



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. III

(ESTRATTO)

GIUSI SORRENTI

**QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE E PREVIO
ESAURIMENTO DEI RIMEDI INTERNI DOPO LA SENT. N. 49/2015
(IN MARGINE A CORTE EDU, 27 AGO. 2015, CASO PARRILLO)**

14 DICEMBRE 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Giusi Sorrenti

Questione di legittimità costituzionale e previo esaurimento dei rimedi interni dopo la sent. n. 49/2015 (in margine a [Corte Edu, 27 ago. 2015, caso Parrillo](#))

1. La sentenza del 27 agosto 2015, che decide il [caso Parrillo c. Italia](#), merita attenzione non solo (e non tanto) dal punto di vista del diritto sostanziale interno – concludendo che il divieto, frapposto dalla l. n. 40/2004 alla Sig.ra Parrillo, di donare alla ricerca scientifica gli embrioni ottenuti dalla fecondazione *in vitro* e non destinati alla gravidanza non lede l'[art. 8 CEDU](#) (*Diritto al rispetto della vita privata*) – quanto per le affermazioni che contiene su alcuni profili processuali, che toccano il rapporto tra l'incidente di legittimità costituzionale e l'obbligo del previo esaurimento dei rimedi interni al fine della presentazione del ricorso individuale dinanzi alla Corte europea.

Una tappa importante nella definizione di tale rapporto è costituita, come si sa, dalla [pronuncia Costa e Pavan c. Italia del 2012](#), con cui si è estesa la diagnosi preimpianto alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche, stravolgendo così definitivamente la fisionomia della l. n. 40. Il ricorso della coppia di coniugi italiani, in quell'occasione, era stato dichiarato ricevibile, reputandosi interamente assolto l'obbligo del previo esaurimento dei rimedi interni, benché non fosse stato sollevato alcun incidente di costituzionalità sulla legge nazionale in materia di PMA. Posto che il modello di giustizia costituzionale del nostro Paese non contempla un diritto del singolo a lamentare la lesione di diritti fondamentali davanti al giudice delle leggi (similmente a quanto invece riconosciuto in altri sistemi grazie al *recurso de amparo* o alla *Verfassungsbeschwerde*), l'accesso alla giustizia costituzionale – questa l'argomentazione dei giudici europei – non costituisce in Italia un rimedio giurisdizionale effettivo, da esperire obbligatoriamente, al fine di soddisfare la condizione di ricevibilità prevista dall'[art. 35, par. 1, CEDU](#). Data anche l'estrema facilità di accesso per i singoli all'istanza di giustizia internazionale regionale (solo in parte ridotta dalla condizione del «danno rilevante» introdotta dal Prot. n. 14) e l'atteggiamento di *self restraint* adottato dal giudice delle leggi su materie controverse, nelle quali le scelte di fondo - si assume - spettino alla discrezionalità del legislatore, l'argomentazione dei giudici di Strasburgo avrebbe agevolmente condotto verso una *tendenziale*, quanto prevedibile, estromissione del garante della rigidità costituzionale da tutte le questioni di tutela dei diritti fondamentali convertibili in questioni di non convenzionalità della normativa nazionale.

Il potenziale esaurimento ora paventato si è definito solo tendenziale poiché sussiste pur sempre uno spazio di protezione non coperto dalla Convenzione europea, che ha lo scopo di offrire una tutela minimale dei diritti fondamentali dell'essere umano comune a tutta l'area della grande Europa dei 47 e lascia – attraverso l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento e nel rispetto della clausola di salvaguardia di cui all'[art. 53 CEDU](#) – a questi ultimi la possibilità di riconoscere un livello di protezione superiore a quello stabilito nella Convenzione di Roma. La possibilità di rinvenire negli ordinamenti statali – ed in particolare nelle loro Costituzioni – standard di garanzia più elevati e dunque vincoli più stringenti per il legislatore ordinario è esemplificata in modo emblematico dal [caso S.H. et al. c. Austria del 2011](#), in cui, sempre in tema di PMA, i giudici alsaziani avevano negato che l'ammissibilità della fecondazione eterologa, rivendicata dai ricorrenti, ricadesse nella protezione minimale dei diritti di matrice internazionale regionale, evocando delicate opzioni etiche e conseguenti scelte di politica legislativa riservate al legislatore nazionale. Proprio tale delimitazione del proprio ruolo da parte dell'istanza europea avrebbe consentito di lì a poco alla Corte costituzionale di pronunciare la [sent. n. 162/2014](#), confermando che l'asticella delle garanzie può essere innalzata invocando la Carta fondamentale anziché la CEDU (e non, sempre e soltanto, viceversa): risultato, questo, registrato icasticamente da attenta dottrina (G. REPETTO, «*Non di sola Cedu ...*». *La fecondazione assistita e il diritto alla salute in Italia e in Europa*, in *Dir. pubbl.*, 1/2013, 131 ss.).

