

quasi in dissoluzione. Un evento come la Brexit, le cui conseguenze sono ancora tutte da verificare e, soprattutto, l'incapacità di fare fronte a drammi epocali, come quello dei migranti, che impattano sul principio che ha spinto i popoli europei a unirsi, e cioè l'aspirazione a garantire la dignità delle persone, stanno a dimostrare la debolezza dell'Unione europea, la sua distanza rispetto ai suoi popoli, ai suoi cittadini³.

Per un costituzionalista si prospetta il peso di una responsabilità maggiore: non essere riuscito a far capire fino in fondo l'importanza di giungere non solo alla scrittura di una Costituzione europea, ma soprattutto alla sua condivisione e dunque alla sua adozione da parte dei popoli dell'Unione⁴.

Il periodo successivo all'unificazione monetaria, pur avendo avuto il merito di condurre all'adozione di una Carta dei diritti fondamentali è stato contrassegnato dal fallimento dell'introduzione di un vero e proprio Trattato costituzionale: qualcosa di molto simile a una Costituzione, venuto meno dopo l'esito negativo dei referendum francese e olandese. Come è noto la successiva adozione del Trattato di Lisbona, nonostante l'ampia convergenza su alcuni aspetti importanti, non ha guarito quella frattura creatasi fra la realizzazione dell'unione monetaria, da un lato, e l'incapacità di una trasformazione istituzionale adeguata, dall'altro⁵.

Ora che i nodi stanno venendo al pettine, uno dei profili più scoperti rimane quella della mancata unificazione dal punto di vista della difesa comune, da un lato, e dello spazio giudiziario europeo, dall'altro. Mentre il primo, dipendendo dalla politica, mostra fino in fondo la sua inadeguatezza, non altrettanto può dirsi del secondo.

L'art. 47 (*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*) della Carta dei diritti fondamentali era stato sicuramente scritto con l'obiettivo

³ Sulle problematiche sottese, si veda innanzitutto Caravita B., 2017, oltre ai numerosi contributi sul tema reperibili nella medesima rivista www.federalismi.it; si v. inoltre Martinelli C. (ed.), 2017.

⁴ Per una analisi delle esigenze di una Costituzione europea non è possibile prescindere dalle considerazioni fondamentali di Weiler J.H.H., 1995, pp. 219-258. Sul progetto costituzionale dell'Unione si rinvia inoltre alle riflessioni di Pizzorusso A., 2002, e alle considerazioni di Cartabia M., 2005a, p. 582 ss., e Cartabia M., 2005b, p. 33 ss.; D'Amico M., 2009.

⁵ Si vedano Bilancia P., D'Amico M. (eds.), 2009, e i saggi ivi contenuti, in particolare, Ziller J., 2009, p. 27 ss.

di creare un processo comune, istituti comuni, maggiori convergenze⁶. Sotto questo profilo, in questi anni, molto poco è stato fatto e tante sono le occasioni perse. Tuttavia, e grazie all'opera congiunta delle Corti e della dottrina, possiamo constatare che, sostanzialmente, uno spazio giudiziario comune esiste. Esiste ed è anche ben strutturato⁷.

Scopo di questo saggio è quello di riflettere su tale fenomeno, alla luce dell'analisi di casi importanti, che investono gli aspetti più rilevanti della vita dei cittadini e non cittadini europei.

Il saggio sarà dunque strutturato in due parti: la prima, dedicata ad una puntuale analisi dei casi giurisprudenziali improntata a metterne in rilievo tutti gli elementi fattuali, processuali e sostanziali salienti, ed una seconda, volta invece a trarre da tale indispensabile esame gli aspetti ricorrenti, in modo da offrire una visione critica del fenomeno nel suo insieme.

2. Il dato: la consistenza delle questioni costituzionalmente rilevanti nello spazio giudiziario europeo.

Un dato che non può essere messo in discussione, ormai, è che negli ultimi anni le più importanti questioni che toccano i diritti fondamentali e la loro consistenza varcano i confini nazionali e si immergono in una realtà più complessa, che, da un lato, riesce ad ampliare lo spazio di tutela, dall'altro, raramente, garantisce in via autonoma risposte univoche e soddisfacenti.

Un'analisi delle principali questioni che hanno coinvolto i nostri giudici nazionali e quelli europei rende palese questa affermazione.

