

IL RICORSO “DIRETTO” A STRASBURGO IN DEROGA AL PRINCIPIO DEL PREVIO ESAURIMENTO, EX ART. 35 CEDU: UN POSSIBILE “CORTOCIRCUITO” TRA SISTEMA COSTITUZIONALE E CONVENZIONALE DI TUTELA?\*

COSTANZA MASCIOTTA\*\*

**Sommario**

1. Premessa. – 2. L’obbligo del previo esaurimento dei rimedi interni e la sua evoluzione ermeneutica nella giurisprudenza convenzionale. – 3. I casi *Costa e Pavan* e *Parrillo contro Italia*: verso la creazione di una “pregiudiziale di convenzionalità”? – 4. Considerazioni conclusive.

**Abstract**

*This article provides a detailed analysis concerning a recent practice adopted by the European Court of Human Rights on the requirement of exercising all of the internal remedies, ex art. 35 CEDU.*

*Whenever the violation of the Convention stems from Parliamentary law, the Strasbourg Court considers the constitutional judgement an “ineffective” national remedy, due to the lack of direct action before the Italian Constitutional Court.*

*This practice was embraced also in two recent judgments, Costa e Pavan vs. Italy and Parrillo vs. Italy: both concerning the Italian law on artificial procreation.*

*The article aims at figuring out whether this kind of “direct action” before the Strasbourg Court creates a “short circuit” with the Italian Constitutional Court.*

*Furthermore, the article investigates the current status of “twin judgments” model and aims at verifying whether the direct action before the Strasbourg Court is an established practice or an extraordinary exception justified by the principle of maximum expansion of fundamental rights.*

**Suggerimento di citazione**

C. MASCIOTTA, *Il ricorso “diretto” a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 CEDU: un possibile “cortocircuito” tra sistema costituzionale e convenzionale di tutela?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Il presente contributo è la rielaborazione della relazione svolta in occasione del convegno su “I Trattati nel sistema delle fonti a 10 anni dalle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale”, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Firenze, 19 gennaio 2018.

\*\* Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale nell’Università degli Studi di Firenze.  
Contatto: [costanza.masciotta@unifi.it](mailto:costanza.masciotta@unifi.it)

### 1. Premessa

Il rapporto tra ordinamento nazionale e sistema convenzionale di tutela è stato al centro di numerose indagini in dottrina e a distanza di più di dieci anni dalle “storiche” sentenze n.n. 348 e 349/2007<sup>1</sup> il dibattito non sembra affatto sopito. Sono stati diversi i profili oggetto di disamina: dal “dialogo” tra Corti nella tutela sostanziale offerta ai medesimi beni della vita, al “rango” della norma convenzionale nel sistema interno delle fonti, dalla natura dell’interpretazione conforme alla CEDU, all’eventuale potere di disapplicazione del giudice comune.

Il presente contributo mira, invece, a far luce su un aspetto procedurale suscettibile di incidere sul significato stesso di “sussidiarietà” della tutela convenzionale<sup>2</sup>, nonché sulla “diffusione” e, quindi, sull’“incidentalità” del nostro sistema costituzionale.

Il riferimento è a quella tendenza che ha portato progressivamente la Corte EDU a derogare al principio del previo esaurimento dei rimedi interni<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Sulle sentenze n.n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale i contributi sono innumerevoli: cfr., tra gli altri, G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *DUE*, 2009, pg. 195 ss.; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, pg. 25 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, pg. 3565 ss.; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi ad essa confliggenti*, ivi, 2007, pg. 3518 ss.; P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *Dir. umani e dir. intern.*, 2008, pg. 311 ss.; B. CONFORTI, *Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti tra diritto interno e trattati internazionali*, ivi, 2008, pg. 581 ss.; A. RUGGERI, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007; cfr. anche i contributi in C. SALAZAR, A. SPADARO (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009.

<sup>2</sup> Su cui cfr. G. COHEN-JONATHAN, J. F. FLAUSS, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *De l’effectivité des recours internes dans l’application de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 2006; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli, 2001, pg. 73 ss.; ID., *Compendium della CEDU. Le linee guida della giurisprudenza relativa alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Editoriale scientifica, 2000, spec. pg. 314 ss.; G. GAJA, *Sub art. 1. Obbligo di rispettare i diritti dell’uomo*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2012, pg. 27 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Sub art. 35, § 1, ibidem*, pg. 579 ss.; B. CONFORTI, *Principio di sussidiarietà e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, pg. 42 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Il giudice interno “primo” organo di garanzia della Convenzione dei diritti umani*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, Cedam, Padova, 1988, pg. 190 ss.

<sup>3</sup> L’obbligo del previo esaurimento dei rimedi interni ha origine nel diritto internazionale consuetudinario in materia di protezione diplomatica per violazione delle norme sul trattamento degli stranieri, cfr. CIG, caso Interhandel (Svizzera c. Stati Uniti), 12.05.1959; CIG, caso Elettronica Sicula spa (Stati Uniti c. Italia), 20.07.1989. In dottrina, sulle origini del principio nel diritto internazionale cfr. G. GAJA, *L’esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Giuffrè, 1967; G. STROZZI, *Interessi statali e interessi privati nell’ordinamento internazionale. La funzione del previo esaurimento dei ricorsi interni*, Giuffrè, 1977; C. F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, 2004, pg. 74-83. Tale regola procedurale è prevista nella maggior

quando la violazione sia imputabile ad un atto legislativo nazionale, consentendo al singolo di adire direttamente Strasburgo senza dover previamente esperire le vie interne di tutela, sul presupposto che nel nostro ordinamento non sia previsto un ricorso diretto alla Corte costituzionale<sup>4</sup>.

Tale impostazione, nella giurisprudenza convenzionale più recente, ha caratterizzato due ambiti “eticamente sensibili” come la diagnosi genetica pre-impianto e la ricerca scientifica sugli embrioni crioconservati, rispettivamente nei casi *Costa e Pavan contro Italia*<sup>5</sup> e *Parrillo contro Italia*<sup>6</sup>.

Dopo aver ricostruito la *ratio* originaria dell’obbligo del previo esaurimento e la sua progressiva evoluzione giurisprudenziale, si cercherà di individuare le peculiarità dei casi *Costa e Pavan* e *Parrillo*, per capire se ed entro quali limiti il principio della massima espansione della tutela dei diritti fondamentali possa giustificare un’eventuale deroga a tale regola processuale.

parte dei trattati internazionali in materia di diritti umani, cfr. *ex multis*, art. 41, §1 (c) Patto sui diritti civili e politici; art. 11, § 3 e 14 § 7 (a) Convenzione internazionale sull’eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale; art. 46, §§ 1-2 Convenzione americana dei diritti dell’uomo; artt. 21, § 1 (c) e 22, § 5 (b) Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o punizioni inumani e degradanti. Se nell’ambito del trattamento degli stranieri tale regola aveva la funzione primaria di garantire la sovranità statale, nella materia dei diritti umani, invece, la sua funzione è mutata: l’obbligo del previo esaurimento è divenuto il mezzo procedurale di attuazione del principio di sussidiarietà, per il coordinamento dei livelli nazionale e internazionale di garanzia dei diritti fondamentali.

