

Versione provvisoria

*in vista dell'intervento orale al Convegno
dell'associazione Gruppo di Pisa,
"Il sindacato accentrato di costituzionalità",
Pisa, 25 ottobre 2019.*

I ricorsi "in via diretta" alla Corte EDU riguardanti una legge o un'omissione legislativa: una potenziale alternativa al giudizio in via incidentale?

Cecilia Siccardi – Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Premessa: scopo e impostazione dell'indagine. – 2. La *regola* dell'esaurimento dei rimedi interni: l'interpretazione "flessibile" nella giurisprudenza della Corte EDU. – 3. La "neutralizzazione" della *regola* nei ricorsi riguardanti una legge o un'omissione legislativa. - 4. Relazioni e contraddizioni tra i due tipi di giudizio - 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa: scopo e impostazione dell'indagine

Nell'ambito della relazione della Prof.ssa Elena Malfatti, questo breve intervento intende concentrarsi su un filone specifico della giurisprudenza sovranazionale, che mostra la tendenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo a dichiarare ricevibili sia ricorsi senza il completo esaurimento dei rimedi interni sia ricorsi "in via diretta", ovvero senza l'esperimento di alcun giudizio nazionale¹.

Una simile analisi pare meritevole di approfondimento in un convegno dedicato al "sindacato accentrato di costituzionalità"² se si considera che: a) i casi in cui la Corte EDU dichiara ricevibili ricorsi senza il previo esaurimento dei rimedi interni riguardano prevalentemente la violazione di parametri convenzionali da parte di una *legge* (cfr. C. EDU, Parrillo c. Italia, 2015; C. EDU, Costa Pavan c. Italia, 2012) o di un'*omissione legislativa* (cfr. C. EDU Oliari c. Italia, 2015; C. EDU Azzolina c. Italia, 2017; C. EDU Cordella c. Italia, 2019); b) la Corte EDU dichiara ricevibili i ricorsi senza il previo esaurimento dei rimedi interni, anche nel caso in cui sia pendente davanti alla Corte costituzionale italiana una questione di costituzionalità sulla stessa norma oggetto del ricorso (cfr. C. EDU, Parrillo c. Italia, 2015).

Alla luce di quanto appena illustrato, si ritiene utile comprendere, anzitutto, se la tendenza della Corte europea a dichiarare ricevibili le suddette tipologie di ricorso - consentendo al singolo di adire immediatamente il giudice di Strasburgo - possa, in alcuni casi, mettere "*almeno nel breve termine,*

¹ Si è posta in particolare l'attenzione sulle pronunce della Corte EDU rese a seguito di ricorsi contro l'Italia presentati in via diretta o senza il completo esaurimento dei rimedi interni, riguardanti una legge o un'omissione legislativa e in cui il Governo segnala, nelle eccezioni preliminari relative alla irricevibilità del ricorso, il giudizio di costituzionalità in via incidentale quale rimedio ancora esperibile o in cui il Governo segnala che è già stata sollevata davanti alla Corte costituzionale una questione analoga.

² Sul tema R. Romboli, *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro it.*, n. 7, 8/2018.

“fuori gioco”³ la Corte costituzionale dal circuito di tutela multilivello dei diritti fondamentali (*infra* par. 3).

Allo stesso modo, sarà necessario esaminare le conseguenze di tale tendenza sul giudizio in via incidentale, essendo rilevabile “una possibile alternatività o parallelismo nelle vie giudiziarie (il ricorso diretto e il giudizio in via incidentale) che potrebbe condurre a conflitti, non soltanto sul piano processuale”⁴ (*infra* par. 4).

Tuttavia prima di riflettere sulle problematiche appena segnalate, si ritiene propedeutico ricostruire la regola del previo esaurimento dei rimedi interni alla luce della giurisprudenza sovranazionale, cercando di comprendere quali siano le *circostanze* che inducono la Corte di Strasburgo ad un’interpretazione “flessibile” della condizione di ricevibilità di cui all’art. 35, par. 1 CEDU (*infra* par. 2).

2. La regola dell’esaurimento dei rimedi interni: l’interpretazione “flessibile” nella giurisprudenza della Corte EDU

Al fine di individuare le *circostanze* che inducono la Corte EDU ad interpretare in modo “flessibile” la regola dell’esaurimento dei rimedi interni, dichiarando così ricevibili ricorsi senza il previo esperimento dei giudizi nazionali, è opportuno anzitutto ricostruire il *contenuto* e le *funzioni* di tale regola prevista, come noto, dall’art. 35, par. 1 CEDU tra le condizioni di ricevibilità⁵.

Per quanto attiene al *contenuto*⁶, è sufficiente notare come, secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti richiamati esplicitamente dallo stesso art. 35 par. 1 CEDU, essa rappresenti una regola di natura processuale a tutela del principio di sussidiarietà, che non costituisce quindi un elemento dell’illecito nel *merito*, ma si risolve in un “*canone procedurale di ammissibilità del controllo internazionale*”⁷, incidendo esclusivamente sulla possibilità della vittima di adire i sistemi di giustizia sovranazionale. Tuttavia sempre nell’ambito del diritto internazionale dei diritti umani, si è progressivamente sviluppata l’idea che l’efficacia del coordinamento tra i diversi livelli di tutela dei diritti - sovranazionale e nazionale - non potesse dipendere dal *solo* rispetto delle condizioni di ricevibilità a tutela del “carattere sussidiario” dei sistemi di giustizia sovranazionale, ma che ciò dovesse essere accompagnato necessariamente

³ Così E. Malfatti, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, testo provvisorio in vista della relazione al Convegno dell’associazione Gruppo di Pisa, “Il sindacato accentrato di costituzionalità”, Pisa, 25 ottobre 2019, 5.

⁴ M. D’Amico, *La Corte europea come giudice “unico” dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza*, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia, in *www.forumcostituzionale.it*, 2015, p. 4. L’Autrice riflette ancora più diffusamente sull’alternatività o parallelismo delle vie giudiziarie nello spazio giuridico europeo in Id., *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, 2018.

⁵ Per una ricostruzione della regola di cui all’art. 35 par. 1 CEDU C. Pitea, *Art. 35 – Condizioni di ricevibilità*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, 658 ss.

⁶ Sul contenuto e sull’evoluzione della regola nel diritto internazionale R. Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004.

⁷ A. Di Stefano, *Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo e principio di sussidiarietà. Contributo ad una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Catania, 2009, 150.

dall'impegno degli Stati a mettere in atto misure volte al riconoscimento e alla tutela giurisdizionale dei diritti umani⁸.

Proprio in tale ottica, la dottrina è giunta ad individuare due *funzioni* specifiche della regola del previo esaurimento dei rimedi interni: a) la prima, di carattere "negativo", obbliga le Corti sovranazionali a non esaminare ricorsi, senza il previo esperimento di tutte le vie di giudizio interne; b) la seconda, di carattere "positivo", impone agli Stati di prevedere rimedi giurisdizionali effettivi e idonei a porre fine alla violazione dei diritti umani riconosciuti a livello internazionale⁹.

Di conseguenza, la regola dell'esaurimento dei rimedi interni nella sua accezione "negativa" può operare pienamente e rigidamente, quale condizione di ricevibilità del ricorso, solo nel caso in cui lo Stato dimostri l'esistenza nell'ordinamento interno di rimedi giurisdizionali effettivi volti a sanare la violazione delle norme sovranazionali denunciata dal ricorrente.

Tale interpretazione è stata fatta propria dalla giurisprudenza della Corte EDU che, nell'esaminare le condizioni di ricevibilità relative al previo esaurimento dei rimedi interni, costantemente aggancia l'art. 35, par. 1 CEDU al diritto ad un ricorso effettivo di cui all'art. 13 CEDU. Più specificamente, la Corte afferma che la regola dell'esaurimento dei rimedi interni "*si basa sull'ipotesi, oggetto dell'articolo 13 della Convenzione - e con il quale essa presenta strette affinità -, che l'ordinamento interno offra un ricorso effettivo per quanto riguarda la violazione allegata*" (C. EDU Scoppola c. Italia 2, 2009)¹⁰.

