprie di questo strumento.

Ne è emerso quindi un parere lungo e articolato, idealmente suddivisibile in due parti che si vogliono rispecchiare nella struttura del presente contributo. Come avviene infatti nell'*opinion*, la prima parte

---

della CEDU, si porrebbe il problema della legittima estensione della giurisdizione della Corte Edu. Infine, un ulteriore elemento di preoccupazione ricomprendeva le zone grigie relative al valore giuridico attribuibile a tali pareri. Come per lo più accade nella giurisdizione consultiva dove si conferiscono a queste tipologie di pareri le controverse formule di "peso giuridico" e "autorità morale", essi dovrebbero essere presumibilmente reputati non vincolanti, senza però che tale aspetto fosse stato espressamente definito con riferimento alle *opinions* di cui all'art. 29 (sul punto si rimanda *infra* al par. 5).

<sup>4</sup> Art. 7 Oviedo, Tutela delle persone che soffrono di un disturbo mentale: «La persona che soffre di un disturbo mentale grave non può essere sottoposta, senza il proprio consenso, a un intervento avente per oggetto il trattamento di questo disturbo se non quando l'assenza di un tale trattamento rischia di essere gravemente pregiudizievole alla sua salute e sotto riserva delle condizioni di protezione previste dalla legge comprendenti le procedure di sorveglianza e di controllo e le vie di ricorso».

<sup>5</sup> Art. 26 Oviedo, Restrizione all'esercizio dei diritti: «L'esercizio dei diritti e le disposizioni di tutela contenute nella presente Convenzione non possono essere oggetto di altre restrizioni all'infuori di quelle che, previste dalla legge, costituiscono delle misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza pubblica, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute pubblica o alla protezione dei diritti e libertà altrui».

<sup>6</sup> La bozza del Protocollo Addizionale, nella sua ultima versione del giugno 2018, è disponibile al link <https://rm.coe.int/inf-2018-7-psy-draft-prot-e/16808c58a3>.

del contributo sarà dedicata alla definizione della cornice teorica, approfondendo il funzionamento e la natura di questo *advisory opinion mechanism* e contestualizzandolo nel sistema convenzionale e, in particolare, nel rapporto con le ulteriori competenze consultive riconducibili alla Corte Edu. La seconda parte sarà invece focalizzata sulla attualizzazione della cornice teorica, entro la quale verrà calata la specifica questione sottoposta dal DH-BIO, alla ricerca dei fattori che hanno condotto al rigetto della richiesta.

Nelle battute conclusive del contributo, si offriranno infine alcune suggestioni e riflessioni sul ruolo della Corte Edu nella garanzia dei diritti e sul processo di costituzionalizzazione di cui, ormai da alcuni decenni, è protagonista. Secondo alcuni primi commenti, infatti, la richiesta di *advisory opinion* avanzata dal DH-BIO suggeriva «an acceleration of the process of “constitutionalisation” of the ECtHR’s role»<sup>7</sup>. Ciò su cui ci si interrogherà sarà, pertanto, se il *self-restraint* mostrato dalla Corte Edu nella delimitazione della propria competenza sia suscettibile di rappresentare una mancata accelerazione proprio nel progressivo affermarsi del suo ruolo di giudice costituzionale o para-costituzionale.

## 2. Una roadmap concettuale.

Nella parte iniziale dell’*opinion*, particolare meticolosità viene dedicata alla definizione delle “regole di ingaggio” e alla delineazione della struttura teorica della *advisory jurisdiction* prevista nella Convenzione di Oviedo. Tale operazione ricostruttiva è resa necessaria dalle scarse indicazioni ricavabili dal dato testuale dell’art. 29 Oviedo. Quest’ultimo, oltre alla delimitazione *ratione personae* del meccanismo<sup>8</sup>, stabilisce esclusivamente che la Corte Edu possa rilasciare, al di fuori di ogni lite concreta che si svolga davanti a una giurisdizione, pareri consultivi su questioni giuridiche concernenti l’interpretazione della Convenzione di Oviedo.

La disposizione null’altro prevede, né con riferimento alla procedura che la Corte Edu dovrebbe seguire per giungere all’emanazione del parere né in ordine alla sussistenza di eventuali ed ulteriori limiti. Per ovviare al vuoto procedimentale e per verificare l’effettiva estensione della competenza consultiva stabilita dalla Convenzione di Oviedo, viene quindi instaurato tra questa *advisory jurisdiction* e il primigenio *advisory opinion mechanism* di cui all’art. 47 CEDU un forte parallelismo, il quale assumerà un peso centrale in questa prima parte del contributo che sarà così strutturata: un preliminare e ineludibile passaggio, di cui ci si occuperà nel par. 3, è quello che riguarda la definizione della procedura da applicare e l’individuazione del fondamento giuridico e legale della competenza consultiva ai sensi dell’art. 29 Oviedo. Si procederà quindi, in un secondo momento, ad analizzare la natura, lo scopo e i limiti della *advisory jurisdiction* su Oviedo, dalle quali la Corte di Strasburgo ricava molteplici assonanze con l’art. 47 CEDU (par. 4). A tal proposito, si muoverà da un breve affondo sull’art. 47 CEDU, soffermandosi sulla sua delimitazione *ratione materiae*, anche alla luce della giurisprudenza convenzionale (par. 4.1). Funzionale alla comprensione delle problematiche giuridiche sottese alla stretta connessione instaurata tra art. 47 CEDU e art. 29 Oviedo, sarà poi una digressione sulle “incertezze” che accompagnano la definizione del perimetro applicativo di quest’ultimo, prendendo in considerazione

<sup>7</sup> D. UTRILLA, *ECtHR’s advisory jurisdiction on the move: Bioethics Committee requests first-ever advisory opinion*, in *EU Law Live*, 2020, 1-4.

<sup>8</sup> Sull’ambito *ratione personae* si rimanda *infra* al par. 4.2.

non solo il dato testuale ma anche alcuni rilevanti elementi di sistema (par. 4.2). Si dovranno pertanto affrontare gli argomenti che la Corte Edu sviluppa nel proprio *iter* argomentativo per prendere posizione di fronte a tali incertezze (par. 4.3) e, in particolare, l'individuazione della *ratio* che sostiene la necessaria enucleazione di stringenti limiti alle proprie competenze consultive (par. 4.3.1), estrapolata alla luce della ricostruzione della storia redazionale della Convenzione di Oviedo e dell'art. 29 (par. 4.3.2). Limiti che non ricorrono, invece, per lo strumento di competenza consultiva della Corte Edu da ultimo istituito con il Protocollo n. 16, su cui si concentrerà il paragrafo conclusivo di questa prima parte (par. 5).

### 3. La definizione della procedura applicabile e il respingimento delle critiche sul fondamento giuridico della competenza consultiva della Corte Edu su Oviedo

L'incompletezza di indicazioni sulla procedura applicabile in conseguenza dell'attivazione del meccanismo di cui all'art. 29 Oviedo viene agilmente risolta dalla Corte Edu attraverso un'estensione in via analogica a tale disposizione delle regole previste per l'*advisory opinion mechanism* dell'art. 47 CEDU. Così facendo, automatico è il rimando non solo agli artt. 47, 48 e 49 CEDU ma altresì al *Chapter IX* delle Regole sul funzionamento della Corte (*Rules* da 82 a 90), che articola una procedura bifasica composta di una fase istruttoria e di una fase di merito. In particolare, nel corso della fase istruttoria, le *Rules* 84 e 85 prevedono che, una volta resa nota da parte del cancelliere la richiesta di parere, alle Parti contraenti sarà consentito sottoporre commenti scritti entro i termini dettati dal Presidente della Corte Edu, i quali saranno poi resi circolarmente disponibili oltre che inviati ai membri della Corte Edu e al Comitato dei Ministri. Inoltre, ai sensi della *Rule* 86, alcune delle osservazioni scritte, previa selezione del Presidente della Corte Edu, potranno essere presentate in forma orale nel corso di una udienza *ad hoc*.

Esaurita tale fase e sulla base dei rilievi emersi, si apre quella di merito, che – in ottemperanza alla *Rule* 87 – vede protagonista la Grande Camera (nella composizione determinata ai sensi dell'art. 24§2 lett. f) Regolamento della Corte<sup>9</sup>), la quale è tenuta ad esprimere il parere o, in alternativa, a rigettare con decisione motivata la richiesta qualora la ritenga estranea alla propria sfera di competenza<sup>10</sup>.

In occasione della presentazione della richiesta di *opinion* in analisi è stata dunque attivata questa procedura bifasica che ha portato alla presentazione, da parte di diverse Alte Parti contraenti<sup>11</sup>, di

<sup>9</sup> La disposizione rimanda, a sua volta, al par. 2 lettere a) ed e) ove si afferma che fanno parte della Grande Camera il Presidente e i Vicepresidenti, nonché i Presidenti delle Sezioni eventualmente sostituiti dal Vicepresidente della Sezione interessata e che i giudici e i giudici supplenti che completano la Grande Camera vengono designati fra i rimanenti. La designazione viene effettuata dal Presidente della Corte attraverso estrazione a sorte, le cui modalità devono assicurare una composizione geograficamente equilibrata e rappresentativa dei diversi sistemi giuridici esistenti nelle Parti contraenti.

<sup>10</sup> Ai sensi della *Rule* 88, la posizione della Corte è espressa a maggioranza dei voti con facoltà per i giudici di allegare semplice dichiarazione di dissenso oppure opinione separata, sia concordante che dissenziente.

<sup>11</sup> Nel caso in analisi, dando attuazione a queste disposizioni, nella prima fase della procedura, e in particolare circa sei mesi dopo la presentazione della richiesta di parere, il *Registrar* ha invitato le *contracting parties* a presentare le proprie osservazioni. Si sottolinei come, dandosi applicazione alle norme che regolamentano la procedura di cui all'art. 47 CEDU, le *contracting parties* invitate a presentare commenti scritti sono state tutte le parti

memorie volte a sottoporre ai giudici commenti sul merito della richiesta del DH-BIO, a mettere a disposizione informazioni sulla legislazione e sulle pratiche nazionali adottate nell'ambito tematico oggetto del parere nonché ad esporre osservazioni anche concernenti la giurisdizione della Corte Edu. Proprio su quest'ultimo profilo – identificato quale uno dei problemi lasciati aperti dalla definizione della competenza consultiva sulla Convenzione di Oviedo – si è soffermata una minoranza dei governi<sup>12</sup>. Nella CEDU, così come nei suoi Protocolli e nel suo Regolamento, non si rinviene infatti alcun rimando né alla previsione né alla disciplina del meccanismo di *advisory opinion ex art. 29 Oviedo*. A fronte di questo rilievo, alcune memorie hanno sollevato dubbi sull'integrazione di un'effettiva competenza della Corte Edu<sup>13</sup>, non ritenendosi sufficiente per determinare un ampliamento della sfera di competenza consultiva il mero nesso con un altro trattato internazionale. L'unica modalità per integrare le competenze della Corte consisterebbe in una modifica della CEDU oppure nell'eventuale adozione di un Protocollo aggiuntivo e nella modifica del Regolamento della Corte<sup>14</sup>. Sarebbero solo tali strumenti a garantire – in virtù dell'art. 34 della Convenzione di Vienna<sup>15</sup> – una più circostanziata declinazione delle modalità procedurali sulle quali raccogliere il preliminare e indispensabile consenso di tutti gli Stati contraenti.

Nella propria *opinion*, la Corte affronta quindi in prima battuta queste critiche, leggendo il silenzio delle disposizioni convenzionali come non ostativo all'individuazione di un fondamento della propria giurisdizione consultiva. Nel discostarsi da quanto sostenuto da una parte dei Governi intervenienti, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto come tale competenza non necessiti di poggiare su una previsione esplicita contenuta all'interno della CEDU o in uno dei suoi Protocolli. Benché questa sia la prassi generalmente invalsa laddove Corti internazionali siano investite del potere di *advisory jurisdiction*, ciò non preclude che tale competenza possa essere attribuita alla Corte Edu anche attraverso fonti ulteriori, soprattutto qualora essa debba esercitarsi in relazione a trattati sui diritti umani che hanno ricevuto l'approvazione del *Committee of Ministers* del Consiglio d'Europa.

A conferma di ciò, la Corte evoca le disposizioni sull'interpretazione dei trattati internazionali e, in special modo, l'art. 31 della Convenzione di Vienna, in conformità del quale «Un trattato deve essere

---

contraenti della CEDU, tra le quali rientrano anche ordinamenti che non hanno sottoscritto o ultimato le procedure di ratifica della Convenzione di Oviedo su cui invece insistono le richieste interpretative avanzate dal DH-BIO.

<sup>12</sup> La maggior parte degli Stati non ha invece messo in discussione in astratto la giurisdizione della Corte Edu; la competenza del giudice sovranazionale troverebbe riscontro non solo sulla base della lettera dell'art. 29 ma, *a fortiori*, considerando la stretta interrelazione tra le due Convenzioni e l'ampio consenso raccolto in fase di redazione della Convenzione di Oviedo, proprio intorno all'art. 29 quale elemento di raccordo dei due sistemi di tutela dei diritti.

<sup>13</sup> I Governi che si sono espressi in questo senso sono stati: Andorra, Azerbaijan, Polonia, Russia e Turchia.

<sup>14</sup> Senza ritenere necessario per fondare la competenza della Corte Edu un Protocollo *ad hoc* o una disciplina all'interno della CEDU del meccanismo consultivo, secondo Gitti sarebbe stato preferibile seguire la strada di un Protocollo specifico per non svalutare l'art. 29 «a una mera dichiarazione di intenti», assicurandone così l'operatività. Qualora tale strada si fosse rivelata eccessivamente onerosa, l'Autore prospetta la conclusione di un'intesa giuridicamente non vincolante con cui tutti gli Stati parti della Convenzione di Oviedo avrebbero potuto consentire alla Corte Edu di divenire operativa in questa specifica sfera di giurisdizione consultiva (cfr. A. GITTI, *op.cit.*, 731-732).

<sup>15</sup> Ai sensi dell'art. 34 della Convenzione di Vienna invocato in alcune memorie: «Un trattato non crea né obblighi né diritti per uno Stato terzo senza il consenso di quest'ultimo».

interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo». Il richiamo ad un'interpretazione di tipo sistematico è elemento ricorrente nella giurisprudenza convenzionale, ritenuta persino indispensabile laddove si consideri che «the Convention cannot be interpreted in a vacuum»<sup>16</sup>. Tale sistematicità, che dovrebbe connotare l'operazione interpretativa posta in essere dalla Corte Edu, richiede (e al contempo diviene strumentale a) una apertura alle fonti di diritto internazionale esterne. Non a caso, infatti, queste ultime sono ormai sempre più stabilmente divenute – nell'ampio *parterre* dello strumentario esegetico<sup>17</sup> di cui usufruiscono i giudici di Strasburgo – uno degli ausili irrinunciabili per instaurare una relazione armonica con le altre regole di diritto internazionale, nel quadro di un generale potenziamento della lettura evolutiva delle disposizioni convenzionali favorita dal c.d. processo di “globalizzazione” nell'uso delle fonti<sup>18</sup> inaugurato nel caso *Demir e Baykara c. Turchia* del 2008<sup>19</sup>. Come sottolineato da Arato, la Corte «claims the competence to consider, in the expansive and evolutionary interpretation of the Convention, what it perceives to be trends in international, regional, and domestic mores as evidenced by an array of hard and soft law, irrespective of whether states have agreed to be formally bound by those instruments or whether the instruments were even meant to be binding»<sup>20</sup>.

Proprio questa finalizzazione dello stesso art. 31 della Convenzione di Vienna ha comportato che, nella prassi, il principio interpretativo tratto da tale disposizione sia stato ricondotto essenzialmente all'esegesi di norme sostanziali. Nel caso in esame, la Corte Edu ne offre però una più ampia lettura, sottolineando come esso non debba considerarsi privo di rilevanza per altri tipi di disposizioni, comprese quelle sulla sua giurisdizione. In questo modo, la Corte Edu riesce a superare l'assenza nell'intero sistema convenzionale di un fondamento positivo della propria giurisdizione consultiva sulla Convenzione di Oviedo. Essa assume come sufficiente quanto disposto nell'art. 29 Oviedo e fonda la propria facoltà di disciplinare questo specifico procedimento su una applicazione analogica dell'art. 25, lett. d), CEDU ove si riconduce alla stessa Corte il potere di adottare il proprio regolamento<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> Par. 42 CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, cit.

<sup>17</sup> Si ricordi che la Corte, oltre a numerosissimi trattati internazionali e convenzioni, può avvantaggiarsi nella sua opera interpretativa anche degli atti emanati dalle istituzioni del Consiglio d'Europa tra cui risoluzioni e raccomandazioni della Assemblea Parlamentare e del Comitato dei Ministri, i documenti della Commissione di Venezia etc., così come dei principi generali di diritto riconosciuti dalle Nazioni civili di cui all'art. 38 par. 1 dello Statuto internazionale della Corte di Giustizia (cfr. R.G. CONTI, *Ruggeri, i giudici comuni e l'interpretazione*, in *Giustizia Insieme*, 2019).

<sup>18</sup> P. COSTANZO, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAIITA (eds.), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, 121-156.

<sup>19</sup> CEDU, *Demir et Baykara c. Turchia*, 34503/97 (12/11/2008). Sentenza disponibile su <https://hudoc.echr.coe.int/>.

<sup>20</sup> J. ARATO, *Constitutional Transformation in the ECtHR: Strasbourg's Expansive Recourse to External Rules of International Law*, in *Brooklyn Journal of international law*, vol. 37, n. 2, 2012, 349-387: «Ultimately, the Court is here asserting a competence over and above the States Parties. It claims the competence to consider, in the expansive and evolutionary interpretation of the Convention». Cfr. altresì G. ULFSTEIN, *Evolutionary Interpretation in the Light of Other International Instruments*, in A. VAN AAKEN, I. MOTOC (eds.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford, 2018, 83-94.

<sup>21</sup> L'art. 25 CEDU prevede che «La Corte riunita in Assemblea plenaria (a) elegge per un periodo di tre anni il suo presidente e uno o due vice-presidenti; essi sono rieleggibili; (b) costituisce Camere per un periodo determinato;

#### 4. La natura, lo scopo e i limiti della competenza consultiva ex art. 29 Oviedo

Chiarite queste due preliminari problematiche, i giudici internazionali si trovano a dover affrontare il nodo più spinoso concernente la competenza consultiva ex art. 29 Oviedo, ossia «*to determine the nature, the scope and the limits of that jurisdiction*». In questa prospettiva, quello svolto dalla Corte è un lavoro di fine tessitura. Essa intreccia i fili della storia redazionale della Convenzione di Oviedo per far emergere la profonda vicinanza tra quest'ultima e la CEDU e i fili che rappresentano le finalità insite nei due documenti internazionali e nella competenza consultiva su di essi attribuita alla Corte. La digressione sui limiti di cui all'art. 47 CEDU non rimane quindi un puro esercizio dogmatico ma ne costituisce un passaggio imprescindibile, tanto che la domanda di fondo che muove la Grande Camera è se sia possibile applicare anche all'art. 29 Oviedo i limiti sostanziali propri del meccanismo ex art. 47 CEDU.