Si tratta di questioni che toccano il principio di laicità, il rapporto fra diritto e scienza, la consistenza di problemi cruciali come quelle che riguardano l'inizio e la fine della vita, da un lato, e il principio di autodeterminazione, la parità dei diritti fra uomo e donna, i diritti delle persone lgbti, i diritti dei non cittadini, non solo sul piano individuale, ma anche su quello familiare, la natura del principio di legalità penale, come espressione di principi che coinvolgono la dignità delle persone, i diritti delle persone più

⁶ A commento di questa disposizione sia consentito il rinvio alle mie osservazioni in Bifulco R., Cartabia M., Celotto A. (eds.), 2001.

⁷ A questo proposito, Cartabia M., 2015, p. 29 ss., Cartabia M., 2010, p. 221 ss.; Ruggeri A., 2016, p. 1 e ss.; Zagrebelsky V., Chenal R., Tomasi L., 2016.

deboli e fragili, come quelle con disabilità o quelle che si trovano in carceri.

Tutti questi dilemmi cruciali anche per il giurista, a cui lo Stato nazionale raramente riesce a dare risposte univoche e lineari, soprattutto con lo strumento della legge, sono stati posti e affrontati non solo a livello interno, ma anche sul piano europeo. Sono stati quindi i giudici, in prima linea, in una trama complessa di rapporti anche con la politica e i legislatori nazionali, a tentare di dare soluzioni, sia pure imperfette e parziali⁸.

Di seguito farò una breve analisi delle questioni principali, necessaria per comprendere la vastità e la complessità delle stesse.

2.1. Il crocifisso nelle aule scolastiche.

La prima vicenda riguarda l'affissione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche, prevista in Italia alla luce di due regolamenti statali che considerano il crocifisso quale arredo scolastico.

Si ricordi, sul punto, che la questione dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche è stata affrontata, dapprima, dai giudici italiani.

A seguito dell'ordinanza di rimessione del Tar del Veneto, la Corte costituzionale⁹ si è pronunciata per l'inammissibilità della questione, accertata la natura regolamentare delle norme che impongono l'esposizione del crocifisso, rispetto alle quali non si può esplicitare il sindacato di costituzionalità. In seguito all'ordinanza della Corte, poco soddisfacente perché non aveva deciso nel merito della questione, si è pronunciato il Tar¹⁰ che non ha riscontrato il contrasto tra l'obbligo di esposizione del crocifisso e il principio di laicità, sull'assunto, essenzialmente, che il crocifisso è un simbolo non solo religioso, ma anche storico e culturale, espressione della tradizione culturale italiana ed esso stesso espressione del principio di laicità. In modo sostanzialmente adesivo, si è espresso successivamente il Consi-

⁸ D'Amico M., 2016a.

⁹ Corte cost., ord. n. 389 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4280 e ss., con note di Pugiotto A., 2005, p. 85 e ss.; Lariccia S., 2004, p. 4287 e ss.

¹⁰ Tar Veneto, sentenza n. 1110 del 22 marzo 2005, con nota di Veronesi P., 2005; Fiorita N., 2005.

stanziale dei diritti fondamentali, uno spazio giudiziario di reciproca influenza, in cui la CEDU ha svolto sicuramente un ruolo chiave, nonostante l'assorbimento dell'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza che dichiara l'incostituzionalità del divieto, anche sul piano dei tempi dei giudizi e dal punto di vista dei rimedi processuali degli attori.

A questo proposito l'interrogativo che il costituzionalista deve porsi da un punto di vista sistematico, per una visione matura del funzionamento del sistema di tutela dei diritti, attiene alla possibile influenza dei giudizi delle due Corti e alla collocazione del "diritto all'ultima parola", nel caso assumano decisioni discordanti.

2.2.2. L'accesso alle tecniche assistite.

Per quanto concerne il divieto di accesso alle tecniche di procreazione assistita, come è noto, nella sua versione originaria la legge n. 40 richiedeva che potessero accedere solo coppie eterosessuali, sposate o conviventi, in età potenzialmente fertile, i cui membri fossero entrambi viventi. Inoltre, la legge n. 40 richiedeva che il ricorso alle tecniche fosse subordinato alla mancanza di altre metodiche idonee a superare i problemi legati alla sterilità o infertilità.

In questa prospettiva, dunque, le coppie che risultavano in condizione di procreare naturalmente non potevano ricorrere alla fecondazione assistita.