<sup>4</sup> Sulla mancanza di “accessibilità” del sindacato incidentale di costituzionalità nel nostro ordinamento cfr., *ex multis*, Corte edu, M.C. e altri c. Italia, 3 settembre 2013, § 47; GC, Corte edu, Hirsijamaa ed altri c. Italia, 23 febbraio 2012; GC, Corte edu, Scoppola c. Italia, 17.09.2009, § 70; Corte edu, CIGL e Cofferati c. Italia, 24.02.2009, § 48; Corte edu, Padovani c. Italia, 26.2.1993, § 20; Corte edu, Brozicek c. Italia, 19.12.1989, § 34.

<sup>5</sup> Corte edu, II Sezione, *Costa e Pavan* c. Italia, 28.08.2012. Sulla decisione cfr. F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013; C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l’ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, n. 1/2013; E. MALFATTI, *La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i “giochi di parole” divengono decisivi*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012. Avverso questa decisione, il 22 novembre 2012, il Governo italiano aveva proposto domanda di rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera, ai sensi dell’art. 43 CEDU, ma l’11 febbraio 2013 la *Grande Chambre* ha rigettato la richiesta e la sentenza è divenuta definitiva, a norma dell’art. 44, c. 3, lettera c, CEDU.

<sup>6</sup> GC, Corte edu, *Parrillo* c. Italia, 27.08.2015. A commento cfr. V. ZAGREBELSKY, *Parrillo c. Italia. Il destino degli embrioni congelati tra Convenzione europea dei diritti umani e Costituzione*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, n. 3/2015. Si sofferma utilmente sull’analisi di tale eccezione di irricevibilità per mancato esaurimento dei rimedi interni B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le “sentenze gemelle” (e la sentenza n. 49 del 2015)*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, n. 3/2015, pg. 617-624; sul punto cfr. anche M. D’AMICO, *La Corte europea come giudice “unico” dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 settembre 2015.

Gli obiettivi perseguiti sono molteplici: valutare se questo ricorso “diretto” a Strasburgo costituisca una prassi consolidata oppure un *hapax* dettato dalle esigenze del caso concreto, se sussista un nesso con l’orientamento costituzionale di “chiusura” inaugurato con la sentenza n. 49/2015, nonché i rischi discendenti da questo accesso “diretto” e le sue ripercussioni rispetto alla tenuta del sistema delle «gemelle».

## **2. L’obbligo del previo esaurimento dei rimedi interni e la sua evoluzione ermeneutica nella giurisprudenza convenzionale.**

Il sistema CEDU, come noto, nasce come strumento sussidiario di tutela cui è possibile ricorrere soltanto in caso di violazione di un diritto fondamentale perpetrata da uno Stato contraente e tendenzialmente non più suscettibile di rimozione attraverso i rimedi nazionali ordinari.

A presidio della sussidiarietà del giudizio convenzionale l’art. 35, comma 1, CEDU pone, tra le condizioni di ammissibilità di ogni ricorso, il principio del necessario esaurimento delle vie interne di tutela che potrebbero risolvere la situazione all’origine della doglianza<sup>7</sup>.

Secondo una giurisprudenza convenzionale ormai consolidata i “ricorsi interni” devono avere natura giuridica<sup>8</sup> e, nella maggior parte dei casi, carattere giurisdizionale, anche se non è escluso l’obbligo di esperire ricorsi amministrativi, quando siano volti ad ottenere una decisione vincolante dinanzi ad un’autorità indipendente, in grado di disporre la cessazione del comportamento lesivo mediante l’applicazione di norme giuridiche, secondo una procedura equa ed imparziale<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Come affermano gli stessi giudici di Strasburgo la regola del previo esaurimento è lo strumento processuale di attuazione del principio di sussidiarietà che caratterizza il meccanismo internazionale di controllo sul rispetto della CEDU, cfr. GC, Corte edu, Akdivar e altri c. Turchia, 16.09.1996, § 65. Nel sistema giuridico italiano le vie di ricorso interne generalmente consistono in un’azione dinanzi al tribunale civile, penale o amministrativo competente, seguita, se del caso, da un appello e da un ricorso alla Corte di Cassazione. In dottrina, sul principio in questione, cfr. C. PITEA, *Art. 35 – Condizioni di ricevibilità*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Cedam, 2012, pg. 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, pg. 161 ss.; 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, pg. 177 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Giappichelli, 2004, pg. 81-94. Sottolinea il carattere sostanziale, anziché procedurale, della regola in questione A. GIARDINA, *Responsabilità internazionale, esaurimento dei mezzi interni di ricorso e carattere sussidiario della tutela internazionale dei diritti dell’uomo*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, pg. 1019-1037.

<sup>8</sup> Come affermato a partire da Comm. edu, Nielsen c. Danimarca, 2.09.1959.

<sup>9</sup> L’autorità nazionale deve poter disporre, ad esempio, l’annullamento dell’atto lesivo, il risarcimento del danno e ogni altra misura necessaria a porre fine alla violazione lamentata, come afferma-

In forza dell'art. 35 CEDU i rimedi interni devono essere esperiti sino all'ottenimento di una decisione contro la quale non è più azionabile alcun ricorso e, laddove si tratti di strumenti giurisdizionali, dovranno essere proposte tutte le impugnazioni ordinarie<sup>10</sup> (cd. esaurimento "verticale").

Affinché la regola sia soddisfatta occorre, tuttavia, che all'esaurimento "verticale" si aggiunga quello cd. "orizzontale": il ricorrente deve aver espressamente sollevato dinanzi agli organi competenti dell'apparato statale, nelle forme e nei termini prescritti dal diritto interno, i motivi che intende in seguito far valere in sede convenzionale<sup>11</sup>.

La *ratio* della norma è chiara: la possibilità di prevenire, reprimere e rimediare alle violazioni della Convenzione deve essere data in primo luogo alle autorità nazionali<sup>12</sup>, pertanto, la giurisdizione della Corte EDU è tendenzialmente circoscritta a quelle situazioni divenute ormai definitive nell'ordinamento dello Stato convenuto. Tale regola procedurale ha, inoltre, un considerevole vantaggio per i giudici di Strasburgo: consente loro di bene-

to a partire da *Comm. edu*, Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi c. Grecia, 31.05.1968 e, di recente, *Corte edu*, *Xenides-Aretis c. Turchia*, 2.09.2004; *Corte edu*, *Saggio c. Italia*, 25.10.2001. Sono, pertanto, esclusi dall'ambito applicativo dell'art. 35 CEDU quei ricorsi volti a sollecitare una decisione favorevole nell'esercizio di un potere discrezionale della pubblica autorità, cfr. sul punto *Corte edu*, *Hartman c. Repubblica Ceca*, 10.07.2003, § 66; *Corte edu*, *Horvat c. Croazia*, 26.07.2001, § 147. Pensiamo anche ai ricorsi volti alla concessione di un provvedimento di clemenza, come ad esempio nel nostro ordinamento la grazia presidenziale *ex art. 87 Cost.*, o al ricorso ad un difensore civico: sono tutti casi in cui la regola del previo esaurimento non opera; cfr. sul punto *Corte edu*, *Makarova c. Russia*, 12.03.2009, § 83.