##### 4.1. Un preliminare affondo sulle limitazioni *ratione personae* e *ratione materiae* dell'*advisory opinion* ex art. 47 CEDU

Si proceda però con ordine. Prima di verificare come la Corte Edu abbia instaurato il parallelismo tra le due competenze consultive, è infatti opportuno rammentare in cosa consista e come sia disciplinata la competenza della Corte Edu in base all'art. 47 CEDU.

Quest'ultimo meccanismo, non contemplato nella versione originaria della CEDU, è stato introdotto nel sistema convenzionale attraverso l'adozione del Protocollo n. 2 entrato in vigore nel 1970, all'esito di una lunga e articolata riflessione favorita dalla Raccomandazione n. 232 del 1960 della Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa (l'allora Assemblea Consultiva)<sup>22</sup>, ove si auspicava di aprire alla possibilità per la Corte Edu di sciogliere autoritativamente, grazie alla propria attività esegetica, dubbi giuridici rigorosamente estranei alla decisione di un caso concreto<sup>23</sup>. Solo in un secondo momento,

---

(c) elegge i presidenti delle Camere della Corte che sono rieleggibili; (d) adotta il regolamento della Corte; (e) elegge il cancelliere e uno o più vice-cancellieri; (f) formula le richieste previste all'articolo 26§2».

<sup>22</sup> Recommendation 232 (1960) *Extension of the competence of the European Court of Human Rights as regards the interpretation of the Convention on Human Rights*. Il testo della Raccomandazione è disponibile al link: <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14269&lang=en> (ultima consultazione 12/10/2021). Talle Raccomandazione succedeva alla Recommendation 231 (1960) *Uniform interpretation of European treaties* (testo disponibile al link <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=14268&lang=en>, ultimo accesso 14/10/2021). Quest'ultima proponeva un'ampia competenza interpretativa della Corte che avrebbe coperto ogni convenzione conclusa nell'ambito del Consiglio d'Europa: «The High Contracting Parties shall recognise, in accordance with the provisions set out below, the competence of the European Court of Human Rights to interpret any convention concluded under the auspices of the Council of Europe (here inafter referred to as "European convention"), or any other international treaty concluded between two or more Member States of the Council of Europe, insofar as the provisions of those conventions or treaties are applicable by national courts. 2. The procedure for interpretation provided for in this Agreement shall not be applicable in respect of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed on 4th November 1950, or to its Protocol, signed on 20th March 1952». In dottrina si vedano A.H. ROBERTSON, J.G. MERRILLS, *Human Rights in Europe, A Study of the European Convention on Human Rights*, Manchester-New York, 1993.

<sup>23</sup> Come ricordato in P. PROLI, *op.cit.*, 766, questa competenza in capo alla Corte consentiva di integrare i cd. esercizi di compatibilità ovvero sia forme di controllo politico e di monitoraggio instaurati dal COE e presenti prima dell'adozione del Protocollo n. 2, che si sostanziavano in meccanismi definiti "latu sensu consultivi" e in

tramite il Protocollo n. 11, il meccanismo è stato incorporato nelle disposizioni della Convenzione dove si è esplicitata la competenza della Corte Edu a fornire pareri consultivi su questioni giuridiche concernenti l'interpretazione della CEDU e dei suoi Protocolli<sup>24</sup>.

L'art. 47 CEDU prevede, nello specifico, una duplice limitazione: *ratione personae* e *ratione materiae*<sup>25</sup>. Con riferimento all'ambito *ratione personae*, si individua espressamente nel Comitato dei Ministri<sup>26</sup> l'unico soggetto legittimato a presentare richiesta di *opinion*. Più articolata è invece la previsione dell'ambito *ratione materiae*: nel primo paragrafo, infatti, la disposizione esige che il parere verta su questioni giuridiche relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli (art. 47§1) e, nel secondo paragrafo, si vincola la valutazione nel merito della questione da parte della Corte Edu ad interrogativi non inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nel Titolo I della CEDU e nei Protocolli, né attinenti ad altre questioni su cui la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla CEDU (art. 47§2).

La preoccupazione che aveva spinto verso questa delimitazione era quella di assicurare che la competenza consultiva rimanesse residuale rispetto al primario compito dei giudici convenzionali e, quindi, rispetto alla competenza giurisdizionale vera e propria che definisce l'investitura originale della Corte Edu quale garante della giustiziabilità dei diritti racchiusi nella CEDU in presenza di violazioni poste in essere nei diversi ordinamenti contraenti<sup>27</sup>.

Il fermo proposito di evitare il rischio di una sovrapposizione tra competenza giurisdizionale e *advisory jurisdiction* si apprezza ancor più analizzando l'*Explanatory report* del Protocollo n. 2, nel quale si forniscono alcune dettagliate indicazioni che consentono di cogliere la dimensione concreta di tali limitazioni, successivamente riprese dalla stessa giurisprudenza della Corte Edu: anzitutto, si sottolinea come la questione su cui si richiede il parere debba possedere *a legal character*. Attribuendo alla connotazione il medesimo significato rinvenibile in altre simili convenzioni internazionali, due sono le conseguenze che derivano: in primo luogo, che debbano ritenersi escluse dalla competenza consultiva di

---

procedure di prevenzione volte ad evitare violazioni sistematiche dovute ad incompatibilità strutturali dei sistemi nazionali con la CEDU. Sul punto si veda altresì A. DRZEMCZEWSKI, J. GAUGHAN, *Implementing Strasbourg Court Judgments: The Parliamentary Dimension*, in W. BENEDEK, W. KARL, A. MIHR, M. NOWAK (eds.), *European Yearbook on Human Rights*, Vienna, 2010, 233-244: «“Strasbourg vetting” of draft legislation is necessary, irrelevant of whether the bill has been introduced in response to an adverse judgment of the Court. Verification of draft legislation is a principal preventative measure in seeking to avoid unjustified infringement of the Convention guarantees».

<sup>24</sup> Il Protocollo n. 11 ha apportato due modifiche alle disposizioni del Protocollo n. 2. In particolare, il *quorum* previsto per sollecitare il parere è stato portato da 2/3 alla maggioranza dei voti e, in secondo luogo, se inizialmente la competenza ad esprimersi in merito al parere spettava alla assemblea plenaria della Corte, ora essa è attribuita alla Grande Camera.

<sup>25</sup> Sono infatti esclusi sia tutti i soggetti che possiedono legittimazione attiva per sollevare una procedura contenziosa sia altri organi del Consiglio d'Europa (Segretario generale e Assemblea Parlamentare), i quali possono però proporre al Comitato proposte di domande di parere, come avvenuto in due delle tre decisioni nell'ambito della competenza consultiva della Corte Edu ex art. 47 (cfr. P. PROLI, *op.cit.*, 766).

<sup>26</sup> L'art. 47 precisa, inoltre, che «la decisione del Comitato dei Ministri di chiedere un parere alla Corte è adottata con un voto della maggioranza dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio in seno al Comitato».

<sup>27</sup> È il carattere della residualità a marcare il *discrimen* con la competenza principale della Corte Edu ossia quella contenziosa (cfr. P. PROLI, Art. 47-49, in V. ZAGREBELSKY, P. DE SENA, S. BARTOLE (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali*, Padova, 2012, 766).

Strasburgo tutte le questioni che eccedano il perimetro della mera interpretazione spingendo, surrettiziamente, verso l'introduzione di integrazioni, migliorie e correzioni capaci di incidere sul portato sostanziale della disposizione. In secondo luogo, che siano parimenti da rigettare questioni la cui soluzione coinvolga *matters of policy* e, pertanto, un apprezzamento dell'opportunità politica da parte del giudice internazionale<sup>28</sup>. Il *Report* fornisce, infine, una specificazione sulla locuzione utilizzata nell'art. 47§2 CEDU, ove si fa riferimento alla preclusione dettata dalla possibilità che sulla questione la Corte Edu debba doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso; sul punto, l'*Explanatory Report* sottolinea come le questioni giuridiche escluse dalla competenza consultiva siano tutte quelle che la Commissione, la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero dover prendere in considerazione a seguito dell'apertura di un procedimento giurisdizionale ai sensi della CEDU, indipendentemente dal fatto che si tratti di procedimenti passati, presenti, futuri o anche solo meramente ipotetici<sup>29</sup>. Dinanzi a richieste suscettibili di integrare uno o più di questi limiti, la Corte Edu, ravvisando un'incompatibilità con la sua sfera di competenze consultive, può – ai sensi della *Rule 87* e dell'art. 48 CEDU – rigettare la domanda.

A conferma dell'importanza di queste limitazioni, tali regole sono state finora rigidamente applicate. Suscitando critiche da parte di alcuni commentatori che hanno accusato la Corte Edu di aver concorso a disincentivare l'utilizzo di questo meccanismo, quest'ultima si è infatti ad oggi espressa su tre sole richieste di *opinion*, due delle quali, peraltro, accolte unicamente in ragione di meri rilievi procedurali. Nel vagliare se i quesiti sottoposti alla sua attenzione fossero configurabili come una "questione giuridica"<sup>30</sup> relativa all'interpretazione della CEDU in virtù di quanto disposto dal §1 dell'art. 47 CEDU e rientrassero quindi nella sua sfera di competenza secondo le condizioni previste dal §2 del medesimo articolo, i giudici di Strasburgo hanno avuto modo di esplicitare il rigore dei limiti soggettivi e, soprattutto, oggettivi che accompagnano tale strumento consultivo<sup>31</sup>. Attraverso tali *opinions*, la Grande Camera ha contribuito a rafforzare la rigidità già insita nella delimitazione *ratione materiae* della propria

<sup>28</sup> Così l'*Explanatory Report to Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions Strasbourg*, 6.V.1963, ETS 44: «The questions on which such opinions may be given must therefore have a legal character. The term "legal questions" is to be understood as having the same meaning as is given to this term in similar international conventions. As the Committee stated in its first report, this rules out, on the one hand, questions which would go beyond the mere interpretation of the text and tend by additions, improvements or corrections to modify its substance; and, on the other hand, questions whose solution would in any way involve matters of policy».

<sup>29</sup> Esplicito è in questo senso l'*Explanatory Report* al Protocollo n. 2: «The questions which are excluded are those which the Commission, the Court or the Committee of Ministers might have to consider in consequence of the institution of proceedings provided for in the Convention whether such proceedings are past, present, future or merely hypothetical».

<sup>30</sup> La qualificazione della questione come "giuridica" consentiva di escludere qualsiasi questione i cui termini o la cui soluzione avrebbero coinvolto problematiche di ordine politico (cfr. *Memorandum on the 3rd meeting of the Committee of Experts from 2nd to 12th October 1961* (DH/Exp (61) 36, 18 gennaio 1962), disponibile al link <https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P2-EN2907903.pdf>). Il concetto viene ulteriormente ribadito dalla stessa Corte nell'*opinion* del 12 febbraio 2008, *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights*.

<sup>31</sup> Cfr. CEDU, *Decision on the Competence of the Court to Give and Advisory Opinion*, 2 giugno 2004.

competenza consultiva, avallando quanto previsto nei lavori preparatori del Protocollo n. 2<sup>32</sup>. Questi ultimi, tra le esemplificazioni di applicazione della giurisdizione consultiva, contemplavano infatti un ristretto numero di campi afferenti all'elezione dei giudici, alla procedura del Comitato dei Ministri in fase di esecuzione delle sentenze e ai compiti del Segretario generale del Consiglio d'Europa<sup>33</sup>.

Gli stessi timori per un indebolimento della centralità della funzione giurisdizionale a vantaggio di quella consultiva o di una sovrapposizione tra le due competenze sono quelli che hanno determinato il fallimento di tentativi di propagazione della giurisdizione consultiva della Corte Edu ad altre convenzioni redatte nell'ambito del Consiglio d'Europa, così come proposte di revisioni formali al Protocollo n. 2. Nel primo senso, si rammenti la posizione contraria assunta dalla Corte Edu di fronte all'invito, avanzato nella Raccomandazione 1492 (2001) della Parliamentary Assembly, di utilizzare il modello di Oviedo anche per la Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali<sup>34</sup>. Nel secondo senso, si ricordi come molteplici siano stati i tentativi di ampliamento della giurisdizione consultiva della Corte Edu, i quali toccavano non solo l'ambito *ratione personae*, con l'inclusione tra i soggetti titolati a presentare richiesta di parere anche la Commissione, la Parliamentary Assembly del Consiglio d'Europa nonché ogni Stato contraente, ma altresì un'espansione dell'ambito *ratione materiae* che avrebbe potuto ricomprendere nel raggio interpretativo della Corte Edu qualsiasi questione giuridica

<sup>32</sup> Si veda *Recueil des Travaux Preparatoire du Protocole n. 2*, in <https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-P2-EN2907903.pdf>.

<sup>33</sup> La prima richiesta di *advisory opinion*, sollevata nel 2004, aveva ad oggetto la compatibilità della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali della Comunità di Stati Indipendenti (cd. CIS) con la CEDU. In tale occasione, la Corte ha ritenuto come la richiesta esorbitasse dalla propria sfera di competenza attenendo a problematiche giuridiche che avrebbero potuto, in futuro, essere oggetto di un procedimento attivato avanti a sé in sede giurisdizionale. La Corte torna poi sugli spazi della competenza consultiva ex art. 47 sollecitata da altre due richieste di *advisory opinion* rispettivamente sottoposte alla sua attenzione nel 2008 e nel 2010, entrambe concernenti il sistema di elezione dei giudici. L'*opinion* del 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 (No. 1)*, 12 February 2008) nasceva in risposta a due quesiti sottoposti alla Corte Edu da Malta, con i quali si domandava alla Corte se una lista di candidati al posto di giudice della Corte Edu, conforme ai criteri definiti dalla stessa Convenzione (art. 21), potesse essere rifiutata unicamente sulla base di questioni legate al genere dei candidati e se le risoluzioni 1366 (2004) e 1426 (2005), recanti la disciplina della procedura di candidatura e selezione dei potenziali giudici della Corte Edu, violassero le responsabilità dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa ai sensi dell'art. 22 della Convenzione, laddove si introducevano criteri ulteriori quali la presenza nelle liste di almeno un candidato dell'altro sesso. Se la prima questione viene ricondotta alla competenza consultiva della Corte Edu, la seconda ne viene invece esclusa toccando l'interpretazione di atti che non rientrano in quelli su cui si era sollecitato il vaglio consultivo dei giudici di Strasburgo. Con l'*opinion* rilasciata nel 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)*, 22 January 2010), la Corte Edu seguiva essenzialmente il medesimo schema della precedente, rinvenendo la sua competenza nell'esprimere parere su problematiche variamente connesse al ritiro e alla modifica da parte dello Stato della propria lista di candidati a giudici della Corte Edu e rigettando la richiesta di esprimersi sulla compatibilità a Convenzione delle disposizioni contenute nella Risoluzione dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa 1432(2005).

<sup>34</sup> Par. 12.10: «begin drafting an additional protocol to the Framework Convention for the Protection of National Minorities giving the European Court of Human Rights or a general judicial authority of the Council of Europe the power to give advisory opinions concerning the interpretation of the framework convention». Cfr. anche il *Draft additional Protocol to the Framework Convention for the Protection of National Minorities (on the interpretation of the Convention)*, Proposal by the Italian Chair.

riguardante la CEDU e i Protocolli sia la previsione della facoltà per gli Stati di interpellare i giudici di Strasburgo al fine di ottenere pareri su progetti di legislazione nazionale<sup>35</sup>.

#### 4.2. L'incertezza sul perimetro della competenza consultiva della Corte Edu sulla Convenzione di Oviedo

Nessuna esitazione sorge in merito all'impossibilità di ravvisare assonanze nella delimitazione *ratione personae* dei due strumenti consultivi. Se, come poc'anzi ricordato, nell'art. 47 CEDU la legittimazione a sollevare richiesta di *opinion* viene attribuita al Comitato dei Ministri, nell'art. 29 Oviedo i soggetti legittimati ad attivare il meccanismo consultivo sono chiaramente identificati nel DH-BIO<sup>36</sup> e nel Governo di una delle Parti, previa informativa resa nei confronti delle altre.

Diversamente, dubbi sono stati sollevati con riferimento alla delimitazione dell'ambito materiale. Le stesse memorie depositate nel corso della fase istruttoria tradiscono questa ambiguità, rivelando la polarizzazione tra un atteggiamento di chiusura in virtù del quale i limiti dell'art. 47 CEDU non devono trovare applicazione per l'*advisory opinion ex art. 29 Oviedo*<sup>37</sup> e un atteggiamento che spinge invece nel senso di una sovrapposizione dell'ambito *ratione materiae*<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> Si veda A. DRZEMCZEWSKI, *Advisory Jurisdiction of the European Court of Human Rights: A Procedure Worth Retaining?*, in C. TRINDADE, A. AUGUSTO (eds.), *The Modern World of Human Rights*, San José, 1996, 493.

<sup>36</sup> Originariamente, l'art. 29 prevedeva che legittimato fosse il Comitato direttivo per la Bioetica che, dal gennaio 2012, è stato però sostituito con il DH-BIO. A seguito della riorganizzazione degli organi intergovernativi del Consiglio d'Europa, infatti, dal 1° gennaio 2012 il Comitato per la bioetica (DH-BIO) ha assunto le responsabilità del Comitato direttivo sulla bioetica (CDBI) per i compiti assegnati dalla Convenzione sui diritti umani e Biomedicina nonché per il lavoro intergovernativo sulla tutela dei diritti umani nel campo della biomedicina. Questa riorganizzazione ha anche portato alla creazione di un collegamento più stretto tra il DH-BIO e il Comitato direttivo per i diritti umani (CDDH).