Ne discende che la Corte di Strasburgo, nell'esaminare le questioni preliminari non si limita a operare un filtro di ricevibilità sulla base dell'avvenuto esaurimento nei fatti dei giudizi interni, ma compie un esame di compatibilità tra i rimedi interni con i parametri *di merito*, ed in particolare con l'art. 13 CEDU¹¹. Già in questa fase la Corte europea, al fine di valutare l'effettività del rimedio interno *ex art. 13 CEDU*¹², verifica se quest'ultimo sia adeguato - sia cioè "*in grado di offrire un rimedio concreto alle doglianze censurate, con una ragionevole prospettiva di successo*"¹³ - e accessibile - ovvero se non sussistano a livello interno ostacoli di natura giuridica o pratica al suo esperimento¹⁴. Adeguatezza e accessibilità dei rimedi non sono indagate solo "in astratto", ma esse sono analizzate "in concreto" alla luce di diversi elementi che possono influire sulla stessa effettività del rimedio¹⁵, quali "*il contesto giuridico e politico*" di riferimento, la "*situazione*

⁸ Sottolinea il carattere sussidiario della sistema convenzionale che si pone "*in ottica di intervento soltanto successivo all'eventuale azione "fallimentare" dei giudici*" nazionali E. Malfatti, *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Torino, 105.

⁹ Sull'accezione "negativa" e "positiva" della regola dell'esaurimento dei rimedi interni su tutti R. Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni*, cit., 49 ss.

¹⁰ Più precisamente, il ricorrente deve rispettare la regola dell'esaurimento delle vie interne - facendo "uso normale" di ogni grado di giudizio sino all'ottenimento di una decisione avverso la quale non sia più possibile alcuna impugnazione (c.d. esaurimento verticale) e invocando almeno in sostanza la violazione dei propri diritti convenzionali davanti alle giurisdizioni nazionali (c.d. esaurimento orizzontale), solo nel caso in cui l'ordinamento interno offra un ricorso effettivo per quanto riguarda la violazione allegata, *ex art. 13 CEDU*. Sull'esaurimento verticale e orizzontale cfr. C. EDU, Scoppola c. Italia (n. 2), GC, (Ricorso n. 10249/03), 17 settembre 2009.

¹¹ Ciò risulta evidente in quei casi in cui la Corte ravvisa uno "stretto legame" tra l'esame dell'esperimento dei rimedi e "la fondatezza dei motivi di ricorso formulati dai ricorrenti sotto il profilo di cui all'art. 13" tale da indurla a riunire l'esame della condizione di ricevibilità al merito dei motivi di ricorso relativi all'articolo 13 cfr. C. EDU, *Hirsi Jamaa e Altri c. Italia*, GC, (Ricorso n. 27765/09), 23 febbraio 2012.

¹² L'effettività dei rimedi *ex art. 13 CEDU* diviene quindi essa stessa elemento tale da incidere sulla ricevibilità e, dunque, sulla competenza, o meno, della Corte europea ad esaminare il ricorso.

¹³ *Ex multis* Scoppola c. Italia (n. 2), GC, (Ricorso n. 10249/03), 17 settembre 2009.

¹⁴ C. Pitea, *Art. 35 - Condizioni di ricevibilità*, cit., 661.

¹⁵ Sulla valutazione in concreto del requisito dell'adeguatezza è possibile richiamare il noto caso *Torregiani c. Italia*, 2013. In questo caso, la Corte europea ritiene che i ricorrenti "*non siano quindi tenuti ad esaurire i rimedi segnalati dall'eccezione del Governo prima di adire la Corte*", in considerazione del fatto che il rimedio segnalato dal Governo -

personale del ricorrente”, “*gli ostacoli giuridici e pratici*” all’esperimento dei rimedi giurisdizionali nell’ordinamento nazionale, o ancora dai parametri che di volta in volta vengono in rilievo (e.g. art. 3 CEDU¹⁶).

Proprio a seguito di un simile esame “concreto”, la Corte EDU può arrivare a ritenere che “*la regola dell’esaurimento delle vie di ricorso interne debba essere applicata con una certa elasticità e senza eccessivi formalismi*”, poiché “*alcune particolari circostanze possono dispensare il ricorrente dall’obbligo di esaurire le vie di ricorso interne per lui disponibili*” (C. EDU, Scoppola c. Italia 2, 2019)”.

La logica sottesa all’interpretazione flessibile della condizione di ricevibilità di cui all’art. 35 par. 1 CEDU operata dalla Corte europea EDU pare chiara: garantire l’effettiva tutela dei diritti convenzionali che, mediante un’applicazione rigida della regola, rischierebbero di non trovare giustizia negli ordinamenti nazionali.

Non appare, invece, altrettanto agevole ricostruire con precisione quali siano le “*circostanze particolari*” che muovono la Corte verso l’interpretazione “flessibile” della predetta regola.

L’analisi della giurisprudenza della Corte EDU effettuata, infatti, sembra mettere in luce la varietà e la diversità delle “*circostanze*”, utilizzate dalla Corte per ritenere, o meno, soddisfatta la regola dell’esaurimento delle vie interne.

Più precisamente, dalla lettura delle questioni preliminari delle pronunce del Giudice di Strasburgo, sembra emergere come la Corte EDU, al fine di dichiarare ricevibile un ricorso senza il previo esperimento dei rimedi interni, lungi dal ragionare su uno schema predefinito di regola/eccezione, gioca - in forza del combinato disposto degli artt. 35, par 1 e 13 CEDU - sull’interpretazione “flessibile” della regola in esame.

Inoltre, quest’ultima parrebbe essere interpretata in maniera più o meno elastica in ragione delle “*circostanze particolari*” del caso di specie e in relazione alla valutazione dell’effettività del rimedio interno *ex art. 13 CEDU*, la quale dipende a sua volta dall’analisi “del contesto”, “della prassi” degli “ostacoli giuridici” e “pratici” presenti nell’ordinamento interno, o ancora dai parametri che di volta in volta vengono in rilievo (e.g. art. 3 CEDU).

La difficoltà di reperire canoni ermeneutici chiari e precisi non solo rende arduo per l’interprete ricostruire le circostanze in base alle quali la Corte europea dichiara ricevibile un ricorso pur in assenza dell’esperimento dei rimedi interni di giudizio, ma potrebbe potenzialmente consentire un’espansione di tale tendenza¹⁷.

il reclamo al magistrato di sorveglianza - non è adeguato “nella pratica”, vale a dire inidoneo a “*impedire il protrarsi della violazione denunciata e assicurare ai ricorrenti un miglioramento delle loro condizioni materiali di detenzione*”¹⁵. La Corte, in questo caso, prescinde da qualsiasi valutazione sulla vincolatività delle decisioni della magistratura di sorveglianza nell’ordinamento italiano, osservando come nei fatti “*le autorità penitenziarie italiane non siano in grado di eseguire le decisioni dei magistrati di sorveglianza e di garantire ai detenuti condizioni detentive conformi alla Convenzione*”. Quanto agli ostacoli pratici all’accessibilità del rimedio la Corte europea ha considerato la mancanza di informazioni adeguate sulle procedure di riconoscimento della domanda di protezione internazionale (C. EDU *Čonka c. Belgique*, IIS (Requête no 51564/99), 5 febbraio 2012) o sui ricorsi avverso il respingimento (C. EDU, *Hirsi Jamaa e Altri c. Italia*, GC, (Ricorso n. 27765/09), 23 febbraio 2012) tale da rendere inaccessibile il rimedio predisposto dall’ordinamento interno, consentendo ai ricorrenti di adire direttamente alla Corte.