Profili di indubbia criticità, quindi, si sono posti in relazione alla posizione di quelle coppie che, pur non essendo né sterili né infertili, risultavano portatrici di gravi malattie genetiche. La materia peraltro si presentava connessa alla più ampia questione relativa alla legittimità della diagnosi genetica preimpianto. Se pure ormai si deve ritenere del tutto legittimo l'esame diagnostico preimpianto per le coppie che hanno accesso alle tecniche assistite di riproduzione maggiori profili di problematicità sorgevano in relazione alla liceità del medesimo esame con riguardo alle coppie portatrici di gravi malattie genetiche, alle quali proprio il mancato accesso alle tecniche assistite impediva di fatto questa possibilità.

Il tema è stato dapprima oggetto di un'importante pronuncia della Corte

Europea dei Diritti dell'Uomo, caso *Costa e Pavan c. Italia*²¹, in cui, il giudice di Strasburgo, accertando la violazione dell'art. 8 della Convenzione, ha riconosciuto l'incoerenza di sistema dell'ordinamento giuridico italiano che, da un lato, impedisce l'accesso all'esame per questa categoria di coppie e dall'altro lato, consente – per le stesse ragioni – l'interruzione volontaria di gravidanza.

Sulla medesima questione e dopo qualche intervento discordante dei giudici comuni taluni addirittura in favore della diretta applicabilità del “giudicato” convenzionale²², successivamente, si è espressa anche la Corte costituzionale con una decisione di illegittimità costituzionale (sent. n. 96 del 2015) che ha investito gli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della legge n. 40 del 2004, “nella parte in cui non consentono il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili, rispondenti ai criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge 22 maggio 1978, n. 194 (Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza), accertate da apposite strutture pubbliche”²³.

Si trattava questa volta, con specifico riferimento al rapporto fra le due Corti, di un caso che riguardava direttamente l'Italia e rispetto al quale si chiedeva al Giudice costituzionale di compiere uno scrutinio di legittimità costituzionale anche in relazione all'art. 117, comma primo, Cost., laddove impone allo Stato il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale.

Interessante, nella prospettiva che qui ci occupa, è sicuramente l'esito delle due pronunce, che convergono nel senso dell'accertamento di un'in-

²¹ Corte EDU, *Costa e Pavan c. Italia*, [Seconda Sezione], n. 54270/10, 28 agosto 2012, con note di Tripodina C., 2013, p. 923 e ss.; Nardocci C., 2013, p. 1 e ss.

²² Il riferimento è alle due soluzioni opposte avallate dal Tribunale di Roma che, in una prima decisione (ordinanza, 23 settembre 2012, con nota di Ruggeri A., 2013, p. 1 e ss.) disapplica la legge n. 40 del 2004 in esecuzione della sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in due successive (gennaio e febbraio 2014), rimette la questione di legittimità costituzionale al Giudice costituzionale. All'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma si è poi affiancata l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Milano (marzo 2015).

²³ Per considerazioni circa la nozione di “apposite strutture pubbliche” e la attuazione della pronuncia, in assenza di un intervento legislativo, v. Pellizzone I., 2015.

ropeo si sono costituite quelle associazioni che hanno promosso le questioni davanti alla Corte costituzionale. Interessante, soprattutto pensando all'art. 47 della Carta dei diritti europei, è la circostanza di vicende processuali a rilevanza generale, aventi gli stessi attori, ma giudici diversi.

Nella vicenda che ha interessato il divieto di ricerca scientifica sperimentale sugli embrioni umani, ricorre, anche questa volta, un intreccio tra giudizio convenzionale – che, non casualmente, interviene prima (e, infatti, la Corte costituzionale decide, come già in occasione dell'ordinanza n. 150 del 2012 in tema di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo, di attendere l'esito della pronuncia della Grande Camera sul caso *Parrillo c. Italia* prima di esprimersi intorno alla questione di costituzionalità sottoposta) – e giudizio costituzionale, che si spinge oltre il diritto sostanziale e che interessa più direttamente i rapporti tra i due livelli di tutela dei diritti.