<sup>37</sup> Parte delle osservazioni scritte presentate ha escluso tale estensione, facendo aggio sui criteri di interpretazione dei trattati internazionali. Tale posizione è stata sostenuta invocando, nello specifico, due disposizioni della Convenzione di Vienna ossia gli artt. 31 c. 3 e l'art. 30. Alla luce dell'art. 31, «un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo» e, in particolare, ai sensi del terzo comma di tale articolo, il contesto deve comprendere, oltre al testo, anche ogni norma pertinente di diritto internazionale applicabile alle relazioni fra le Parti. In questa prospettiva, dovrebbe trovare spazio l'art. 29 considerato quale norma pertinente di diritto internazionale. A ciò si aggiunga che l'art. 30 della Convenzione di Vienna, nel disciplinare l'applicazione di trattati successivi vertenti sulla medesima materia, prevede che quando tutte le parti del trattato anteriore siano parti del trattato posteriore, senza che il trattato anteriore abbia avuto termine o la sua applicazione sia stata sospesa in base all'art. 59, il trattato anteriore non si applichi se non nella misura in cui le sue disposizioni siano compatibili con quelle del trattato posteriore. Muovendo da questa disposizione, ne consegue che non debbano trovare spazio i limiti di cui all'art. 47 che, qualora diversamente impiegati, rischierebbero di compromettere sia la *ratio* che aveva sorretto l'introduzione dell'art. 29 sia la sua efficacia (cfr. par. 40 CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, cit.).

<sup>38</sup> In altre memorie, invece, è stata avvalorata una lettura analogica dei limiti contenuti nell'art. 47 CEDU. È stato infatti rilevato come la richiesta del DH-BIO fosse incompatibile con questa perimetrazione di competenza, ver-tendo su problematiche giuridiche su cui la Corte Edu si era in passato pronunciata e che avrebbero potuto in futuro divenire oggetto dell'esercizio della sua funzione giurisdizionale. Posizione più sfumata è quella infine abbracciata dai governi di Repubblica Ceca, Norvegia, Ucraina e Italia, secondo i quali i limiti racchiusi nell'art. 47 CEDU non si porrebbero come ostacolo alla competenza consultiva della Corte spingendo verso il rigetto della domanda ma integrerebbero, piuttosto, un onere in capo alla Corte Edu, chiamata – dentro i binari fissati dall'art. 47 CEDU – a calibrare la propria risposta in modo tale da non interferire con l'esercizio della primaria competenza

Fino alla decisione della Corte Edu, va dato atto di come in dottrina non si riscontrassero voci propense ad individuare un accostamento “materiale” tra art. 29 Oviedo e art. 47 CEDU, tanto che era stata pressoché esclusa l’eventualità di rintracciare, oltre a quelli espressamente menzionati nell’art. 29, ulteriori limiti alla giurisdizione consultiva della Corte Edu sulla Convenzione di Oviedo. Tale condivisa posizione era sostenuta sia in virtù del tenore letterale della disposizione in esame sia avuto riguardo al contesto sistemico in cui essa è incastonata<sup>39</sup>.

Per quel che concerne il dato testuale, soprattutto nella versione ufficiale in lingua inglese, viene in rilievo la diversa formulazione racchiusa negli artt. 47 CEDU e 29 Oviedo. Se nel primo si utilizza la formula «or with any other question which the Court or the Committee of Ministers might have to consider in consequence of any such proceedings as could be instituted in accordance with the Convention», nella Convenzione di Oviedo si afferma espressamente «without direct reference to any specific proceedings pending in a court» (corsivo aggiunto). La lettera dell’art. 29 Oviedo riconosce quindi la facoltà per la Corte Edu, qualora interpellata, di fornire pareri consultivi su questioni giuridiche che concernono l’interpretazione di sue disposizioni, circoscrivendo la giurisdizione consultiva a questioni giuridiche estranee ad ogni lite concreta *pendente* davanti ad una giurisdizione. Tale dizione potrebbe indurre a ritenere che l’*advisory opinion mechanism* di cui alla Convenzione di Oviedo sia suscettibile di portare all’attenzione della Corte Edu l’interpretazione di disposizioni sostanziali della Convenzione purché non coinvolte in un processo in corso, senza quindi precludere *a priori* l’eventualità che la questione giuridica possa essere sollevata in un futuro procedimento contenzioso.

Altro dato testuale che potrebbe spingere per non ritenere consimili i limiti attribuibili ai due meccanismi consultivi è la mancanza di qualsivoglia riferimento, all’interno dell’art. 29 Oviedo, al divieto invece espressamente posto dall’art. 47 CEDU che impedisce alla Corte Edu di pronunciarsi su questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nel Titolo I della CEDU (artt. da 2 a 18) e nei Protocolli. Laddove la funzione consultiva della Corte con riferimento alla CEDU può ultimamente esercitarsi su questioni procedurali, tale medesimo limite non sembrerebbe scorgersi per la Convenzione sulla biomedicina.

Ad analoga conclusione si giungeva altresì basandosi su un dato sistemico che muove dalla estrapolazione della *ratio* dei limiti dell’art. 47 CEDU e dalla difficoltà di ricondurre alla medesima *ratio* ulteriori sbarramenti all’esercizio della competenza consultiva su Oviedo. Come anticipato, l’obiettivo che aveva condotto all’introduzione dei rigidi confini di cui all’art. 47 era la volontà di escludere il rischio di compromettere «l’architettura della giurisdizione convenzionale»<sup>40</sup>, inficiando la residualità della competenza consultiva. Questa stessa ragion d’essere potrebbe, di primo acchito, difficilmente adattarsi al meccanismo di Oviedo. L’omonima Convenzione si pone infatti quale strumento di armonizzazione tra principi e nei suoi confronti la Corte Edu non svolge alcuna funzione di tipo giurisdizionale e

---

giurisdizionale. La posizione espressa dal nostro ordinamento è così riassunta dalla Corte: «Others considered that the request should not be automatically rejected for this reason. Rather, the Court should ensure that its reply was formulated in such a way as not to interfere with its functions under the Convention (position of the Governments of the Czech Republic, Italy, Norway and Ukraine)» (par. 39, CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, cit.).

<sup>39</sup> Cfr. A. GITTI, *op.cit.*, 722.

<sup>40</sup> G. CENTAMORE, B. AGOSTINI, *Protocollo XVI alla Convenzione Europea dei Diritti umani: osservazioni generali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1-17.

alcun controllo contenzioso, il che – se non previene – aiuterebbe almeno a marginalizzare il rischio di un’interferenza di competenze.

#### **4.3. L’ampliamento della lettura dei limiti dell’art. 29 Oviedo tra interpretazione teleologica e interpretazione storica**

A dispetto di questo duplice ordine di considerazioni, la maggioranza della Grande Camera giunge però ad estendere al meccanismo di Oviedo tutti i limiti di cui all’art. 47 CEDU. A tal fine, i giudici di Strasburgo impostano il proprio *iter* argomentativo soffermando l’attenzione sull’autentico significato di tre elementi essenziali racchiusi nella disposizione di cui all’art. 29 Oviedo ovvero i termini “questioni giuridiche”, “interpretazione” e “presente convenzione”, presupponendo come la comprensione di questi concetti sia funzionale a tracciare i confini di applicabilità del meccanismo consultivo.

L’estrpolazione del significato del termine “questione giuridica” di cui all’art. 29 Oviedo viene risolta dalla Corte Edu con una succinta considerazione che fa aggio sull’argomento della comunanza terminologica rinvenibile tra quest’ultimo e l’art. 47 CEDU, che induce i giudici a concludere come la terminologia utilizzata debba essere la medesima in entrambi i contesti. Il significato della locuzione “questione giuridica” di cui all’art. 29 Oviedo deve perciò mutarsi da quello riconosciuto al medesimo termine impiegato nell’art. 47 CEDU, con la conseguenza di escludere anche dal meccanismo di Oviedo la presentazione di richieste di parere che vadano oltre la mera interpretazione del testo o che implicino *matters of policy*.

Più articolato e posto su un registro diverso è invece il ragionamento attraverso cui si dà lettura agli altri due termini, “interpretazione” e “presente Convenzione”, che sono l’asse portante intorno al quale la Corte Edu ricostruisce il proprio ambito di competenza consultiva con riferimento alla Convenzione di Oviedo.

Questa attività esegetica viene svolta seguendo due particolari traiettorie che tra loro si intrecciano: una interpretazione teleologica volta a tracciare un filo comune tra le *ratio* dei limiti di cui all’art. 29 Oviedo e di quelli ex 47 CEDU, la quale poggia su una prospettiva di tipo storico che consente di risalire alle motivazioni che hanno spinto verso la previsione del meccanismo di giurisdizione consultiva nella Convenzione di Oviedo.

##### **4.3.1. L’interpretazione teleologica sulla *ratio* dei limiti delle competenze consultive pur nella diversa natura delle due Convenzioni**

Il punto di partenza di questo percorso argomentativo non può che essere l’individuazione del metodo ermeneutico che meglio si adatta alla Convenzione di Oviedo. Ed ecco che, più che analogie, la Corte Edu coglie il principale distinguo tra Convenzione di Oviedo e CEDU, affermando come diversi debbano essere gli approcci metodologici che dovrebbero orientare la lettura dei due trattati. Se, infatti, per condurre le necessarie interpretazioni richieste dalla attivazione della procedura di *advisory opinion* dell’art. 29 Oviedo occorre fare riferimento ai criteri racchiusi nella Convenzione di Vienna<sup>41</sup>, quando la Corte Edu debba intervenire nella sua funzione primaria di giudice della CEDU tale metodo sarà

<sup>41</sup> Tali criteri sono gli stessi che ispirano anche l’esercizio della funzione giurisdizionale della Corte Edu (cfr. G. ULFSTEIN, *Interpretation of the ECHR in light of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *The International Journal of Human Rights*, 2020, 917-934).

soggetto ad una inevitabile torsione. La CEDU possiede infatti un carattere peculiare nel panorama dei trattati internazionali di tutela dei diritti umani, rappresentando «a constitutional instrument of European public order in the field of human rights»<sup>42</sup>. Una simile qualificazione porta a ritenere (con una consequenzialità forse troppo immediata e in molti casi contestata anche nella dottrina) che la CEDU debba essere necessariamente interpretata come uno strumento vivente, le cui disposizioni – in quanto dotate di una forza vivificante – imporrebbero di attenersi ad un metodo ermeneutico fondato su un’interpretazione evolutiva, altresì avvantaggiata dalla configurazione della Corte Edu come giudice del caso e del fatto.

Ciò vale però solo rigorosamente con riguardo alla CEDU, la cui natura “costituzionale” e, di conseguenza, i cui criteri interpretativi non sono ritenuti estendibili alla Convenzione di Oviedo. Tale preclusione viene inferita oltre che dal differente modello normativo a cui Oviedo si ispira (quello del *framework instrument*<sup>43</sup>) anche da una lettura testuale. Sebbene la Convenzione di Oviedo sia stata redatta in un momento in cui già era presente e diffuso il modo di concepire la CEDU come un *living instrument*, di questa concezione non si trovano tracce o riferimenti nell’art. 29 Oviedo che non offrirebbe, pertanto, alcuna base legale utile a desumerne l’estensione. Il riferimento alla Convenzione di Vienna, evocato in altri passaggi della decisione per fondare estensivamente e sistematicamente la competenza della Corte Edu, si arresta così a questa sottolineatura, non risultando necessario un suo approfondimento al fine di determinare l’ambito materiale della competenza consultiva ai sensi di Oviedo.

La sottolineatura dell’esclusiva peculiarità della natura della CEDU non diventa però impedimento nell’accostamento della perimetrazione delle due competenze consultive. La maggioranza della Grande Camera conferisce infatti preminente rilievo alla omogeneità che, a suo giudizio, anima parimenti la *ratio* dell’*advisory opinion mechanism* ex art. 29 e quella del meccanismo ex art. 47 CEDU. La finalità insita nelle preclusioni dettate da quest’ultimo è quella di garantire una coesistenza armonica tra funzione consultiva e funzione giurisdizionale e di preservare il ruolo primario della Corte Edu quale tribunale internazionale che amministra la giustizia ai sensi della Convenzione<sup>44</sup>. È in questa prospettiva che si è deciso di circondare la giurisdizione consultiva di una serie di barriere, frutto della cautela con cui si è da sempre cercato di chiudere alla possibilità per la Corte Edu di assumere, con parere

<sup>42</sup> Tra le prime decisioni in cui si rinvia questa definizione si ricordino CEDU, *Loizidou v. Turkey (preliminary objections)*, 23 March 1995, par. 93 e CEDU *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, no. 45036/98, §156, 2005.

<sup>43</sup> Si rammenti come la caratura stilistica e contenutistica della Convenzione di Oviedo sia ricondotta alla complessità nell’addivenire ad un consenso unanime su tali bioetici e biogiuridici. Attraverso formulazioni compromissorie e a tratti ambigue, la Convenzione di Oviedo si qualifica quindi come un *framework instrument* destinato a fissare principi e standard minimi di tutela vincolanti solo una volta concluso il percorso di ratifica della Convenzione e dei singoli Protocolli. Si ricordi, infatti, la scelta di numerosi Stati membri del Consiglio d’Europa di non firmare la Convenzione oltre che la situazione di stallo – che già nel 2006 Casonato qualificava come «difficilmente inconsapevole» – in cui versa attualmente il nostro ordinamento, ancora in attesa del deposito dello strumento di ratifica. Cfr. R. ANDORNO, *The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law*, in *Journal of International Biotechnology Law*, 2005, 133-143.

<sup>44</sup> La Corte Edu ricorda qui la propria *Decision on the Competence of the Court to Give and Advisory Opinion*, 2 giugno 2004 (cfr. CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, cit., par. 51).

consultivo, una posizione suscettibile, in futuro, di interferire e di pregiudicare la propria competenza giurisdizionale.

#### 4.3.2. La storia redazionale della Convenzione di Oviedo e dell'art. 29 come strumento di comprensione della sfera di competenza consultiva della Corte Edu

Tali finalità trovano, secondo la Corte Edu, riflesso proprio nella storia redazione della Convenzione di Oviedo e dell'art. 29. Percorrendo la strada della lettura in senso storico, la Corte ritiene necessario compiere un passo indietro. Essa torna al momento generativo della Convenzione di Oviedo e al dibattito che ha accompagnato l'introduzione del meccanismo di *advisory opinion*, facendo affiorare il raccordo tra Convenzione sulla biomedicina e CEDU.

Nel dibattito dottrinale si sono articolati e fronteggiati due schieramenti opposti che hanno fornito visioni antitetiche di questo raccordo: da un lato, un approccio integrazionista e, dall'altro, un approccio separatista<sup>45</sup>. Se si asseconda un approccio integrazionista, l'intima relazione tra i due strumenti internazionali si rinviene nel fatto che la Convenzione di Oviedo si prefigge di elaborare alcuni dei principi sanciti nella CEDU, pur dentro un ambito di applicazione maggiormente circoscritto di quello su cui insiste il sistema convenzionale. Per converso, in base alla lettura separatista, profondamente dissimile è la struttura dei due documenti<sup>46</sup>. L'uno (Oviedo) si pone quale insieme di principi per lo più generali e astratti destinati ad essere riempiti di contenuto attraverso i Protocolli addizionali o, ancora di più, attraverso la regolamentazione nazionale incaricata di rispettare – e se possibile incrementare – gli standard minimi ivi fissati. L'altro (CEDU) è invece maggiormente puntuale nel dettagliare obblighi positivi in capo agli Stati parti, consolidati anche dalla fondamentale attività interpretativa della Corte Edu.

È proprio in questa quasi paradossale vicinanza-lontananza tra le due convenzioni che ha trovato origine l'intuizione che ha portato alla redazione dell'art. 29 Oviedo e alla previsione del meccanismo di *advisory opinion*. Da una parte, infatti, si riconosceva come una intima connessione tra Oviedo e CEDU fosse insita nella natura della stessa Convenzione di Oviedo che, fin dalla sua origine, portava nel proprio DNA i geni di un raccordo con la CEDU, incarnato dalla vicinanza funzionale che univa i due trattati. Al contempo, non si negava la distanza strutturale tra le due convenzioni. Nata quindi spuria di un organo giurisdizionale *ad hoc* e impossibilitata ad utilizzare gli strumenti giurisdizionali propri del sistema convenzionale europeo, la Convenzione di Oviedo ha attivato attraverso la Corte Edu un canale di interpretazione stragiudiziale che rispondeva alla duplice esigenza di saldare l'interrelazione teleologica e di colmare la distanza tra le convenzioni, senza trascurare le peculiarità che caratterizzano la Convenzione sulla biomedicina<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> F. SEATZU, *The Experience of the European Court of Human Rights with the European Convention on Human Rights and Biomedicine*, in *Utrecht Journal of International and European Law*, 31, 81, 2015, 5-16.

<sup>46</sup> Cfr. I.E. KOCH, *Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden Boston, 2009.

<sup>47</sup> Come ricordato da A. GITTI, *op.cit.*, nell'elaborazione della Convenzione si era andati alla ricerca di una soluzione che inevitabilmente era influenzata «dalla necessità di contemperare due esigenze contrapposte: da un lato, data l'importanza politica di questo primo tentativo di codificazione, bisognava trovare una formulazione che riflettesse il punto di accordo qualitativamente più elevato e compatibile con la più ampia adesione possibile anche di Stati non facenti parte del Consiglio d'Europa; dall'altro, data la novità e la delicatezza della materia,

L'art. 29 è stato quindi per di più letto come manifestazione della necessità di corroborare un approccio integrazionista che poteva altresì usufruire, per cementarsi, di quanto specificato nell'*Explanatory Report* della Convenzione di Oviedo (par. 165), ove si prevede che i fatti che violano i diritti contenuti nella Convenzione di Oviedo possono essere considerati nell'ambito di procedimenti innanzi alla Corte Edu qualora costituiscano anche una violazione di uno dei diritti contenuti in quest'ultima<sup>48</sup>. Sfruttando dunque entrambe le previsioni, si auspicava l'instaurazione di un lavoro sinergico delle due convenzioni incanalato nel sistema europeo di protezione dei diritti e grazie al quale la Convenzione di Oviedo e i relativi Protocolli opzionali avrebbero dovuto trovare interpretazione e attuazione alla luce dei principi racchiusi nella CEDU, come implementati e definiti dalla casistica della Corte di Strasburgo<sup>49</sup>.

