

***Il dialogo continua: note minime sul secondo Parere ex Protocollo n. 16 alla
CEDU****

*di Naiara Posenato – Professore Aggregato di Diritto Privato Comparato nell'Università degli
Studi di Milano*

ABSTRACT: The second advisory opinion *ex* Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights, the first in criminal matters provided by the European Court of Human Rights on 29 May 2020 at the Armenian Constitutional Court's request, presents profiles of interest on a procedural and substantive level. Under the first profile, it pronounces on the admissibility requirements and further clarifies the functioning of the advisory mechanism, introducing novelties concerning the conformation of the opinion itself. From a substantive point of view, it first establishes the conditions of conventional compatibility for the use of the "legislation by reference" technique and, secondly, adds elements to compare two different versions of law according to the principle of non-retroactivity of the criminal law established by art. 7 ECHR.

SOMMARIO: 1. Le circostanze del caso. – 2. *Comparative-law material*. – 3. Cenni sul funzionamento del meccanismo consultivo. – 4. Le risposte al Terzo e al Quarto quesito. – 5. Lo stile della decisione e l'opinione concorrente.

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

1. Le circostanze del caso

Il 29 maggio 2020, in piena Pandemia Covid-19, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha reso il secondo parere consultivo, il primo in materia penale, ai sensi del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU oppure Convenzione)¹. Si è trattato di un parere pronunciato in risposta alla richiesta presentata dalla Corte costituzionale armena il 2 settembre 2019² sull'interpretazione dell'art. 7 CEDU, *Nulla poena sine lege*³. Nello specifico sono stati forniti chiarimenti sulle condizioni di compatibilità con tale norma convenzionale della tecnica normativa c.d. della "legge penale in bianco" (detta anche "blanket reference" oppure "legislation by reference"), e sugli standards per l'applicazione del Principio del *favor rei* o della legge penale più favorevole⁴.

Com'è noto, il Protocollo n. 16 alla CEDU è entrato in vigore il 1° agosto 2018 a seguito del deposito della decima ratifica⁵ e consente alle più alte giurisdizioni degli Stati membri che l'hanno

¹ ECHR, *Advisory opinion concerning the use of the "blanked reference" or "legislation by reference" technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law*, P16-2019-001, 29 maggio 2020.

² La richiesta è disponibile all'indirizzo web https://www.echr.coe.int/Documents/P16_Request_Advisory_opinion_Constitutional_Court_Armenia_ENG.pdf

³ "Articolo 7 - *Nulla poena sine lege*

1. Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.

2. Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili."

⁴ Tra la bibliografia sul parere si veda L. BURGORGUE-LARSEN, *Le Protocole n° 16, entre théories et réalités du dialogue judiciaire*, in *Revue Québécoise du Droit International, Hors-série décembre 2020 – 70 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : L'Europe et les droits de la personne*, 2020, p. 219 ss.; S. GIORDANO, *La ragionevole prudenza della Corte Edu: tra prevedibilità e accessibilità del precetto. Considerazioni a caldo sul parere della Corte (CEDH 150) del 29.05.2020*, (disponibile all'indirizzo web <https://giustiziainsieme.it>); L. LAVRYSSSEN, *Advisory Opinion n° 2: a Slightly Bigger Rodent*, in *Strasbourg Observers*, 5 June 2020 (disponibile all'indirizzo web <https://strasbourgobservers.com/2020/06/05/advisory-opinion-no-2-a-slightly-bigger-rodent/>); P. PIRRONE, *I primi pareri pregiudiziali della Corte europea dei diritti umani: aspetti procedurali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, f. 2, 2020, p. 531 ss.

⁵ Firmato a Strasburgo, il 2 ottobre 2013 ed entrato in vigore il 1° agosto 2018, in seguito al deposito del decimo strumento di ratifica da parte della Francia. Attualmente, ai sensi dell'art. 8, lo strumento è in vigore per i 15 Stati che l'hanno ratificato: Francia, Albania, Andorra, Armenia, l'Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Lituania, Lussemburgo, Paesi Bassi, Repubblica Slovacca, San Marino, Slovenia e l'Ucraina. In Italia la materia era oggetto di due disegni di Legge – C1124 (Governo) e C35 (Schullian) – che in origine prevedevano la ratifica del Protocollo n. 15 e del Protocollo n. 16 alla CEDU. Tuttavia, il 23 settembre 2020 è stato deciso nelle competenti commissioni di espungere dal titolo dell'articolato ogni riferimento al Protocollo n. 16, rinviando al futuro ogni sua eventuale analisi, e di proseguire l'esame soltanto in relazione al Protocollo n. 15. Per una sintesi critica e ulteriori riferimenti bibliografici si veda E. CRIVELLI, *The Italian debate about the ratification of Protocol n. 16*, in *Eurojus*, f. 1, 2020, p. 1 ss (disponibile

ratificato di richiedere alla Corte europea pareri non vincolanti sull'interpretazione o l'applicazione delle norme convenzionali rilevanti per la definizione di cause pendenti dinnanzi ad esse⁶.

Lo strumento, che ha istituzionalizzato una forma di cooperazione diretta fra le corti superiori nazionali e la Corte EDU, è stato chiamato per questa ragione "Protocollo del dialogo"⁷. Esso ribadisce la centralità delle corti superiori nell'attuale panorama europeo di interconnessioni tra ordinamenti nazionali, internazionali e sovranazionali, e il ruolo dei giudici nel costruire

all'indirizzo web <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Crivelli-def-per-pubblicazione-def.pdf>). Ampio dibattito sul tema è contenuto sul portale di *Giustizia Insieme* in seguito alla pubblicazione dell'editoriale *L'estremo saluto al Protocollo n.16 annesso alla CEDU*, del 12 ottobre 2020 (disponibile all'indirizzo web <https://www.giustiziainsieme.it/it/attualita-2/1341-l-estremo-saluto-al-protocollo-n-16-annesso-alla-cedu>).