Nel caso *Parrillo c. Italia*, la Grande Camera ha escluso la violazione del diritto alla vita privata della ricorrente – che si era rivolta direttamente a Strasburgo senza esperire le vie di ricorso interne – che lamentava l'impossibilità di destinare alla ricerca scientifica gli embrioni formati con gameti della medesima ricorrente e del marito, poi deceduto, ai sensi dell'art. 8 CEDU, e ha accertato l'inammissibilità della doglianza rispetto al diritto di proprietà ex art. 1, Protocollo n. 1 alla CEDU a motivo dell'impossibilità di ricondurre l'embrione a mero possesso nei sensi della disposizione convenzionale.

Nel giudizio di legittimità costituzionale, che ha investito l'art. 13, commi 1, 2 e 3 della legge n. 40 del 2004 con riferimento agli artt. 2, 3, 9, 13, 31, 32 e 33, primo comma, Cost., la Corte costituzionale, da parte sua, con decisione n. 84 del 2016 ha dichiarato inammissibile la questione prospettata richiamando il legislatore nazionale a intervenire in materia. Si legge, infatti, nella pronuncia che “[a] fronte [...] di quella che qualcuno ha definito ‘una scelta tragica’, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell'embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica [...] la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all'area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzi come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale”.

ria”³¹.

A questo riguardo, si deve segnalare che, sempre con la legge n. 76 del 2016 che ha regolamentato le unioni fra persone dello stesso sesso, in modo significativo si sono regolate le conseguenze derivanti dalla sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso sia a fronte di una unione tra persone dello stesso sesso, sia nel caso di un matrimonio fra persone eterosessuali. Nel primo caso, la rettificazione conduce allo scioglimento dell'unione civile, mentre nel secondo al matrimonio consegue sempre laddove i due componenti lo vogliano l'instaurazione di una unione civile.

2.3.2. *La sentenza di condanna della Corte Europea nel caso Oliari e altri c. Italia.*

Le difficoltà riscontrate sul piano dell'intervento legislativo hanno indotto negli anni molte coppie italiane a rivolgersi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo al fine di ottenere il riconoscimento per le unioni omosessuali del diritto al matrimonio e del diritto alla trascrizione del matrimonio o dell'unione civile registrata conclusi all'estero all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

La pronuncia della Corte Europea sul caso *Oliari e altri c. Italia* è intervenuta in relazione ai ricorsi promossi da quelle coppie che lamentavano l'impossibilità di vedere riconosciuta la propria unione coniugale entro il contesto ordinamentale italiano e ha accertato la violazione del diritto alla vita privata e familiare delle coppie ricorrenti ai sensi dell'art. 8 CEDU.

Particolarmente significativa in simile direzione è l'enfasi posta dal Giudice sovranazionale sul contesto ordinamentale italiano, insensibile alle istanze di tutela delle coppie composte da persone dello stesso sesso. Si legge, infatti, nella motivazione: “[l]a Corte osserva che dall'esame di cui

³¹ Sul delicato seguito giurisprudenziale della sentenza n. 170 del 2014, in assenza di un intervento legislativo, v. la decisione della Corte di Cassazione, I Sezione civile, 21 aprile 2015, n. 8097 (giudice *a quo* del giudizio che ha dato origine alla sentenza n. 170 del 2014), che non ha considerato applicabili le norme sul divorzio imposto. Sul problema aperto da questa pronuncia, per la difficile applicazione da parte della giurisprudenza del principio costituzionale in essa individuato, v. Romboli R., 2014, p. 2683 ss.; Biondi F., 2014, p. 668; Guarini C.P., 2016; Catalano S., 2017, spec. 21 ss., il quale addirittura fa rientrare questa decisione nella categoria delle pronunce ad efficacia differita, ritenendola vincolante per il solo legislatore.

sopra del contesto interno l'esistenza di un conflitto tra la realtà sociale dei ricorrenti che prevalentemente vivono in Italia la loro relazione apertamente, e la legislazione che non fornisce loro alcun riconoscimento ufficiale sul territorio [...]. La Corte osserva inoltre che benché il Governo si trovi generalmente in una posizione migliore per valutare gli interessi collettivi, nel caso di specie il legislatore italiano non sembra aver attribuito particolare importanza alle indicazioni fornite dalla Comunità nazionale, in particolare dalla popolazione italiana in generale e dalle supreme autorità giudiziarie italiane. La Corte osserva che in Italia le supreme autorità giudiziarie, comprese la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, hanno dato ampio risalto all'esigenza di riconoscere e tutelare tali relazioni. Si è fatto riferimento in particolare alla sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010 relativa alla causa dei due primi ricorrenti, le cui conclusioni sono state ribadite in una serie di successive sentenze negli anni successivi. In tali cause la Corte costituzionale ha segnatamente e ripetutamente sollecitato il riconoscimento giuridico dei pertinenti diritti e doveri delle unioni omosessuali [...] misura che poteva essere adottata soltanto dal Parlamento”.