In questa veste, l'art. 29 trovava quindi posto nella Convenzione di Oviedo dovendo, almeno in parte, la sua formulazione definitiva all'interposizione della stessa Corte Edu. Nella versione originaria di Oviedo, l'intervento interpretativo della Corte Edu trovava, infatti, una diversa configurazione. In particolare, nella *opinion* n. 184 del 1995 della *Parliamentary Assembly*<sup>50</sup>, era stato predisposto un articolo, allora numerato come art. 28, attraverso il quale si mirava all'istituzione di un *monitoring body*. A quest'ultimo, destinato a lavorare in stretta connessione con la Corte Edu, si affidava il duplice compito di interpretare la Convenzione e di vigilare sulla sua applicazione. L'art. 28 prevedeva che le parti della Convenzione di Oviedo potessero dichiarare in qualsiasi momento di accettare la competenza della Corte Edu a pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni di Oviedo su richiesta del Governo di una Parte, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa e, aspetto maggiormente degno di nota, di qualsiasi organo giurisdizionale di una delle parti della Convenzione per ottenere una pronuncia pregiudiziale. In sede di discussione del *Draft*, la previsione era stata però modificata scorporando le due funzioni: il compito di vigilanza sull'applicazione della Convenzione veniva affidato al segretario generale del Consiglio d'Europa, facoltizzato a sollecitare l'invio di informazioni e chiarimenti da parte degli Stati (art. 30)<sup>51</sup>, mentre la funzione interpretativa veniva attribuita ai giudici di Strasburgo tramite la competenza consultiva.

---

per non veder vanificato lo sforzo di unificazione e di armonizzazione, era necessario garantire un sistema di controllo più stringente di quelli solitamente predisposti dai trattati multilaterali».

<sup>48</sup> Cfr. *Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, 4 aprile 1997, disponibile al link <https://rm.coe.int/16800ccde5> (ultimo accesso 12/10/2021), par. 165: «This Convention does not itself give individuals a right to bring proceedings before the European Court of Human Rights. However, facts which are an infringement of the rights contained in this Convention may be considered in proceedings under the European Convention of Human Rights, if they also constitute a violation of one of the rights contained in the latter Convention».

<sup>49</sup> In argomento si rimanda, *ex multis*, a E. ROUCOUNAS, *The Biomedicine Convention in relation to other international instruments*, in J.K.M. GEVERS, E.H. HONDIUS, J.H. HUBBEN (eds.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Boston, 2005, 23-34.

<sup>50</sup> CEDU, *Opinion of 6 November 1995* (Cour (95) 413), *Draft bioethics convention (draft convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine)*.

<sup>51</sup> Art. 30 Convenzione di Vienna, Rapporti sull'applicazione della Convenzione: «Ogni Parte fornirà, su domanda del Segretario Generale del Consiglio d'Europa, le spiegazioni richieste sul modo in cui il diritto interno del proprio Paese assicura l'applicazione effettiva di tutte le disposizioni di questa Convenzione».

Rispetto alla versione proposta al dibattito, la Corte Edu aveva quindi contribuito a ricalibrare e attenuare la propria possibilità di intervento. Attraverso l'*opinion* del 6 novembre 1995, i giudici sovranazionali, pur riconoscendo l'importanza di garantire un'interpretazione uniforme dei due sistemi di garanzia dei diritti e pur affermando come fosse opportuno affidare questo compito proprio alla Corte Edu, avevano reputato inadeguato lo strumento del sistema di pronuncia pregiudiziale. A detta dei giudici, la mancanza di un nesso tra l'interpretazione richiesta e un caso specifico pendente avrebbe aiutato a contenere il rischio di un'interpretazione capace di ostacolare la stessa Corte Edu in una fase successiva, qualora fosse stata chiamata a pronunciarsi sui fatti del caso che aveva dato origine alla richiesta o su fatti analoghi. Tanto che quest'ultima aveva proposto di modificare la formulazione dell'articolo, promuovendo una dizione considerata, per certi aspetti, più vicina a quella dell'art. 47 CEDU.

Non solo quindi nella dizione ma anche nelle ragioni che hanno sollecitato un contenimento della competenza consultiva su Oviedo, la Corte Edu sente riecheggiare le assonanze con l'art. 47 CEDU. Ragioni che, alimentate dell'interesse di Strasburgo a promuovere una relazione armonica tra competenza consultiva e giurisdizionale e a favorire un'armonia tutta interna alle proprie competenze consultive, impediscono alla Corte Edu di utilizzare la procedura prevista dall'art. 29 Oviedo in modo incompatibile con la finalità che ispira l'art. 47 CEDU.

Si dia però al contempo atto di come, né tale conclusione né tale sviluppo delle argomentazioni siano stati condivisi da una seppur contenuta porzione della Grande Camera. In una decisa *dissenting opinion*, infatti, i quattro giudici di minoranza<sup>52</sup> hanno puntualizzato come sarebbe stato invece essenziale non sganciare la competenza consultiva della Corte Edu sulla base dell'art. 29 Oviedo dai suoi limiti testuali per immergerla nei più ampi e incisivi limiti dell'art. 47 CEDU, difficilmente conciliabili con lo scopo dell'*advisory opinion mechanism* di Oviedo. Senza negare l'esistenza di legami sostanziali tra la CEDU e la Convenzione di Oviedo, i giudici dissenzienti rimarcano come la Convenzione sulla biomedicina debba essere guardata quale strumento dotato di una sua specifica logica interna e quale strumento esterno al sistema convenzionale. Se i limiti a cui è sottoposta la competenza consultiva della Corte Edu nell'ambito della CEDU ben si comprendono nella loro specifica contestualizzazione, diversamente avviene per la Convenzione di Oviedo e per la giurisdizione consultiva ivi prevista. Essendo stata quest'ultima ideata «to promote a uniform interpretation of (*the shared*) concepts and avoid divergent interpretations of them under each convention»<sup>53</sup>, lo spazio di intervento della Corte Edu deve essere necessariamente ampio o per lo meno tale da consentire l'esame di questioni che potrebbero ricadere nella sfera della propria competenza giurisdizionale. Alla Corte Edu dovrebbe essere quindi riservato un vasto terreno interpretativo che, oltretutto, secondo i giudici dissenzienti, deve essere esplorato utilizzando lo stesso approccio evolutivo che anima l'attività esegetica sulla CEDU, poiché nulla consentirebbe di differenziare la natura dei due strumenti, tanto da giustificare come la Convenzione di Oviedo rimanga soggetta ad una interpretazione non evolutiva e perseguibile, al più, solo attraverso un processo di definizione normativa (Protocolli).

<sup>52</sup> La *dissenting opinion* è stata infatti condivisa dai giudici Lemmens, Grozev, Eicke e Schembri Orland.

<sup>53</sup> Par. 4, *Dissenting Opinion*, CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, cit.

## 5. Differenze e analogie con il meccanismo di *advisory opinion* di cui al Protocollo n. 16 CEDU

Se plurime sono le assonanze rinvenute tra i due meccanismi di *advisory jurisdiction* fin qui analizzati, profonda è invece – come precisa la stessa Corte Edu nella sua decisione – la distanza che intercorre tra la competenza consultiva di Oviedo e quella di recente definita con il Protocollo n. 16. Quest'ultima potrebbe piuttosto evocare la formulazione, poc' anzi ricordata, che era stata presentata nel *Draft* della Convenzione di Oviedo redatto dalla *Plenary Assembly*, dove si investiva la Corte della funzione di interpretare la Convenzione di Oviedo attraverso un *preliminary ruling*, a seguito della richiesta da parte di un organo giurisdizionale di qualunque Stato parte della Convenzione. Competenza che la stessa Corte aveva declinato ravvisando in essa consistenti rischi per una sovrapposizione tra competenza consultiva e competenza giurisdizionale.

Nella sua versione definitiva e attuale, un potenziale punto di somiglianza potrebbe risiedere nella capacità del parere della Corte *ex art. 29* Oviedo di incidere su norme sostanziali<sup>54</sup>, oltrepassando le strettoie della perimetrazione *ratione materiae* del meccanismo *ex art. 47* CEDU. Come noto, infatti, l'*opinion* del Protocollo n. 16, finalizzata a ricadere su problematiche relative all'interpretazione o applicazione<sup>55</sup> dei diritti e delle libertà definiti nel complessivo sistema della Convenzione, tocca espressamente questioni di principio e disposizioni sostanziali.

Malgrado questa potenziale affinità<sup>56</sup>, i giudici di Strasburgo evidenziano però gli elementi di differenziazione che riguardano la natura e la *ratio* dei due strumenti, a marcare come il Protocollo n. 16 sfugga dalla possibilità di vedersi estendere i medesimi limiti di cui all'art. 47 CEDU. La Corte sottolinea come sia lontana dall'art. 29 Oviedo l'aspirazione del Protocollo n. 16 alla definizione di una forma di istituzionalizzazione del dialogo tra Corti che consente di legittimare alla richiesta di *opinion* le alte giurisdizioni nazionali in presenza di una questione giuridica controversa che si impone espressamente nel corso di un processo. Ed è proprio questa propensione finalistica del recente Protocollo che mantiene acceso il dibattito sia sul piano internazionale sia su quello costituzionale nazionale, dove si assiste al

<sup>54</sup> In dottrina, cfr. A. GITTI, *op.cit.*, secondo il quale l'art. 29 avrebbe ampliato «la portata della competenza consultiva stragiudiziale» della Corte Edu «oltre i rigorosi limiti fissati dal Protocollo n. 2 e ribaditi dal nuovo art. 47 introdotto dal Protocollo n. 11 rendendo così interpretabili anche le norme sostanziali».

<sup>55</sup> Anche l'utilizzo della disgiuntiva "o" è stato tema di discussione in dottrina, potendo far propendere per la possibilità di sollevare richiesta di parere solo con riferimento all'applicazione dei diritti; il che potrebbe implicare un intervento della Corte Edu direttamente nel processo in corso (problematiche in questo senso sono state sollevate da V. ZAGREBELSKY, *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*, Torino, 2015, 91-96; nello stesso volume si rimanda anche a G. SORRENTI, *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU*, *ibidem*, 145-164.

<sup>56</sup> Cfr. D. UTRILLA, *op.cit.*

rincorrersi di voci positive e voci maggiormente critiche che illustrano le potenzialità<sup>57</sup> e i rischi<sup>58</sup> connessi all'introduzione di tale istituto nel nostro ordinamento.

Di tutto il dibattito che accompagna il Protocollo n. 16, due sono gli aspetti maggiormente pertinenti e che qui interessano: l'uno concernente gli effetti giuridici del parere consultivo e l'altro concernente la potenzialità di tale strumento di produrre interferenze con l'esercizio della competenza giurisdizionale.

<sup>57</sup> Numerosi sono gli Autori che puntano a smorzare o ad escludere i rischi evidenziati dai non sostenitori del Protocollo n. 16 e ad appellarsi alla bontà di questa nuova competenza della Corte Edu la quale, per il tramite di un rafforzamento del dialogo virtuoso tra le autorità giurisdizionali, auspica – seguendo le suggestioni emerse dalla Dichiarazione finale della Conferenza di Izmir sul futuro della Corte di Strasburgo e dalla Dichiarazione finale della Conferenza di Brighton – ad un consolidamento dell'attuazione della CEDU, funzionale a contenere i rischi in futuro di violazioni delle disposizioni convenzionali e, quindi, a contenere il volume del contenzioso seguendo uno schema improntato al principio di sussidiarietà. Con l'obiettivo di dare concretizzazione ad un effetto deflativo ci era già mossi in passato quando sono state adottate alcune modifiche sia al testo della Convenzione sia al Regolamento della Corte: tra gli altri, si ricordino l'art. 35, par. 3, lett. b) CEDU che prevede una sorta di filtro operato dalla Corte stessa per contenere i ricorsi pretestuosi, la modifica dell'art. 61 del Regolamento di procedura della Corte Edu che introduce le sentenze pilota, la modifica dell'art. 27 della Convenzione con la previsione del cd. giudice unico (cfr. G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione Giustizia*, 2019). Cfr. C. PINELLI, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, in *Giustizia Insieme*, 2020; E. LAMARQUE, *La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa*, in *Giustizia Insieme*, 2020; R. CONTI, *Chi ha paura del Protocollo 16. E perché?*, in *Sistema Penale*, 2019; R. SABATO, *Sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistema Penale*, 2019; E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte EDU tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, 2021; 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*, in *Giustizia Insieme*, 2021.

<sup>58</sup> Altri Autori hanno sottolineato i potenziali rischi insiti nell'instaurazione di un simile meccanismo e i suoi punti di debolezza sia con riguardo al sistema convenzionale sia con riguardo alle ripercussioni che lo strumento potrebbe presentare sul piano del diritto nazionale interno e che hanno indotto parte della dottrina nostrana, al momento assecondata dalla politica nazionale, ad auspicare una non ratifica del Protocollo 16 nel nostro ordinamento. Molteplici sono i profili problematici sottolineati. Innanzitutto, nella consapevolezza della differenza tra il meccanismo del Protocollo n. 16 e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE, numerosi Autori evidenziano l'omogeneità della natura sostanziale dei due strumenti; in secondo luogo, si sottolinea il potenziale effetto paradosso imputabile all'utilizzo di tale strumento che potrebbe concorrere a dilatare le tempistiche processuali/decisionali con un aggravio di lavoro a danno della Corte Edu oltre che un rallentamento del processo nazionale; in terzo luogo, si teme che il meccanismo possa incidere sui rapporti tra giudice costituzionale e giudici comuni provocando una marginalizzazione della Corte costituzionale. Tra le voci che sollevano dubbi e problematiche si ricordino M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, *Federalismi*, 2019, 1-54; 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; M. MARCHINI, *Il protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Eurojus*, 13 novembre 2014; F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in *Dirittifondamentali.it*, 2019; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2019, 1-15.

Su un piano generale, quello degli effetti delle *advisory opinion* costituisce un tema antico quanto antico è lo strumento della giurisdizione consultiva<sup>59</sup> che ha interessato tutte le giurisdizioni internazionali<sup>60</sup> e nazionali<sup>61</sup> dotate di tale potere.

L'art. 29 Oviedo anche su questo aspetto rimane silente e della problematica non vi è traccia nemmeno nell'*Explanatory report*<sup>62</sup> alla Convenzione di Oviedo. Diversamente, esso ha rappresentato uno degli aspetti maggiormente dibattuti non solo durante, ma anche a seguito dell'approvazione del Protocollo

<sup>59</sup> Si tratta di una problematica che ha interessato tutte le giurisdizioni nazionali ed internazionali dotate di tale competenza. E. HAMBRO, *The Authority of the Advisory Opinions of the International Court of Justice*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 3, No. 1, 1954, 2-22. Si veda altresì K. OELLERS-FRAHM, *Lawmaking Through Advisory Opinions?*, in A. VON BOGDANDY, I. VENZKE (eds.) *International Judicial Lawmaking. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, Berlin-Heidelberg, 2012, 69-98: «as advisory opinions contain an erga omnes judicial statement of what is – in the view of the court – the law at large, they have a direct impact on international law in so far as they cannot be ignored. ... advisory opinions play a more significant role than judgements for the reason that they construe the meaning of a treaty provision or state the existence or contents of a rule of customary law at large, e.g., erga omnes».

<sup>60</sup> Si veda J.C. SCHMID, *Advisory opinions on human rights: moving beyond a pyrrhic victory*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2006, 415-456: «In theory, advisory opinions are authoritative but usually non-binding statements or interpretations of international law by an international tribunal or arbitral body. [...] They are also in theory less confrontational than contentious cases because states are not parties and do not have to defend themselves against formal charges. Overall, advisory opinions are said to be “soft” law because they are not binding. Absent a binding legal obligation, advisory opinions must encourage, but not compel, states to behave in a certain manner. Yet, in practice, the recent International Court of Justice (ICJ) and the Inter-American Court of Human Rights' (IACHR) advisory opinions suggest attempts at using this soft law to impose binding obligations on states through their development of international custom and treaty norms. To the praise of some and the displeasure of others, the courts are arguably eroding state sovereignty by using advisory opinions to rule on state practice even though the state has not consented to the court's jurisdiction».

<sup>61</sup> Rispetto alle giurisdizioni nazionali il problema acquisisce, se possibile, ancora più spessore dentro la dinamica del principio della separazione dei poteri propri di ogni forma di governo. Cfr. H. IRVING, *Advisory Opinions, the Rule of Law, and the Separation of Powers*, in *Macquarie Law Journal*, 4, 2004, 105-134; *Advisory opinions and the influence of the Supreme Court over American policymaking*, in *Harvard Law Review*, 124, 8, 2011, 2064-2082; M.O. HUDSON, *Advisory Opinions of National and International Courts. I. National Courts*, in *Harvard Law Review*, 37, 8, 1924, 970-1001; C.R. BURSET, *Advisory Opinions and the Problem of Legal Authority*, in *Vanderbilt Law Review*, 74, 3, 2021, 621-680; J.R. ROGERS, G. VANBERG, *Judicial Advisory Opinions and Legislative Outcomes in Comparative Perspective*, in *American Journal of Political Science*, 46, 2, 2002, 379-397. Questa problematica necessita però di essere calata nel contesto giuridico in cui trova accoglimento la competenza consultiva, nelle specifiche forme di cui si veste il singolo strumento di *advisory opinion* e nella sua finalità; tutti elementi suscettibili di esercitare un impatto molto diversificato sugli effetti dello strumento. Cfr. T. MEYER, *Good faith, withdrawal, and the judicialization of international politics*, in *Questions of International Law*, 2014, 3-19: «Despite the soft law nature of tribunal decisions, no one would say that they are irrelevant. The ICJ's advisory opinion on *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, for example, is widely cited as authoritative, despite the fact that as an advisory opinion it has no binding legal force. Where rule-making is concerned, tribunal decisions have their primary effect because they shape the expectations of states as to what counts as compliance with the underlying substantive obligations. States may not agree with tribunal decisions—they may not even be subject to the jurisdiction of the tribunal—but the decision's existence forces states to respond to its holding. It burdens, in effect, future legal arguments about what the substantive rules requires. Moreover, all states bound by the underlying substantive rules will have to react to the tribunal's decisions when such decisions (or the arguments and interpretations contained therein) are invoked by other states».

<sup>62</sup> Come ricordato da A. GITTI, *op.cit.*, nota 12, 722: «Dagli atti preparatori e dal rapporto esplicativo non è possibile desumere se i pareri della Corte dovranno considerarsi vincolanti o meno, dal momento che tale problema non sembra essere mai stato sollevato».

n. 16, sebbene all'art. 5 espressamente si escluda la vincolatività delle *advisory opinions*<sup>63</sup>. Questa netta presa di distanza dalla vincolatività del parere, indice di una elasticità maggiormente confacente alla natura propria dei Protocolli Addizionali, consente di mantenere nella discrezionalità del singolo giudice che adisce la Corte la possibilità di definire la forza dell'*opinion*, soprattutto con riferimento al processo *a quo*. Il lasciare mobili le maglie della forza giuridica dei pareri viene assunto come elemento strumentale per garantire il dialogo a cui il Protocollo aspira, evitando che vincoli espressi irrigidiscano le posizioni e i toni, ponendo le autorità giurisdizionali coinvolte non in un rapporto verticistico ma di complementarità<sup>64</sup>.