<sup>10</sup> Nell'ordinamento giuridico italiano, nelle cause civili, penali e tributarie deve essere proposta, di regola, impugnazione sino in Cassazione, mentre nei giudizi amministrativi sino al Consiglio di Stato. Non rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 35 CEDU le impugnazioni straordinarie come la revisione delle sentenze penali di condanna *ex art. 629 ss. c.p.p.*, su cui cfr. *GC*, *Corte edu*, *Scoppola c. Italia*, 17.09.2009, §74; *Corte edu*, *Kiiskinen c. Italia*, 23.09.2004, o la revocazione delle sentenze civili *ex art. 396 ss. c.p.c.* In dottrina sulla regola del previo esaurimento dei rimedi interni generalmente soltanto ordinari, cfr. E. PICARD, *Article 6*, in L. E. PETTITI, E. DECAUX, P. H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Parigi, 1999, spec. pg. 591 ss.

<sup>11</sup> Cfr. da ultimo *Corte edu*, *Gra Stiftung Gegen Rassismus e Antisemitismus c. Svizzera*, 9.01.2018, § 27; *Corte edu*, *Azinas c. Cipro*, 20.06.2002, § 38; *GC*, *Corte edu*, *Fressoz e Roire c. Francia*, 21.01.1999, § 37; *GC*, *Corte edu*, *Guzzardi C. Italia*, 6.11.1980, § 70. L'esaurimento "orizzontale" dei rimedi interni, postula, altresì, il rispetto delle regole processuali previste dall'ordinamento nazionale per la forma ed i termini di presentazione del ricorso. Il mancato rispetto delle regole processuali nazionali, tuttavia, non determina l'irricevibilità del ricorso convenzionale qualora tali norme siano eccessivamente restrittive, o siano state interpretate in modo arbitrario, o eccessivamente rigoroso, così da rendere il rimedio interno inaccessibile, cfr. sul punto *Corte edu*, *Mpp Golub c. Ucraina*, 18.10.2005.

<sup>12</sup> Cfr. sul punto *GC*, *Corte edu*, *Scoppola c. Italia*, 17.09.2009, § 68; *GC*, *Corte edu*, *Cocchiarella c. Italia*, 29.03.2006, § 134; *Corte edu*, *Sejdovic c. Italia*, 1.03.2006, § 43; *GC*, *Corte edu*, *Selmouni c. Francia*, 27.07.1999, § 74; *Corte edu*, *Remli c. Francia*, 23.04.1996, § 33.

ficiare del punto di vista delle autorità interne, indubbiamente più vicine alle “forze vitali” della società<sup>13</sup>.

Come spesso accade, tuttavia, il dato letterale è facilmente “manipolabile” nella prassi mediante lo strumento ermeneutico, in particolar modo attraverso un’interpretazione ampia dell’elemento testuale, sorretta dal contesto normativo in cui si inserisce.

Ciò è accaduto all’art. 35 CEDU là dove la Corte di Strasburgo è giunta ad interpretare la condizione del previo esaurimento in modo flessibile<sup>14</sup>, senza automatismi o formalismi eccessivi<sup>15</sup>.

Il principio di sussidiarietà ha, così, subito una progressiva trasformazione ermeneutica: nella sentenza *Lehtinen c. Finlandia* la stessa Corte riconosce che la regola del previo esaurimento «non è né assoluta né suscettibile di automatica applicazione»<sup>16</sup>, dipende, piuttosto, dalle «peculiari circostanze di fatto del ricorso, dal contesto giuridico e politico nel quale esso si colloca e dalla situazione personale del ricorrente»<sup>17</sup>.

A questa interpretazione flessibile del dato testuale i giudici di Strasburgo hanno progressivamente accostato un’interpretazione sistematica in stretta correlazione con l’art. 13 CEDU e con la nozione di “vittima” ex art. 34 CEDU<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Come affermato in GC, Corte edu, *Burden c. Regno Unito*, 29.04.2008, § 42.

<sup>14</sup> Sull’interpretazione dell’art. 35 CEDU e la sua evoluzione nella giurisprudenza di Strasburgo cfr. S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., Cedam, 2012; S. BARTOLE, B. CONFORTI, C. RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., Cedam, 2001. La stessa Corte EDU ha precisato che il principio di interpretazione “effettiva” si applica anche alle norme procedurali della Convenzione e ciò comporta una certa flessibilità ermeneutica, cfr. GC, Corte edu, *Varnava e altri c. Turchia*, 18.09.2009, §160.

<sup>15</sup> Cfr. GC, Corte edu, *Scoppola c. Italia*, 17.09.2009, § 69; Corte edu, *Riad e Idiab c. Turchia*, 24.01.2008; GC, Corte edu, *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, 13.11.2007, § 116; Corte edu, *Sejdovic c. Italia*, 1.03.2006, § 44; GC, Corte edu, *Ilhan c. Turchia*, 27.6.2000, § 59; Corte edu, *Guzzardi c. Italia*, 6.11.1980, §72.

<sup>16</sup> Cfr. Corte edu, *Lehtinen c. Finlandia*, 22.05.2007, § 40.

<sup>17</sup> Come affermato anche in Corte edu, *Selmouni c. Francia*, 28.07.1999, § 77; Corte edu, *Akdivar e altri c. Turchia*, 16.09.1996, § 69; Corte edu, *Van Oosterwijck c. Belgio*, 6.11.1980, § 35. In dottrina, c’è chi ritiene che la regola debba essere interpretata a favore dell’individuo, nel senso di scegliere, fra le possibili interpretazioni, quella che ponga minori ostacoli all’esercizio del diritto individuale di ricorso al giudice convenzionale. In tal senso cfr. A. DI STEFANO, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e principio di sussidiarietà*, Editpress, 2010, pg. 197 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento*, cit., pg. 194-195; A. A. CANÇADO TRINDADE, *The application of the rule of exhaustion of domestic remedies in international law: its rationale in the international protection of individual rights*, Cambridge University Press, 1983, pg. 39 ss.; *contra*, C. F. AMERASINGHE, *Local Remedies*, cit., pg. 81 ss.

<sup>18</sup> Sulla nozione di “vittima” cfr. K. ROGGE, *The “victim” requirement in article 25 of the European Convention of Human Rights*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD, *Protecting Human Rights: the European Dimension*, 1988, pg. 539-545; H. DELVAUX, *The notion of Victim under Article 25 of the European Convention of Human Rights*, in I. MAIER, *Protection of Human rights in Europe: Limits*

L'art. 13 CEDU, come noto, pone un obbligo generale a carico degli Stati contraenti di predisporre, nei rispettivi ordinamenti, dei rimedi "effettivi" in caso di violazione di diritti convenzionalmente garantiti<sup>19</sup>.

L'"effettività" è stata interpretata in modo sempre più stringente a Strasburgo: si deve trattare di ricorsi "adeguati", quindi, in grado di offrire un rimedio concreto alle doglianze censurate, con una ragionevole prospettiva di successo<sup>20</sup> da valutare anche alla luce della fattispecie, del contesto giuridico e politico, nonché della situazione personale del ricorrente<sup>21</sup>.

