

## La Corte europea come giudice “unico” dei diritti fondamentali?

### Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*

di Marilisa D'Amico\*\*

(29 settembre 2015)

La recente sentenza della Corte europea, avente ad oggetto la richiesta di una cittadina italiana di valutare la conformità al diritto convenzionale delle norme della legge n. 40/2004 che vietano la ricerca scientifica sugli embrioni, tranne quella finalizzata a “finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell’embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative” (cfr., art. 13, comma 1), negando così anche la possibilità per una coppia o, nel caso, per una vedova, di destinare embrioni non utilizzati e che non si vogliono o non si possono utilizzare alla ricerca, risulta particolarmente interessante per il suo contenuto in ordine ai rapporti fra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea, nonché per i suoi effetti sullo spazio giurisdizionale di tutela dei diritti fondamentali e sulle sue vie di accesso “dirette”.

Nel caso che ha dato origine al giudizio, la ricorrente non aveva esaurito i rimedi interni e, dunque, non aveva atteso il formarsi del giudicato della decisione del giudice interno: la ricorrente, infatti, si era rivolta direttamente alla Corte europea, sostenendo, che il divieto assoluto di donare i propri embrioni alla ricerca scientifica opposto dalla legge n. 40/2004, da un lato, la mancanza di un ricorso diretto davanti al Giudice costituzionale, dall’altro, potessero essere sufficienti ai fini dell’ammissibilità del ricorso, sulla base della definitività della situazione.

Come noto, il principio del previo esaurimento dei rimedi di ricorso interno, di cui all’art. 35 CEDU (in dottrina, *ex multis*, C. Pitea, “Art. 35 – Condizioni di ricevibilità”, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Cedam, 2012, 655 ss.; B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Giuffrè, 2013; G. Raimondi, “Reflections on the Rule of Prior Exhaustion of Domestic Remedies in the Jurisprudence of The European Court of Human Rights”, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2010, 161 ss.; G. Gaja, *L’esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Giuffrè, 1967; nella dottrina anglosassone, M.K. Scherr, “The rule of prior exhaustion of local remedies in the context of human rights protection”, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2007, 177) ha, da tempo, subito una profonda trasformazione tanto che sono divenuti sempre più frequenti le pronunce in cui la Corte europea decide situazioni non originate dall’esaurimento di tutti i gradi di giudizio (circostanza riconducibile anche al carattere flessibile e al contesto al quale viene riferita la regola; cfr., ad esempio, *Lehtinen c. Finlandia*, “[la Corte] ha inoltre riconosciuto che la regola del previo esaurimento non è né assoluta né suscettibile di automatica applicazione; nella verifica sul rispetto di simile requisito di ammissibilità, è stato osservato che è essenziale avere riguardo alle peculiari

circostanze di ogni caso concreto [...]. Ciò significa, tra le altre cose, che devono essere presi in considerazione in modo realistico non soltanto l'esistenza dei rimedi formali apprestati dall'ordinamento giuridico dello Stato contraente, ma anche il generale contesto giuridico-politico entro cui operano siffatti rimedi così come le circostanze particolari del singolo caso concreto", § 89; nello stesso senso, *Akdivar e altri c. Turchia*, 2006, §69). Si tratta, però, di situazioni in cui un giudicato, sia pure sui generis, in qualche modo sussiste. Nel recentissimo caso *Oliari e altri c. Italia*, infatti, i ricorrenti avevano giustificato il ricorso "diretto" alla Corte europea alla luce della decisione n. 138/2010 della Corte costituzionale (su cui, A. Pugiotto, "Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio", in *Forum dei Quaderni Costituzionali*; R. Romboli, "Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice 'troppo' e 'troppo poco'" in *Giur. cost.*, 2010, 1629 ss.), la quale aveva, a loro avviso, formato una sorta di definitività in ordine all'impossibilità di porre rimedio all'assenza di qualsiasi riconoscimento giuridico nei confronti delle coppie omosessuali in Italia. In parole più semplici, in quel caso si è sostenuto, con successo, che dopo la pronuncia n. 138/2010, in cui si era affermato "il diritto delle coppie omosessuali di vivere liberamente la loro condizione di coppia e dunque la necessità di una disciplina legislativa di carattere generale", non potendo in alcun modo la Corte costituzionale introdurla direttamente e rinviando perciò al Legislatore, in Italia diveniva definitiva l'impossibilità di pretendere dai giudici comuni la garanzia di diritti che soltanto il Legislatore avrebbe potuto introdurre. Tale definitività, secondo i ricorrenti, risultava indiscutibile anche alla luce dell'art. 137 Cost., che vieta qualsiasi forma di impugnazione delle decisioni costituzionali. (cfr., *ex multis*, tra i ricorsi contro l'Italia dichiarati ammissibili dalla Corte europea in assenza di previo esaurimento delle vie di ricorso interne, *Brozicek c. Italia*, 1989, "la Corte osserva che nell'ordinamento giuridico italiano il singolo individuo non ha accesso diretto alla Corte costituzionale per un sindacato sulla legittimità costituzionale della legge. Solo un giudice dinanzi al quale penda un giudizio può sollevare una questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale, su istanza di parte oppure d'ufficio. Ne deriva, che un simile ricorso non costituisce un rimedio che è richiesto esperire a norma dell'articolo 26 (art. 26) della Convenzione", § 34; *C.G.I.L. e Cofferati c. Italia*, 2010, *Costa e Pavan c. Italia*, 2012).