Nonostante questa esplicita attenuazione della forza dei pareri, parte della dottrina ritiene però che essi possiedano la capacità performativa di incidere sull'ordinamento, essendo dotati – se non di una forza vincolante – almeno di un'indiscutibile forza autoritativa<sup>65</sup>. La libertà decisionale di cui godrebbe il giudice nazionale nell'attribuire al parere della Corte Edu determinati effetti sul procedimento *a quo* che ha dato origine alla richiesta di *opinion* rischia, secondo numerosi commentatori, di rimanere una discrezionalità mite se non del tutto azzerata.

A questo si è obiettato come il Protocollo stabilisca che la richiesta di *opinion* non debba ritenersi pregiudizievole per la proposizione di un ricorso individuale *ex art. 34 CEDU* da parte dei soggetti coinvolti nel procedimento nazionale, una volta che questo si sia chiuso. Una simile preclusione può scattare solo qualora il giudice abbia conformato la propria pronuncia al contenuto dell'*opinion*, tanto che il Rapporto esplicativo del Protocollo n. 16 afferma che «laddove un ricorso venga proposto (dalla parte del giudizio nel cui corso il parere è stato richiesto) successivamente all'emissione di un parere consultivo della Corte che sia stato effettivamente osservato, si ritiene che tali elementi del ricorso che riguardano le questioni affrontate nel parere consultivo debbano essere dichiarati irricevibili o debbano essere stralciati».

Al contempo, però, è stato messo in luce come l'*opinion* della Corte Edu sia suscettibile di trasformarsi in un "vincolo di fatto"<sup>66</sup>. Duplice è, infatti, il livello su cui potrebbe imprimersi l'autorevolezza di tale parere: un primo livello è quello che coinvolge il giudice nazionale e a cui già si è fatto riferimento<sup>67</sup>, mentre il secondo riguarda la stessa Corte Edu e gli altri Stati. Sembra quanto mai difficile che la Corte Edu, investita di un ricorso individuale contro una pronuncia nazionale che si sia discostata dal contenuto di una sua *opinion*, orienti la propria decisione in sede giudiziale verso una non violazione dei

<sup>63</sup> L'art. 5, infatti, recita che «I pareri consultivi non sono vincolanti».

<sup>64</sup> M. LIPARI, *op.cit.*, 12. Sulla complementarità tra Corte Edu e Corte costituzionale si rimandi a A. PERTICI, *La Corte Costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 165-216.

<sup>65</sup> Una forza che, secondo Luciani, è idonea ad incidere sul «libero convincimento del giudice, garantito da una nostra risalente tradizione e formalizzato all'art. 101 co. 2 Cost.» (M. LUCIANI, *op.cit.*).

<sup>66</sup> G. CENTAMORE, B. AGOSTINI, *Protocollo XVI alla Convenzione Europea dei Diritti Umani: osservazioni generali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018.

<sup>67</sup> Sul punto è stato evidenziato come, a rafforzamento della non vincolatività dell'*advisory opinion* quale strumento di dialogo tra le giurisdizioni, nel caso della prima richiesta di *opinion* presentata dalla Cassazione francese in virtù del Protocollo n. 16, il Supremo giudice abbia deciso di non seguire il parere della Corte Edu (cfr. E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Osservatorio Costituzionale*, 2021, 50-74).

parametri convenzionali. Foss'anche per un principio di contraddizione interno e per evitare una compromissione della autorevolezza della Corte stessa, a meno che i giudici internazionali non riescano a giustificare – probabilmente però a distanza di tempo – una dinamica evolutiva che spinge verso una diversa interpretazione<sup>68</sup>. Non si trascuri poi quanto emerge dall'*Explanatory Report* (par. 27) che riconduce ai pareri un innegabile effetto giuridico. Essi, acquisendo valore di *res interpretata*<sup>69</sup>, diventano «part of the case law of the Court, alongside its judgments and decisions», sicché analoghi devono essere considerati gli effetti dell'interpretazione fornita attraverso *advisory opinion* e quelli derivanti da sentenze e decisioni<sup>70</sup>. Altrettanto difficile è l'eventualità che anche gli altri Stati rimangano indifferenti al contenuto del parere emesso dalla Corte Edu, sebbene non sollevato da una delle proprie giurisdizioni. Ciò che confluisce nell'*opinion* è infatti un'interpretazione della CEDU resa da una «autorità che ha il compito di renderla uno "strumento vivente"»<sup>71</sup> e che sempre di più orienta le proprie funzioni in un senso "costituzionale" per il tramite della definizione di standards di tutela dei diritti umani volti ad indirizzare la legislazione nazionale<sup>72</sup>.

A motivo del dibattito sorto intorno agli effetti del parere della Corte Edu nell'ambito del Protocollo n. 16, ci si può dunque interrogare sul perché questo profilo non sia stato analogamente oggetto di discussione con riferimento ai pareri resi da Strasburgo nell'interpretazione della Convenzione di Oviedo. Il silenzio in fase di redazione della Convenzione di Oviedo si deve, anzitutto, al fatto che la non vincolatività potrebbe essere stata considerata indubbia. Questa è infatti la tendenza che caratterizzava (e ancora caratterizza) la maggioranza se non la totalità delle Corti internazionali a cui è attribuita tale

<sup>68</sup> Cfr. M. LIPARI, *op.cit.*: «In tal caso sembra peraltro che anche la Corte possa, a sua volta, discostarsi dal suo precedente parere. Ma è prevedibile che ciò avverrà in modo estremamente ponderato, alla stessa stregua dei mutamenti di giurisprudenza». Si vedano anche G. CENTAMORE, B. AGOSTINI, *op.cit.*: «Un'altra prospettiva da non sottovalutare nello studio dell'effettività dei vincoli derivanti dai pareri è quella interna alla Corte di Strasburgo: il rapporto esplicativo indica che i giudici della Corte, chiamati a decidere i ricorsi individuali, dovranno considerare i pareri espressi dalla Grande Camera *valid case-law to be followed when ruling on potential subsequent individual applications*. Anche sotto questo profilo, ne esce confermata la tesi volta a cogliere nella decisione preliminare consultiva una forza vincolante e, almeno parzialmente, preclusiva, rispetto al successivo ricorso ex art. 34 CEDU».

<sup>69</sup> Si vedano M. DICOSOLA, C. FASONE, I. SPIGNO, *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System*, in *German Law Journal*, 16, 6, 2015, 1387-1428: «This, coupled with the authority of the opinion and the seriousness of the questions raised, would make it almost impossible for the highest court requesting the advisory opinion not to follow it in resolving the case. Furthermore, given the general interpretative standards and principles established through them, advisory opinions could be deemed to have an impact comparable to an ECtHR pilot judgment, with ergo omnes effects, rather than to an "ordinary" ECtHR judgment, with just inter-partes implications». Si ricordi che tale espressione è stata utilizzata, diversamente da quella di "efficacia indiretta", dal Presidente J.P. Costa nella *Foreword dell'Annual Report of the ECHR*, 2008, come riportato da D. SPIELMANN, *Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Systems of Europe*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of comparative constitutional law*, Oxford 2012, 1232-1252.

<sup>70</sup> L'*Explanatory Report*, sempre al paragrafo 27 relativo all'art. 5 prosegue infatti affermando che «The interpretation of the Convention and the Protocols thereto contained in such advisory opinions would be analogous in its effect to the interpretative elements set out by the Court in judgments and decisions».

<sup>71</sup> I. ANRÒ, *Il primo parere reso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU: il nuovo strumento alla prova del dialogo tra giudici sul delicato tema della maternità surrogata*, in *SIDiblog*, 2019.

<sup>72</sup> Sul punto si rimanda alle riflessioni conclusive (par. 9).

competenza e, nello specifico, la Corte di Giustizia Internazionale, fonte di ispirazione per i redattori del Protocollo n. 2<sup>73</sup>, così come anche le altre Corti regionali per la tutela dei diritti quali la Corte interamericana e quella africana. Ma su tale silenzio potrebbe aver probabilmente inciso anche la peculiarità che contraddistingue sia il sistema della Convenzione di Oviedo sia questo *advisory opinion mechanism* e che si intreccia con il tema già affrontato della *ratio* e della latitudine dell'art. 29 Oviedo.

È forse bastato questo duplice ordine di motivazioni per far decidere alla Corte Edu di non soffermarsi su tale aspetto nel corso della sua decisione. Nella pronuncia, quello degli effetti del parere è, invero, un profilo non taciuto ma che sembra quasi passare inosservato; in una decisione dal taglio fortemente didattico ci si sarebbe forse aspettati qualche ulteriore approfondimento che avrebbe consentito di ricavare chiarimenti in presenza di un incompleto dettato normativo. La Corte Edu riserva invece al tema un semplice *obiter dictum* ormai in chiusura di parere. A sostegno del rigetto dell'*opinion*, si afferma infatti che – sebbene la procedura di cui all'art. 29 riguardi la Convenzione di Oviedo e preveda dei pareri meramente *advisory*, cioè non vincolanti – una risposta nei termini di cui alla richiesta dell'DH-BIO costituirebbe un pronunciamento giudiziario autorevole incentrato tanto sulla Convenzione di Oviedo quanto sulla CEDU. I giudici di Strasburgo fanno quindi discendere dalla natura consultiva del parere la sua non vincolatività. Al contempo, però, la Corte Edu non nega la forza autoritativa di cui essi sono dotati la quale potrebbe divenire ostacolo alla sua preminente giurisdizione contenziosa.

Si entra così nel secondo dei profili di collegamento o non collegamento che la Corte Edu instaura tra art. 29 Oviedo e Protocollo n. 16. I giudici sovranazionali sono consapevoli di come, nell'esercizio della competenza consultiva su Oviedo, la propria interpretazione debba tenere conto non solo di quest'ultima ma anche della CEDU, letta evolutivamente attraverso le lenti di Strasburgo. La presenza di tale sovrapposizione marca quindi, da un lato, la convergenza tra l'art. 29 Oviedo e l'art. 47 CEDU e, dall'altro, la divergenza con il meccanismo del Protocollo n. 16. Quest'ultimo vedrebbe limitato – almeno nelle intenzioni<sup>74</sup> – il pericolo di un'ingerenza nella sfera propriamente giurisdizionale della Corte Edu grazie al radicamento del parere al caso concreto<sup>75</sup>.

Ciononostante, è innegabile come il Protocollo n. 16 si muova lungo un crinale sottile. Da una parte, si richiede un giudizio astratto<sup>76</sup> ma, nel mentre, suscettibile di non sconfinare in una *abstract review of*

<sup>73</sup> Cfr. P. PROLI, *op.cit.*, 767.

<sup>74</sup> Come rilevato infatti da K. DZEHTSIAROU, N. O'MEARA, *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?*, in *Legal Studies*, 34, 3, 2014, 444-468: «under the current legal regime it is highly unlikely that advisory opinions would ever overlap with contentious jurisdiction of the ECtHR. However, when Protocol 16 provides scope for the Court to deliver advisory opinions on the content of Convention rights, overlap would become almost inevitable».

<sup>75</sup> Tale radicamento, previsto nelle prime proposte di strutturazione dell'art. 29 Oviedo, è stato abbandonato a favore di un meccanismo slegato dalla concretezza dei fatti di causa, come era avvenuto anche per l'art. 47 CEDU.

<sup>76</sup> E. CANNIZZARO, *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, *op.cit.*, 81: «un giudizio astratto, teso a chiarire in via preliminare il contenuto delle norme convenzionali, fornendo quindi un ausilio al giudice nazionale che potrà, così, prevenirne la violazione ovvero, se già commessa, porvi rimedio».

*domestic legislation*<sup>77</sup>, che si persegue condizionando la richiesta di parere, ai sensi dell'art. 1 co. 3 del Protocollo n. 16, alla motivazione della richiesta e alla produzione di tutti gli elementi pertinenti inerenti al contesto giuridico e fattuale della causa pendente<sup>78</sup>. Dall'altra, si vuole evitare che questo legame con il caso concreto tramuti l'attività della Corte Edu in una traslazione avanti a sé del giudizio instaurato a livello nazionale<sup>79</sup>. È per questo motivo che i giudici di Strasburgo dichiarano di non essere competenti «né a valutare i fatti di una causa né a valutare nel merito le opinioni delle parti sull'interpretazione del diritto interno alla luce del diritto della Convenzione, né a pronunciarsi sull'esito del procedimento»<sup>80</sup>.

Come sembra trasparire anche dalle prime messe alla prova del meccanismo, il voler sfruttare la potenzialità insita nei pareri consultivi di affrontare in maniera efficace le carenze strutturali, endemiche e sistemiche delle legislazioni nazionali<sup>81</sup> rende delicato il punto di equilibrio che la Corte Edu deve

<sup>77</sup> È la stessa Corte, nell'*Opinion on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, del 6 maggio 2013, a considerarlo limite della propria competenza consultiva: «there should not be an abstract review of legislation».

<sup>78</sup> Questa logica, secondo Zagrebelsky, aveva infatti spinto nel Protocollo n. 16 a chiedere un legame con il caso concreto: «la corte non vuole che un parere, scisso dalla piena conoscenza del dettaglio del caso concreto, pregiudichi la decisione di casi concreti» (V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, op.cit., 91-96; similmente si veda G. SORRENTI, op.cit.: «che questa forma di advisory jurisdiction della Corte Edu non sia atta a rendere consulenze in astratto su specifiche leggi vigenti negli ordinamenti dei Paesi membri, si deve alla circostanza per cui questo significherebbe condizionare in una qualche misura la risoluzione dei casi che le potranno in futuro essere prospettati in relazione alle violazioni discendenti dall'applicazione della medesima legge».

<sup>79</sup> Cfr., *ex multis*, I. ANRÒ, op.cit.; si ricordi, al contempo, che «Una attenzione eccessiva al dato fattuale potrebbe però alterare significativamente la funzione dell'istituto dei pareri, dato che, come è noto, la giurisprudenza della Corte europea tende a determinare il contenuto delle norme convenzionali in stretta relazione alle circostanze del caso portato alla sua attenzione» (E. CANNIZZARO, op.cit.).

<sup>80</sup> Questo è quanto la Corte Edu ha ribadito nelle *opinions* fino ad oggi redatte in base a Protocollo n. 16. Si veda, su tutte, la *Decision on a request for an advisory opinion under Protocol No. 16 concerning the interpretation of Articles 2, 3 and 6 of the Convention. Request by the Supreme Court of the Slovak Republic* (Request no. P16-2020-001), disponibile sul portale <https://hudoc.echr.coe.int/> (ultimo accesso 12/10/2021).

<sup>81</sup> Cfr. J. JAHN, *Normative Guidance from Strasbourg Through Advisory Opinions. Deprivation or Relocation of the Convention's Core?*, in *ZaöRV* 74, 2014, 821-846, secondo la quale il meccanismo del Protocollo n. 16: «asserts the ECtHR's constitutional role by institutionalizing the ECtHR's delivery of justice beyond the single case, a paradigm shift from the long predominant individual justice approach. Arguably reconcilable with the Court's duty to deliver individual justice, this constitutes an adequate response to the Convention's incremental constitutionalisation and serves as a helpful technique to tackle the onerous backlog of pending cases by effectively dealing with structural and systemic legal problems».

rispettare<sup>82</sup>. Un punto di equilibrio nel quale, inevitabilmente, si stempera la tensione ad evitare possibili sovrapposizioni tra *abstract review of legislation* e giudizio astratto<sup>83</sup>, ma anche tra *advisory jurisdiction* e *contentious jurisdiction* propria degli altri due strumenti consultivi incardinati nella Corte Edu<sup>84</sup>. Ed è infatti proprio quest'ultima a riconoscere un simile stemperamento dichiarando come «Given this fundamental difference with the two other bases of the Court's advisory jurisdiction, Article 47 of the Convention and Article 29 of the Oviedo Convention, the limits which apply to the latter and which are designed to preserve the judicial function of the Court cannot apply in the same way to the Court's jurisdiction under Protocol No. 16»<sup>85</sup>.

## 6. Dal piano teorico al piano concreto

Così tratteggiata la cornice teorica che ricostruisce la natura e la *ratio* dell'*advisory opinion mechanism* di Oviedo nonché la perimetrazione della relativa competenza consultiva, la decisione della Corte Edu svolge un ulteriore passaggio per definire se la richiesta formulata dal DH-BIO ricada od esorbiti dai limiti indicati. Per meglio cogliere questo passaggio, occorre tornare al contenuto della richiesta sottoposta all'attenzione dei giudici. Con il primo dei due quesiti, il DH-BIO chiedeva alla Corte Edu di offrire

<sup>82</sup> La sottigliezza di questo crinale si coglie bene nella prima *advisory opinion* dove, a fronte della richiesta della *Cour de Cassation* francese che sollecitava chiarimenti sull'ampiezza del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati nel disciplinare la trascrizione di atti di nascita di minori nati all'estero a seguito di maternità surrogata, la Corte Edu cerca di mantenere un certo equilibrio arrivando però a ridurre sostanzialmente il margine di apprezzamento e a fornire indicazioni puntuali sulla disciplina compatibile con l'art. 8 CEDU, sembrando a tratti identificare il proprio interlocutore – per utilizzare le parole di Malfatti – non tanto nell'interrogante quanto piuttosto nel legislatore francese e, in generale, nei legislatori europei (E. MALFATTI, *La Cedu come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 159-160). Vede positivamente la potenzialità del meccanismo del Protocollo n. 16 di influenzare, sollecitandola, l'attività legislativa A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tale Corti europee e giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del Prot.16)*, in *Rivista AIC*, 2014.

<sup>83</sup> Cfr. N. POSENATO, *New opinions ex Protocol no. 16 to the ECHR and the Inter- American advisory practice: some comparative remarks*, in *Eurojus*, 2020, 353-370: «Indeed, official documents mention the Strasbourg Court's impossibility of making an abstract review of national legislation in the light of the Convention only if disconnected from the contentious case. This statement, therefore, seems to overcome positions in the opposite sense subscribed in the past, according to which any review of national law or draft law should be avoided. A question relating to the compatibility of national legislation with the conventional rule may be highlighted in the concrete functioning of the European mechanism and nothing precludes it from being analysed by the Court, provided that it is relevant for the case in question and other similar situations. On the contrary, the preventive function of the advisory jurisdiction could be unfairly limited».

<sup>84</sup> Secondo G. SORRENTI, *op.cit.*: «Indubbiamente, infatti, se il parere dovesse avvicinarsi alla decisione del ricorso individuale, sfumando così ogni distinzione tra *advisory jurisdiction* e *individual justice*, ne risulterebbe inficiata la logica per cui la tutela dei diritti umani spetta primariamente agli ordinamenti statali e solo in ultima battuta alla Corte Edu, ovvero la logica della sussidiarietà, che è poi proprio quella che l'introduzione della nuova competenza consultiva vorrebbe tendere a corroborare».