In virtù di tale impostazione ermeneutica è stata riconosciuta l'ammissibilità di ricorsi a Strasburgo anche in mancanza dell'esaurimento di tutti i rimedi nazionali, a condizione che il ricorrente avesse provato, invano, ad ottenere tutela almeno dinanzi ad un giudice di prime cure<sup>22</sup>: continua, così, a sfumare il significato di "sussidiarietà" in un crescendo significativo che

*and Effects*, 1982, pg. 31-64. La stessa Corte di Strasburgo ha riconosciuto che tale nozione deve essere interpretata in modo autonomo rispetto al significato assunto, negli ordinamenti nazionali, da espressioni come "legittimazione" ed "interesse ad agire", cfr. Corte edu, Gorraiz Lizarraga e altri c. Spagna, 27.4.2004 § 37; Comm. Edu, Associazione X e 165 sindaci e amministratori giudiziari c. Francia, 4.07.1983. Si ricorda, a tal proposito, che la Corte EDU riconosce la legittimazione ad agire come "vittima potenziale" per violazioni discendenti dalla legge, qualora i ricorrenti siano costretti «a modificare la propria condotta a pena di essere perseguiti penalmente» o facciano parte di una «categoria di persone che rischia di essere direttamente colpita dalla legge», cfr. sul punto GC, Corte edu, Tanase c. Moldova, 27.04.2010, § 104; Corte edu, Johnson c. Irlanda, 18.12.1986, § 42; Corte edu, Marcks c. Belgio, 13.06.1979, § 27, ove la qualifica di "vittima potenziale" è stata riconosciuta a una madre ed alla figlia che lamentavano il carattere discriminatorio della legge belga sulla successione dei figli naturali. Del pari, tale qualifica è stata riconosciuta a soggetti che avevano censurato leggi sanzionatorie di atti omosessuali tra adulti consenzienti come fattispecie di reato, cfr. Corte edu, Bland c. Regno Unito, 19.2.2002; Corte edu, S.L. c. Austria, 22.11.2001; Corte edu, Modinos c. Cipro, 22.4.1993, § 23 e 24; Corte edu, Norris c. Irlanda, 26.10.1988, § 31 e 34; Corte edu, Dudgeon c. Regno Unito, 22.10.1981, § 41.

<sup>19</sup> Cfr. sul punto GC, Corte edu, Kudla c. Polonia, 26.10.2000, § 52. Evidenzia la stretta correlazione tra l'art. 35, comma 1, CEDU e l'art. 13 CEDU anche GC, Corte edu, Akdivar e altri c. Turchia, 16.09.1996, § 68.

<sup>20</sup> Cfr. in tal senso GC, Corte edu, Scoppola c. Italia, 17.09.2009, § 71; Corte edu, Sejdovic c. Italia, 1.03.2006, § 46; GC, Corte edu, V. c. Regno Unito, 16.12.1999, § 57; GC, Corte edu, Akdivar e altri c. Turchia, 16.09.1996.

<sup>21</sup> Sulla "adeguatezza" dei rimedi interni cfr. fra gli altri R. PISILLO MAZZESCHI, S. GRANATA, G. RAIMONDI, *Art. 35. Condizioni di ricevibilità*, in S. BARTOLE, G. RAIMONDI, B. CONFORTI, *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pg. 589 ss. Non è, inoltre, sufficiente ai fini dell'"adeguatezza" che il rimedio nazionale consenta la riparazione del danno soltanto in forma di risarcimento per equivalente monetario, essendo necessario garantire la cessazione dell'illecito o, se possibile, la *restitutio in integrum*, come evidenzia F. POCAR, *Epuisement des recours internes et réparation en nature ou par équivalent*, in AA.VV., *Le droit international a l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, 1987, pg. 298 ss.

<sup>22</sup> Cfr. di recente Corte edu, Azzolina e altri c. Italia, 26.10.2017, § 108, là dove la Corte ritiene ammissibili i ricorsi anche se proposti prima della decisione della Corte di Cassazione. Il caso riguardava persone che lamentavano di aver subito atti di tortura nella caserma di Bolzaneto nel luglio 2001.

porterà, in alcuni casi, ad ammettere un ricorso sostanzialmente “diretto” a Strasburgo.

All’adeguatezza si deve affiancare l’ulteriore requisito dell’“accessibilità” del rimedio interno che postula l’assenza di impedimenti giuridici e pratici<sup>23</sup> al suo esperimento. Anche l’“accessibilità” è stata interpretata in termini progressivamente più stringenti dalla giurisprudenza convenzionale: il soggetto leso deve avere il diritto di azionare il rimedio in via diretta, senza alcuna interposizione di pubbliche autorità<sup>24</sup> anche nelle ipotesi in cui l’asserita lesione di un diritto fondamentale sia imputabile ad un atto legislativo. Per la Corte EDU, infatti, qualora la violazione convenzionale sia direttamente collegata all’applicazione di una legge, soltanto il ricorso diretto per il suo annullamento nel singolo Stato contraente<sup>25</sup> può essere annoverato tra i rimedi “accessibili ed effettivi”, con importanti ripercussioni per quegli ordinamenti che, come il nostro, non contemplano un accesso diretto al giudice costituzionale.

A partire dal caso *Brozicek c. Italia*<sup>26</sup> i giudici di Strasburgo hanno affermato a chiare lettere che, laddove il ricorrente ritenga i propri diritti CEDU direttamente lesi dall’applicazione di una legge, non sarà tenuto a promuovere un giudizio a livello nazionale al solo fine di sollecitare la proposizione della questione dinanzi alla Corte costituzionale: l’accesso al Giudice delle Leggi non rientra nel novero dei rimedi interni “effettivi”, stante la mancata previsione nell’ordinamento italiano del ricorso diretto per il cittadino.

Dinanzi a questa interpretazione dell’art. 35 CEDU gli Stati contraenti non sono rimasti inerti, come dimostra l’invito rivolto ai giudici della Convenzione nell’ambito della Conferenza di Interlaken<sup>27</sup> e nel successivo progetto della *Copenhagen Declaration*<sup>28</sup> ad applicare in modo rigoroso ed uniforme

<sup>23</sup> Come esempio di ostacolo di natura pratica cfr. Corte edu, *Sejdovic*, cit., § 52-55, in cui il breve termine di decadenza di dieci giorni, previsto per richiedere la restituzione in termini per proporre impugnazione da parte di un condannato in contumacia detenuto all’estero che avesse avuto conoscenza della condanna solo a seguito dell’arresto, rendeva la richiesta di restituzione in termini praticamente inaccessibile.

<sup>24</sup> Cfr. GC, Corte edu, *Tanase c. Moldova*, 27.04.2010, § 122; Corte edu, *Dalia c. Francia*, 19 febbraio 1998, § 38.

<sup>25</sup> Cfr. in tal senso Corte edu, *Paslowski c. Polonia*, 11.06.2002; Corte edu, *Allaoui e altri c. Germania*, 19.01.1999.