Parole particolarmente significative con cui la Corte di Strasburgo ha motivato la violazione da parte dell'Italia dell'art. 8 CEDU, a causa dell'assenza in Italia di una regolamentazione organica delle unioni tra persone dello stesso sesso, sottolineando con efficacia la gravità della perdurante inerzia ed indifferenza del legislatore nazionale rispetto ai moniti della Corte costituzionale e agli inviti e sollecitazioni della Comunità internazionale.

Sotto altro versante, la Corte Europea ha invece escluso la violazione del diritto al matrimonio di cui all'art. 12 CEDU in combinato disposto con l'art. 14 CEDU. La Corte ha, infatti, ribadito la natura non convenzionalmente imposta del diritto al matrimonio, la cui introduzione è rimessa alle scelte discrezionali degli Stati contraenti in accordo con la sua giurisprudenza pregressa inaugurata con *Schalk e Kopf c. Austria*³².

Nella sentenza si legge, infatti, che “nonostante la graduale evoluzione degli Stati in materia (undici Stati membri del Consiglio d'Europa hanno attualmente riconosciuto il matrimonio omosessuale) le conclusioni cui essa

³² Corte EDU, [Prima Sezione], *Schalk e Kopf c. Austria*, n. 30141/04, 24 giugno 2010, con riflessioni di Ragni C., 2010, p. 639 e ss.; Hodson L., 2011, p. 170 e ss.; Bamforth N., 2011, p. 128 e ss.

è giunta nelle summenzionate cause rimangono pertinenti. La Corte ribadisce conseguentemente che l'articolo 12 della Convenzione non pone in capo al Governo convenuto l'obbligo di concedere accesso al matrimonio a una coppia omosessuale quale i ricorrenti. Analogamente, nella causa *Schalk e Kopf*, la Corte ha ritenuto che non si possa interpretare neanche l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8, disposizione con finalità e campo di applicazione più generale, come se esso imponesse tale obbligo. La Corte ritiene che lo stesso possa essere affermato dell'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 12".

Assorbita rimane, infine, la doglianza rispetto all'art. 14 CEDU, in combinato disposto con l'art. 8 CEDU.

In definitiva, la sentenza ha imposto allo Stato italiano di provvedere celermente all'introduzione di una forma di regolamentazione delle unioni stabili tra persone dello stesso sesso in ottemperanza ad un obbligo internazionale che segue i moniti della Corte costituzionale, purtroppo rimasti inascoltati per molti anni.

Grazie soprattutto a quest'ultima pronuncia, come è stato detto, il legislatore italiano ha finalmente approvato una legge organica in materia, la legge n. 76 del 2016 (c.d. Legge Cirinnà), nella quale si sceglie di disciplinare l'unione fra persone dello stesso sesso come "unione civile" e non matrimonio, regolando però i relativi rapporti personali e patrimoniali in modo molto simile³³.

Rimangono però escluse dalla scelta del legislatore le problematiche attinenti alla filiazione e alle coppie omogenitoriali, problematiche ancora pendenti davanti al Giudice europeo e risolte dai giudici italiani caso per caso.

2.3.3. Le questioni ancora aperte: l'adozione da parte di coppie omosessuali.

In secondo luogo, come si è detto, si profilano diverse questioni sottese all'eventuale riconoscimento del diritto di adozione da parte delle coppie omosessuali.

³³ Si vedano le prime osservazioni in D'Amico, 2016c, e, ancora, Buffone G., Gattuso M., Winkler M.M., 2017.

Su questi temi, la giurisprudenza di merito sta creando caso per caso un reticolo di principi che sta portando a un lento riconoscimento del diritto, mentre la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla c.d. *stepchild adoption*, non è entrata nel merito a causa dell'inammissibilità della questione, mal posta dal giudice *a quo* (sent. n. 76 del 2016)³⁴.