<sup>85</sup> Questo è stato uno dei principali punti di attrito tra la decisione della maggioranza e quanto invece sostenuto nella *dissenting opinion* dai giudici di minoranza, i quali non rinvergono nell'art. 29 alcun rischio di sovrapposizione tra competenze di diversa natura: «No such overlap is possible between the advisory proceedings under the Oviedo Convention and the contentious proceedings under the Convention. The object in the two types of proceedings is, at least formally, totally different. It is in our opinion only logical that Article 29 of the Oviedo Convention does not contain limitations like those in Article 47 § 2 of the Convention».

il proprio supporto interpretativo specificando che cosa dovesse intendersi e quali fossero le condizioni di protezione che l'art. 7 della Convenzione di Oviedo prevede come obbligo per gli Stati parti, con l'obiettivo di garantire il rispetto dell'integrità del singolo e assicurare livelli minimi di tutela dei diritti umani della persona. Con la seconda, si sollecitava, invece, un chiarimento sulla possibilità di applicare tali condizioni anche nel caso di trattamenti disposti su un paziente affetto da disturbo mentale allo scopo di proteggere soggetti terzi da un *serious harm*, compatibilmente con quanto previsto dall'art. 26 Oviedo.

La Grande Camera esclude di poter intervenire in risposta alle richieste avanzate dal DH-BIO attraverso un processo di interpretazione di tipo astratto. Ostacolo a tale modalità di interpretazione è lo spirito che anima la Convenzione di Oviedo, il quale si traduce nella tecnica normativa con cui, generalmente, sono formulate le sue disposizioni e, nello specifico, l'art. 7. Proprio con riferimento all'ambito di regolamentazione afferente alla tutela di soggetti che soffrono di un disturbo mentale, tale disposizione lascia volutamente alle parti contraenti un margine di manovra nel dettare in maniera specifica quali debbano essere le condizioni di protezione applicabili nel proprio diritto interno. Il fatto che si tratti di scelta consapevole deriva dalla considerazione per cui già all'epoca della redazione della Convenzione di Oviedo, a livello internazionale (specialmente da parte del *Committee of Ministers*), erano stati riconosciuti taluni standard di tutela<sup>86</sup> che non erano però stati inseriti nella Convenzione. Si era infatti preferito non dotarli di forza vincolante e fare piuttosto affidamento sull'adattamento spontaneo da parte dei singoli ordinamenti.

L'argomentazione della Corte Edu trova poi rafforzamento ponendo mente a come analoga tecnica normativa non si riscontri specularmente in altre disposizioni. Si pensi all'art. 16 in materia di tutela dei soggetti che si sottopongono, previa prestazione del consenso, ad una ricerca scientifica dove la disposizione elenca, con un più sofisticato grado di specificazione, alcune condizioni imprescindibili<sup>87</sup>. In questo contesto, invitare i giudici convenzionali a definire il contenuto delle condizioni protettive solo menzionate nell'art. 7 Oviedo, spingendoli di fatto a fissare nuovi standard giuridici internazionali, avrebbe avuto il duplice effetto di ridurre il margine assicurato agli Stati dall'ampia formulazione della disposizione e di "obbligare" i giudici a porre in essere un esercizio politico-legislativo incompatibile con la lettera dell'art. 7, con l'anima della Convenzione di Oviedo e, finanche, con i limiti di cui all'art. 47 CEDU. Un esercizio politico-legislativo su cui, oltretutto, il DH-BIO è già da quasi un decennio impegnato.

---

<sup>86</sup> Questi standard erano stati richiamati anche nell'*Explanatory report* nella parte concernente l'art. 7 dove si menzionavano espressamente la Raccomandazione n. R(83) 2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in materia di tutela giuridica di persone affette da disturbo mentale, la Dichiarazione delle Hawaii della World Psychiatric Association del 10 luglio 1983, la Dichiarazione di Madrid del 25 agosto 1996, nonché la Raccomandazione n. 1235 (1994) dell'Assemblea parlamentare su psichiatria e diritti umani.

<sup>87</sup> Analoga struttura si ritrova anche nell'art. 20 per quel che riguarda il prelievo di tessuti rigenerabili su persona incapace di prestare consenso e nell'art. 17 che disciplina la possibilità di ricerca su soggetti che non abbiano potuto prestare consenso.

## 7. L'iter di approvazione del Protocollo addizionale e l'interferenza della Corte con l'esercizio di una attività di tipo politico/legislativo

Contestualizzare nel processo politico-legislativo in corso la richiesta interpretativa presentata dal DH-BIO è un passaggio necessario per cogliere i motivi che hanno condotto al rigetto dell'*opinion* e che hanno determinato una restrizione così energica, e forse inaspettata, dell'operatività dell'art. 29 Oviedo.

L'oggetto su cui avrebbe dovuto esercitarsi la competenza consultiva della Corte non è infatti nuovo né alla sua giurisprudenza, né agli ordinamenti nazionali e nemmeno allo stesso DH-BIO che dal 2013 ha intrapreso l'*iter* di redazione di un Protocollo addizionale volto alla protezione dei diritti di soggetti con disturbi mentali che tocca, in particolare, il delicatissimo ambito dell'internamento e del trattamento obbligatorio.

Pur mossa dal nobile intento di delineare un rinnovato e aggiornato quadro giuridico capace di contenere l'incremento del numero di violazioni dei diritti riscontrate in questo campo dalla stessa giurisprudenza della Corte Edu<sup>88</sup>, la strada della redazione del Protocollo è stata lastricata da numerosi

<sup>88</sup> Violazioni determinate anche dalla mancanza di garanzie procedurali qualora siano adottate misure e trattamenti privi del consenso dell'interessato. Quasi un decennio addietro, il *Report* del 2012 della FRA *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems* rilevava documentava come in tutta Europa numerose fossero le violazioni dei diritti umani delle persone con disabilità, nello specifico, con disturbi mentali evidenziando la imponente casistica concernente la detenzione di persone con disabilità intellettuali e psicologiche ma anche con riguardo all'*involuntary placement* e la sua finalità terapeutica. Tra i numerosi casi si ricordino *VK c. Russia*, 68059/13 (7/3/2017 violazione art. 3); *X. c. Finlandia*, 34806/04 (3/7/2012 violazione art. 5); *MS c. Croazia* (no. 2), 75450/12 (19/2/2015 violazione art. 5); *N. c. Romania*, 59152/08 (28/11/2017 violazione art. 5). Tutte le sentenze sono disponibili sul portale <https://hudoc.echr.coe.int/>. Si ricordi inoltre che già nel 2002 la *European Commission - Health & Consumer Protection Directorate-General* aveva finanziato un progetto di ricerca sulla legislazione negli Stati dell'Unione Europea su trattamenti in mancanza di consenso nei confronti di persone con disturbi mentali, i cui lavori erano confluiti nel *Final Report Compulsory Admission and Involuntary Treatment of Mentally Ill Patients – Legislation and Practice in EU-Member States* redatto da H.J. Salize, disponibile al link [https://ec.europa.eu/health/ph\\_projects/2000/promotion/fp\\_promotion\\_2000\\_frep\\_08\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/health/ph_projects/2000/promotion/fp_promotion_2000_frep_08_en.pdf) (ultimo accesso 12/10/2021). Nella vastissima e trasversale dottrina, si veda di recente D. WASSERMAN, G. APTER, C. BAEKEN, S. BAILEY, J. BALAZS, C. BEC, S. VAHIP, *Compulsory admissions of patients with mental disorders: State of the art on ethical and legislative aspects in 40 European countries*, in *European Psychiatry*, 63(1), 2020. L'ancora alto numero di casi giunti a Strasburgo ha fatto avvertire l'urgenza di raccogliere in un documento giuridicamente vincolante l'indicazione dei livelli di tutela conformi alla giurisprudenza di Strasburgo che, divenendo punto di riferimento per le legislazioni nazionali, possano incoraggiare una progressiva transizione verso un'uniforme applicazione all'interno degli Stati membri delle misure sanitarie in ambito psichiatrico. Inoltre, le disposizioni ad oggi presenti nella Convenzione di Oviedo – pur nella loro ampiezza – rischiano di suonare anacronistiche alla luce del mutamento di paradigma accolto dalla comunità medico-scientifica nel trattamento di persone affette da disturbi mentali o che soffrono di disabilità psicosociali. Un mutato paradigma che, nel frattempo, è stato assunto da specifici documenti internazionali come la più recente Convenzione Onu sui Diritti delle Persone con Disabilità adottata nel 2006 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite (art. 14) e, in conformità della quale, anche l'Organizzazione Mondiale della Sanità ha ricalibrato le proprie politiche a partire dal *Mental health action plan 2013-2020*, fino alle recenti *Guidance and technical packages on community mental health services*, con cui l'OMS si propone di offrire «a roadmap towards ending institutionalization and involuntary hospitalization and treatment and provides specific action steps for building mental health services that respect every person's inherent dignity», e al quasi contestuale *Comprehensive Mental Health Action Plan 2020-2030*.

intoppi ed è stata accompagnata da trasversali critiche<sup>89</sup>. Tale profluvio di critiche è sintomatico di un profondo dissenso sui contenuti del Protocollo a cui si addebita una ambivalenza<sup>90</sup> suscettibile di legittimare pratiche, come quella della contenzione, ritenute non più compatibili con la tutela dei diritti umani, di consolidare forme di istituzionalizzazione giustificate dal criterio della pericolosità sociale oltre che di avallare trattamenti involontari privi di limiti temporali. Generando confusione e ambiguità tra i diversi strumenti di garanzia dei diritti umani, e ponendo standard di protezione inferiori rispetto a quelli attualmente affermatasi a livello internazionale, la bozza di Protocollo è stata percepita come un'inversione di rotta e come un abbassamento dei livelli di tutela capace di produrre inevitabili ripercussioni sul piano nazionale.

Proprio la necessità di giungere ad un testo condiviso superando il disaccordo sul *Draft* del Protocollo Addizionale potrebbe essere stato il fattore che ha indotto il DH-BIO ad attivare il meccanismo consultivo dell'art. 29 Oviedo. Appare infatti debole il mero richiamo ad un ausilio interpretativo della Corte Edu sulla base della sua pregressa giurisprudenza. Generalmente, la competenza consultiva viene attivata laddove non sia presente un consolidato insieme di precedenti<sup>91</sup>, come rilevano anche alcuni studi riferiti ad altre Corti internazionali<sup>92</sup>. Nel sistema convenzionale europeo, non manca certo una ricca e

<sup>89</sup> Tra le voci più autorevoli che hanno espresso il proprio disappunto, si ricordino quelle del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, del *Rapporteur* sui diritti delle persone con disabilità dell'ONU, dell'Alto Commissario per i diritti umani dell'ONU, della *Parliamentary Assembly* del *Council of Europe*, del *Committee on the Rights of Persons with Disabilities* e, su base nazionale, quella del Comitato di Bioetica spagnolo. Già nel 2016 la *Parliamentary Assembly* del *Council of Europe* aveva adottato la raccomandazione n. 2091 (2016) *The case against a Council of Europe legal instrument on involuntary measures in psychiatry* con la quale si proponeva di interrompere i lavori sull'Additional Protocol stralciando la versione in discussione, suggerendo di intervenire sulla promozione di misure alternative alle misure involontarie che coinvolgessero maggiormente i destinatari nelle decisioni concernenti la propria salute (<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22757&lang=en>). Accanto ai menzionati soggetti istituzionali si sono poi schierate molteplici associazioni rappresentative delle persone con disturbi mentali che hanno avanzato dubbi persino sull'opportunità della sua redazione e che hanno espresso le proprie preoccupazioni alla Corte Edu nel corso della procedura di *advisory opinion*. Attraverso le proprie memorie, alcune associazioni hanno evidenziato il rischio di un potenziale conflitto e disallineamento tra trattati internazionali: da una parte, il Protocollo addizionale in corso di approvazione e, dall'altra, la Convenzione sui diritti delle persone con disabilità. Quest'ultima – figurando quale *lex specialis* – spinge verso una sempre più piena deistituzionalizzazione nonché verso la valorizzazione dei margini di autonomia e l'inclusione della persona con disabilità di tipo psichico o psicosociale. Anche alcuni ordinamenti non sono stati refrattari nel manifestare il proprio disappunto sia durante l'*iter* di approvazione sia sfruttando la possibilità di proporre commenti scritti nel corso della procedura di *advisory opinion*.

<sup>90</sup> Preminente ambiguità che si imputa al *Draft* è quella per cui le disposizioni assottiglierebbero e confonderebbero la linea di demarcazione tra trattamenti sanitari e trattamenti dettati da esigenze di sicurezza pubblica.

<sup>91</sup> Come notato da Sorrenti con riferimento alla CEDU, «è vero che è difficile pensare a disposizione convenzionali rispetto a cui esistano lacune di interpretazione, pur tuttavia ci possono pur sempre essere situazioni inedite rispetto alle quali non appare ancora chiaro quali sarebbero i termini dell'interpretazione-applicazione del documento convenzionale e altresì possono pur sempre profilarsi nuove forme di aggressione del bene protetto che spingono a reclamare la tutela dei relativi diritti, sollevando ancora una volta dubbi sull'entità e sull'ampiezza dei diritti sottesi» (G. SORRENTI, *op.cit.*). Questo vale analogamente, e forse in modo particolare, con riferimento alla Convenzione di Oviedo che tocca un ambito, come quello della biomedicina, dove il progresso scientifico pone continuamente nuove questioni e nuove problematiche che si intrecciano con la sfera di tutela dei diritti.

<sup>92</sup> Si pensi al parallelismo ricorrente, relativo alla Corte interamericana, tra l'aumento della giurisdizione contenziosa e la contemporanea diminuzione della giurisdizione consultiva. Cfr. K. DZEHTSIAROU, N. O'MEARA, *op.cit.*, 449-450: «The rise in the contentious case-law of the IACtHR and the parallel fall in delivery of advisory opinions

articolata giurisprudenza in materia la quale, più volte richiamata nel *Draft Explanatory Report* al Protocollo Addizionale, avrebbe potuto fungere da criterio ispiratore per riempire di contenuto gli standard di protezione<sup>93</sup>.

È quindi forse più plausibile ipotizzare che il DH-BIO, trovandosi bloccato tra queste accese critiche e rischiando di andare incontro ad un'opposizione in seno al Comitato dei ministri, abbia visto nella Corte Edu un interlocutore autorevole capace di oltrepassare il disaccordo. Tale impiego strumentale dell'*opinion* non risulta peregrino anche guardando a come il DH-BIO ha introdotto la propria richiesta. Pur senza riferirsi espressamente al Protocollo Addizionale in discussione, il *Committee* ha infatti affermato che: «Both questions aim at clarifying certain aspects of the legal interpretation of Article 7 of the Oviedo Convention, with a view to informing the current and future work of the DH-BIO in the area»<sup>94</sup>.

Il generico riferimento a “the current and future work” non ha però impedito alla Corte Edu di collegare direttamente la richiesta di *opinion* al processo normativo in atto. A ragion veduta, i giudici di Strasburgo hanno quindi scorto nell'attività richiesta un intervento non tanto di tipo interpretativo quanto, piuttosto, di stampo politico. Appellarsi alla propria giurisprudenza per definire una puntuale interpretazione della Convenzione di Oviedo suscettibile di riorientare la propria interpretazione di disposizioni della CEDU<sup>95</sup> avrebbe potuto, secondo la Grande Camera, non solo interferire con la decisione politica che la Convenzione sulla biomedicina riserva agli Stati ma finanche mettere a repentaglio l'esercizio (futuro) della funzione giurisdizionale<sup>96</sup>.

Il richiamo alla propria precedente giurisprudenza diventa per la Corte Edu fattore di contenimento della propria competenza consultiva ma, al contempo, strumento per suggerire una strada orientata al superamento dell'*impasse*. Si rileva infatti una sostanziale coincidenza tra i requisiti che gli Stati parti della Convenzione di Oviedo sono tenuti ad osservare ai sensi dell'art. 7 Oviedo e quelli previsti dalla

---

illustrate this argument well. The IACtHR now delivers many more judgments in contentious cases than in the early years of the system. From 2007 to 2012, the IACtHR delivered 87 judgments and decisions in contentious cases. During the same period of time, the Court delivered only one advisory opinion». Gli Autori proseguono poi trasponendo questa considerazione sulla Corte Edu affermando che «While extending the ECtHR's advisory competence would have arguably intensified its development in the early years of its existence, extending it now will not substantively advance the ability of the ECtHR to set standards of interpretation of the ECHR». In argomento si rimanda anche a M. DICOSOLA, C. FASONE, I. SPIGNO, *op.cit.*, nota 127: «In the practice of the Inter-American Court, the adoption of advisory opinions has developed considerably especially in the first phase of the life of the Court, primarily due to the reluctance of States to submit to the ICHR's adversarial jurisdiction».

<sup>93</sup> In numerose occasioni, la Corte Edu ha affrontato, alla luce di plurime disposizioni convenzionali (artt. 3, 5, 8, 14 etc.), le problematiche giuridiche sottese alla tutela di soggetti con disabilità psichica, anche con specifico riferimento alla sottoposizione di tali soggetti a trattamenti privi di un preventivo consenso. Per il tramite delle sue pronunce, i giudici sovranazionali hanno fornito criteri e orientamenti che hanno concorso ad imbastire una cintura protettiva convenzionalmente conforme per i destinatari di tali misure la quale, a sua volta, ha contribuito ad orientare modifiche nelle legislazioni nazionali.

<sup>94</sup> CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, par. 2.

<sup>95</sup> Allineandola, in questo modo, anche ai principi che emergono dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità.

<sup>96</sup> Come già sottolineato, la Corte Edu rileva la non vincolatività dei propri pareri ma non rimane insensibile alla forza autoritativa di cui essi potrebbero essere rivestiti (CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, par. 68).

CEDU. Senza trascurare il dato per cui vi è un'altra importante almeno parziale corrispondenza dettata dal fatto che tutti gli ordinamenti aderenti ad Oviedo sono al contempo Stati parti della CEDU. Quale il logico portato di questa duplice coincidenza? Che le garanzie predisposte nel diritto interno dei diversi Stati per adeguarsi alle "condizioni di protezione" previste dall'art. 7 Oviedo «need to be such as to satisfy, at the very least, the requirements of the relevant provisions of the Convention, as developed by the Court through its case-law»<sup>97</sup>. Tale giurisprudenza, assecondando l'approccio alla CEDU quale *living instrument*, dovrebbe quindi assicurare quella elasticità necessaria per rispettare il dinamismo proprio degli standard medici che si sviluppano a livello nazionale ed internazionale.