⁶ La bibliografia sul Protocollo n. 16 è molto ampia. Fra i primi studi si possono vedere, fra gli altri, i contributi riuniti nel volume coordinato da E. LAMARQUE ed edito nel 2015, *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015. Si veda inoltre G. ASTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela Dei diritti umani?*, in *La Comunità Internazionale*, f. 4, 2013, p. 773 ss.; E. CALZOLAIO, *La competenza consultiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dopo il Protocollo n. 16*, in *La cittadinanza europea*, 2015, p. 103 ss.; R. G. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in *Consulta OnLine*, 16 maggio 2014 (disponibile alla pagina web <https://www.giurcost.org/studi/conti2.pdf>); P. DE SENA, *Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, f. 3, 2014, p. 593 ss.; 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*, vol. 16, n. 6, 2015 (disponibile alla pagina web <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/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-interamerican-system/E7A0F862BCDC2D5C628D05608B7C1B48>); 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*, 2014 (disponibile alla pagina web <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/lest.12025>); P. GRAGL, *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No.16*, in *Eur. law rev.*, 2013; N. POSENATO, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III, 2014, p. 1421 ss.; I. RIVERA, *Il Protocollo n. 16 CEDU e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, in *Studi sull'integrazione europea*, XI, 2016, p. 455 ss.; A. RUGGERI, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16)*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1/2014 (disponibile all'indirizzo web [https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2014_Ruggeri%20\(2400+ttf\).pdf](https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2014_Ruggeri%20(2400+ttf).pdf)); L. A. SICILIANOS, *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, vol. 97, 2014, p. 9 ss.

⁷ L'espressione appare per la prima volta nel discorso proferito dall'allora Presidente della Corte EDU in occasione della 123a Sezione del Comitato dei Ministri, del 16.5.2013 (disponibile all'indirizzo web www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130516_Spielmann_CM_FRA.pdf). Approfondisce l'idea del dialogo promosso dal Protocollo n. 16 alla CEDU M. WASEK-WIADEREK, *Advisory Opinions of the European Court of Human Rights: Do National Judges, Really Need This New Forum of Dialogue?*, in P. PINTO DE ALBUQUERQUE, K. WOJTYCZEK (eds.), *Judicial Power in a Globalized World*, 2019, p. 637 ss.

collegamenti tra i sistemi, secondo la prospettiva del “dialogo fra le Corti”⁸. Essendo orientata a fornire ulteriore attività di indirizzo agli Stati membri al fine di evitare future violazioni, la procedura ha altresì uno scopo deflattivo e dovrebbe contribuire a ridurre, a medio e lungo termine, il *workload* della Corte.

Il 10 aprile 2019 la Corte di Strasburgo si era pronunciata per la prima volta nell’ambito di tale procedura in seguito ad una richiesta avanzata dalla Corte di Cassazione francese sulla questione della trascrizione dell’atto di nascita del bambino nato e registrato all’estero in seguito a maternità surrogata (*gestation pour autrui – GPA, surrogacy*)⁹. Attualmente sono state presentate altre due

⁸ In riferimento al dialogo fra le Corti nell’ambito specifico del Consiglio d’Europa va dato atto che dal 5 ottobre 2015 è altresì in attività, in seno alla Corte europea dei diritti dell’uomo, il *Superior Courts Network*. Si tratta di un’iniziativa volta a rinforzare il dialogo fra la Corte di Strasburgo e le alte corti nazionali che aderiscono per l’attuazione concreta della CEDU. Dal punto di vista concreto, il meccanismo prevede la creazione di strumenti e di mezzi che permettano lo scambio di informazioni fra i partecipanti sulla giurisprudenza europea e nazionale in applicazione della Convenzione. Per l’Italia aderiscono la Corte Costituzionale, la Corte Suprema di Cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti. Per ulteriori informazioni si veda il comunicato di stampa ECHR 298 (2015) *Press release* del 05.10.2015, nonché il *Cooperation Charter of the Superior Courts Network* e le *Operational Rules of the Superior Courts Network*, tutti disponibili all’indirizzo web <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/network&c=>. In dottrina si segnala R. G. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu – Due prospettive forse inscindibili*, in *Questione Giustizia*, 30 gennaio 2019 (disponibile all’indirizzo web http://questionegiustizia.it/articolo/il-protocollo-di-dialogo-fra-alte-corti-italiane-c_29-01-2019.php).

⁹ ECHR, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d’un lien de filiation entre un enfant né d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger et la mère d’intention demandé par la Cour de cassation française*, P16-2018-001, 10 aprile 2019. Si veda a proposito, *inter alios*, M. GIACOMINI, *Il caso Mennesson. La Corte di Strasburgo si (ri)pronuncia con il suo primo parere preventivo*, in questo *Osservatorio*, f. 5/2019, 3 settembre 2019; AA.VV., *Les défis liés à l’entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l’Homme*, Actes de la Journée d’étude de l’Institut de Recherche Carré de Marré de Malberg, 25 gennaio 2019 (disponibile all’indirizzo web <https://journals.openedition.org/revdh/6959?file=1>); R. G. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post-Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione Giustizia*, 28.05.2019 (disponibile all’indirizzo web https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-parere-preventivo-della-corte-edu-post-prot-16-in-tema-di-maternita-surrogata_28-05-2019.php); E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 alla CEDU: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quaderni costituzionali*, f. 3, 2019; M. DE SALVIA, *Avis Consultatif (n° 1) du 10 avril 2019 concernant la France (Affaire Mennesson)*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 709 ss.; T. LARROUTOUROU, *Coup de projecteur sur les aspects procéduraux du premier avis rendu dans le cadre du Protocole 16 à la Convention européenne des droits de l’homme*, in *Recueil Dalloz*, 2019, p. 1404 ss.; L. LAVRYSEN, *The mountain gave birth to a mouse: the first Advisory Opinion under Protocol No. 16*, in *Strasbourg Observer*, 24 aprile 2019 (disponibile all’indirizzo web <https://strasbourgobservers.com/2019/04/24/the-mountain-gave-birth-to-a-mouse-the-first-advisory-opinion-under-protocol-no-16/>); A. M. LECIS, *Prima applicazione della procedura consultiva prevista dal Protocollo n. 16 CEDU: Dalla Corte EDU chiarimenti in chiaroscuro sull’obbligo di trascrizione dei figli nati da GPA*, in *Diritti Comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa*, 2019 (disponibile all’indirizzo web <https://www.diritticomparati.it/prima-applicazione-della-procedura-consultiva-prevista-dal-protocollo-n-16-cedu-dalla-corte-edu-chiarimenti-chiaroscuro-sullo-bbligo-di-trascrizione-dei-figli-nati-da-gpa/>); M. LIPARI, *Il rinvio pregiudiziale previsto dal Protocollo n. 16 annesso alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (CEDU): il dialogo concreto tra le Corti e la nuova tutela dei diritti fondamentali davanti al giudice amministrativo*, in *Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 3, 2019 (disponibile all’indirizzo web <http://www.astrid-online.it/static/upload/lipa/lipari.pdf>); L. POLI, *Il primo (timido) parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: ancora tante questioni aperte sulla gestazione per altri*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, f. 2, 2019, p.

richieste di *advisory opinion*, rispettivamente il 5 novembre 2020 dalla Corte suprema amministrativa lituana sulla legislazione interna relativa all'*impeachment*¹⁰, e il 19 novembre 2020 dalla Suprema corte slovacca sull'indipendenza del meccanismo di indagine sulle denunce contro gli agenti di polizia¹¹.