<sup>26</sup> Corte edu, *Brozicek c. Italia*, 19.12.1989, § 34 e, successivamente, in senso analogo, cfr. M.C. e altri c. Italia, 3 settembre 2013, § 47; GC, Corte edu, *Hirsi Jamaa ed altri c. Italia*, 23 febbraio 2012; GC, Corte edu, *Scoppola c. Italia*, 17.09.2009, § 70; Corte edu, *CIGL e Cofferati c. Italia*, 24.02.2009, § 48. 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*, cit., pg. 655 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., Giuffrè, 2013; G. RAIMONDI, *Reflections on the Rule of Prior Exhaustion of Domestic Remedies*, cit., pg. 161 ss.

<sup>27</sup> Cfr. Piano d’azione adottato dalla Conferenza di alto livello di Interlaken, 19.02.2010, § 9 (b).

<sup>28</sup> Cfr. *Draft Copenhagen Declaration* del 5 Febbraio 2018 elaborata in vista della “*High Level Conference on the European Human Rights system in the future Europe*” che si terrà a Copenhagen il



i requisiti di ricevibilità ed a rispettare il proprio ruolo sussidiario nella tutela dei diritti umani.

È, tuttavia, opportuno chiedersi quale sia la *ratio* sottesa a questa interpretazione restrittiva dell'“effettività” dei rimedi interni: indubbiamente il principio della massima espansione della tutela dei diritti fondamentali, ormai pacificamente riconosciuto anche dalla nostra Corte costituzionale<sup>29</sup>, può giustificare un'interpretazione flessibile dell'art. 35, comma 1, CEDU, ma entro quali limiti e a quali condizioni?

A tal proposito, i casi *Costa e Pavan* e *Parrillo contro Italia* offrono importanti spunti di riflessione in ordine all'*an* e al *quomodo* della eventuale deroga al previo esaurimento delle vie interne di tutela.

### 3. I casi *Costa e Pavan* e *Parrillo contro Italia*: verso la creazione di una “pregiudiziale di convenzionalità”?

La giurisprudenza di Strasburgo nella fase più recente dimostra la propria “potenzialità trasformativa” non soltanto rispetto a norme di diritto sostanziale<sup>30</sup>, ma anche in riferimento a importanti profili processuali, con particolare riguardo all'art. 35, comma 1, CEDU. Con sempre maggior frequenza, infatti, i giudici della Convenzione dichiarano immediatamente ammissibile il ricorso, pur in mancanza del previo esperimento di qualsiasi rimedio interno di tutela, quando la violazione della CEDU discenda da un atto legislativo nazionale, sul presupposto che l'ordinamento italiano non contempli uno strumento di impugnazione diretta della legge da parte del singolo ed il sistema incidentale di costituzionalità non costituisca un rimedio interno “effettivo”.

Tale impostazione, come preannunciato, ha caratterizzato i noti casi *Costa e Pavan*<sup>31</sup> e *Parrillo contro Italia*<sup>32</sup>, concernenti due questioni “eticamente sensibili” come la diagnosi genetica pre-impianto e la ricerca scientifica sugli embrioni prodotti mediante il ricorso alla procreazione medicalmente assistita.

L'analisi delle peculiarità di queste fattispecie è utile per valutare se sussista una vera e propria prassi convenzionale, nel solco di una “pregiudiziale di convenzionalità” creata in via giurisprudenziale a Strasburgo o, viceversa, sia più corretto parlare di un *hapax* dettato dalle esigenze del caso concreto.

12 e 13 Aprile 2018 e cfr. anche l'*Opinion on the draft Copenhagen Declaration* della Corte EDU del 19 Febbraio 2018, entrambe reperibili sul sito ufficiale [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int).

<sup>29</sup> Cfr. in tal senso espressamente Corte cost., ord. 18 luglio 2014, n. 223; Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264; Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317.

<sup>30</sup> Si pensi all'impiego della CEDU come *living instrument* attraverso l'interpretazione evolutiva delle norme poste a presidio di diritti fondamentali.

<sup>31</sup> Corte edu, II Sezione, *Costa e Pavan c. Italia*, 28.08.2012.

<sup>32</sup> GC, Corte edu, *Parrillo c. Italia*, 27.08.2015.

All’origine del ricorso dei coniugi Costa e Pavan vi è l’impossibilità di accedere alla procreazione medicalmente assistita ed alla diagnosi pre-impianto, stante il divieto previsto dall’art. 4 della legge n. 40/2004 per le coppie né sterili né infertili. Secondo i ricorrenti tale limitazione è lesiva del loro interesse a procreare un figlio non affetto dalla malattia genetica di cui entrambi sono portatori (i.e. la fibrosi cistica). Nel caso di specie, peraltro, i coniugi avevano già portato a termine una prima gravidanza dando alla luce una bambina affetta da quella malattia e dopo aver saputo, mediante diagnosi prenatale, della presenza della patologia anche nel secondo concepito avevano, invece, optato per l’interruzione volontaria di gravidanza.

I coniugi Pavan, ritenendo di non poter ottenere l’autorizzazione a procedere alla fecondazione assistita ed alla diagnosi pre-impianto a causa dell’espresso divieto legislativo, hanno adito direttamente Strasburgo e la Corte ha ritenuto ammissibile il ricorso: la previsione di un divieto assoluto avrebbe impedito loro di ottenere la misura richiesta dinanzi ad un giudice nazionale, in assenza di rimedi interni idonei a rimuovere la disposizione legislativa medesima.

Per i giudici di Strasburgo, infatti, i ricorrenti non avevano a disposizione strumenti processuali interni “effettivi” per far valere la violazione di un loro diritto derivante da una legge irragionevole.

Secondo una parte della dottrina questa impostazione avrebbe aperto un possibile fronte di tensione<sup>33</sup> tra Corte EDU e Giudice delle Leggi da un punto di vista procedurale perché, pur mancando nel nostro ordinamento la previsione di un ricorso diretto alla Corte costituzionale, i singoli hanno comunque la possibilità di rivolgersi all’autorità giurisdizionale e sollevare la relativa eccezione di incostituzionalità, sulla quale il giudice comune dovrà decidere motivando (*ex art. 24, l. n. 87/1953*)<sup>34</sup>.

Ciò che, comunque, emerge con chiarezza dal caso *Costa e Pavan* è il problema “sistemico” di garantire una tutela effettiva a quelle coppie che, come i ricorrenti, non potevano accedere alla diagnosi pre-impianto, pur essendo

<sup>33</sup> Come sottolinea anche B. RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei “desideri”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 maggio 2013. Nella memoria per il rinvio dinanzi alla Grande Camera della decisione *Costa e Pavan*, lo stesso Governo italiano lamenta che la Sezione avrebbe deciso senza considerare che «*il existe en Italie la possibilité de faire recours à la Cour constitutionnelle qui a le pouvoir d’annuler les dispositions législatives, entre autres pour des raisons d’incohérence*».

<sup>34</sup> Evidenzia questo aspetto anche C. PINELLI, *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. General Assesments*, in G. REPETTO (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Antwerp-Cambridge-Portland, 2013, pg. 250 ss. Secondo tale schema i coniugi Costa e Pavan avrebbero preventivamente potuto adire il giudice ordinario e sollevare l’eccezione di illegittimità costituzionale in riferimento al divieto, questo sì espresso, di accedere alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili, portatrici di malattie genetiche trasmissibili.

portatrici di gravi patologie genetiche, esponendole, così, all'elevato rischio di concepire un feto malato.