¹⁶ Un parametro che viene talvolta in rilievo nelle eccezioni preliminari è il divieto di trattamenti disumani e degradanti (art. 3 CEDU) che spinge la Corte ad effettuare una verifica ancora più accurata e stringente riguardo all’effettività del rimedio interno disponibile che deve mirare ad una “*tutela diretta ed appropriata*” cfr. C. EDU, *Hirsi Jamaa e Altri c. Italia*, GC, (Ricorso n. 27765/09), 23 febbraio 2012; C. EDU, IIS, *Torreggiani e altri c. Italia*, (Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10), 8 gennaio 2013.

¹⁷ Ritene al contrario che la dichiarazione di ricevibilità dei ricorsi in via diretta rappresenti “*un’eccezione dettata dalla necessità di garantire una tutela tempestiva agli interessi in gioco*” C. Masciotta, *Il ricorso “diretto” a strasburgo in*

Ai fini della presente indagine è ora necessario comprendere se la Corte EDU adotti il medesimo schema di ragionamento anche nei casi che hanno ad oggetto la violazione dei parametri convenzionali da parte della *legge* o di un'*omissione legislativa*.

3. La “neutralizzazione” della *regola* nei ricorsi riguardanti una legge o un'*omissione legislativa*

Occorre ora comprendere se l'approccio appena descritto, che muove la Corte EDU, verso l'interpretazione “flessibile” della regola dell'esaurimento dei rimedi, si rinvenga anche in quei casi in cui la violazione dei diritti convenzionali derivi da una *legge* o da un'*omissione legislativa*.

A tal fine, si ritiene utile procedere all'analisi delle pronunce in cui la Corte europea ha dichiarato ricevibili ricorsi, promossi contro l'Italia, in “via diretta” o senza il completo esperimento dei rimedi interni, ponendo l'attenzione, in primo luogo, sulle argomentazioni del Governo volte a dimostrare, in sede preliminare, l'irricevibilità del ricorso ed, in secondo luogo, sulle valutazioni delle Corte EDU svolte in risposta alle eccezioni governative.

Nei casi in cui viene in rilievo la violazione dei diritti convenzionali da parte di una *legge* o di un'*omissione legislativa* il Governo sembra ripetere a sostegno dell'irricevibilità del ricorso sempre la stessa tesi: a) in primo luogo, segnala alla Corte i giudizi comuni interni che i ricorrenti avrebbero potuto esperire; b) in secondo luogo, fa presente alla Corte EDU come i ricorrenti avrebbero potuto presentare, nell'ambito di un giudizio interno, istanza di sollevamento della questione di costituzionalità *ex art 23 l. n. 87 del 1957*, in riferimento all'art. 117, comma 1 Cost. e ai presunti diritti convenzionali violati (o parametri interni corrispondenti).

Da questo ultimo punto di vista, è importante ricordare che, nel caso *Parrillo c. Italia*¹⁸, il Governo non si è limitato a far riferimento all'istanza *ex art 23 l. n. 87 del 1957* come mera possibilità eventuale a disposizione delle parti, ma ha fatto presente alla Corte EDU come la stessa norma, presumibilmente lesiva dei diritti della ricorrente, fosse già oggetto di una questione di costituzionalità pendente davanti alla Corte costituzionale italiana e che, quindi, a maggior ragione i rimedi interni non potessero ritenersi esauriti (C. EDU, *Parrillo c. Italia*, 2015).

Da parte sua, la Corte Europea sembra rispondere alle eccezioni del Governo sul mancato esaurimento delle vie interne di giudizio seguendo, in tutti casi, lo stesso schema di ragionamento, operando una valutazione, dapprima, sui rimedi interni comuni ed, in un secondo momento, sul giudizio di costituzionalità

Riguardo alla prima delle predette valutazioni, la Corte EDU evidenzia come, di fronte ad una violazione di parametri convenzionali da parte di una legge o di un'*omissione legislativa*, i rimedi comuni interni non possono ritenersi adeguati.

Nella prima ipotesi, concernente i casi di violazione di parametri convenzionali da parte di una legge, la Corte EDU osserva come i giudici non possano far altro che applicare la previsione o il

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.

¹⁸ A commento M. D'Amico, *La Corte europea come giudice “unico” dei diritti fondamentali?* cit.,2015; 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. 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, 617 ss.; F. 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)*, in *Consulaonline*, 2015.

divieto legislativo contestato dai ricorrenti. Qualsiasi rimedio giurisdizionale è quindi in questo caso inadeguato poiché, utilizzando le parole della stessa Corte: “*non si può rimproverare validamente ai ricorrenti di non avere presentato una domanda volta ad ottenere una misura che è vietata in maniera assoluta dalla legge*”¹⁹.

Nella seconda ipotesi, concernente i casi di violazione di parametri convenzionali da parte di un’omissione legislativa, la Corte di Strasburgo prende atto del fatto che “*nessun giudice interno può colmare la lacuna legislativa*”²⁰, lamentata dai ricorrenti.

Una volta valutati i rimedi comuni, segnalati nell’eccezione governativa, la Corte europea sposta l’attenzione sul giudizio di costituzionalità nell’ordinamento italiano, osservando come quest’ultimo non possa ritenersi, secondo giurisprudenza consolidata, rimedio effettivo *ex art. 13 CEDU* poiché “*la persona sottoposta alla giustizia non gode di un accesso diretto alla Corte costituzionale: in effetti, soltanto una giurisdizione che esamina il merito di una causa ha la facoltà di adire questa alta giurisdizione*”. Si ritiene interessante sottolineare come l’inciso appena riportato, relativo all’inaccessibilità del sistema di giustizia costituzionale italiano, sia ripreso da un caso del 1989 (C. EDU, Brozicek c. Italia, 19.12.1989) e ripetutamente citato nel testo delle eccezioni preliminari sul mancato esaurimento dei rimedi interni²¹.

Stante l’assenza di ricorso diretto nel sistema italiano, il Giudice di Strasburgo non sembra in alcun modo indagare ulteriormente la sussistenza “in concreto” dei requisiti dell’accessibilità e dell’adeguatezza, richiesti dall’art. 13 CEDU.

Con riferimento all’accessibilità del rimedio, infatti, la Corte europea non pare verificare, ad esempio, se è presentata istanza di parte di sollevamento della questione di costituzionalità *ex art. 23, l. n. 87 del 1957*; se quest’ultima, coerentemente con la regola del c.d. esaurimento orizzontale, evidenzia le medesime doglianze, almeno in sostanza, portate all’attenzione del giudice sovranazionale; se quest’ultima sia presa in considerazione del giudice nazionale e se, a sua volta, quest’ultimo giudice sollevi la relativa questione di costituzionalità²².

Ci si potrebbe chiedere se la Corte europea possa giungere alle medesime conclusioni, affermando quindi l’incoerenza del giudizio di costituzionalità interno con l’art. 13 CEDU, anche se si trovi di fronte ad un caso in cui il ricorrente a Strasburgo - allo stesso momento parte di un procedimento interno concernente le medesime violazioni denunciate in sede sovranazionale - abbia presentato istanza di sollevamento della questione e il giudice del predetto procedimento abbia poi sollevato la stessa davanti alla Corte costituzionale. In linea teorica, la Corte EDU potrebbe mantenere ferma la sua posizione, anche in caso di sollevamento della questione di costituzionalità, poiché è proprio l’interposizione di un soggetto terzo nell’accesso alla giustizia a rendere, nel ragionamento della stessa Corte, un rimedio giurisdizionale inaccessibile.

¹⁹C. EDU, Costa e Pavan c. Italia (Ricorso n. 54270/10), IIS, 28 agosto 2012.

²⁰C. EDU, Cordella e altri c. Italia, II S,(Ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15), 24 gennaio 2019; nello stesso senso C. EDU, Oliari e altri c. Italia, IVS, (Ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11), 21 luglio 2015, C. EDU, Azzolina e altri c. Italia, IS, (Ricorsi nn. 28923/09 e 67599/10), 26 ottobre 2017.