La strada suggerita dalla Corte, oltre ad essere già preventivabile anche in assenza di una simile specificazione, potrebbe però aprire alcuni interrogativi sul valore essenzialmente pratico della Convenzione di Oviedo, per lo meno con riferimento all'ambito qui interessato. Profilo che, non accidentalmente, è stato messo in discussione nella *dissenting opinion* dove i quattro giudizi dissenzienti sembrano prediligere un approccio ancora più marcatamente non integrazionista delle due Convenzioni. Per recidere il cordone che porta a mutuare i limiti dell'art. 47 CEDU all'art. 29 Oviedo, essi hanno infatti sottolineato come alla Convenzione di Oviedo debba essere assicurata una maggiore autonomia rispetto al sistema convenzionale Edu poiché, diversamente argomentando, Oviedo rischierebbe di essere concepita quale una sorta di allegato alla CEDU o, nella peggiore delle ipotesi, quale una fonte espressamente collocata in una posizione inferiore dentro un'ideale gerarchia delle fonti internazionali.

## 8. Il potenziale impatto del Protocollo Addizionale e della richiesta del DH-BIO sul piano costituzionale nazionale

Sia la redazione del Protocollo Addizionale sia la richiesta formulata dal DH-BIO sono suscettibili di incidere non solo sulla tutela dei diritti a livello internazionale ma, altresì, sul piano interno. La natura del Protocollo implica la definizione di standard minimi di protezione, che potrebbero lasciare un margine di discrezionalità nell'adeguamento da parte di quegli ordinamenti ove già si prevedono più sofisticati livelli di garanzia. Tuttavia, l'approvazione del *Draft* potrebbe non solo generare una serie di contraddizioni nell'ambito della legislazione internazionale ed europea sui diritti umani ma far retrocedere quella cultura costituzionale che permea i risultati oramai raggiunti in diversi ordinamenti<sup>98</sup>. Questi ultimi, infatti, hanno modificato l'approccio nei confronti di persone affette da disturbi mentali, arrivando ad escludere pratiche come quelle dell'internamento che appaiono invece consentite nella bozza del Protocollo, seppur corredate da numerosi *caveat*. Svitati Stati hanno inoltre limitato rigidamente le ipotesi di trattamenti effettuati in mancanza di consenso prevedendo procedure e limiti temporali tesi a garantire la libertà e la dignità dei destinatari delle misure. Basti ricordare quanto avvenuto

<sup>97</sup> CEDU, *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion under art. 29 of the Oviedo Convention*, par. 69.

<sup>98</sup> Cfr. il report curato dal Mental Health Europe e dal Tizard Centre della University of Kent, *Mapping and Understanding Exclusion in Europe*, 2017, disponibile al link <https://mhe-sme.org/wp-content/uploads/2018/01/Mapping-and-Understanding-Exclusion-in-Europe.pdf> (ultimo accesso 12/10/2021).

in Italia a partire dall'approvazione della Legge n. 180 del 1978, meglio conosciuta come "Legge Basaglia".

Il mutamento di approccio che ha animato questi cambiamenti ha trovato concretizzazione tramite articolati processi di riforma che sono stati favoriti proprio dalla spinta inferta da altri documenti internazionali (come la Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità), dalla stessa giurisprudenza della Corte Edu e, infine, da letture costituzionalmente orientate di quel coacervo di principi e diritti fondamentali che spaziano dallo sviluppo della persona umana, all'eguaglianza, al principio dignitario fino alla dimensione materiale e immateriale del diritto alla salute<sup>99</sup>.

In questa prospettiva, le criticità fin qui sollevate potrebbero apparire lontane dall'aver un impatto sul nostro ordinamento dove permane l'annosa problematica del valore giuridico della Convenzione di Oviedo<sup>100</sup>. Ciononostante<sup>101</sup>, non si può negare l'effetto, ancorché indiretto, che la Convenzione di

<sup>99</sup> Cfr. S. Rossi, *La salute mentale tra libertà e dignità*, Milano, 2015.

<sup>100</sup> A causa della scelta del Governo di non esercitare la delega legislativa prevista nella legge di autorizzazione alla ratifica, essa rimane ancora oggi costretta in una sorta di limbo, in quanto priva del deposito dello strumento di ratifica oltre che del necessario adattamento interno. Il "recepimento" della Convenzione di Oviedo nel nostro ordinamento è protagonista di un percorso che, ad oggi, non ha trovato pieno compimento a causa della latitanza dei Governi che non hanno ancora proceduto al deposito dello strumento di ratifica presso il Segretario Generale del Consiglio d'Europa, né tanto meno al necessario percorso di adattamento interno. Con riguardo al momento di perfezionamento dell'iter con deposito dello strumento di ratifica si è dibattuto della sua imprescindibilità offrendosi a tale quesito una risposta affermativa, sostenuta innanzitutto dal dato letterale della stessa Convenzione di Oviedo e della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e, in particolare, dal combinato disposto degli artt. 11 e 16. Con riferimento all'adattamento, occorre ricordare come fin dall'inizio siano stati compiuti dei passi in questa direzione. Il primo risale proprio al 2001 quando il Parlamento, dando corso al disposto dell'art. 80 Cost., approvava la l. n. 145. Tale intervento legislativo presentava un duplice contenuto: oltre a prevedere l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione della Convenzione e del contestuale Protocollo, la legge conteneva anche una delega legislativa sulla base della quale il Governo avrebbe dovuto adottare un pacchetto di norme funzionali all'adattamento della Convenzione nel nostro ordinamento. Tale "clausola di adattamento" contenuta nella legge delega, della durata di sei mesi, non ha mai però trovato concretizzazione in un atto governativo nemmeno a seguito di un differimento del termine di scadenza così come nemmeno a seguito della legge n. 17 del 2007. In sede di conversione del decreto mille-proroghe n. 300 del 2006 attraverso proprio la legge n. 17 del 2007, il Senato aveva infatti inserito – non senza sollevare dubbi di legittimità e di opportunità rispetto alla estromissione dell'organo parlamentare – un emendamento all'art. 1 laddove, nel comma 3, si delegava il Governo ad adottare i necessari decreti legislativi per portare a conclusione il percorso di adattamento senza che però, ancora una volta, a questa previsione sia poi stato dato corso. Tanto che alcuni anni a seguire e, segnatamente, nel 2012 era stato lo stesso Comitato Nazionale di Bioetica a presentare una mozione con cui si sollecitava la chiusura dell'iter di ratifica della Convenzione sottolineando la necessità del completamento della relativa istruttoria e riconfermando a tal fine la disponibilità a procedere con una analisi di merito dei contenuti della Convenzione sì da fornire indicazioni circa eventuali riserve o opportuni adeguamenti dell'ordinamento interno. Cfr. F.G. PIZZETTI, *La delega per l'adattamento dell'ordinamento italiano alla Convenzione di Oviedo tra problemi di fonti ed equilibri istituzionali: un nuovo "cubo di Rubik"?*, in *Rassegna Parlamentare*, 2007, 585-608; S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, 1-10.

<sup>101</sup> La situazione brevemente riassunta non cristallizza però definitivamente il percorso di recepimento che potrebbe, prima o poi, essere condotto verso il suo compimento. In questo senso, sembrano deporre – almeno sul piano dell'*intentio* – gli atti di sindacato ispettivo e le mozioni presentate in Parlamento nella scorsa legislatura (Atto di sindacato ispettivo n° 1-00854; Atto di Sindacato Ispettivo n° 1-00778 dell'11 aprile 2017; mozione a Senato 1-00850 ottobre 2017). Ancor più di recente, nelle difficoltà emerse durante la gestione della pandemia Covid-19, una sollecitazione è giunta propria dal DH-BIO che con una dichiarazione del 14 aprile 2020 (DH-BIO

Oviedo è idonea ad esercitare sul piano giuridico nazionale. Nella sua giurisprudenza, la Corte di Cassazione ha più volte qualificato la Convenzione sulla biomedicina quale ausilio ermeneutico per l'attività interpretativa dei giudici nazionali, tanto più che «i trattati e le convenzioni sui diritti umani che non sono vincolanti per l'Italia, perché magari non ratificati ed eseguiti, possono comunque attraversare quantomeno la porta dell'art. 2 Cost. in quanto materialmente costituzionali, e in tal modo incidere sull'interpretazione giudiziale»<sup>102</sup>. E l'apporto di un simile strumento interpretativo, già spesso invocato nelle argomentazioni di ricorrenti e giudici, potrebbe aumentare considerevolmente, soprattutto quando il terreno di discussione giuridica coinvolga tematiche bio-giuridiche<sup>103</sup>. Inoltre, l'interpretazione offerta in un parere come quello sollecitato avrebbe potuto trovare eco nella giurisprudenza di Strasburgo, a sua volta capace di riverberarsi all'interno degli ordinamenti nazionali (si pensi al caso *Parrillo c. Italia* sulla compatibilità con l'art. 8 CEDU del divieto di ricerca sugli embrioni previsto dalla l. n. 40/2004). In tal modo, il contenuto del parere avrebbe potuto assurgere a possibile standard di riferimento in casi relativi anche a Stati membri del Consiglio d'Europa che non hanno né firmato né ratificato la Convenzione.

Nel fornire una lettura delle disposizioni convenzionali il più possibile armonica, la Corte Edu può infatti ampliare il quadro di riferimento. Essa fa spesso rinvio ad altri documenti internazionali, non rilevando se lo Stato coinvolto nel giudizio abbia o non abbia ratificato il trattato o la convenzione<sup>104</sup>; talvolta, poi, come accaduto nel caso *Emonet e altri c. Svizzera*<sup>105</sup>, la Corte Edu si è persino spinta a rilevare la sussistenza o meno di un consenso europeo alla luce di progetti di revisione di convenzioni internazionali.

---

Statement on human rights considerations relevant to the COVID-19 pandemic) ha ricordato come la Convenzione di Oviedo, in quanto unico strumento internazionale giuridicamente vincolante nel campo della bioetica, «provides a unique human rights framework, including in a context of emergency and health crisis management, to guide decisions and practices both in clinical and research fields. In this Statement, the Council of Europe Committee on Bioethics (DH-BIO) wishes to highlight some of the human rights principles laid down in the Oviedo Convention which are particularly relevant and require particular vigilance in their application in the current pandemic».

<sup>102</sup> Si veda N. CANZIAN, E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I Trattati internazionali sui diritti umani e gli altri obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, 373-405. Anche nella giurisprudenza costituzionale vi sono riferimenti alla Convenzione di Oviedo; si pensi alla sentenza n. 49 del 2005 sulla ammissibilità del referendum abrogativo parziale di alcune disposizioni della legge n. 40 del 2004 nella quale la Corte afferma: «La richiesta referendaria, in particolare, non si pone in alcun modo in contrasto con i principi posti dalla Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997 e con il Protocollo addizionale del 12 gennaio 1998, n. 168, sul divieto di clonazione di esseri umani, e recepiti nel nostro ordinamento con la legge 28 marzo 2001, n. 145».

<sup>103</sup> Il bio-diritto, per sua natura, è infatti fortemente condizionato da una pressoché costante e sistematica evoluzione (sul piano tecnico-scientifico e su quello etico-morale), capace di alimentare incertezze e generare vuoti di regolamentazione.

<sup>104</sup> Si veda, in questo senso, B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2011, 1-40, la quale ricorda anche la sentenza *Marcks c. Belgio*, 6833/74 (13/6/1979) nella quale, per la prima volta, la Corte Edu richiama due documenti di diritto internazionale.

<sup>105</sup> Cfr. caso *Emonet e altri c. Svizzera*, 39051/03 (13/12/2007), in occasione del quale la Corte ha letto nella bozza di revisione della Convenzione europea sull'adozione dei minori del 1967 (ratificata solo da 18 Stati membri del Consiglio d'Europa) il segno di un crescente riconoscimento per adozioni analoghe a quelle oggetto della causa (si veda G. COHEN-JONATHAN, J.F. FLAUS, *La Cour européenne des droits de l'homme et le droit international*, in *Annuaire français de droit international*, 53, 2007, 779-796).

Anche per questo, forse, si comprende l'interesse che ha indotto l'ordinamento italiano e altri ordinamenti che non hanno ratificato la Convenzione di Oviedo a presentare commenti scritti nel corso della procedura di *opinion ex art. 29*. Una possibilità che in molti hanno colto considerando oltretutto che, con riferimento alla specificità del caso in esame, la procedura di approvazione del Protocollo Addizionale implica il voto non solo degli Stati che hanno ratificato Oviedo<sup>106</sup> ma dell'intero Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa dove siedono i 47 rappresentanti (ministro o delegati) di tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa (*ex art. 32* Convenzione di Oviedo)<sup>107</sup>.

## 9. Riflessioni conclusive: l'*opinion* della Corte nel percorso di costituzionalizzazione della CEDU

Con la propria *opinion* la Corte ha affrontato le molteplici aree grigie che circondavano lo strumento consultivo di cui all'art. 29 Oviedo. Fugando dubbi interpretativi concernenti profili sia di stampo processual-procedurale sia di stampo sostanziale, la maggioranza della Grande Camera sembra quasi forzare la lettera dell'art. 29 Oviedo. Essa preme sulla *ratio* dello strumento e sulla sua natura, per propendere verso una significativa restrizione della propria competenza consultiva attraverso la trasposizione dall'art. 47 CEDU degli stringenti limiti con cui già la Corte Edu aveva circoscritto, nell'ambito del sistema convenzionale, la propria *advisory jurisdiction*. Al punto che si potrebbe forse provocatoriamente supporre come questa sia stata la prima ma possa, al contempo, essere l'ultima applicazione dell'art. 29 Oviedo.

L'approfondito percorso argomentativo intrapreso dai giudici internazionali restituisce l'impressione che la Corte Edu si sia mossa in questa direzione per evitare di incorrere nelle conseguenze sul piano sistemico sostanziale che una sua accettazione dell'*opinion* avrebbe potuto produrre rispetto al rapporto tra ordinamenti in campo internazionale e in campo costituzionale europeo. La Corte Edu evita correttamente di immettersi in un processo legislativo in corso, consegnando interpretazioni capaci di condizionare autorevolmente il dibattito "politico" e l'*iter* redazionale del Protocollo Addizionale. Si assiste quindi ad un esercizio di *self-restraint* che, se non adottato, avrebbe forse favorito un ulteriore rafforzamento del ruolo para-costituzionale di Strasburgo, assecondando le letture secondo cui l'attivazione dell'*advisory opinion mechanism* di Oviedo avrebbe potuto suggerire un'ennesima «acceleration of the process of "constitutionalisation" of the ECtHR's role»<sup>108</sup>.

È noto infatti come, da diversi decenni, la Corte Edu vive un'altalena identitaria, oscillando tra un'identità costituzionale e una internazionale<sup>109</sup>. La prima, strettamente connessa alla fisionomia originaria

<sup>106</sup> Dei 47 Stati che fanno parte del Consiglio d'Europa, sono 29 quelli che hanno ratificato la Convenzione di Oviedo (cfr. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=164>, ultimo accesso 13/10/2021).

<sup>107</sup> Tanto che anche per quel riguarda il nostro ordinamento, alcune organizzazioni tra cui la Fish (Federazione Italiana Superamento Handicap) hanno inviato lettere a numerose istituzioni nazionali manifestando preoccupazioni sulla bozza di Protocollo Addizionale. Altre organizzazioni hanno poi aderito alla campagna "Withdraw Oviedo", lanciata congiuntamente dallo European Disability Forum e dal Mental Health Europe (<https://www.withdrawoviedo.info/join>).

<sup>108</sup> D. UTRILLA, *op.cit.*

<sup>109</sup> Cfr. A. GUAZZAROTTI, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua corte: la (dis)illusione di un'unione sempre più stretta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 61, 1, 2016, 399-436; S. GREER, A. WILLIAMS, *Human Rights in the*

della Corte, nasce sul modello – da alcuni oggi ritenuto una ipocrisia<sup>110</sup> – dell'*individual justice* quale strumento riparativo dei malfunzionamenti «in the administration of the law» e «not tackle(d) with the law itself»<sup>111</sup>. Di converso, la seconda vede la Corte Edu quale giudice della convenzionalità della produzione legislativa nazionale; convenzionalità parametrata sulla base di standard che essa stessa contribuisce a definire con l'obiettivo di unificare e armonizzare le discipline nazionali concernenti la tutela dei diritti fondamentali<sup>112</sup>.

Questa natura anfibia sembra sempre più tendere verso l'affermazione di un'identità costituzionale o para-costituzionale, pur con alcuni inevitabili contenimenti<sup>113</sup>. La Corte Edu stessa ha contribuito ad allentare i lacci di una collocazione sul piano strettamente internazionalistico e si è auto-investita di questa missione che, non trovando radici nel suo momento originario<sup>114</sup>, ha iniziato a prendere piede già negli anni '70 con alcuni *leading cases* tra cui il caso *Golder c. Regno Unito*<sup>115</sup> e il caso *Tyrer c. Regno*

---

*Council of Europe and the EU: Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice?*, in *European Law Journal*, 15, 4, 2009, 462-481.

<sup>110</sup> Secondo W. Sadurski, la Corte Edu ha vissuto per molti anni la finzione per cui le sarebbe stato impedito «scrutinise the objectionable laws of CoE Member States but merely corrects bad individual decisions». L'Autore prosegue qualificando questa finzione come una «pure hypocrisy in the best of times, but a hypocrisy with which both the Court and its constituency the Contracting States could live because it sounded like a good reconciliation of the universality of human rights with the sovereignty of national States» (W. SADURSKI, *Partnering with Strasbourg: Constitutionalization of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, EUJ Law, 2008).

<sup>111</sup> W. SADURSKI, *op.cit.*, 432.

<sup>112</sup> Nella sterminata dottrina si vedano L. WILDHABER, *Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme?*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 2002, 1-6; ID., *De L'évolution Des Idées Sur Les Missions De La Cour Européenne Des Droits De L'homme*, in M. COHEN (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, 2007, 639-653; J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1998, 711-728.

<sup>113</sup> Cfr. G. REPETTO, *The ECHR and the European Constitutional Landscape: Reassessing Paradigms*, in G. REPETTO (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, 2013, 1-20, il quale si sofferma sulle difficoltà di reperire un minimo comun denominatore dentro le tradizioni costituzionali sui diritti. Dentro questa difficoltà, è la stessa Corte ad aver ideato ed applicato la dottrina del margine di apprezzamento quale primo strumento di "contenimento" e ammorbidimento del proprio intervento unificante dentro un consorzio internazionalistico plurale e variegato non sempre connotato da un idem sentire, a sua volta però stemperato con la successiva dottrina del *consensus*. Nella vastissima dottrina cfr. T.A. O'DONNELL, *The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 4, 4, 1982, 474-496; E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 31, 4, 1999, 843-854; M. HUTCHINSON, *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 48, 3, 1999, 638-650; G. DE VERGOTTINI, *Oltre Il Dialogo tra Le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010; J.H. GERARDS, *Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 18, 3, 2018, 495-515.