Nella sentenza Parrillo, invece, nonostante le obiezioni del Governo, incentrate soprattutto sulla doverosità della previa sollevazione della questione di costituzionalità in caso di conflitto insuperabile attraverso l'interpretazione conforme, la Corte europea decide in modo diverso.

Va ricordato, inoltre, che lo stesso Governo faceva notare alla Corte europea come vi fosse stato un caso identico nel quale, viceversa, il giudice italiano, constatata l'impossibilità di un'interpretazione conforme, aveva optato per la rimessione della questione di legittimità costituzionale al Giudice costituzionale; questione, peraltro, di identico tenore a quella sottoposta al vaglio della Corte europea.

In apertura della sua motivazione sul punto, la Corte europea afferma che la regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interne si fonda sulla circostanza che l'ordinamento

interno “offra un ricorso effettivo in ordine alla violazione segnalata” e che tale effettività debba essere valutata “non teoricamente, ma praticamente”.

Nella sentenza, la Corte europea esamina, infatti, criticamente l'impostazione dei rapporti fra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Quello che entra nel mirino della Corte europea diviene allora l'applicazione concreta della “dottrina” delle decisioni n. 348 e n. 349/2007, in base alla quale il Giudice costituzionale, riconoscendo alla Convenzione europea il rango di fonte del diritto interna, “intermedia” fra i principi costituzionali e la legge ordinaria, affida al giudice comune il compito di interpretare quest'ultima in modo conforme alla Convenzione e, in caso di conflitto insuperabile, di sollevare questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale.

Proprio nella materia della procreazione medicalmente assistita, la Corte europea osserva, alla luce di un'approfondita analisi delle decisioni costituzionali, come tale “dottrina”, insieme all'assenza di un ricorso “diretto” del cittadino dinanzi al Giudice costituzionale, non assicura che il diritto convenzionale sia applicato e diventi dunque effettivo.

Prova ne è, secondo la Corte europea, la circostanza che nella questione pendente dinanzi alla Corte costituzionale sulla libertà di ricerca scientifica, non siano stati toccati profili convenzionali, ma solo i principi della Costituzione italiana di cui agli artt. 9 e 32. Ma, soprattutto, la Corte osserva che in numerosi altri casi, sia la Corte costituzionale (ordd. nn. 396 del 2006 e 97/2010; sent. n. 151/2009), sia i giudici comuni (ordd. Tribunali di Cagliari, Firenze, Bologna, Salerno, adottate rispettivamente, le prime due nel 2007, le seguenti nel 2009 e nel 2010) non si riferiscono in alcun modo ai principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Secondo la Corte, inoltre, la stessa pronuncia n. 162/2014, pur facendo seguito all'ordinanza n. 150/2012, nella quale la Corte costituzionale aveva restituito gli atti ai giudici *a quibus* per una nuova valutazione della non manifesta infondatezza alla luce della sopravvenuta pronuncia della Grande Camera sul caso *S.H. e altri c. Austria*, ritiene “assorbiti” i profili di diritto convenzionale, valutati riduttivamente già dai giudici *a quibus*, i quali, nel risolvere la questione sull'art. 4, comma 3, l. n. 40/2004, richiamavano gli artt. 8 e 14 della Convenzione in una sola delle tre ordinanze di rimessione (cfr. Tribunale di Milano, ord. 9.04.2013; sul punto, sia consentito richiamare M. D'Amico, “L'incostituzionalità del divieto assoluto della cd. ‘fecondazione eterologa’”, in M. D'Amico, M.P. Costantini (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della “fecondazione eterologa”. Analisi critica e problemi*, FrancoAngeli, Milano, 2014).

In definitiva, la Corte rileva che solamente in due delle undici pronunce citate i giudici italiani hanno applicato direttamente i principi convenzionali. Si tratta delle decisioni sulla legittimità della diagnosi preimpianto, affrontata dalla Corte europea nel caso *Costa e Pavan c. Italia*: in un caso, infatti, il Tribunale di Roma (ord. 23.09.2013) applica direttamente i principi contenuti nella pronuncia della Corte europea, nell'altro, (ord. 14.01.2014) solleva una questione di legittimità costituzionale (questione decisa, di recente, con sent. n. 96/2015, che non richiama i principi convenzionali, dichiarando assorbito ogni profilo rispetto all'art. 117, comma 1, Cost.).