All'origine del deferimento del caso *de quo* alla Corte di Strasburgo vi erano due cause pendenti dal 2019 dinnanzi alla Corte costituzionale armena, a loro volta generate da una rimessione da parte del Tribunale di Primo Grado di Erevan. Quest'ultimo organo giudiziario era stato investito del giudizio penale in primo grado nei confronti di Robert Kocharyan, già Presidente delle Repubblica armena dal 1998 al 2008, imputato per il reato previsto dall'art. 300.1, primo comma, del Codice penale armeno del 2009, che punisce il sovvertimento dell'ordine costituzionale¹². I fatti della denuncia risalgono a marzo 2008, quando durante la presidenza di Kocharyan e in seguito alle proteste contro il risultato delle elezioni presidenziali armene, era stato decretato lo stato di emergenza nel paese e dieci persone rimasero uccise. Il tribunale di Erevan ha sospeso il processo e ha chiesto al Giudice delle Leggi armeno di pronunciarsi sulla costituzionalità dell'art. 300.1, primo comma, del Codice penale del 2009. Il Tribunale ha inteso in questo modo accertarsi che la

418 ss.; F. PERRINI, *In tema di maternità surrogata il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo: qualche indicazione (anche) per il legislatore italiano?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2, 2019, p. 447 ss.; H. PEROZ, *Le point sur la gestation pour autrui suite à l'avis de la CEDH du 10 avril 2019 – Aperçu rapide*, in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n. 19, 10 mai 2019, act. 441; L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies - Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, 2019, n. 2, p. 160 ss.

¹⁰ La richiesta è stata accettata da un collegio di cinque giudici della Grande Camera, ai sensi dell'art. 2.1 del Protocollo n. 16, il 28 gennaio 2020, cfr. *Press release ECHR 033 (2021)* 28.01.2021.

¹¹ Cfr. *Press release ECHR 352 (2020)* 04.12.2020. La richiesta è stata formulata dalla Corte Suprema slovacca nell'ambito di un procedimento penale nei confronti di un agente di polizia, condannato per aggressione ai danni di una donna. L'agente di polizia contestava l'imparzialità e l'indipendenza del Dipartimento del Ministero dell'Interno che condotto le indagini. La Corte slovacca ha pertanto chiesto alla Corte di Strasburgo di esprimersi sulla compatibilità dell'affidamento delle indagini al Dipartimento in questione con gli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura) e 6 § 1 (diritto a un equo processo) della CEDU, i quali impongono che le indagini sui reati commessi da agenti di polizia vengano svolte da un'autorità indipendente e imparziale. Il 14 dicembre 2020 la Corte EDU ha deciso per l'inammissibilità della richiesta, *in primis* circoscrivendo il suo ambito alla sola compatibilità con l'art. 6 § 1 CEDU, e in considerazione del fatto che la Corte Suprema slovacca avesse adottato in passato una decisione a proposito e pertanto già avesse le indicazioni necessarie per garantire il rispetto dei diritti convenzionali nel caso pendente dinnanzi a sé. Cfr. ECHR, *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)*.

¹² "Article 300.1 Overthrowing the constitutional order 1. Overthrowing the constitutional order, that is, the *de facto* elimination of any of the norms prescribed by Articles 1 to 5 and paragraph 1 of Article 6 of the Constitution, by terminating the validity of that norm in the legal system, shall be punishable by imprisonment for a period of between ten and fifteen years."

disposizione non fosse peggiorativa della situazione giuridica dell'imputato rispetto all'art. 300 del Codice penale vigente al momento dei fatti e, pertanto, se fosse stato osservato il principio della non retroattività della legge penale e della certezza del diritto (artt. 72, 73 e 79 della Costituzione armena).

In un contesto politico di crescente tensione fra il governo e i membri della Corte costituzionale, quest'ultima ha optato per inoltrare una domanda di parere consultivo ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 16 alla CEDU e di interrogare la Corte di Strasburgo su quattro questioni specifiche: "1) La nozione di 'diritto' ai sensi dell'art. 7 della Convenzione, e quella di 'legge' richiamata in altre disposizioni convenzionali, per esempio negli articoli 8-11, richiedono le stesse condizioni qualitative (certezza, accessibilità, prevedibilità e stabilità)?; 2) In caso contrario, quali sono le regole che permettono di attuare una distinzione?; 3) La legge penale che, per definire una fattispecie di reato fa riferimento a delle disposizioni di un atto giuridico che ha valore supremo e un livello di astrazione superiore, soddisfa le condizioni di precisione, accessibilità, prevedibilità e stabilità?; 4) Alla luce del principio di non retroattività della legge penale (art. 7, § 1 della Convenzione), quali sono i criteri da applicare per comparare la legge penale in vigore al momento della commissione del reato rispetto a quella modificata, al fine di identificare le somiglianze e le differenze contestuali (fondamentali)?"¹³

La risposta della Corte è contenuta in un documento di trentotto pagine, suddiviso in due parti principali: nella prima parte della decisione la Corte, dopo aver illustrato l'*iter* processuale al proprio interno e indicato i soggetti e gli *amici curiae* ammessi a presentare osservazioni, ha riportato le questioni formulate dalla Corte costituzionale armena e ricostruito la procedura giudiziale nazionale (§§ 1-22). Successivamente ha trascritto le norme di diritto armeno rilevanti (§§ 23-28) e, sotto la rubrica "Comparative-Law material", ha svolto un'analisi del diritto degli Stati membri del Consiglio d'Europa per quanto riguarda l'uso della tecnica normativa della "legge penale in bianco", nonché del principio di non retroattività della norma penale (o della norma meno favorevole) e di quello dell'applicazione retroattiva della norma penale più favorevole (§§ 29-40). La sezione del Parere consultivo dedicato all' 'Opinione della Corte' vera e propria, è, a sua volta, suddivisa fra le considerazioni preliminari (§§ 41-51) e l'analisi sostanziale delle questioni, articolata fra l'analisi del prima e seconda questione (§§ 52-56) e del terzo (§§ 57-74) e quarto

¹³ ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, cit., § 11.

quesito formulati (§§ 75-92). La Corte conclude con un'*Opinion* analogamente strutturata in tre punti, alla quale viene allegato il voto concorrente del Giudice *ad hoc* Sarvarian (pp. 30-36, 17 §).