²¹ Sono molteplici le pronunce in cui la Corte europea definisce il giudizio di costituzionalità quale rimedio non effettivo *ex multis* C. EDU, Brozicek c. Italia, 19 dicembre 1989; C. EDU, M.C. e altri c. Italia, 3 settembre 2013; Corte edu, Hirsi Jamaa ed altri c. Italia, GC, 23 febbraio 2012; C. EDU, Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009; Corte EDU, CIGL e Cofferati c. Italia, 24 febbraio 2009, Parrillo c. Italia, CG, (Ricorso n. 46470/11), C. EDU, Cordella e altri c. Italia, II S,(Ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15), 24 gennaio 2019.

²² Nel caso C. EDU, Viola c. Italia (N. 2), IS, (Ricorso n. 77633/16), 13 giugno 2019, la Corte Europea dà atto nell’esposizione dei fatti (non già nelle questioni sulla ricevibilità del ricorso) che il ricorrente aveva presentato, ben due volte, istanza di sollevamento della questione di costituzionalità sull’art. 4 bis della legge sull’Ordinamento penitenziario.

Allo stesso modo la Corte europea non sembra accertare l'adeguatezza²³ del sistema di giustizia costituzionale italiano, salvo un richiamo – operato nella decisione resa a seguito del caso Parrillo c. Italia - all'ineffettività del c.d. “sistema gemelle” incapace – secondo il Giudice sovranazionale - di vivere nella “prassi giudiziaria consolidata”. Queste considerazioni generali sono forse servite alla Corte europea, come rilevano alcuni autori, per criticare la tendenza all'accentramento della Corte costituzionale - a quel tempo dimostrata dai principi espressi dalla sentenza n. 49 del 2015²⁴ e dall'inclinazione del Giudice delle leggi a dichiarare “assorbiti” i parametri sovranazionali²⁵ - ma non sembrano aggiungere nulla in più sulla valutazione specifica dell'effettività del giudizio di costituzionalità *ex art. 13 CEDU*. Tanto è vero che, anche nel caso Parrillo, la Corte EDU conclude l'ampio ragionamento sul sistema di giustizia costituzionale italiano affermando: “*in ogni caso...nell'ordinamento giuridico italiano i litiganti non hanno il diritto di rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale; conseguentemente tale ricorso non può essere un rimedio di cui è richiesto l'esaurimento ai sensi della Convenzione*”.

È quindi la mancanza del ricorso diretto in sé a rendere il nostro giudizio di costituzionalità inaccessibile e quindi ineffettivo. Tanto basta, nella logica della Corte EDU, per dichiarare il ricorso ricevibile, nonostante non siano stati esperiti tutti i rimedi interni di giudizio ed, in alcuni casi, nonostante sia già stata sollevata questione di costituzionalità su una questione analoga.

Ripercorrendo in sintesi il ragionamento effettuato nelle pronunce analizzate, si evince che, secondo la Corte EDU, i giudici nazionali, davanti ad un'omissione del legislatore o ad una previsione legislativa, nulla possono se non: a) applicare la legge ritenuta lesiva dei parametri convenzionali, il che rappresenterebbe per ovvi motivi un rimedio non effettivo; b) sollevare questione di legittimità costituzionale *ex art. 117, par. 1 CEDU* che, tuttavia, costituisce un rimedio inaccessibile al singolo e come tale non richiesto ai fini del soddisfacimento della regola di cui all'art. 35 par. 1 CEDU.

Sembra, quindi, possibile sostenere che, nei casi in oggetto, l'interpretazione della regola dell'esaurimento dei rimedi interni non diviene più o meno elastica a seconda delle peculiarità del caso di specie, poiché la sola “circostanza” che pesa nel ragionamento della Corte EDU riguarda la valutazione dell'unico rimedio disponibile nell'ordinamento italiano per porre fine alla violazione dei diritti convenzionali da parte di una legge o di un'omissione legislativa – il giudizio di costituzionalità - che non può essere considerato rimedio effettivo *ex art. 13 CEDU*.

Ne discende che nelle ipotesi in oggetto, il ricorso “diretto” o “senza esaurimento delle vie interne”- purché rispetti le altre condizioni di ricevibilità e non sia manifestamente infondato – potrebbe

²³ Pur non avendo alcun peso nella valutazione della Corte EDU, si osserva come le sentenze di illegittimità costituzionale della Corte costituzionale italiana sono ritenute dal Comitato dei Ministri quali misure generali idonee a porre fine, in via generale, alle violazioni accertate in sede di condanna. In questo senso: la risoluzione resa a seguito della decisione sul caso Costa e Pavan, 2012, in cui Comitato dei Ministri ritiene di poter concludere positivamente la procedura di controllo sull'esecuzione della predetta pronuncia in ragione, fra l'altro, dell'intervenuta sentenza della Corte costituzionale n. 96 del 2015 che, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 “*ha messo fine al problema dell'incoerenza del sistema legislativo italiano in materia di procreazione medicalmente assistita constatato*” dalla stessa sentenza²³.

²⁴ Osserva criticamente la Corte EDU come con la sent. n. 49 del 2015 la Corte costituzionale abbia voluto definire “*la posizione della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte nell'ordinamento giuridico interno*”, invitando i giudici “*a conformarsi alla giurisprudenza della Corte soltanto se essa era “consolidata” o espressa in una “sentenza pilota*”.

²⁵ La Corte europea osserva come la Corte costituzionale abbia esaminato “*il divieto di fecondazione eterologa “soltanto alla luce degli articoli della Costituzione in discussione (vale a dire gli articoli 2, 31 e 32)” pur essendo quest'ultima decisione stata assunta “a seguito dell'ordinanza n. 150 del 22 maggio 2012 che rimetteva la questione ai giudici a quibus al fine di rivalutare la questione alla luce della “sopravvenuta sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria*”.

astrattamente essere *sempre e in ogni caso* dichiarato ricevibile dalla Corte europea, indipendentemente dalle “circostanze particolari” del caso di specie.

Alla luce di quanto argomentato, si potrebbe arrivare a concludere che la regola dell’esaurimento dei rimedi interni, di cui all’art. 35, par. 1 CEDU²⁶ possa ritenersi *neutralizzata* di fronte a ricorsi riguardanti una legge o un’omissione legislativa.

4. Relazioni e contraddizioni tra i due tipi di giudizio

Sostenere che il ricorso in via diretta alla Corte EDU, concernente una violazione convenzionale derivante da una legge o un’omissione legislativa, possa essere *sempre* dichiarato ricevibile, equivale a ritenere che, nelle predette ipotesi, il singolo sia sempre legittimato ad adire direttamente il Giudice sovranazionale *in alternativa o parallelamente* non solo ai rimedi comuni interni, ma potenzialmente anche al giudizio in via incidentale.

In primo luogo, mettendoci nella prospettiva del singolo, ove quest’ultimo ritenga che i propri diritti, come sanciti dalla CEDU, siano violati da un atto legislativo interno o da un’omissione legislativa, egli potrà: presentare nell’ambito di un giudizio interno istanza di sollevamento della questione di costituzionalità per violazione dell’art. 117, comma 1 in riferimento ai propri diritti convenzionali violati e/o ai parametri interni corrispondenti; oppure, ricorrere alla Corte europea in via diretta, senza esperire alcun rimedio interno di giudizio o, comunque, senza averli esauriti.

Tuttavia, si ritiene che il singolo possa prediligere il ricorso diretto alla Corte europea, piuttosto che tentare la via del giudizio in via incidentale ove: ritenga che il ricorso diretto alla Corte europea rappresenti nei fatti la via più “sicura” per ottenere giustizia (*sub a*); consideri il ricorso diretto alla Corte EDU il rimedio più idoneo a porre fine alla violazione dei propri diritti, a seguito di specifiche scelte di strategia processuale (*sub b*).

In secondo luogo, potrebbe anche accadere - come verrà meglio illustrato in seguito (*sub c*) - che il singolo ricorra *parallelamente*, in via diretta o senza il completo esaurimento dei rimedi interni, alla Corte europea, anche nel caso in cui sia stata sollevata questione di costituzionalità nell’ambito dello stesso giudizio in cui è parte o in altro giudizio concernente una vicenda analoga.