La natura "sistemica" della questione è corroborata dalla circostanza che poco tempo prima del giudizio convenzionale una coppia in condizione analoga ai coniugi Pavan era stata autorizzata dal Tribunale di Salerno<sup>35</sup> ad accedere alla procreazione assistita ed alla diagnosi pre-impianto con un'ordinanza che aveva direttamente disapplicato il divieto espresso dalla legge n. 40/2004, anziché sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale.

Secondo il modello delle «gemelle», come ribadito nella sentenza n. 80/2011<sup>36</sup>, al giudice comune non è dato il potere di disapplicare una norma interna per incompatibilità con il sistema CEDU: in tal caso sussiste l'obbligo di esperire il tentativo di interpretazione conforme a Convenzione e, se l'esito è negativo, di rimettere la relativa questione al giudice costituzionale.

Indubbiamente il sistema incidentale di accesso alla Corte porta con sé una dilatazione considerevole dei tempi processuali: sorge, quindi, spontaneo domandarsi se il principio della massima garanzia dei diritti fondamentali abbia potuto giustificare il ricorso "diretto" a Strasburgo nella vicenda dei coniugi Pavan.

Anche il caso *Parrillo contro Italia* è foriero di importanti spunti di riflessione sul tema.

La ricorrente, infatti, censura il divieto assoluto di ricerca clinica e sperimentale sull'embrione, previsto espressamente dalla legge n. 40/2004, perché lesivo del proprio interesse a donare alla ricerca scientifica gli embrioni creati mediante fecondazione omologa *in vitro*, in violazione del suo diritto al rispetto della "vita privata"<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. Trib. Salerno, ord. n. 12474/2009, depositata il 9 gennaio 2010, in *Fam. e dir.*, 2010, pg. 476 ss., con nota di M. SEGNI, *Procreazione assistita per i portatori di malattie trasmissibili - un nuovo problema*, ivi; S. LA ROSA, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*, ivi. In tal sede il Tribunale di Salerno riteneva irragionevole non assicurare alla donna l'accesso alla diagnosi pre-impianto per conoscere eventuali patologie dell'embrione, quando le era, invece, riconosciuto il diritto di abortire il feto malato. Pertanto, ordinava al direttore sanitario resistente di eseguire la diagnosi pre-impianto sull'embrione creato *in vitro* onde verificare se fosse affetto da atrofia muscolare.

<sup>36</sup> Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80, su cui cfr., *ex multis*, A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *ConsultaOnLine*, 2011; A. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in *Studi di ConsultaOnLine*, 2011. Cfr. anche l'interessante e analitica ricostruzione di R. CONTI, *La scala reale della Corte costituzionale sul ruolo della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Il Corriere giuridico*, n. 9/2011, pg. 1243 ss.

<sup>37</sup> GC, Corte edu, Parrillo c. Italia, 27.08.2015, ric. n. 46470/11. La vicenda riguardava la Sig.ra Parrillo che nel 2002 aveva fatto ricorso alla procreazione assistita di tipo omologo insieme al compagno, venuto a mancare l'anno successivo (12 dicembre 2003) a seguito di un attentato in Iraq. La Sig.ra decideva di donare i suoi cinque embrioni alla ricerca scientifica, ma il centro medico si op-

La Grande Camera, prima di valutare il merito della questione, si sofferma analiticamente sull’eccezione di irricevibilità sollevata dallo Stato italiano<sup>38</sup>, per mancato esperimento di qualsiasi rimedio interno: la Signora Parrillo avrebbe dovuto adire il giudice nazionale e sollevare il relativo contrasto tra l’art. 13 della legge n. 40/2004 e la CEDU. Il Governo ricorda che a seguito delle sentenze «gemelle», in caso di incompatibilità sul piano ermeneutico, il giudice ha l’obbligo di sollevare la relativa questione di costituzionalità in riferimento all’art. 117, comma 1, Cost., come integrato dalle pertinenti norme convenzionali.

Questa decisione assume particolare rilievo nella ricostruzione dei rapporti tra ordinamento interno e sistema convenzionale, poiché la Corte EDU svolge un passo ulteriore rispetto all’orientamento espresso in *Costa e Pavan*: indulge in un esame approfondito sull’applicazione sostanziale del sistema introdotto proprio con le sentenze «gemelle» ed esprime un giudizio negativo sulla tenuta del modello di giustizia costituzionale italiano. Nel “mirino” dei giudici vi è, infatti, l’applicazione pratica del sistema enunciato con le decisioni n. 348 e n. 349/2007: l’obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e alla giurisprudenza di Strasburgo non è seguito in concreto dai giudici italiani, in particolar modo nell’ambito della procreazione medicalmente assistita; la maggior parte delle decisioni costituzionali<sup>39</sup> e di merito<sup>40</sup> in questo ambito, infatti, resta silente rispetto ai parametri CEDU e la sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale ha notevolmente circoscritto la portata dell’obbligo di esecuzione della giurisprudenza convenzionale.

Niente di buono, quindi, sul fronte convenzionale: il sistema delle «gemelle» non costituisce un rimedio interno “effettivo ed accessibile” in grado di supplire alla mancanza di un ricorso diretto alla Corte costituzionale poiché, secondo i giudici di Strasburgo, non è concretamente e correttamente applicato dalle Corti italiane.

poneva, in forza dell’art. 13, legge n. 40/2004, nel frattempo entrata in vigore. La Sig.ra decideva così di adire direttamente i giudici di Strasburgo, invocando la violazione dell’art. 1, Protocollo n. 1 alla CEDU e degli art. 8 e 10 CEDU. Con una prima decisione la II Sezione, il 28 maggio 2011, riteneva di non poter decidere in ordine alla violazione dell’art. 1, Protocollo n. 1 e dell’art. 8 CEDU, in considerazione dell’importanza e dell’urgenza della questione sollevata; rispetto alla censura dell’art. 10 CEDU, invece, la Sezione negava la legittimazione della ricorrente per una incompatibilità *ratione personae*, non potendo assumere la qualità di “vittima” rispetto a tale motivo: del diritto alla ricerca scientifica sarebbero titolari gli operatori del settore (scienziati e ricercatori) e solo indirettamente la donna. La controversia è stata, quindi, successivamente decisa dalla Grande Camera in riferimento alla dedotta violazione dell’art. 1, Protocollo n. 1 e dell’art. 8 CEDU.

<sup>38</sup> Analizza a fondo tale eccezione B. RANDAZZO, *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia*, cit., pg. 617-624.

<sup>39</sup> Come Corte cost., ord. n.n. 396/2006 e 97/2010; sent. n.n. 151/2009, 162/2014 e 96/2015.

<sup>40</sup> Cfr. Trib. Cagliari, ord. 22 settembre 2007; Trib. Firenze, ord. 17 dicembre 2007; Trib. Bologna, ord. 29 giugno 2009; Trib. Salerno, ord. 9 gennaio 2010.

Su fronte costituzionale, invece, il ricorso “diretto” a Strasburgo nei casi esaminati ed il rischio di giungere progressivamente alla creazione di una “pregiudiziale di convenzionalità” può aver condizionato l’atteggiamento di formale chiusura espresso nella sentenza n. 49/2015 dalla Corte costituzionale italiana: una decisione che ha limitato considerevolmente la vincolatività della giurisprudenza CEDU, circoscrivendola ai soli casi di “sentenze pilota” o di diritto convenzionale *bien établi*<sup>41</sup>.