La Corte costituzionale armena ha richiesto contestualmente l'intervento della Commissione di Venezia di diritto comparato in relazione allo stesso art. 300.1 del Codice penale armeno, mediante la presentazione di cinque questioni simili ma non coincidenti con quelle poste alla Corte europea¹⁴. Nonostante sia successivo, il Documento fornito dalla Commissione di Venezia fa unicamente riferimento alla presentazione di una richiesta di Parere della Corte costituzionale armena alla Corte di Strasburgo (§ 5), senza contenere ulteriori collegamenti di natura contenutistica allo stesso.

2. Comparative-law material

È noto che la Corte di Strasburgo sovente svolge indagini comparatistiche nell'ambito delle proprie sentenze al fine di verificare se esiste un punto di orientamento comune – *a european consensus* – sulla questione giuridica rilevante e decidere, su tale base, di accordare un maggiore o minore margine di apprezzamento agli Stati¹⁵. È altrettanto acquisito che tale utilizzo della comparazione giuridica è oggetto di svariate critiche: così, fra le altre, si accusa la Corte di omettere

¹⁴ Le domande poste erano le seguenti: “1) *Do the offences against the constitutional order prescribed in the criminal laws of the member States of the Venice Commission contain references to constitutions or their specific articles?* 2) *How are the concepts of constitutional order, overthrow of the constitutional order, usurpation of power described in the relevant legal acts of the member States of the Venice Commission and, in particular, in criminal laws, and are there judicial interpretations of these concepts?* 3) *Which are the European standards for the requirement of certainty of a criminal law?* 4) *Do the legislations of the member States of the Venice Commission stipulate a similar offence to the one prescribed in Article 300.1 of the Criminal Code of the Republic of Armenia?* 5) *If so, which is the best practice from the perspective of legal certainty?*”. L'organizzazione europea ha risposto con l'*Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of Armenia relating to article 300.1 of the Criminal Code adopted by the Venice Commission on 18 June 2020 by a written procedure replacing the 123rd Plenary Session on the basis of comments by Ms Monika HERMANN (Substitute Member, Germany) Mr Dan MERIDOR (Member, Israel) Mr José Luis SARDÓN (Member, Peru) Mr Kaarlo TUORI (Member, Finland), Opinion no. 962/2019.*

¹⁵ Tale sforzo è necessario a riconciliare le esigenze, da un lato, di uniformità nella tutela dei diritti umani e, dall'altro, di rispetto delle diversità sociali, culturali e giuridiche degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Sul tema la bibliografia è molto ampia. Tra i contributi più recenti, si vedano M. DAHLBERG, “*The Lack of Such a Common Approach*” – *Comparative Argumentation by the European Court of Human Rights*, in *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 23, (2012–2013), p. 73; P. MAHONEY, R. KONDAK, *Common Ground: A Starting Point or Destination for Comparative-Law Analysis by the European Court of Human Rights?*, in M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), *Court and Comparative Law*, Oxford, 2015, p. 119 ss.; F. VIGLIONE, *Dubbi e ambiguità sul ruolo del diritto comparato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e diritto privato*, f. 1, 2015, p. 177 ss.; N. VOGIATZIS, *The Relationship Between European Consensus, the Margin of Appreciation and the Legitimacy of the Strasbourg Court*, in *Eur. Public Law*, vol. 25, 2019, p. 445 ss.

il metodo di indagine utilizzato, di limitarsi spesso al solo formante legislativo, o di strumentalizzare tale utilizzo per rafforzare un percorso argomentativo costruito in realtà su altre basi¹⁶.

Uguualmente, nei primi due pareri consultivi emessi in applicazione della procedura consultiva ai sensi del Protocollo n. 16, è stata fatta un'ampia ricostruzione dei dati giuridici nazionali sulla questione giuridica rilevante. Nel primo parere, essa ha affermato, sulla base dell'esame di 44 ordinamenti statali, l'inesistenza di un consenso europeo sia sulla possibilità di ricorrere alla tecnica della maternità surrogata sia sul riconoscimento della genitorialità del padre biologico e della madre legale o d'intenzione¹⁷.

Parimenti, in risposta alla Corte costituzionale armena, la Corte EDU ha intrapreso un'indagine coinvolgendo 42 Stati membri del Consiglio d'Europa sotto la rubrica "Comparative law material", in merito specificatamente a due questioni. La prima (I) riguardava l'utilizzo della tecnica della "legge penale in bianco" nei vari ordinamenti nazionali per definire gli elementi costitutivi dei reati in generale e dei reati contro l'ordine costituzionale. La seconda (II) si riferiva al principio di non retroattività della norma penale (meno favorevole) e al principio di applicazione retroattiva della norma penale più favorevole.

Sul primo punto, la Corte ha evidenziato che la quasi totalità degli Stati (39 su 41) utilizza la tecnica della *legislation by reference*, anche per reati contro l'ordine costituzionale, sia facendo riferimento a principi o a disposizioni specifiche di diritto costituzionale sia rinviando a norme di diversa natura. In conformità ad un'indagine che la Corte afferma aver svolto anche sulla base della giurisprudenza e prassi nazionali, essa disquisisce poi sui requisiti in termini di accessibilità, chiarezza, sicurezza e prevedibilità di tali provvisori, per concludere che sembra non esserci consenso tra gli Stati membri sul fatto che le norme di riferimento debbano essere di una determinata natura o di uno specifico livello gerarchico¹⁸.

La Corte di Strasburgo ha poi rilevato l'esistenza di un consenso quasi unanime sul principio di non retroattività della norma penale (meno favorevole) e sulla retroattività della norma penale più favorevole, pur in presenza di due diversi criteri per stabilire "se la legge adottata dopo che un reato

¹⁶ DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *Common Market Law Review*, vol. 43, 2006, p. 629 ss.; F. VIGLIONE, *op. cit.*, p. 195 ss.

¹⁷ ECHR, Avis consultatif P16-2018-001, cit., §§ 22-24.

¹⁸ ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, cit., § 35.

sia stato commesso sia più o meno favorevole all'accusato della legge in vigore al momento della commissione del reato": il principio di concretizzazione e quello del divieto della combinazione di multiple norme penali potenzialmente applicabili¹⁹.