²⁶ Si ritiene che la neutralizzazione della regola dell’esperimento dei rimedi interni possa assumere una valenza ancora più ampia se si considera che nel novero dei ricorsi dichiarati direttamente ricevibili potrebbero rientrare anche ricorsi riguardanti previsioni legislative per come esse vivono del diritto giurisprudenziale, nelle prassi amministrative e nei singoli atti esecutivi della legge stessa. In questo senso cfr. C. EDU, Immobiliare Saffi c. Italia, GC, (Ricorsi n. 22774/93), 1999 in cui il ricorrente denunciava, fra l’altro, come la mancanza di una previsione legislativa che disciplinasse il diniego del Prefetto alla richiesta di assistenza della forza pubblica nelle procedure di sfratto precludesse l’accesso alla giustizia amministrativa. La Corte non contesta la mancanza dell’atto del diniego da parte del Prefetto, ma guarda direttamente alla legge interna in materia arrivando a concludere che “*Or, s’il est vrai que la société requérante aurait pu introduire un recours devant les juridictions administratives contre le refus du préfet de lui octroyer l’aide de la police, la Cour observe que ces juridictions n’auraient été compétentes que pour censurer les décisions du préfet qui ne faisaient pas application des critères de priorité. (...) Dès lors, ne pouvant pas porter sur les critères de priorité eux-mêmes qui étaient en grande partie prescrits par la loi, le recours au tribunal administratif ne saurait passer pour un moyen efficace. Par ailleurs, le Gouvernement n’a pas fourni de précédents jurisprudentiels qui démontrent le contraire*”. Allo stesso modo, si potrebbe sostenere che anche ricorsi che denunciano un’omissione legislativa che determini comportamenti, prassi amministrative, o diritto giurisprudenziale contrari ai diritti sanciti dalla CEDU possano essere ritenuti ricevibili anche senza l’esaurimento delle vie interne di giudizio. Da questo punto di vista potrebbe venire in rilievo il caso C. EDU Azzolina, 2017 in cui i ricorrenti lamentavano l’assenza della legge sulla tortura. Nella predetta pronuncia la Corte europea tiene conto - nella valutazione dell’esaurimento dei rimedi interni - delle ripetute decisioni dei giudici penali che, impotenti davanti all’assenza di una disciplina specifica sul reato di tortura, non avevano potuto procedere alla condanna dei responsabili delle vicende della caserma Bolzaneto a causa dell’avvenuta prescrizione dei singoli reati ascritti a questi ultimi.

Infine, sarà necessario considerare che il complicato intreccio tra i rimedi - giudizio in via incidentale e ricorso diretto -, appena descritto, potrebbe determinare una “sovrapposizione” non solo tra il giudizio davanti alla Corte europea e i giudizi comuni, ma anche tra il giudizio della Corte europea e quello della Corte costituzionale chiamate a pronunciarsi su questioni analoghe a seguito di vicende processuali parallele (*sub. d*).

a) *Il ricorso diretto alla Corte EDU quale via più “sicura” per porre fine alla violazione dei diritti convenzionali del singolo*

In alcuni casi il singolo individuo potrebbe considerare il ricorso diretto alla Corte EDU quale via più “sicura” per ottenere giustizia rispetto alla violazione dei propri diritti convenzionali da parte di una legge o di un’omissione legislativa. Una scelta di questo genere potrebbe essere dovuta sia alle strutturali strettoie di accesso alla Corte costituzionale²⁷, proprie del giudizio in via incidentale, sia ai tradizionali limiti che il controllo di costituzionalità delle leggi incontra nei casi in cui venga in rilievo un’omissione legislativa.

Riguardo all’accesso alla Corte costituzionale, da un lato, la tipica funzione di “filtro” al sindacato di costituzionalità²⁸, attribuita nel nostro sistema al giudice *a quo*, potrebbe rappresentare agli occhi del singolo un ostacolo nell’accesso alla Corte, inducendolo a considerare il ricorso alla Corte EDU la via più “sicura” per denunciare *direttamente* la violazione dei propri diritti. Una simile situazione può tanto più verificarsi quando la parte di un procedimento interno si veda “*chiudere le porte del giudizio di costituzionalità*” per mano di un’erronea valutazione dei presupposti della rilevanza e della non manifesta fondatezza²⁹. D’altro lato, il singolo potrebbe cercare giustizia in sede sovranazionale a causa di un possibile atteggiamento di “chiusura” della Corte costituzionale che talvolta, come dimostrano alcune “fasi” della giurisprudenza Costituzionale forse oggi non più attuali³⁰, può “decidere di non decidere”³¹, dietro lo schermo “processuale” dell’inammissibilità della questione³².

²⁷ R. Romboli definisce “strettoie” al giudizio di costituzionalità quelle “*situazioni e ipotesi in cui può risultare, per varie e differenti ragioni, più difficile portare una legge all’esame della Corte costituzionale*” v. R. Romboli, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2015, 15. Ancora si potrebbe utilizzare il termine “zone d’ombra” del giudizio di costituzionalità che A. Ruggeri definisce “*quei casi in cui il giudizio della Corte ha ugualmente modo di spiegarsi, pur lasciando per l’uno o per l’altro aspetto comunque insoddisfatte o, come che sia, non pienamente appagate talune aspettative di giustizia costituzionale (per una loro densa, esigente accezione)*” v. A. Ruggeri, *Presentazione del Seminario*, in *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi, Quaderni del Gruppo di Pisa*, Torino, 2006. Diffusamente sul tema dei limiti all’accesso alla Corte costituzionale P. Carrozza, R. Romboli, E. Rossi, *I limiti all’accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. Romboli (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 679 ss.

²⁸ Riflette sul ruolo del giudice *a quo* in relazione ai diritti delle parti M. D’Amico, *Parti del processo a quo costituite e non costituite*, in V. Angiolini (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998.

²⁹ Tra gli esempi si potrebbe citare Trib. Catania, ord. 3 maggio 2004 in materia di fecondazione assistita. A commento M. D’Amico, *Riuscirà una legge incostituzionale ad arrivare davanti al suo giudice? In margine alla prima decisione sulla l. n. 40 del 2004*, in A. Celotto. – N. Zanon. (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Al margine di una legge controversa*, Milano, 2004.

³⁰ Vi è in dottrina chi evidenzia attualmente una fase di “accentramento” della Corte costituzionale cfr. su tutti cfr. R. Romboli, *Dalla “diffusione” all’“accentramento”*, cit., in *Il Foro it.*, n. 7, 8/2018.

³¹ Così A. Pugiotto, *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un’ordinanza pilatesca*, in *Diritto&Giustizia*, 2005, n. 3.

³² Un esempio anche se risalente potrebbe essere l’ordinanza della Corte costituzionale n. 389 del 2004 che ha dichiarato manifestamente inammissibile, per carenza dell’oggetto, la questione relativa l’obbligo di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. A commento ancora A. Pugiotto, *Sul crocifisso la Corte costituzionale pronuncia un’ordinanza pilatesca*, cit.

In secondo luogo, dai casi analizzati, sembra evincersi come il singolo sia portato a prediligere la via del ricorso diretto alla Corte EDU, in quanto quest'ultimo costituisce ai suoi occhi la via più "sicura" a porre fine alla violazione dei propri diritti causata dal mancato intervento del legislatore in un determinato settore.

Il ricorso alla Corte EDU consente, infatti, ai singoli di denunciare in via generale la "mancata adozione da parte dello Stato di misure (...) legislative"³³ adeguate a dare piena soddisfazione ai diritti convenzionali, potendo allo stesso tempo ben sperare di ottenere una pronuncia di condanna dello Stato (cfr. C. EDU Oliari c. Italia, 2015; C. EDU Azzolina c. Italia, 2017; C. EDU Cordella c. Italia, 2019) non solo ad una soddisfazione economica, ma anche alla rimozione delle conseguenze della violazione convenzionale o, addirittura, ove ne sussistano le condizioni, nella condanna con c.d. procedura pilota indicante le misure generali volte a risolvere la strutturale lesione dei diritti convenzionali nell'ordinamento interno.