Alla nozione “a maglie larghe” di sussidiarietà del giudizio convenzionale ha fatto da “contraltare” l’apposizione di vincoli procedurali molto stringenti in ordine all’obbligo di esecuzione del giudicato convenzionale.

Si può, quindi, parlare di un “cortocircuito” tra Corti nei rapporti tra sistema CEDU e ordinamento nazionale?

È indubbio che consentire all’individuo di ricorrere direttamente a Strasburgo ogniquale volta sussista un’incompatibilità tra norma di legge nazionale e CEDU porterebbe i giudici della Convenzione a giudicare per primi sulla questione di costituzionalità-convenzionalità, bypassando qualsiasi filtro a livello nazionale, compreso il giudizio di legittimità costituzionale. Tale prassi, laddove reiterata nel tempo, porterebbe ad una tacita modifica dell’art. 35

<sup>41</sup> Su Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49 cfr. in dottrina, *ex multis*, 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*, maggio 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, pg. 55 ss. la quale vede nella sentenza l’affermazione netta di un «predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu» e segnala l’enfasi con cui sono tracciati i limiti all’efficacia delle sentenze di Strasburgo, giungendo così a «chiedersi cosa rimanga della stagione inaugurata dalle cd. sentenze gemelle nel 2007». Note di netta critica provengono anche da N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della «controriforma» imposta da Palazzo della Consulta*, in *Rivista OIDU*, n. 3/2015 il quale parla di «atteggiamento fortemente protezionistico assunto dal giudice delle leggi». Fortemente critico anche A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015 che segnala la presenza di una visione piramidale dei rapporti tra Costituzione e CEDU e tra le rispettive Corti e rileva il rischio di «un nazionalismo costituzionale esasperato», di un «patriottismo» costituzionale che porta la Corte fino al punto di stabilire essa soltanto quali possano essere gli indici utili a individuare la giurisprudenza convenzionale consolidata. Ridimensiona, invece, le critiche mosse alla sentenza n. 49/2015, G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 dicembre 2015, secondo la quale con il riferimento al “diritto consolidato” la Corte costituzionale non vuol negare rilievo interno a qualsiasi sentenza della Corte EDU, ma solo a quelle decisioni che contengano «bruschi ed immotivati *revirement* rispetto all’orientamento pregresso». Cfr. anche R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost. n. 49/2015*, in *Studi di ConsultaOnLine*, n. 1/2015, per il quale la ricostruzione gerarchica dei rapporti fra CEDU e Costituzione «si irradia anche all’ambito delle operazioni interpretative che il giudice comune deve compiere» e, dinanzi ad un diritto convenzionale non consolidato, la Corte costituzionale non sarà più investita di alcun sindacato, «dovendo la partita giocarsi tutta sul versante del giudice comune, al quale viene riservato lo “scettro” attraverso il quale governare le interpretazioni».

CEDU e ad una vera e propria “pregiudiziale di convenzionalità” che, ad oggi, nessuna norma del nostro ordinamento legittima, considerato il mancato parallelismo tra ordinamento dell’U.E. e sistema CEDU.

Rischio apparentemente non così lontano dalla realtà se si considera che proprio nel “seguito interno” della vicenda *Costa e Pavan* il giudice di merito<sup>42</sup> ha direttamente disapplicato la legge dichiarata convenzionalmente illegittima, anziché sollevare la relativa questione dinanzi al Giudice delle Leggi.

Per parlare di un vero e proprio “cortocircuito” tra i due sistemi di garanzia è, tuttavia, indispensabile verificare se la deroga al previo esaurimento sia stata reiterata nel tempo anche a seguito della vicenda *Parrillo* e costituisca una prassi ormai consolidata nella giurisprudenza convenzionale o, al contrario, i casi esaminati rappresentino un’eccezione dettata dalla necessità di garantire una tutela tempestiva agli interessi in gioco.

#### 4. Considerazioni conclusive

Nei casi *Costa e Pavan* e *Parrillo contro Italia* adire il giudice comune per ottenere la rimessione alla Corte costituzionale ed attendere il successivo giudizio avrebbe potuto comportare un pregiudizio irreparabile per i ricorrenti: l’esigenza di garantire in tempi rapidi la tutela dei diritti soggettivi in gioco sembra aver spinto i giudici di Strasburgo ad ammettere il ricorso “diretto” in deroga all’art. 35 CEDU.

In particolare, la dilatazione dei tempi processuali avrebbe potuto precludere alla Sig.ra Costa l’accesso alla procreazione assistita per sopravvenuto superamento dei limiti di età, esponendola all’elevato rischio di generare un feto malato, con conseguente possibilità di una successiva interruzione volontaria di gravidanza.

<sup>42</sup> Cfr. Trib. Roma, Sez. I civ., ord. 23 settembre 2013. In tale decisione il Tribunale ha osservato, tra l’altro, che dovendosi intendere l’art. 46 CEDU come «diretto non solo allo Stato-persona, bensì anche ai suoi organi, giudici compresi, consegue necessariamente che il giudice comune sia chiamato a dar seguito alle decisioni di condanna del giudice europeo senza necessità di sollevare l’ulteriore pregiudiziale di costituzionalità, ogni qualvolta la regola ricavabile dalla sentenza CEDU sia sufficientemente precisa ed incondizionata da sostituirsi, senza margini di ambiguità, a quella interna riconosciuta contraria alla Convenzione, laddove la rimessione alla Corte Costituzionale dovrà essere limitata alle sole questioni che pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest’ultima e i principi supremi dell’ordinamento costituzionale. Il che vale a fortiori nel procedimento in esame in cui, trattandosi delle stesse parti che hanno adito la Corte EDU ottenendo l’accoglimento del ricorso, le statuizioni della Corte di Strasburgo, proprio perché direttamente efficaci nell’ordinamento nazionale, rivestono valore di giudicato formale per il processo interno». In dottrina, in senso favorevole all’applicazione diretta della CEDU da parte dei giudici comuni cfr. A. RUGGERI, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo (a margine di una pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan)*, in *ConsultaOnLine*, 9.10.2013. Diversamente B. RANDAZZO, *La bulimia della Corte dei “desideri”*, cit., in *Forum di Quaderni costituzionali*, 14 maggio 2013.

Nel caso *Parrillo*, invece, attendere l'esito del giudizio costituzionale avrebbe comportato il deterioramento irreversibile o, comunque, l'inutilizzabilità a fini di ricerca degli embrioni crioconservati.

Ad indurre la Corte EDU a derogare, in questi casi, alla regola generale del previo esaurimento è stato, quindi, il principio della massima espansione della tutela, onde evitare una lesione irreparabile rispettivamente alla libertà procreativa dei coniugi Pavan ed al principio del minor sacrificio possibile dell'embrione crioconservato.

A ciò si aggiunga che dal 2015 ad oggi non si sono verificati, a quanto consta, altri casi di ricorso "diretto" avverso lo Stato italiano ritenuti ammissibili a Strasburgo<sup>43</sup>.