In generale si evince dall'attività consultiva *ex* Protocollo n. 16 che la Corte di Strasburgo continua ad essere poco chiara sulle modalità attraverso le quali applica lo strumento comparatistico, in particolare per quanto riguarda le fonti prese in considerazione²⁰. D'altra parte, siccome nel procedimento consultivo il ragionamento giuridico può essere tendenzialmente più astratto e meno improntato sui fatti che in quello contenzioso, come si vedrà in seguito proprio con riguardo al caso armeno, le indagini di natura comparatistica tendono ad acquisire maggiore importanza pratica nel fornire ai magistrati nazionali una guida certa e al contempo rispettosa dei contesti locali²¹.

3. Cenni sul funzionamento del meccanismo consultivo

L'Opinione della Corte innanzitutto precisa, nell'ambito delle considerazioni preliminari, alcune condizioni per l'esercizio della competenza consultiva. Si ricorda *in primis* lo scopo della procedura di incrementare l'interazione fra la Corte e le autorità nazionali, consolidando l'attuazione della Convenzione in conformità al principio di sussidiarietà²². La Corte richiama espressamente quanto affermato nel primo parere sull'obiettivo «*de donner à la juridiction qui a procédé à la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige*»²³.

È noto che la richiesta di parere consultivo ai sensi del Protocollo n. 16 alla CEDU dev'essere conforme a dei requisiti sostanziali e procedurali stabiliti dall'art. 1 del Protocollo stesso, che sono:
a) avere a oggetto questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e

¹⁹ Id., § 36-37.

²⁰ Anche se per la prima volta essa dichiara aver considerato dati diversi da quello legislativo, come ad esempio la prassi applicativa: "In some legal systems, when use is made of the 'blanked reference' or 'legislation by reference technique', the domestic law (including domestic case-law and legislative practices) imposes some further requirements in this regard." Cfr. ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, cit., § 35. (grassetto aggiunto)

²¹ Cfr. F. VIGLIONE, *Comparative Law at the European Court of Human Rights: the Quest for "Consensus" in the Advisory Opinion Mechanism*, in *Eurojus*, n. 1, 2021, pp. 194-195.

²² ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, cit., § 43-44.

²³ ECHR, Avis consultatif P16-2018-001, cit., § 25.

delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli (art. 1, co. 1); b) essere presentata nell'ambito di un procedimento pendente dinanzi allo stesso tribunale nazionale (art. 1, co. 2); e c) contenere la descrizione dei fatti rilevanti, delle norme interne applicabili e ogni altra informazione utile ai giudici di Strasburgo (art. 1, co. 3). Seppur vertente su "questioni di principio", l'oggetto del parere non è meramente teorico, al contrario: la richiesta deve trarre origine da una causa nazionale pendente dinanzi ad una delle più alte giurisdizioni nazionali, e deve rilevare per la soluzione del procedimento *a quo*. Su tale presupposto, la Corte afferma il proprio diritto di riformulare o combinare questioni poste dall'autorità richiedente, o addirittura di non risponderne nonostante l'accettazione della richiesta di Parere da parte del Collegio di cinque giudici della Grande Camera²⁴. Questa lettura chiarisce un rilevante aspetto riguardante la ricevibilità di una domanda e l'interpretazione dell'art. 2 § 2 del Protocollo n. 16: la Grande Camera non è del tutto vincolata dall'accettazione del ricorso da parte del Collegio, anche alla luce dei poteri conferiti alla Corte ai sensi degli artt. 19 e 32 CEDU²⁵.

Poste tali premesse, la Grande Camera ha deciso di non rispondere ai primi due quesiti posti dalla Corte costituzionale armena. Ciò perché ha ritenuto che la prima e la seconda questione sottoposte dall'organo costituzionale armeno sono astratte, generali e irrilevanti rispetto alla vicenda processuale in essere a livello nazionale e per questo motivo esulano dall'ambito di applicazione della procedura consultiva²⁶. Non potendo i quesiti essere riformulati²⁷, la Corte ha ritenuto di non esercitare la propria funzione consultiva in relazione agli stessi.

Un secondo punto d'interesse emerso discende dalla doppia pregiudizialità della procedura consultiva alla base del Parere *sub analisi*: nel caso specifico, quello *a quo* era un processo di revisione di costituzionalità, a sua volta incidentale al procedimento penale principale nazionale. In questo contesto, il procedimento penale di merito era pendente in una fase molto precoce e, nonostante ciò, la Corte di Strasburgo ha deciso di procedere sulla base dei fatti acquisiti dalla Corte costituzionale, anche se questi potevano essere soggetti a un successivo riesame da parte del Tribunale di primo grado. Ciò non è stato visto come un ostacolo all'esame della richiesta in quanto

²⁴ Giustifica tale posizione basandosi su un criterio temporale, ossia che il Collegio, al momento dell'accettazione della richiesta di Parere, non avrebbe ancora beneficiato delle osservazioni scritte e orali, che potrebbero rilevare il contrario. Cfr. ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, cit., § 45-46.

²⁵ Id., § 47.

²⁶ ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, cit., § 55-56.

²⁷ Com'era avvenuto nel parere consultivo n. 1 relativo alla maternità surrogata, cfr. ECHR, Advisory Opinion P16-2018-001, cit., § 26-33.

avrebbe comunque consentito alla Corte costituzionale di valutare la costituzionalità dell'art. 300.1 del Codice penale armeno del 2009 alla luce dei requisiti derivanti dall'art. 7 CEDU. I fatti concreti avrebbero avuto rilevanza per il Tribunale nazionale di primo grado, secondo il principio di sussidiarietà²⁸.

La posizione adottata dalla Corte nell'ambito delle considerazioni preliminari parrebbe a prima vista orientarsi in modo contraddittorio a proposito della natura astratta oppure concreta delle questioni sottoposte e, più in generale, dell'oggetto del parere. Da un lato essa si rifiuta di dare risposta al primo e al secondo quesito, ritenuti astratti e non collegati con il procedimento nazionale, dall'altro, e successivamente, ammette che le questioni, sebbene sorte nel contesto di una controversia, possono avere un carattere più generale non strettamente limitato al quadro fattuale del caso in esame.

Una lettura più attenta rivela però che la Corte ha voluto chiarire che le questioni sulla certezza del diritto sulla prevedibilità cui si faceva riferimento nei primi quesiti sarebbero comunque state trattate a sufficienza nella risposta della terza questione²⁹. Ciò pare indicare che il tema principale del ragionamento della Corte era la definizione delle competenze del Collegio e della Grande Camera in punto di ricevibilità delle domande e non già la definizione dell'oggetto del parere. Dalla questione dell'incertezza che grava sulle circostanze di fatto in virtù della natura incidentale del giudizio sul piano interno si evince che l'effettivo impatto che può avere il Parere in commento sul procedimento nazionale è più ipotetico³⁰.