Diversamente, le stesse omissioni legislative portate all'attenzione della Corte costituzionale poiché ritenute lesive di diritti costituzionali si sono scontrate, in alcuni casi con pronunce di inammissibilità per discrezionalità legislativa, divenendo però oggetto di chiari moniti al legislatore (cfr. C. cost. sentt. n. 138 del 2010³⁴; C. Cost. n. 279 del 2013³⁵); in altri casi sono state sanzionate mediante sentenze additive di principio³⁶ (C. Cost. sent. n. 170 del 2014³⁷). Tuttavia, anche questi ultimi strumenti decisori adottati dalla Corte costituzionale proprio con lo scopo di non "rinunciare al proprio ruolo di garante dei principi costituzionali"³⁸ non si sono spesso tradotti nel

³³ In questo senso C. EDU, Cordella e altri c. Italia, II S.(Ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15), 24 gennaio 2019; nello stesso senso C. EDU, Oliari e altri c. Italia, IVS, (Ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11), 21 luglio 2015, C. EDU, Azzolina e altri c. Italia, IS, (Ricorsi nn. 28923/09 e 67599/10), 26 ottobre 2017.

³⁴ La pronuncia ha come noto dichiarato la questione avente ad oggetto le norme del codice civile relative al matrimonio nella parte in cui «non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso» non fondata in relazione agli artt. 3 e 29 Cost. e inammissibile in relazione agli artt. 2 e 117 Cost. poiché rientrante nella discrezionalità legislativa. La sent. n. 138 del 2010 è stata diffusamente commentata in dottrina su tutti M. D'Amico, "Una decisione ambigua", in *Notizie di Politeia*, 2010, 85 ss.; R. Romboli, "La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni", in *www.rivistaaic.it*, 2011.; A. Ruggeri, "Famiglie "di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?", in *www.rivistaaic.it*, 2010.

³⁵La questione relativa all'art. 147 c.p. «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità» è stata sollevata con due ordinanze di remissione da parte dei Tribunali di Venezia e di Milano a seguito della pronuncia C. EDU, Torreggiani e altri c. Italia, 2013. A commento A. Ruggeri, *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, in *Consultaonline*, 2013; E. Malfatti, "Oltre le apparenze": *Corte costituzionale e Corte di Strasburgo "sintoniche" sull'(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2013; M. Ruotolo, *Quale tutela per il diritto a un'esecuzione della pena non disumana? Un'occasione mancata o forse soltanto rinviata*, in *www.dirittopenitenziarioecostituzione.it*, 2013; C. Nardocci, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, *www.rivistaaic.it*, 1/2014.

³⁶ Allo stesso modo, anche nelle ipotesi in cui la Corte giunga a una dichiarazione di incostituzionalità di una norma "nella parte in cui non prevede...", operata con una pronuncia additiva di principio, non è detto che quest'ultima abbia nell'immediato effetti benevoli sui diritti dei singoli, soprattutto in quei casi in cui il principio indicato dalla Corte non riesca a trovare seguito concreto nell'applicazione giurisprudenziale in attesa dell'intervento legislativo.

³⁷ Tra i tanti commenti alla pronuncia si vedano su tutti R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Consultaonline*, 2014; A. Ruggeri, *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in *Consultaonline*, 2014; F. Biondi, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2014.

³⁸ E. Malfatti – S. Panizza – R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, VI edizione, Torino, 2018, 145.

riconoscimento concreto dei diritti costituzionali dei singoli, realizzabile solo mediante l'auspicato intervento legislativo³⁹.

Emblematica in tal senso è la nota vicenda relativa al riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso sesso. La persistente inerzia legislativa nel riconoscere i diritti delle coppie dello stesso sesso in forza dell'art. 2 Cost., nonostante il doppio invito in questo senso della Corte costituzionale (C. Cost. sent. n. 138 del 2010 e n. 170 del 2014), ha costretto alcune coppie omosessuali, talune già parti nel giudizio davanti alla stessa Corte costituzionale, a rivolgersi direttamente alla Corte europea, apparendo questa l'unica strada possibile per forzare ulteriormente il Parlamento italiano a colmare la lacuna legislativa lesiva dei diritti costituzionali e convenzionali (C. EDU, Oliari c. Italia, 2015).

b) *Il ricorso diretto alla Corte EDU a seguito di specifiche scelte di strategia processuale da parte del singolo*

Il singolo potrebbe propendere per la presentazione del ricorso diretto alla Corte europea non solo nei casi in cui quest'ultimo costituisca ai suoi occhi l'unica via percorribile, ma anche nel caso in cui esso rappresenti semplicemente la via processuale che meglio si adatti al suo caso.

Più precisamente il singolo potrebbe prediligere la via del ricorso diretto alla Corte EDU a seguito di specifiche scelte di strategia processuale⁴⁰.

In primo luogo, non sempre l'interesse generale a veder eliminata con effetti *erga omnes* dall'ordinamento una norma *inconvenzionale* (e quindi *incostituzionale*) prevale sull'interesse "particolare" del singolo a veder tutelati immediatamente i propri diritti in un giudizio che – non solo non può certo definirsi "senza parti" – ma consente a quest'ultimo di poter partecipare attivamente al contraddittorio⁴¹.

In secondo luogo, l'ampiezza dei poteri istruttori e le modalità di coinvolgimento dei terzi⁴², nonché l'importanza che gli stessi assumono ai fini della decisione della Corte EDU potrebbe rappresentare un elemento centrale nella scelta del singolo riguardo alla via processuale da intraprendere (ricorso diretto/istanza di sollevamento della questione). Non è un caso, dunque, che i ricorsi diretti analizzati abbiano spesso ad oggetto tematiche, come quelle scientifiche e ambientali, in relazione alle quali è spesso richiesto ai fini della risoluzione della controversia l'intervento di soggetti terzi e la presentazione di documenti.

Infine nella scelta del singolo potrebbero contare i tempi delle vicende processuali volte ad una riparazione alla lesione dei propri diritti. Anche in questo caso è bene ricordare che talvolta la necessità urgente di porre fine ad una violazione dei propri diritti ha spinto i singoli ad adire

³⁹ Come noto infatti il monito della sent. n. 138 del 2010 è rimasto a lungo inascoltato. Anche la sentenza additiva di principio n. 170 del 2010 relativa al c.d. divorzio imposto, non ha determinato, come osservato in dottrina, né l'effetto demolitorio della norma oggetto del giudizio che anzi avrebbe dovuto "*continuare ad essere applicata, in quanto non solo non incostituzionale ma costituzionalmente necessaria*" (in forza dell'art. 29 Cost.), né alcun effetto sui diritti dei singoli stante l'impossibilità dei giudici di dare seguito ai principi costituzionali senza il previo intervento del legislatore. Così R. Romboli, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, in *Consultaonline*, 2014. L'A. sottolinea, infatti, come con la sent. n. 170 del 2014, la Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità di "*un'omissione legislativa pura e semplice*".

⁴⁰ In questo senso, M. D'Amico, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in *Italian Review of Legal History*, 2018.

⁴¹ Sull'ampiezza del contraddittorio davanti alla Corte EDU E. Malfatti, *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., 142.

⁴² Per una comparazione tra i poteri istruttori e l'intervento dei terzi nei due giudizi M. D'Amico *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, cit., 2018.

direttamente la Corte EDU, senza nemmeno tentare preventivamente di trovare giustizia davanti ad un giudice interno⁴³.