Nella nota vicenda *X e Y contro Italia*<sup>44</sup>, di poco anteriore alla sentenza *Parrillo* e concernente l'applicazione della legge n. 40/2004, l'esigenza di provvedere in tempi rapidi alla tutela dei ricorrenti avrebbe potuto indurre la Corte a derogare all'obbligo del previo esaurimento, ma così non è stato. Il caso riguardava lo "scambio" di embrioni prodotti mediante fecondazione omologa e impiantati nell'utero di una terza donna per errore. La Corte EDU in tal sede ha dichiarato l'irricevibilità del ricorso, poiché gli interessati avevano attivato soltanto la procedura d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, senza prose-

<sup>43</sup> Una vicenda del tutto peculiare ha riguardato lo Stato armeno, cfr. Corte edu, *Adyan e altri c. Armenia*, 12 ottobre 2017. In questo caso, infatti, i ricorrenti erano dei Testimoni di Geova, condannati in sede penale dai giudici armeni per essersi sottratti sia al servizio militare sia a quello alternativo. I ricorrenti avevano addotto a sostegno della loro scelta il fatto che anche il servizio alternativo, per come disciplinato dalla legge, non avesse carattere genuinamente civile, perché soggetto ad un penetrante controllo delle autorità militari, pertanto, la scelta obbligata tra queste due alternative costituiva una violazione della loro libertà di coscienza *ex art. 9 CEDU*. I ricorrenti vennero condannati sia in primo grado sia in appello, mentre il ricorso in Cassazione venne dichiarato inammissibile nel maggio 2012. Divenute, quindi, definitive le sentenze di condanna, vennero introdotti degli emendamenti legislativi, nel maggio 2013, all'*Alternative service Act* armeno, in forza dei quali i ricorrenti avrebbero potuto ottenere l'assoluzione e la riabilitazione se avessero richiesto il servizio alternativo entro una certa data. I ricorrenti non avevano fruito di tale possibilità e avevano preferito ricorrere "direttamente" a Strasburgo per far valere la violazione del loro diritto all'obiezione di coscienza, *ex art. 9 CEDU*, discendente dalla disciplina legislativa nazionale anche a seguito degli emendamenti apportati. In tal sede, la Corte EDU ritiene che la eccezione di irricevibilità del Governo, per mancato esperimento dei rimedi interni, debba essere esaminata insieme al merito e riconosce la violazione dell'art. 9 CEDU discendente dall'*Alternative service Act*, come emendato. Le modifiche legislative apportate, infatti, non riconoscevano ai ricorrenti il diritto al risarcimento dei danni non pecuniari discendenti dalla violazione della loro libertà di coscienza, inoltre, la commutazione della sanzione penale era subordinata all'esecuzione di un servizio alternativo da parte dei ricorrenti, senza tener conto della pena dagli stessi già espiata e dipendeva dall'esercizio positivo di un potere discrezionale dell'autorità nazionale competente. La peculiarità del caso consta, quindi, nel fatto che le vie giurisdizionali interne erano state esperite dai ricorrenti, ricorso in Cassazione compreso e la Corte era chiamata a valutare se gli emendamenti legislativi successivamente apportati erano idonei a garantire un rimedio interno "effettivo" ai ricorrenti, dopo il passaggio in giudicato delle rispettive condanne.

<sup>44</sup> Cfr. Corte edu, *X e Y c. Italia*, 16 settembre 2014.

guire con l’azione ordinaria di merito e con l’eventuale appello e senza esperire alcuna azione civile risarcitoria per negligenza medica, o penale per l’accertamento dell’eventuale responsabilità delle persone interessate.

Nella prassi recente sono, invece, più frequenti i casi in cui, pur in mancanza del giudizio in Cassazione, la Corte EDU riconosce l’ammissibilità dei ricorsi quando siano stati esperiti invano il primo grado e l’appello, come accaduto nella vicenda *Azzolina contro Italia*<sup>45</sup>.

L’accesso “diretto” nei casi *Costa e Pavan* e *Parrillo* sembra, pertanto, rappresentare un *hapax* dettato dall’esigenza di garantire la massima tutela dei diritti fondamentali in gioco, quindi, un’eccezione non ancora idonea ad alimentare un “cortocircuito” tra i due sistemi di garanzia.

In definitiva, l’attuale stato dei rapporti tra giurisprudenza costituzionale e convenzionale non sembra così sconcertante come poteva apparire *prima facie*. La stessa opinione concorrente dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolau, e Dedov relativa al caso *Parrillo* sembra prospettare una soluzione per implementare i rapporti tra i due meccanismi di tutela. Secondo i giudici di minoranza, l’orientamento convenzionale restrittivo che nega al sistema incidentale italiano il carattere di rimedio interno “effettivo” potrebbe essere superato se vi fosse una corretta applicazione del sistema delle «gemelle», del relativo obbligo per i giudici comuni di interpretazione conforme a Convenzione e se fossero superati i limiti, posti dalla sentenza n. 49/2015, alla vincolatività del solo *arret pilote* o *bien établi*.

Se le Corti italiane fossero, quindi, disposte a recuperare lo schema delle «gemelle», la Corte EDU potrebbe a sua volta tornare a sanzionare con l’inammissibilità i ricorsi individuali proposti senza il previo esperimento di alcun rimedio interno.

Alla luce della più recente giurisprudenza convenzionale si può, pertanto, constatare come il principio della massima espansione dei diritti fondamentali sia in grado di incidere non soltanto su norme di natura sostanziale, ma anche su importanti profili processuali, come l’accesso al giudice<sup>46</sup>.

L’analisi della prassi porta, però, a concludere che ad oggi il ricorso “diretto” a Strasburgo costituisce ancora un’eccezione alla regola generale *ex art.*

<sup>45</sup> Cfr. Corte edu, *Azzolina e altri c. Italia*, 26 ottobre 2017, § 108. Al momento della presentazione dei ricorsi a Strasburgo i procedimenti penali erano ancora pendenti: in un caso, il giudice d’appello non si era ancora pronunciato sui fatti controversi e, nell’altro, la Corte d’appello aveva depositato solo il dispositivo della sua sentenza, mentre la Corte di Cassazione non era ancora stata adita. Si ricorda, inoltre, la particolarità del caso Corte edu, *Nasr e Ghali c. Italia*, 23 febbraio 2016: il ricorso a Strasburgo era stato proposto quando ancora il giudice di prime cure non si era pronunciato, ma il procedimento penale era pendente da ben sei anni e mezzo.

<sup>46</sup> Parla di visione “sostanzialista” del processo convenzionale adottata dalla Corte EDU, B. RANDAZZO, *Il giudizio dinanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011, pg. 18.



35 CEDU: non è, tuttavia, da sottovalutare l'ipotesi di una progressiva stabilizzazione dello "stato di eccezione", alla luce dei numerosi casi in cui l'applicazione di una legge può creare un pregiudizio imminente e irreparabile a diritti fondamentali<sup>47</sup>, nella perdurante mancanza di un ricorso diretto al giudice costituzionale.

<sup>47</sup> Si pensi alla questione, appunto, della ricerca scientifica sugli embrioni crioconservati o al problema della cd. *stepchild adoption* alla luce della legge 20 maggio 2016, n. 76.