La decisione più significativa in argomento è della Corte di cassazione (sent. n. 601 del 2013): con tale pronuncia, si è riconosciuto che anche una coppia omosessuale può essere destinataria di un provvedimento di affidamento di minore. La Corte di cassazione, infatti, ha stabilito che "in tema di affidamento di minore, in assenza di certezze scientifiche o dati di esperienza, costituisce mero pregiudizio la convinzione che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo, inoltre, si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino".

Vi sono, inoltre, altre decisioni che, in materia di affidamento dei minori, contribuiscono a delineare il rilievo assegnato alla formazione sociale costituita dalla coppia omosessuale. Allineandosi con l'orientamento adottato dalla Corte di cassazione, il Tribunale di Bologna e il Tribunale di Genova, rispettivamente, hanno ritenuto di non escludere i singoli individui e dunque neanche le coppie di fatto i cui componenti appartengano al medesimo sesso dall'affidamento di minore e di non riformare un provvedimento con cui è stato affidato un minore in ragione del fatto che il genitore conviva con il compagno dello stesso sesso.

Ancora, il Tribunale di Roma attraverso una significativa interpretazione estensiva dell'art. 44, lett. d), legge n. 184 del 1983, giunge a ordinare l'adozione (in casi particolari) da parte della compagna coniugata all'estero della madre biologica del minore. Ancora, il Tribunale di Bologna ha riconosciuto la validità della sentenza di adozione, ottenuta negli Stati Uniti, da parte di una donna single nei confronti di una bambina, ordinandone pertanto la trascrizione³⁵.

³⁴ Si veda un primo commento alla decisione di Scaffidi Runchella L., 2016, oltre che le considerazioni svolte da Liberali B., 2013a.

³⁵ Si vedano le decisioni dei giudici comuni pubblicate in www.articolo29.it, oltre alle considerazioni in D'Amico M., 2014a, p. 23 ss.

dalla coppia di genitori intenzionali – che avevano fatto ricorso in Russia alla maternità surrogata e che non avevano con il minore alcun legame biologico –, dopo l'omesso riconoscimento del certificato di nascita formato all'estero, per essere collocato presso una famiglia terza.

Nella prima pronuncia resa sul caso in esame, la Sezione ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU a motivo della violazione del diritto alla vita privata e familiare sofferta dal minore nel caso concreto in ragione del suo allontanamento dalla famiglia di origine anche se "intenzionale". Nella pronuncia si legge, infatti, che: "the Court is not convinced of the adequacy of the elements on which the authorities relied in concluding that the child ought to be taken into the care of the social services. It follows that the Italian authorities failed to strike the fair balance that has to be maintained between the interests at stake. In conclusion, the Court considers that there has been a violation of Article 8 of the Convention".

Come anticipato, la pronuncia della Sezione è stata oggetto di riesame da parte della Grande Camera che, con sentenza del 24 gennaio 2017, ha escluso la violazione del dettato convenzionale, ritenendo conformi all'art. 8 CEDU, perché rispondenti al superiore interesse del minore, le misure adottate dallo Stato italiano che ne avevano disposto l'allontanamento dalla coppia ricorrente e il suo collocamento presso un diverso nucleo familiare.

Anzitutto, la Grande Camera ha incentrato il proprio sindacato, come già in occasione delle decisioni rese nei confronti della Francia, sulla posizione giuridica del minore e sull'incidenza della misura dell'allontanamento disposta dalle autorità italiane rispetto al superiore interesse del primo.

La Grande Camera conferma, quindi, anzitutto, una giurisprudenza ormai consolidata che postula la valorizzazione delle imprescindibili esigenze di salvaguardia del superiore interesse del minore coinvolto nel sindacato sul caso concreto. E, ancora una volta, l'impostazione prescelta è quella di una valutazione individualizzata che ha ad oggetto le circostanze del caso concreto.

Se dei precedenti contro la Francia la Grande Camera condivide l'approccio rivolto ad assegnare preminente rilievo al superiore interesse del

parte della Corte d'Appello di Milano⁴⁴ che viene in rilievo il sottostante contratto di maternità surrogata.

2.6. L'obiezione di coscienza nell'interruzione volontaria di gravidanza.

Un altro tema è al centro del rapporto fra dimensioni nazionale e sovranazionale di tutela dei diritti. Mi riferisco in particolare alla questione dell'obiezione di coscienza del medico nella materia dell'interruzione della gravidanza.