Scelte di questo genere hanno mosso probabilmente i coniugi Costa e Pavan, portatori sani di fibrosi cistica, che intendevano accedere alle tecniche di procreazione assistita ed effettuare una diagnosi pre-impianto, contrariamente a quanto previsto dalla l. n 40 del 2004. Nonostante alcune, seppur isolate, pronunce di Tribunali civili⁴⁴ propendessero per un'interpretazione del tutto creativa del portato normativo tale da autorizzare l'accesso alla diagnosi pre-impianto, e nonostante la possibilità di domandare in quella stessa sede il sollevamento della questione di costituzionalità i due coniugi hanno preferito ricorrere direttamente e con procedura "prioritaria" alla Corte europea. Quest'ultima, da parte sua, ha dichiarato ricevibile il ricorso poiché "*non era possibile rimproverare ai ricorrenti*" di non aver previamente esperito i rimedi interni "*volti a ottenere una misura che (...) è vietata in maniera assoluta dalla legge*"⁴⁵.

c) *Il ricorso diretto quale via parallela al giudizio in via incidentale*

Infine, in alcuni casi può accadere che ricorso diretto e giudizio in via incidentale convivano parallelamente.

Come visto, infatti, la Corte europea non si limita a dichiarare ricevibile il ricorso "diretto" solo nel caso in cui il giudizio di costituzionalità venga presentato dal Governo quale rimedio potenzialmente esperibile, ma anche nei casi in cui la questione di costituzionalità sia già stata sollevata davanti alla Corte costituzionale.

L'attivazione parallela dei due rimedi può essere originata sia in due vicende processuali distinte e che vedano, l'una, la presentazione del ricorso diretto a Strasburgo e l'altra il sollevamento della questione di costituzionalità; sia nella stessa vicenda processuale che veda la stessa persona ricorsa a Strasburgo allo stesso tempo parte di un giudizio interno, nell'ambito del quale è stata sollevata questione di costituzionalità sulla stessa norma lesiva dei diritti convenzionali.

La promozione parallela del ricorso diretto e del giudizio in via incidentale potrebbe apparire problematica per due ordini di ragioni.

In primo luogo, le due Corti potrebbero essere chiamate – ovviamente nei limiti delle rispettive competenze⁴⁶ – a valutare la medesima norma presumibilmente lesiva dei diritti convenzionali. Nei casi in cui la presunta violazione dei diritti convenzionali derivi da una previsione o da un divieto legislativo la doglianza dei ricorrenti, portata innanzi alla Corte EDU, e l'oggetto dell'ordinanza di remissione pendente nello stesso momento davanti alla Corte costituzionale potrebbero nella

⁴³ Dà un rilievo particolare all'"urgenza" quale motivo di presentazione del ricorso diretto alla Corte EDU C. Masciotta, *Il ricorso "diretto" a Strasburgo in deroga al principio del previo esaurimento, ex art. 35 Cedu*, cit., n. 1/2018.

⁴⁴ Trib. Salerno, ord. n. 12474/2009, 9 gennaio 2010.

⁴⁵ Sul seguito della pronuncia a livello interno cfr. Tribunale di Roma del 23 settembre 2013 e C. Cost. sent. n. 96 del 2015. Sulla prima pronuncia A. Ruggeri, *Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo*, in www.diritticomparati.it, 8 ottobre 2013. Sulla sent. n. 96 del 2015 della Corte costituzionale e sull'"assorbimento del parametro convenzionale" da parte della predetta pronuncia si rinvia alle osservazioni di E. Malfatti, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, cit., p. 19 e Id., *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consultaonline*, 2015.

⁴⁶ È scontato precisare che anche quando la violazione dei parametri convenzionali derivi da una legge l'oggetto del giudizio davanti alla Corte EDU è il caso concreto e la lamentata violazione dei parametri convenzionali da parte dei ricorrenti cfr. E. Malfatti, *I livelli di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, cit., 160. Tuttavia, non mancano gli studiosi che si domandano se il giudizio davanti alla Corte EDU possa qualificarsi come processo costituzionale cfr. B. Randazzo, *Il giudizio dinanzi alla corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, www.rivistaaic.it, 2011.

sostanza coincidere. Scorrendo i formulari dei ricorsi presentati alla Corte europea nella parte dedicata all' "oggetto" del ricorso, suddivisa a sua volta in "esposizione dei fatti" e "parametri", ci si accorge come nella maggior parte dei ricorsi poi dichiarati ricevibili senza esaurimento dei rimedi interni, la parte dedicata all'"esposizione dei fatti" è compilata con argomentazioni concernenti le norme interne e le ragioni in base alle quali queste ultime si ritengono fonte di violazione dei diritti convenzionali. Come sostenuto in dottrina, ciò potrebbe riflettersi anche sul giudizio della Corte EDU che sembra, talvolta, andare "*ben oltre il caso concreto*"⁴⁷.

In secondo luogo, le due Corti potrebbero trovarsi, per via dell'attivazione parallela dei due giudizi, a dover decidere su questioni analoghe nello stesso lasso di tempo. Questa circostanza è stata, come noto, evitata dal Presidente della Corte costituzionale che ha rinviato a nuovo ruolo l'udienza pubblica relativa all'esame dell'ordinanza di remissione avente ad oggetto il divieto di ricerca scientifica sugli embrioni (l. n. 40 del 2004), proprio in attesa della decisione della Corte europea sul caso Parrillo c. Italia vertente su un caso del tutto analogo⁴⁸.

d) *Spunti di riflessione sulla convivenza tra più rimedi volti a porre fine alla violazione dei diritti convenzionali*

Alla luce di quanto sin qui esposto ci si potrebbe chiedere se la tendenza del giudice sovranazionale a dichiarare ricevibili ricorsi in via diretta, generando come visto la convivenza alternativa o parallela del giudizio in via incidentale e del ricorso diretto e portando così le Corti a decidere su questioni analoghe, possa rappresentare una possibile fonte ulteriore di contrasti giurisprudenziali.

In realtà è bene sin da subito precisare che l'alternatività dei rimedi sopra illustrata non sempre si traduce nella convivenza del giudizio in via incidentale con il giudizio davanti alla Corte europea.

Può, infatti, accadere che, in un primo momento, sia presentato esclusivamente il ricorso diretto alla Corte europea e, solo in seguito alla sentenza di condanna della Corte EDU, la questione sia sollevata da parte di un giudice interno davanti alla Corte costituzionale, in riferimento all'art. 117, comma 1 e ai diritti convenzionali come interpretati alla luce dell'intervenuta pronuncia del giudice sovranazionale (C. EDU, Torreggiani c. Italia, 2013; C. EDU Costa e Pavan c. Italia, 2015; C. EDU Cordella c. Italia, 2019). Ancora, può accadere, come già visto, che il ricorso diretto sia presentato solo dopo che la Corte costituzionale italiana si sia pronunciata (C. EDU Oliari c. Italia, 2015).

L'ipotesi più problematica e che potrebbe con più probabilità "condurre a conflitti", appare quella in cui le due vie – giudizio in via incidentale e ricorso diretto - sono promosse parallelamente, tanto più se l'oggetto della doglianza portata davanti alla Corte europea e dell'ordinanza di rimessione in sostanza coincidano, coinvolgendo le medesime norme interne.

Pur essendo vero che la convivenza delle due vie – ricorso diretto e giudizio in via incidentale - può condurre a decisioni di senso diverso su casi analoghi, l'analisi giurisprudenziale sin qui svolta mostra come una simile circostanza abbia più che altro messo in luce l'esigenza generale di individuare meccanismi di raccordo fra le Corti⁴⁹. Ne è un esempio il rinvio dell'udienza in attesa della decisione sul caso Parrillo, che tuttavia parrebbe rappresentare solo un debole tentativo operato dal nostro Giudice costituzionale.

⁴⁷ Così M. D'Amico, *Lo spazio giudiziario europeo e la tutela complessa dei diritti*, in cit., 2018.

⁴⁸ La Corte costituzionale si è poi pronunciata con la sent. n. 84 del 2016; a commento su tutti M. D'Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Biodiritto*, 2016; A. Ruggeri, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Biodiritto*, 2016.

⁴⁹ Sull'utilità in questo senso della richiesta di parere consultivo prevista dal Protocollo 16 si rinvia alle osservazioni svolte nella relazione di E. Malfatti, *La Cedu come parametro*, cit., p. 39.