A rafforzare, poi, la conclusione secondo cui non costituisce un rimedio efficace la possibilità per il cittadino italiano di investire un giudice comune del dubbio sulla compatibilità con i principi convenzionali, secondo il Giudice europeo spingerebbe anche, e soprattutto, la recente pronuncia della Corte costituzionale n. 49/2015 (su cui, tra gli altri, A. Ruggeri, “Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno”, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2015; V. Zagrebelsky, “Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione”, in *Rivista AIC*, 2015), in cui si afferma che i giudici comuni devono conformarsi alla giurisprudenza della Corte europea, ma solo nei casi in cui essa appaia “consolidata” oppure espressa in una “sentenza-pilota”.

Questo profilo viene giustamente richiamato nell’opinione “parzialmente concorrente” dei giudici Casadevall, Raimondi, Berra, Nicolaou e Dedov, i quali ritengono che la motivazione sull’ammissibilità del ricorso, nonostante si presenti come richiesta “diretta” alla Corte europea, avrebbe dovuto incentrarsi soprattutto sull’evoluzione della giurisprudenza costituzionale, la quale, con la recente decisione n. 49/2015, rende incerti l’applicazione del diritto convenzionale e il compito dei giudici comuni. Alla luce della pronuncia n. 49, proseguono i giudici, nel caso di questione nuova, non consolidata o non affrontata con la procedura della sentenza-pilota, non esisterebbe né un dovere del giudice comune italiano di interpretazione conforme alla Convenzione, né l’obbligo di sollevare una questione di costituzionalità: soluzione che rende, quindi, mutevole e non garantito il diritto del cittadino a una tutela effettiva dei propri diritti alla luce dei principi convenzionali.

In conclusione, la Corte europea riflette sul sistema di giustizia costituzionale italiano, che presuppone solo un accesso “indiretto” alla Corte costituzionale; una modalità di accesso, in altri termini, che non assicura un’effettiva applicazione dei principi convenzionali, anche alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale. Del resto, conclude la Corte, lo stesso Giudice costituzionale italiano ha ritenuto di dover attendere la sentenza della Corte europea qui in commento.

Sotto il profilo tecnico-processuale, le conseguenze di questa decisione appaiono quindi rilevanti.

Alla luce della lettura che la Corte europea offre della giurisprudenza italiana, costituzionale e comune, e degli effetti di tale lettura sul piano dell’ammissibilità di ricorsi come quello del caso in questione, appare infatti sempre più problematico, ma anche più ricco dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali, il rapporto dei giudici italiani con quello europeo.

Problematico, perché non vi è chi non veda come una possibile alternatività o parallelismo nelle vie giudiziarie potrebbe condurre a conflitti, non soltanto sul piano processuale – cosa risponderà la Corte costituzionale nel caso pendente avente ad oggetto la libertà della ricerca scientifica e deciso dalla Corte europea con un’assoluzione, almeno dal punto di vista del diritto convenzionale e del margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato, del divieto di donazione degli embrioni non utilizzati dalle coppie alla ricerca scientifica? –,

ma anche nella valutazione concreta della pregiudizialità da parte della Corte costituzionale ovvero, anche, della Corte europea. Esiste, infatti, un ampio margine discrezionale nel ritenere pregiudiziale una sentenza della Corte europea, il cui oggetto è un caso concreto e la sua compatibilità con i principi convenzionali, e una decisione della Corte costituzionale, il cui oggetto è una norma generale, di rango primario, e la sua conformità ai principi costituzionali, fra i quali rientra anche l'art. 117, comma 1, Cost.

Un'interpretazione non rigorosa della pregiudizialità potrebbe allora condurre ad arresti "arbitrari" del giudizio costituzionale (si pensi, ad esempio, alla rimessione ai giudici *a quibus* della questione di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa dopo la sentenza *S.H. e altri c. Austria* (ord. n. 150 del 2012) e alla già ricordata sospensione del giudizio costituzionale in attesa della pronuncia del Giudice europeo sul caso Parrillo), dall'esito incerto, soprattutto in casi, come quello oggi pendente davanti alla Corte costituzionale, nei quali le parti sono diverse e i parametri invocati dai giudici comuni non sono quelli convenzionali.

Tuttavia, l'apertura della Corte europea risulta importante per lo spazio giuridico europeo di tutela dei diritti fondamentali, perché mette in luce le carenze del nostro sistema di giustizia costituzionale incidentale, dove il "diritto" al Giudice costituzionale è solo indiretto ed eventuale. E l'insistenza su questo profilo da parte della Corte europea impone una riflessione profonda su questa lacuna, soprattutto di fronte a questioni difficili oppure nuove. Non vi è chi non veda come in questi casi le chiusure anche della giurisprudenza comune nel sollevare questioni di costituzionalità costituiscano una grave limitazione della tutela dei diritti.

Affrontando, dunque, il problema nella prospettiva di una tutela convenzionale efficace, la Corte europea, in questa pronuncia, mette in luce una problematica che non è nuova alle riflessioni della dottrina italiana, ma che oggi, di fronte alle inedite sfide del mondo dei diritti fondamentali, occorrerebbe sapere affrontare con maggiore determinazione.

\*\* Ordinario di Diritto costituzionale, Dipartimento di Diritto Pubblico italiano e sovranazionale, Università degli Studi di Milano.