Al di fuori, però, dell'ambito in cui entra in gioco il margine di apprezzamento statale, il pericolo di emarginazione del giudice delle leggi sorto in seguito alla pronuncia [Costa e Pavan](#) rimane reale ed alquanto insidioso.

2. Sul rapporto tra incidente di costituzionalità ed obbligo di esaurimento dei rimedi interni nel nostro Paese, la Corte Edu torna dunque ad esprimersi nell'odierno [caso Parrillo](#). Precisamente, due sono le prospettive che emergono sul punto in seno alla Corte europea: l'una espressa nella decisione largamente maggioritaria del collegio giudicante, l'altra chiarita in un'opinione separata, con contenuto parzialmente concorrente. Va detto subito che, secondo entrambe le prospettive, l'eccezione di irricevibilità sollevata dal Governo italiano – secondo cui la Sig.ra Parrillo avrebbe dovuto far valere le sue rivendicazioni, in merito alla possibilità di donare gli embrioni soprannumerari, attraverso il giudizio incidentale di costituzionalità prima di rivolgersi alla Corte Edu – non risulta meritevole di accoglimento; tuttavia, esse divergono significativamente nella rispettiva motivazione.

Nella sentenza, infatti, la Corte Edu respinge l'eccezione governativa limitandosi a riprendere l'argomento formulato nella [decisione Costa e Pavan](#) relativo alla carenza (strutturale) ravvisata nel modello di giustizia costituzionale italiano, carenza a cui evidentemente non è possibile sopperire, se non *de iure condendo*. Questa posizione, come già notato, tende ad emarginare gravemente il ruolo della Corte costituzionale nell'opera di salvaguardia dei diritti fondamentali, ma, appunto, non è nuova.

Più interessante risulta essere, invece, la posizione formulata nell'opinione parzialmente concorrente dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolau e Dedov, i quali dichiarano di non condividere integralmente le ragioni che la Grande Camera pone alla base del rigetto dell'eccezione governativa, in quanto - almeno fino ad un certo punto - convinti della bontà del ragionamento addotto dal Governo. In base ad esso, infatti, non sarebbe stato più vero che il singolo, che avesse lamentato la violazione di diritti fondamentali, non avrebbe potuto disporre di un accesso (sostanzialmente) diretto alla giurisdizione costituzionale, almeno non dopo l'introduzione del complessivo meccanismo di adattamento alla CEDU messo a punto dalla Corte costituzionale a partire dalle [sentenze gemelle del 2007](#). L'accentramento della risoluzione dei contrasti tra CEDU e legge interna, insieme con il vincolo interpretativo alle pronunce della Corte di Strasburgo, postulati in quella "coppia" di decisioni, avrebbe determinato infatti una situazione *equipollente* all'esistenza di un ricorso diretto di costituzionalità: stando infatti a tali premesse, il giudice comune che non avesse ritenuto praticabile un'interpretazione convenzionalmente conforme della legge avrebbe avuto l'obbligo di rivolgersi alla Corte costituzionale. Questa situazione avrebbe configurato per il giudice italiano, secondo gli autori dell'opinione concorrente, un'alternativa secca, per cui «*tertium non datur*» (punto 4 dell'*opinion*), il che valeva in definitiva a riconoscere un corrispondente diritto in capo alla parte di ottenere il vaglio di legittimità costituzionale della disciplina nazionale ritenuta non in linea con le garanzie fissate a Strasburgo. In questo modo il giudizio di legittimità in via incidentale sarebbe assunto a rimedio obbligatoriamente esperibile come condizione di ricevibilità dei ricorsi individuali alla Corte Edu.