Il messaggio complessivo pare essere che, posta una certa attenzione alla formulazione dei quesiti, non sono escluse indicazioni tese a chiarire il contenuto della norma convenzionale, circoscritte ai profili del giudizio nazionale ma al contempo generali. E questo è positivo perché palesa che i pareri rivestono utilità sia per il giudice *a quo* che per altri ordinamenti, in linea con lo spirito che anima il Protocollo n. 16³¹.

²⁸ Id., § 49.

²⁹ ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, § 55.

³⁰ Cfr. L. LAVRYSSSEN, *op. cit.*, p. 2.

³¹ L. LAVRYSSSEN, *Advisory Opinion n° 2: a Slightly Bigger Rodent*, cit.

4. La risposta al terzo e quarto quesito

Come già rilevato, il terzo quesito posto dalla Corte costituzionale armena riguardava la compatibilità con i parametri convenzionali posti dall'art. 7 CEDU di norme che, nel definire un reato, facciano riferimento ad altre disposizioni di diritto interno di grado gerarchico più elevato. La domanda si ricollegava al fatto che Robert Kocharyan era stato accusato, attraverso la tecnica della c.d. norma penale in bianco, nello specifico del reato previsto nell'art. 300.1 del Codice penale armeno del 2009, che rinviava agli artt. 1 a 5 e all'art. 6, § 1 della Costituzione armena, formulati con un maggior grado di astrazione rispetto alle disposizioni del Codice penale³².

La Corte di Strasburgo fornisce una risposta positiva sul punto, affermando che la tecnica normativa della *legislation by reference* nel diritto penale, di per sé e nel rispetto di alcuni principi generali, non dovrebbe ritenersi incompatibile con l'art. 7 CEDU. Tali principi sono la chiarezza e la prevedibilità (stabiliti sulla base della giurisprudenza consolidata in materia)³³, nel senso che le norme incriminatrici e di rinvio, lette congiuntamente, debbono consentire al soggetto di capire – se necessario avvalendosi di consulenza specialistica – quale comportamento può ingenerare un giudizio di responsabilità penale nei suoi confronti³⁴. La Corte suggerisce che il modo più effettivo per garantire chiarezza e prevedibilità è prevedere un riferimento esplicito ad una disposizione che contenga la precisa enucleazione degli elementi costitutivi del reato. Inoltre, è fondamentale che tale disposizione non finisca per ampliare la portata dell'incriminazione originariamente prevista³⁵.

Per arrivare a tale conclusione la Corte si rifà alla propria giurisprudenza, per la quale gli elementi costitutivi del reato sono definiti mediante il riferimento a disposizioni o principi costituzionali o ad altre fonti normative³⁶, nonché al materiale di diritto comparato raccolto tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa, come riferito al paragrafo precedente³⁷.

³² Per il testo delle norme si veda ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, § 27.

³³ ECHR, *Rohlena v. the Czech Republic* [GC], no. 59552/08, 18 aprile 2013, e ECHR, *Del Rio Prada v. Spain* [GC], no. 42750/09, 10 luglio 2009.

³⁴ ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, § 72.

³⁵ *Id.*, § 73.

³⁶ ECHR, *Kuolelis, Bartoševičius and Burokevičius v. Lithuania*, nos. 74357/01, 26764/02 e 27434/02, 19 febbraio 2008, e ECHR, *Haarde v. Iceland*, no. 66847/12, 23 novembre 2017. In realtà la Corte non si era ancora pronunciata specificatamente sulla questione se l'uso di tale tecnica fosse compatibile con l'articolo 7 CEDU. Ma la giurisprudenza presa in considerazione rilevava che essa era implicitamente accettata laddove la lettura coordinata delle disposizioni fosse sufficientemente chiara e prevedibile nella loro applicazione.

³⁷ Sulla posizione specifica dell'ordinamento italiano si veda S. GIORDANO, *op. cit.*, pp. 13-14.

Il quarto e ultimo quesito indagava sugli standard convenzionali alla luce dei quali confrontare le norme penali che si susseguono nel tempo e dare attuazione al principio di irretroattività della legge penale ai sensi dell'art. 7 § 1 CEDU. La domanda traeva origine dalla circostanza che Robert Kocharyan era stato accusato sulla base dell'art. 300.1 del Codice penale armeno, entrato in vigore successivamente agli eventi in questione, e che presentava una formulazione diversa dalla norma applicabile al momento della supposta commissione del reato, ossia l'art. 300 del precedente statuto³⁸.

Secondo la Corte di Strasburgo il confronto fra le diverse versioni di un atto normativo dev'essere effettuata attraverso la disamina delle circostanze del caso concreto ovvero secondo il Principio di concretizzazione, tenendo conto ad esempio di quali siano considerati i fatti costitutivi di un reato o come le corti nazionali interpretano i concetti giuridici presenti nella norma al fine di valutare se la legge introdotta dopo la commissione del reato sia più favorevole all'imputato rispetto a quella in vigore al momento del fatto³⁹. La soluzione è quella utilizzata d'altronde dalla maggioranza degli ordinamenti nazionali presi in considerazione nel Parere e che si evince dall'analisi della giurisprudenza europea stessa, nonostante i casi presi in esame si rifessero a cambiamenti relativi alle pene o a regimi di custodia in generale, e non già alla definizioni dei tipi⁴⁰. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che lo stesso Principio di concretizzazione possa applicarsi anche alle situazioni che presuppongono una comparazione fra la definizione di un reato al tempo della sua commissione e la sua versione successiva⁴¹.

Come sottolineato dalla Corte costituzionale, il reato di sovvertimento dell'ordine costituzionale ai sensi nell'art. 300.1 del Codice penale armeno del 2009 era al contempo più ampio e più circoscritto rispetto alla disposizione in vigore nel momento in cui si sono verificati i fatti⁴². La Corte EDU ha ritenuto pertanto che spettasse ai tribunali nazionali competenti confrontare gli effetti

³⁸ Per il testo della norma si veda ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, § 25.

³⁹ ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, § 86, 88.