<sup>114</sup> Secondo Sadurski, la Corte «moved from the role of a 'fine-tuner', oriented mainly at the dispensation of individual justice and operating largely at the fringes of rights, to a much more central role, that is, that of an arbiter called upon to act when some quite fundamental breaches are asserted, and setting up some general and quite significant legal principles» (W. SADURSKI, *op.cit.*, 29).

<sup>115</sup> Già dal 1975, con il caso *Golder c. Regno Unito*, 4451/70 (21/2/1975), la Corte ha manifestato il suo modo di concepire la convenzione quale che spinge per un approccio ermeneutico di tipo evolutivo, capace di adattarsi "ai tempi e ai contesti" sganciandosi da quello che è il canone ermeneutico maggiormente testualista più vicino alla interpretazione dei trattati internazionali.

*Unito*<sup>116</sup>. In tali occasioni, è stato sottolineato come la CEDU debba considerarsi «strumento vivente di tutela dei diritti fondamentali» che, in quanto tale, necessita di un approccio ermeneutico di impronta dinamica. Quale suo autentico interprete, la Corte Edu ha quindi iniziato a modellare il proprio ruolo demiurgico. Dentro un consorzio internazionale pluralistico e multidimensionale, essa ha cercato di contemperare, non sempre con successo, le ragioni dell'uniformità (e universalità) nella tutela dei diritti con quelle della relatività (o località) delle tradizioni giuridiche e costituzionali e, quindi, la onnipresente tensione tra soprannazionalità e sovranità<sup>117</sup>. Questa investitura ha poi subito una accelerazione negli anni '90, in occasione dell'allargamento ad Est del Consiglio d'Europa, percepito come fattore generativo di significativi dissesti<sup>118</sup> di quel terreno su cui era fiorito il sistema della CEDU e che si reputava, fino a quel momento, tendenzialmente omogeneo<sup>119</sup>.

Il meccanismo dell'*individual complaint* è così diventato, da strumento di giustizia riparativa, un mezzo con cui le violazioni nella protezione su base nazionale dei diritti umani vengono individuate e corrette, innalzando lo standard di tutela garantito nella legislazione nazionale e nel sistema convenzionale complessivamente inteso. Un sistema convenzionale che avrebbe dovuto rappresentare una tappa verso un costituzionalismo transnazionale<sup>120</sup>, raggiungibile attraverso un'interpretazione unificatrice<sup>121</sup> e un

<sup>116</sup> CEDU, caso *Tyrer c. Regno Unito*, 5856/72 (25/4/1978) con il quale la Corte ha introdotto, in riferimento alla CEDU, il concetto di «strumento vivente».

<sup>117</sup> Tra la ricchissima dottrina in argomento si rimanda a F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, 65-117.

<sup>118</sup> A motivo della confluenza nel sistema sovranazionale di ordinamenti lontani dalla cultura giuridica di tutela dei diritti propria degli Stati che avevano dato origine al Consiglio d'Europa. Come ricordato da J. JAHN, *op.cit.*, il primo ad introdurre il termine di "constitutional justice" nelle discussioni sul futuro della Corte Edu è stato l'ex presidente della Corte Wildhaber che vedeva nel modello di giustizia statunitense di selezione e di scelta di accettazione dei ricorsi, un modello che, se esportato al sistema CEDU, avrebbe potuto aiutare a contenere il numero di ricorsi e di casi spesso ripetitivi (L. WILDHABER, *Ein Überdenken des Zustands und der Zukunft des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in *EuGRZ*, 36, 2009, 552). Si veda inoltre J.A. SWEENEY, *The European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era: Universality in the Post-Cold World Era. Universality in Transition*, New York, 2013.

<sup>119</sup> Cfr. G.F. FERRARI, O. POLLICINO, *The Impact of Supranational Laws on the National Sovereignty of Member States, with Particular Regard to the Judicial Reaction of UK and Italy to the New Aggressive Approach of the European Court of Human Rights*, in *Comparative Law Review*, 2011: «Our assumption is that the ECtHR has reacted to the Council of Europe's enlargement to the east with a more explicit understanding of itself as a pan-European constitutional court, as a result of both the exponential growth of its case load and the realistic possibility for it to examine systemic human rights violations in Central and Eastern European (CEE) countries. This has implied a shift away from an exclusively subsidiary role as 'secondary guarantor of human rights' to a more central and crucial position as a constitutional adjudicator». Gli Autori fanno risalire i cambiamenti nell'attitudine della Corte alla concurring opinion del giudice Martens nel caso *Brannigan c. Regno Unito*, 14553/89, 14554/89 (25/05/1993) laddove il giudice, facendo riferimento alla dizione "present day conditions" riconosce come esse siano mutate considerevolmente nel tempo: «The situation within the Council of Europe has changed dramatically. It is therefore by no means self-evident that standards which may have been acceptable in 1978 are still so».

<sup>120</sup> Di recente si veda G. ULFSTEIN, *Transnational constitutional aspects of the European Court of Human Rights*, in *Global Constitutionalism*, 10, 1, 2021, 151-174.

<sup>121</sup> Secondo Bin, «La necessità di assicurare la tutela di loro specifici interessi economici ha spinto gli Stati ad affidare alla Corte di giustizia della Comunità europea una funzione unificatrice del diritto in specifici ambiti del loro rispettivo ordinamento; alla Corte EDU, viceversa, non è stata affidata nessuna funzione unificatrice della

approccio ermeneutico evolutivo, capace di imprimere una spinta progressista nella tutela di nuove dimensioni dei diritti fondamentali a livello sovranazionale ma anche, come osservato da Stone Sweet, a livello nazionale<sup>122</sup>. Seguendo questa via, la CEDU è diventata una sorta di mappa di principi e di valori da cui la Corte Edu – per questo persino qualificata quale attore “paralegislativo”<sup>123</sup> – estrae svariate declinazioni di diritti fondamentali, facendosi motore di una lettura delle disposizioni convenzionali recettiva dei mutamenti giuridici, sociali e tecnico-scientifici.

Da parte loro, i giudici di Strasburgo che si sono succeduti hanno certamente saputo sfruttare in questo senso la giurisprudenza per precedenti<sup>124</sup> e il peso sempre più rilevante che la CEDU esercita negli ordinamenti nazionali. Tale peso è infatti andato via via crescendo grazie a processi di incorporazione, all’affermarsi dell’efficacia diretta delle sentenze, al conferimento alla CEDU di uno *status* super-legislativo nel sistema delle fonti nazionali e, in ultimo, all’impiego di criteri e principi per la soluzione delle

---

disciplina dei diritti costituzionali» (R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista Aic*, 2018).

<sup>122</sup> Così concepito, il sistema di giustizia individuale incentiva infatti i singoli a sfruttare tale strumento come arma di pressione per indurre verso cambiamenti legislativi laddove l’ordinamento nazionale non rispetti il livello di garanzia riconosciuto dalla Corte. Come afferma A. STONE SWEET, *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, Vol. 80, 2009, 923-944: «Where Convention standards for rights protection are higher than those in domestic legal orders, we can expect the Court to be activated by individuals seeking to change domestic law». Sull’impatto dell’interpretazione delle fonti internazionali, e in particolare della CEDU, nella lettura del dettato costituzionale si ricordi N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della “coscienza sociale”, interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 2017. Sulle resistenze di numerosi ordinamenti v. A. GUAZZAROTTI, *La parabola della costituzionalizzazione delle tutele della Cedu: rapida ma anche inarrestabile?*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell’uomo: quarto grado di giurisdizione o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016, 16 ss.

<sup>123</sup> B.M. ZUPANCIC, *The owl of Minerva, Essays on Human Rights*, Utrecht, 2008, 351-391. Sulla giurisprudenza “creativa” della Corte Edu – per trarre sia argomenti a favore sia contra – si rimanda, *ex multis*, a A. MOWBRAY, *The Creativity of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 5, 1, 2005, 57-79; S. THEIL, *Is the “Living Instrument” Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law?*, in *European Public Law*, 2017, 23, 3, 587-614; G. LETSAS, *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its Legitimacy*, in <https://ssrn.com/abstract=2021836>, 2012; E. BJORGE, *The Convention as a Living Instrument: Rooted in the Past, Looking to the Future*, in *Human Rights Law Journal*, 36, 7-12, 2017, 243-255.

<sup>124</sup> Cfr. A. STONE SWEET, *op.cit.* ove, con riferimento alla giurisprudenza per precedenti, l’Autore afferma: «the Court performs its most important governance functions through the building of a precedent-based jurisprudence. Its command and control capacities are weak, primarily reduced to the awarding of damages (“just satisfaction”) to be paid to successful applicants. Through precedent, the Court seeks to legitimize its lawmaking, to structure the argumentation of applicants and defendant States, and to persuade States to comply with findings of violation. It does so in the name of “legal certainty and the orderly development of [its] case law.” The Court recognizes its own precedents, and will abandon them only in order to correct an earlier error, or “to ensure that the interpretation of the Convention reflects societal change and remains in line with present day conditions”». In argomento si rimanda altresì, nella dottrina italiana, a Guazzarotti il quale invece sottolinea come sia stata la stessa Corte ad aver rifiutato «the binding force of its previous decisions (so-called “horizontal precedent”)» (A. GUAZZAROTTI, *Strasbourg Jurisprudence as an Input for “Cultural Evolution” in Italian Judicial Practice*, in G. REPETTO (ed.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, 2013, 55-68).

questioni giuridiche tipicamente impiegati dalle Corti costituzionali<sup>125</sup>. Per offrire poi risposta ad una serie di problematiche conseguenze del già ricordato ampliamento ad Est<sup>126</sup>, la Corte Edu si è fatta promotrice di alcuni cambiamenti che hanno posto l'accento sulla sua "costituzionalità". In questo senso, si è sviluppata quella "rivoluzione istituzionale" avviata con il Protocollo n. 11 ma, soprattutto, implementata con l'introduzione delle sentenze pilota avvenuta con il Protocollo n. 14<sup>127</sup> e, più di recente, con la previsione del meccanismo di *advisory opinion* di cui al Protocollo n. 16, il cui Rapporto esplicativo riconduce l'ampliamento della competenza consultiva allo scopo di potenziare il ruolo «costituzionale» di Strasburgo<sup>128</sup>.

L'introduzione di un meccanismo di *advisory opinion* come quello incardinato nel Protocollo n. 16 è stata certamente incalzata dalla volontà di rafforzare questa attitudine della Corte Edu, sanando anche

<sup>125</sup> Si pensi all'uso del criterio della proporzionalità nella giurisprudenza della Corte Edu. Cfr. G. SCACCIA, *Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of European Courts*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Case-law of the ECHR*, Antwerp, 2002; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 3, 2009, 468–493; K. TRYKHLIB, *The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 4, 2020, 128-154.

<sup>126</sup> Tra le quali – sul piano squisitamente pratico – il complicarsi del lavoro della Corte Edu per l'elevato numero di ricorsi, molte volte anche ripetitivi.

<sup>127</sup> Si veda M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 12, 5-6, 2011, 1231-1260; C. GRABENWARTER, *The European Convention on Human Rights: Inherent Constitutional Tendencies and the Role of the European Court of Human Rights*, in *ELTE Law Journal*, 2014, 101-115; C. GRABENWARTER, K. PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2012. Cfr. altresì O. POLLICINO, V. SCARABBA, *La Corte di giustizia dell'Unione Europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo quali corti costituzionali*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Padova, 2011, 33 i quali mettono in luce l'espansione degli effetti *erga omnes* delle pronunce della Corte Edu.

<sup>128</sup> Parte della dottrina si è interrogata sul rapporto tra la direzione costituzionalizzante assunta dalla Corte Edu, anche alla luce del Protocollo n. 16 e quanto affermato nell'art. 1 del Protocollo n. 15 ove sembrerebbe puntarsi l'accento sul principio di sussidiarietà e sul margine di apprezzamento («spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente Convenzione e nei suoi protocolli e che, nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei Diritti dell'Uomo istituita dalla presente Convenzione»). Come mette in luce Luciani, diverse sono le letture offerte in dottrina: da quelle per cui la formula sarebbe realmente servente al rispetto delle specificità nazionali a quelle per cui l'elasticità insita nel principio di sussidiarietà favorirebbe una «giurisprudenza maggiormente penetrante» (cfr. M. LUCIANI, *op.cit.*; F. VARI, *Le prospettive di riforma del sistema CEDU. Ancora a proposito dei Protocolli 15 e 16 alla Convenzione di Roma*, in [https://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/vari\\_scrittiCostanzo.pdf](https://www.giurcost.org/LIBERAMICORUM/vari_scrittiCostanzo.pdf), 2020, ultimo accesso 13/10/2021).

attuali debolezze come il pesante arretrato che rischierebbe di indebolire la sua “*constitutional legitimacy*”<sup>129</sup>. Come è stato affermato in dottrina, infatti, «for a long time, the lack of a fully-fledged advisory competence was one of the main arguments against the recognition of a constitutional function of the Court»<sup>130</sup>.

Dentro questo percorso in atto, la circoscrizione alla competenza consultiva *ex art. 29 Oviedo* potrebbe apparire come un’occasione sprecata per coloro che vedono nella Corte Edu uno strumento di armonizzazione “costituzionale” della garanzia dei diritti fondamentali. Muovendosi diversamente, la Corte Edu avrebbe potuto offrire un duplice contributo: da una parte, garantire alti standard di tutela in un campo delicato, vieppiù laddove questi avrebbero potuto incrinarsi con l’approvazione del Protocollo Addizionale. Dall’altra, essa avrebbe potuto arginare le debolezze che, fin dall’origine, in molti hanno attribuito alla Convenzione di Oviedo. Si ricordi, infatti, come la struttura per principi propria della Convenzione sulla biomedicina e la quasi totale assenza di standard di tutela idonei a vincolare gli ordinamenti avessero portato ad interrogarsi sulla tenuta a lungo termine degli effetti conformativi volti alla definizione di uno *jus commune* europeo in ambito bioetico e bio-giuridico<sup>131</sup>.

La Corte Edu non approfitta però di questa occasione e mostra la lungimiranza di mantenere una giusta estraneità a pratiche di *judicial law-making*, soprattutto in un contesto delicato ed eterogeneo dove complessa è l’intersezione di una pluralità di documenti internazionali e dove molteplici sono i livelli coinvolti. Essa si sottrae dall’affermarsi più che come una super Corte costituzionale come un super legislatore internazionale, senza però con questo intaccare il proprio percorso di costituzionalizzazione<sup>132</sup>.

Innanzitutto, su un piano più pratico, la restrizione delle maglie della competenza consultiva riguarda un documento esterno al sistema convenzionale. In questo modo, essa riduce così anche un eventuale ed ulteriore carico di lavoro che le consentirebbe – almeno in astratto – di potersi concentrare sulla

<sup>129</sup> Cfr., *ex multis*, K. DZEHTSIAROU, *Interaction between the European Court of Human Rights and member States: European consensus, advisory opinions and the question of legitimacy*, in S. FLOGAITIS, T. ZWART, J. FRASER (eds), *The European Court of Human Rights and its Discontents*, Great Britain, 2013, 116-134. Si veda inoltre K. DZEHTSIAROU, N. O’MEARA, *op.cit.*, 468: «A Court weighed down by a backlog that is dominated by repetitive and/or non-priority cases will struggle to deliver judgment in priority cases in a timely manner, its constitutional legitimacy undermined. The advisory opinion mechanism could usefully serve to develop and reinforce the Court's constitutional status».

<sup>130</sup> Cfr. J. JAHN, *op.cit.*

<sup>131</sup> C. PICIOCCHI, *Convenzione di Oviedo sui diritti dell’uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in DPCE, 2001, 1301-1311: «si teme che da strumento conformativo che detta un minimo standard comune, la Convenzione si traduca all’opposto in strumento conformato dai diritti nazionali, in una sorta di frammentazione di definizioni compromissorie delle quali il diritto nazionale si appropria trasformandole. Ci si chiede in altre parole se la Convenzione sia preposta all’individuazione di punti comuni in materia di bioetica allo scopo di uniformare gli ordinamenti su alcune opzioni o se non sia piuttosto destinata ad essere modellata in ogni ordinamento nazionale assumendo di fatto conformazioni diverse a seconda dell’istanza nazionale che la interpreta».

<sup>132</sup> Sull’attenzione della Corte a mantenere una certa distanza da un ruolo politico, connesso anche alle delimitazioni operate dai giudici di Strasburgo con riferimento alla propria competenza consultiva *ex art. 47* cfr. J. CHRISTOFFERSEN, *Individual and Constitutional Justice: Can the Power Balance of Adjudication be Reversed?*, in J. CHRISTOFFERSEN, M.R. MADSEN (eds.), *The European Court of Human Rights Between Law and Politics*, Oxford, 2011, 183.

propria competenza giurisdizionale e consultiva nell'ambito della CEDU, lasciandosi lo spazio per investire sugli strumenti principali su cui la Corte Edu, passo dopo passo, ha accresciuto la propria identità costituzionale. In secondo luogo, essa evita di auto-vincolarsi nella sua futura giurisprudenza<sup>133</sup>. Si coglie quindi, nel contesto, anche il suggerimento che la Corte Edu presenta al DH-BIO per cercare di superare lo stallo del processo politico sotteso all'adozione del Protocollo, ossia quello di trarre ispirazione dalla giurisprudenza CEDU; esso, se da una parte può fungere da concreto ausilio al *Committee* per orientare i contenuti del documento, dall'altra concede alla Corte Edu una più ampia libertà da qualsiasi "vincolo" o condizionamento autoimposto.

Questa decisione di rigetto non toglie quindi nulla al percorso di costituzionalizzazione intrapreso a Strasburgo; un percorso che, se secondo parte della dottrina è desiderabile, o per lo meno ormai inevitabile, per altri rimane foriero di più di una criticità su cui mantenere desta l'attenzione.

---

<sup>133</sup> Se è vero che le *opinions* non possiedono effetti vincolanti nei confronti degli Stati e, di converso, nemmeno nei confronti della stessa Corte Edu, si potrebbe ipotizzare che qualora – dopo l'*opinion* – la Corte fosse chiamata ad intervenire su un caso in cui potrebbe farsi richiamo alla Convenzione di Oviedo e al Protocollo addizionale (una volta approvato), essa potrebbe più faticosamente superare la propria decisione.