Anzi, la ricerca svolta sembrerebbe dimostrare come, in alcuni casi, l'esistenza di più rimedi – ricorso diretto e giudizio in via incidentale - volti a porre fine alla violazione dei diritti convenzionali possa contribuire non tanto all'inasprimento del “conflitto” tra le Corti, ma all'integrazione delle tutele.

Una simile conclusione sembra essere dimostrata da quei casi analizzati, concernenti omissioni legislative, che hanno portato la Corte europea a condannare l'Italia proprio in quegli ambiti dove la Corte costituzionale non sempre riesce ad ottenere l'effetto desiderato, ovvero quello di imporre al Parlamento di colmare le lacune legislative lesive dei diritti fondamentali⁵⁰. L'approvazione di leggi centrali in tema di diritti umani, come la l. n. 76 del 2016 sul riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso, a seguito di condanne contro l'Italia da parte della Corte EDU, sono la dimostrazione di come il ricorso diretto alla Corte EDU possa rappresentare non solo uno strumento di tutela dei “diritti particolari” del singolo, ma anche uno strumento utile “all'interesse generale” a veder colmata una lacuna legislativa, tanto più se già accertata dalla nostra Corte costituzionale come lesiva di diritti fondamentali.

5. Osservazioni conclusive

Dopo aver cercato di ricostruire le conseguenze della tendenza dell'interpretazione flessibile operata dalla Corte EDU della regola di cui all'art. 35, par. 1 CEDU sul giudizio in via incidentale, si ritiene opportuno svolgere qualche riflessione conclusiva connessa a quella “tradizionale giurisprudenza” della Corte EDU⁵¹ che costantemente definisce il sistema di giustizia costituzionale italiano quale rimedio non effettivo, poiché *“la persona sottoposta alla giustizia non gode di un accesso diretto alla Corte costituzionale”*.

Una simile riflessione si ritiene utile non al fine di – è bene precisarlo - individuare eventuali accorgimenti volti ad arginare la tendenza della Corte EDU analizzata in questo contributo – che ad oggi sarebbe di fatto possibile solo mediante l'improbabile introduzione nel nostro ordinamento del ricorso diretto alla Corte costituzionale – ma perché le citate affermazioni della Corte EDU possono rappresentare un'occasione per ragionare nuovamente su alcuni aspetti che caratterizzano il nostro sistema in via incidentale.

Le valutazioni della Corte EDU circa l'effettività del nostro sistema di giustizia costituzionale sembrano anzitutto mettere in luce l'esistenza di due tendenze contrapposte nello spazio giuridico europeo.

Da un lato, la Corte costituzionale sembra sempre più impegnata a ritagliarsi un ruolo centrale e prioritario nella tutela dei diritti fondamentali, affermando - seppur in relazione al tema diverso del rapporto intercorrente con il diritto UE - il principio utile anche ai nostri fini *“che situa il sindacato accentratore di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.)”* (C. cost. sent. n. 269 del 2017; C. cost. sent. n. 20 del 2019)⁵².

⁵⁰ R. Romboli evidenzia come il ricorso alla Corte EDU può rappresentare un rimedio alle c.d. zone d'ombra del giudizio di costituzionalità R. Romboli, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2015, 15.

⁵¹ Così l'opinione parzialmente concordante l'opinione parzialmente concordante comune ai giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov alla pronuncia sul caso C. EDU, Parrillo c. Italia, 2015.

⁵² Sulla tendenza all'accentramento della Corte costituzionale si vedano R. Romboli, *Dalla “diffusione” all'“accentramento”*, cit., 8/2018 e M. D'Amico, *L'Europa dei diritti: tra “aperture” e chiusure*, in corso di pubblicazione nel Volume di raccolta degli atti del IV Seminario Italo Spagnolo *“Prospettive del costituzionalismo contemporaneo”*, Murcia, 28-30 novembre 2018. In particolare sulla sent. n. 269 del 2017 tra i moltissimi commenti si

D'altro lato la *neutralizzazione* della regola dell'esaurimento dei rimedi interni determina la convivenza nell'ordinamento di due rimedi – giudizio in via incidentale e ricorso diretto – entrambi volti a porre fine alla violazione di diritti convenzionalmente garantiti. Essendo poi il ricorso diretto “a disposizione” del singolo individuo e non del giudice può accadere, come visto, che le violazioni delle norme della CEDU “sfuggano” alla necessità/opportunità di “*preservare un intervento con effetti erga omnes*” (C. cost. sent. n. 269 del 2017; C. cost. sent. n. 20 del 2019) della Corte costituzionale, essendo portate direttamente e immediatamente davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che come noto deciderà sul singolo caso concreto.

Sembra riproporsi, dunque, un tema non nuovo alla dottrina e che attiene all'asserita contrapposizione tra “interessi e diritti particolari” dei singoli e “interesse generale” sotteso alla questione di costituzionalità. Nei casi esaminati, infatti, il bisogno di tutela dei diritti dei singoli sembra nei fatti prevalere sull'interesse generale di veder eliminata con effetti *erga omnes* dall'ordinamento una norma *inconvenzionale* e quindi *incostituzionale*.

Ciò parrebbe essere determinato talvolta dalla sottovalutazione del ruolo delle parti nel giudizio in via incidentale che - anche a causa di valutazioni erranee da parte del giudice *a quo* sui presupposti della rilevanza e della non manifesta infondatezza - si vedono preclusa la possibilità che la violazione dei diritti convenzionali da loro denunciata possa giungere davanti alla Corte costituzionale, inducendole così a cercare giustizia in sede sovranazionale.

I casi sin qui analizzati sembrano così mostrare la continua attualità di quelle elaborazioni dottrinali⁵³ che, facendo leva sull'ampiezza di prospettive relative alle posizioni del singolo nelle intenzioni del Costituente, hanno enfatizzato il ruolo delle parti nel giudizio in via incidentale, non solo come titolare di interessi particolari, ma come portatrice di interessi pubblici. Queste tesi non mirano come noto a snaturare la natura oggettiva del sindacato di costituzionalità, ma al contrario muovono dalla convinzione che “*il singolo e i diritti da essi fatti valere dinanzi alla Corte costituzionale non sono (...) in contrapposizione alla tutela dell'interesse generale, ma anzi divengono parte e strumento di questo*”⁵⁴.

Rileggendo queste tesi alla luce del contesto attuale ci si potrebbe domandare se la valorizzazione del ruolo delle parti nel processo costituzionale non possa rappresentare un completamento del cammino avviato dalla Corte costituzionale, in una logica di accentramento, volto “a preservare” il proprio “*intervento erga omnes*” nelle materie che attengono ai diritti fondamentali, tutelando così

veda su tutti A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2017; sulla sent. n. 20 del 2019 A. Ruggeri, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronuncia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in *Consultaonline*, 113; S. Catalano, *Doppia pregiudizialità una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019; S. Leone, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della corte costituzionale*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2019. Secondo S. Leone la tendenza all'accentramento da parte della Corte costituzionale è dimostrata anche da altre recenti pronunce del Giudice delle leggi, pur riguardanti il tema diverso della valenza nel nostro ordinamento della Carta Sociale europea, come la sent. n. 120 del 2018 con la quale la Corte costituzionale ha chiarito che le pronunce del Comitato Sociale Europeo “non vincolano i giudici nazionali nella interpretazione della Carta” v. Id., *La Corte costituzionale italiana riafferma la centralità della Costituzione e del proprio sindacato nella tutela dei diritti fondamentali*, in corso di pubblicazione nel Volume di raccolta degli atti del IV Seminario Italo Spagnolo “*Prospettive del costituzionalismo contemporaneo*”, Murcia, 28-30 novembre 2018.

⁵³ Su tutti M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 91; F. Pizzetti – G. Zagrebelsky, *Non manifesta infondatezza e rilevanza nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano, 1972, 76.

⁵⁴ Così M. D'Amico M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., 91.

non solo i diritti particolari dei singoli ma anche l'interesse generale all'eliminazione dall'ordinamento di norme *inconvenzionali* e quindi *incostituzionali*.