⁴⁰ ECHR, *Scoppola c. Italia* (n. 2) [GC], n. 10249/03, del 17 settembre 2009, *Gouarré Patte c. Andorra*, n. 33427/10, del 12 aprile 2016, e *Koprivnikar c. Slovenia*, n. 67503/13, del 24 aprile 2017. Tuttavia, la stessa Corte ha riconosciuto l'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole anche per quanto concerne la definizione dei tipi in *Parmak e Bakir c. Turchia*, nn. 22429/07 e 25195/07, del 3 dicembre 2019, § 64.

⁴¹ ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, § 90.

⁴² "The latter was broader in that any action aimed at overthrowing the constitutional order was punishable, whereas under Article 300.1 of the 2009 CC, only the de facto elimination of specified fundamental principles of the Constitution (namely those laid down in Articles 1- 5 and 6 § 1 of the 2005 Constitution) manifested by the termination of the validity of that norm in the legal system is punishable. In other respects, Article 300 of the former Criminal Code was narrower, as it contained an element of violence which is missing from Article 300.1 of the 2009 CC." Idem, § 77.

giuridici della possibile applicazione di entrambe le disposizioni in questione, elaborando in questo senso due ipotesi specifiche di non applicazione della norma penale più recente, l'art. 300.1 del Codice Penale del 2009: in primo luogo, tale norma non può essere invocata se non sono presenti tutti gli elementi costitutivi del reato e le altre condizioni per incorrere in responsabilità, come definite dal codice penale nella versione in vigore al momento dei fatti, perché in questo caso si tratterebbe di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che in precedenza non costituivano delitti. Allo stesso modo, è esclusa la sua applicazione se i tribunali nazionali dovessero stabilire che essa comporta conseguenze più gravi per l'accusato rispetto a quella dell'art. 300 del Codice penale nella versione in vigore all'epoca dei fatti. In sintesi, ai sensi dell'art. 7, § 1 CEDU, l'applicazione dell'art. 300.1 del Codice penale armeno del 2009 è legittimata solo laddove sia più favorevole all'accusato.⁴³

5. Lo stile della decisione e l'opinione concorrente

Nell'ambito della comparazione giuridica, l'analisi degli elementi direttamente riguardanti la conformazione delle decisioni giudiziali – fra gli altri struttura, tipo di linguaggio, grado di dettaglio nella presentazione dei fatti della controversia e dello svolgimento del processo, forma del ragionamento, eventuale riferimento alla giurisprudenza precedente o alla dottrina, eventuale presenza di opinioni separate – avviene attraverso lo studio del c.d. “stile delle sentenze”. Lo stile delle sentenze è un elemento rappresentativo degli equilibri tra giurisprudenza, dottrina e legislazione in ogni ordinamento e sintetizza “l'ideologia giuridico-costituzionale che a tali equilibri fa da collante”⁴⁴. Tradizionalmente, l'attenzione si concentrava sulle decisioni di organi giudiziali appartenenti ai sistemi di civil law e di common law; tuttavia, negli ultimi decenni lo *stylus curiae* degli organi giudiziali regionali di protezione dei diritti umani ha attirato l'attenzione dell'Accademia. Ciò è indubbiamente dovuto all'importanza pratica che questa giurisprudenza ha acquisito negli ordinamenti nazionali; al contempo, però, tali decisioni presentano anche profili di

⁴³ ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, § 92.

⁴⁴ L'espressione è di A. GAMBARO, *Lo stile della sentenza francese*, in L. VACCA (cur.), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, Torino, 2000, p. 136.

interesse scientifico derivanti dalle caratteristiche peculiari di questi tribunali⁴⁵. Fra tali connotati si possono ricordare il loro incerto status, oscillante fra l'indole internazionale e quella costituzionale⁴⁶, la formazione internazionale del corpo giudicante⁴⁷, oppure la peculiare formulazione del diritto da loro applicato, cioè delle fonti convenzionali in materia, e l'importanza del relativo diritto giurisprudenziale nel rendere coerente il corpus normativo⁴⁸.

Le ragioni dell'interesse per lo stile della giurisprudenza contenziosa si estendono anche ai pareri consultivi, forse anche in misura maggiore: poiché non sono formalmente vincolanti, la loro argomentazione dev'essere particolarmente chiara e persuasiva per favorire un'ampia accoglienza⁴⁹. Se parliamo di dialogo, come nel caso del Protocollo n. 16, è logico che ciò presupponga la comprensione tra le parti, il che non è sempre agevole partendo da un medesimo testo che deve parlare a 47 culture giuridiche diverse.

La caratteristica forse più dirompente dei pareri pronunciati fino ad oggi per quanto concerne la loro conformazione è la dimensione. Certamente rispetto al primo parere, di sole tredici pagine, la seconda manifestazione della Corte di Strasburgo nell'ambito di questa procedura è decisamente più ampia e raggiunge quasi la quarantina di pagine, rimanendo comunque lontana dalle decisioni

⁴⁵ E. CALZOLAIO, *National Judges and Strasbourg Case Law. Comparative Reflections about the Italian Experience*, in M. ANDENAS; D. FAIRGRIEVE (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015, p. 177 ss.; L. GARLICKI, *Judicial deliberations: the Strasbourg perspective*, in N. HULS; M. ADAMS; J. BOMHOFF (eds.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings. Judicial Deliberations and Beyond*, The Hague, 2009, p. 389 ss.; F. SUDRE, *La motivation des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in H. R. FABRI; J.-M. SOREL (eds.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Paris, 2008, p. 171 ss.; R. C. A. WHITE, *Judgments in the Strasbourg Court: some reflections*, 2009 (disponibile alla pagina web http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1435197); A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 2014; V. ZAGREBELSKY, *Considérations sur les sources d'inspiration et la motivation des arrêts de la Cour européenne des droit de l'homme*, in C. HOHMANN-DENNHARDT; P. MASUCH; M. E. VILLIGER (eds.), *Grundrechte und Solidarität. Durchsetzung und Verfahren. Festschrift für Renate Jaeger*, 2011, p. 211 ss.

⁴⁶ Cfr. S. GREER, *Protocol 14 and the Future of the European Court of Human Rights*, in *Public Law* 2005, p. 92 ss.; ID., *What's Wrong with the European Convention on Human Rights?*, in *Human Rights Quarterly*, 2008, p. 680 ss.; L. A. SICILIANOS, *L'élargissement de la compétence consultative de la cour européenne des droits de l'homme - A propos du Protocole n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *RTDH*, 2014, p. 14 e p. 28.

⁴⁷ A. VON BOGDANDY; C. KRENN, *Sobre la legitimidad democrática de los jueces de Europa. Una reconstrucción comparada y de principios de los procedimientos de selección*, in AA.VV., *La garantía jurisdiccional de los Derechos Humanos. Un estudio comparado de los sistemas regionales de tutela: europeo, interamericano y africano*, Oñati, 2015, p. 156 ss.