La situazione – secondo i giudici in minoranza – sarebbe, però, ulteriormente mutata dopo la [sent. n. 49/2015 della Corte costituzionale](#): questa sentenza viene infatti "accusata" di aver azzerato il benefico effetto, discendente dalle sentenze gemelle, d'imporre alle parti l'esperimento del giudizio di legittimità costituzionale *sempre, prima* di intentare la causa a Strasburgo. Se prima del 26 marzo 2015 – si osserva nella *concurring opinion* – i giudici comuni che avessero ritenuto fallito il tentativo di interpretazione adeguatrice, si sarebbero dovuti rivolgersi alla Corte costituzionale per far valere la Convenzione e la giurisprudenza europea, l'attenuazione del vincolo giudiziale alle interpretazioni della Corte Edu, discendente dalla [sent. n. 49](#) ha trasformato drasticamente questo quadro. Essa infatti – precisano ancora i giudici in minoranza – ritiene il giudice nazionale vincolato a sollevare la questione di legittimità costituzionale solo in caso di "giurisprudenza consolidata" o di "sentenza pilota", mentre, dinanzi ad una nuova domanda di tutela, quale è indubbiamente quella che si ha nel caso prospettato dalla Sig.ra Parrillo, tale obbligo verrebbe meno, rendendo così ancora una volta per la parte ineffettivo il giudizio di costituzionalità (del resto che la nozione di "giurisprudenza consolidata" sia di difficile determinazione è stato subito osservato nei commenti alla [sent. n.](#)

[49/2015](#), né i criteri individuati a tal proposito dal giudice delle leggi appaiono d'aiuto, prestando il fianco a critiche il più delle volte condivisibili). L'effetto della [sent. n. 49](#) sarebbe, in definitiva, quello di impedire, in sede di valutazione sull'ammissibilità del ricorso individuale, che si possa pretendere dalla parte di sollecitare la promozione del giudizio di legittimità costituzionale prima di adire la Corte Edu. La *concurring opinion* sembra dunque, indirettamente ma chiaramente, rivolta alla Corte costituzionale italiana, prospettando l'introduzione del giudizio di costituzionalità tra le condizioni di ammissibilità del ricorso a Strasburgo come una sorta di "merce di scambio" per la ritrattazione della [sent. n. 49](#).

3. Va notato, infine, che, anche nella motivazione della sentenza *Parrillo*, si accenna alla [pronuncia n. 49/2015](#), ma non si assegna ad essa alcuna particolare incidenza sulla questione dell'individuazione dei rimedi esperibili, dato che, a monte, si disconosce ai *famous "twin" judgements* del [2007](#) ogni capacità di far mutare orientamento alla Corte europea in merito all'assenza in Italia di un presunto obbligo di sottoporre la questione all'attenzione del giudice delle leggi prima di indirizzarsi a Strasburgo (come invece riconosciuto in altri Paesi, dove il ricorso diretto di costituzionalità esiste: *W. v. Germany*, n. 10785/84, 18 lug. 1986, *Decisions and Reports* (DR) 48, 104; *Union Alimentaria Sanders SA v. Spain*, 11 dic. 1987, DR 54, 101 e 104). La circostanza – appurata dalla Corte – per cui nei giudizi comuni, dove il problema della donazione degli embrioni soprannumerari è stato affrontato, pur dando ad esso risposta negativa, non sempre sia stata rimessa la questione alla Corte costituzionale, viene considerata una conferma della validità dell'orientamento accolto. A questo fine, infatti, la Corte Edu mostra di ritenere che sarebbe stato necessario che il Governo italiano avesse allegato la dimostrazione che l'azione della ricorrente davanti alle giurisdizioni comuni, combinata con l'obbligo di queste di adire la Corte costituzionale invocando la Convenzione, rappresentava per la stessa parte un rimedio effettivo: dimostrazione da rendere in concreto ovvero sulla base di "una giurisprudenza ed una prassi consolidate" («*backed up by established caselaw and practice*»: 104).