⁴⁸ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Considérations sur les sources d'inspiration etc.*, cit., p. 211; F. SUDRE, *La réécriture de la Convention par la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in AA.VV., *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, 2011, p. 597 ss.

⁴⁹ In senso analogo F. BENNOÏT-ROMER, *Le Protocole 16 ou le renouveau de la fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in *Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des droit de l'Homme*, IRCM Université de Strasbourg, 2019, p. 4; L. A. SICILIANOS, *op. cit.*, p. 19.

della Grande Camera adottate in sede di contenzioso, che presentano una media quasi tre volte superiore. Nell'ambito della propria funzione consultiva sembra che il giudice europeo abbia cercato in ogni modo la sinteticità: oltre a non fornire la motivazione dell'ammissione delle domande⁵⁰, prendendo così le distanze da altri modelli regionali, come per esempio quello interamericano⁵¹; ha richiamato strumenti internazionali nel primo parere ma senza sottoporli ad analisi e ha altresì espressamente dichiarato che non avrebbe ricostruito in dettaglio gli argomenti sollevati dalle parti e nemmeno sviluppato in dettaglio i fondamenti della propria risposta⁵². Ciò rende evidente la particolarità della funzione consultiva rispetto a quella contenziosa svolta dalla Corte stessa, dove prevale la celerità sulla piena applicazione del principio del contraddittorio⁵³. Le *Guidelines* della procedura consultiva, approvate dalla Corte nel 2017, potevano far prevedere una tale impostazione là dove indicavano che le stesse richieste di parere non dovevano eccedere le venti pagine⁵⁴.

La brevità è senz'altro da ricollegare alla natura pregiudiziale della procedura e alla relativa necessità di portarla a termine entro il minor tempo possibile al fine di evitare l'allungarsi dei tempi per le controversie nazionali.

Un secondo aspetto da considerare è che Corte di Strasburgo, per quanto riguarda la competenza consultiva esercitata ai sensi dell'art. 47 CEDU⁵⁵, si è sempre pronunciata "con una sola voce", come affermato dalla stessa Corte nell'*Opinion on Draft Protocol 16*, del 2013⁵⁶. È stato rilevato che le opinioni separate mal si concilierebbero con la natura pregiudiziale della procedura in

⁵⁰ Che non era comunque previsto dalla procedura, visto che ai sensi dell'art. 93, co. 4, del Regolamento della Corte, l'obbligo di motivazione è espressamente previsto nel solo caso di decisione di rigetto da parte del Collegio.

⁵¹ Cfr. N. POSENATO, *New opinions ex Protocol no. 16 to the ECHR and the Inter-American advisory practice: some comparative remarks*, in *Revista Eurojus*, f. 4, 2020, p. 368 (consultabile alla pagina web <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/N.-Posenato-22.12.2020.pdf>).

⁵² ECHR, Advisory Opinion P16-2018-001, § 34; ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, § 51.

⁵³ T. LARROUTUROU, *op. cit.*, p. 1404.

⁵⁴ Cfr. *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention (as approved by plenary court on 18 September 2017)*, § 17.

⁵⁵ È noto che l'esercizio di tale competenza, che ha portato all'emissione di due pareri e una decisione di non ricevibilità fino alla presente data, si basa su criteri molto più ristretti rispetto a quelli de: la richiesta dev'essere formulata dal Comitato dei Ministri e "tali pareri non devono riguardare questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nel Titolo I della Convenzione e nei protocolli, né su altre questioni su cui la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla Convenzione" (art. 43, § 2 CEDU).

⁵⁶ ECHR, *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention* (Adopted by the Plenary Court on 6 May 2013), § 11.

questione e con lo spirito di cooperazione tra giurisdizioni che vuole favorire⁵⁷. Tuttavia, opinioni separate contribuiscono anche alla comprensione del ragionamento globale della Corte e, quindi, ad incrementarne la chiarezza della sua pronuncia. La prassi attuale è ancora incerta perché, se il primo parere *ex* Protocollo n. 16 è stato adottato all'unanimità, il secondo contiene il parere separato del giudice armeno *ad hoc*.

Sebbene formalmente concorrente, l'opinione era in gran parte diretta a formulare critiche su argomenti non affrontati dalla Grande Camera, come la mancanza di motivazione per l'ammissione della richiesta, basata sulla pratica contraria sul punto della Corte interamericana dei diritti dell'uomo⁵⁸, della Corte africana dei diritti dell'uomo⁵⁹ e della Corte internazionale di giustizia⁶⁰. Inoltre, da un punto di vista sostanziale, il giudice Arman Sarvarian ha richiamato la Corte per non aver ulteriormente approfondito le possibilità di applicazione pratica del Principio di concretizzazione, nel confronto fra le disposizioni susseguitesi nel tempo in conformità con quanto disposto dall'art. 7, §1 CEDU. Nello specifico, ha segnalato che il criterio della "ragionevole prevedibilità" come inteso dalla giurisprudenza di Strasburgo, in particolare per quanto riguarda l'interpretazione giudiziaria delle norme, dovrebbe essere tenuto presente dal giudice armeno sia nell'ipotesi in cui l'art. 300, 1 del Codice penale armeno del 2009 imponesse uno standard più rigido a danno dell'interessato, sia nel caso in cui la disposizione fosse per lui più favorevole. Nel primo caso, la norma più recente sarebbe applicabile se fosse ragionevolmente prevedibile l'imposizione dei nuovi elementi per quanto riguarda la definizione del reato o la sua pena, ad esempio sulla base dell'esistenza di progetti di legge in tale senso. Nel secondo caso, secondo il giudice *ad hoc*, lo Stato sarebbe obbligato ad applicare retroattivamente una norma contenente la definizione più favorevole in virtù dell'art. 7, § 1 CEDU soltanto fino a quando la persona non sia stata condannata in via definitiva. Se, invece, la condanna è già pervenuta, lo Stato sarebbe obbligato ad applicare la legge successiva più favorevole soltanto se stabilito da una norma specifica della legislazione nazionale⁶¹.

⁵⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 253.

⁵⁸ Cfr. ECHR, Advisory Opinion P16-2019-001, Concurring Opinion of Judge SARVARIAN, § 5.

⁵⁹ *Id.*, § 6.

⁶⁰ *Id.*, § 13.

⁶¹ *Id.*, § 17.