Il tema, che in realtà sembrerebbe ormai non presentare più alcun elemento di criticità a seguito della storica decisione della Corte costituzionale (sent. n. 27 del 1975 che ha dichiarato l'incostituzionalità della fattispecie penale di aborto) e a seguito della successiva promulgazione della legge n. 194 del 1978, presenta al contrario plurimi spunti di riflessione, che innanzitutto toccano la corretta applicazione della legge con riferimento all'art. 9 della stessa legge.

La disposizione riconosce il diritto dei medici di sollevare obiezione di coscienza, ma i dati registrati in via di prassi riportano una situazione reale fortemente critica.

Pur a fronte della espressa previsione di legge che richiede che gli ospedali e anche le Regioni si organizzino per garantire comunque il trattamento abortivo, si registra un elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza che compromette il diritto delle donne di accedere alle condizioni prescritte all'aborto.

Su questo aspetto, mai affrontato direttamente dalla Corte costituzionale, si è pronunciato il Comitato Europeo dei Diritti Sociali che in relazione al reclamo collettivo presentato dall'organizzazione internazionale non governativa International Planned Parenthood Federation European Network (n. 87 del 2012) ha riconosciuto che l'Italia viola i diritti delle donne, in ragione dell'elevato e crescente numero di medici obiettori di coscienza che limitano di fatto l'accesso all'interruzione di gravidanza.

Un altro profilo relativo alla medesima questione attiene poi alla compromissione dei diritti dei medici che decidono di non sollevare obiezione

⁴⁴ Ordinanza della Corte d'Appello di Milano del 25/07/2016, reg. ord. n. 273 del 2016, pubbl. su G.U. del 25/01/2017 n. 4. L'udienza pubblica si terrà il 21 novembre 2017.

di coscienza. Anche su questo aspetto si è pronunciato il Comitato Europeo, in relazione al reclamo collettivo n. 91 del 2013, presentato dalla Confederazione Generale Italiana del Lavoro, condannando lo Stato italiano.

A seguito di entrambe pronunce, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato due risoluzioni con cui, prendendo atto delle conclusioni raggiunte dal Comitato Europeo, nel primo caso ha sottolineato di attendere le future misure che l'ordinamento italiano intende adottare per superare lo stato di violazione e nel secondo caso ha affermato di accogliere gli sviluppi. Il Governo italiano con il Ministero della Salute, in queste occasioni, aveva affermato da un lato che non sussistevano problematiche relative alla garanzia del servizio interruttivo e dall'altro lato che avrebbe predisposto un meccanismo di monitoraggio teso a rilevare eventuali criticità. Si può segnalare come nelle ultime relazioni al Parlamento del Ministero sullo stato di applicazione della disciplina sia stato dedicato un maggiore e rilevante spazio alle tematiche connesse all'esercizio del diritto di obiezione di coscienza, se pure non si rilevino problematiche applicative, considerando il numero di medici non obiettori sufficiente rispetto al numero di interventi effettivamente effettuati.

Interessante notare come, finora, le pronunce del Comitato Europeo non abbiano avuto alcun effetto di rilievo, tranne un provvedimento della Regione Lazio, che richiamando le previsioni della legge n. 194, che vietano l'obiezione di coscienza per le attività precedenti all'intervento, sottolinea come l'obiezione di coscienza non possa rilevare all'interno dei consultori, con ciò applicando correttamente l'art. 9.

Eppure le decisioni europee dovrebbero avere effetto e soprattutto dovrebbero fungere da parametro "europeo" ai sensi dell'art 117, comma 1, Cost., nel caso fosse sollevata una questione di costituzionalità sull'art. 9 della legge n. 194 del 1978⁴⁵.

In questa prospettiva, dunque, si può delineare un primo e immediato

⁴⁵ Il Consiglio di Stato con ordinanza del 4 maggio 2017 ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in relazione al divieto per i militari di costituire associazioni professionali a carattere sindacale o di aderire ad associazioni sindacali, evocando in modo molto significativo quale parametro interposto non solo la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ma anche la Carta Sociale Europea. Rispetto a tali profili, si vedano le osservazioni di Liberali B., 2017b.

effetto riconducibile alle citate decisioni del Comitato Europeo in materia di interruzione di gravidanza. In particolare, si può prospettare la violazione di tale parametro costituzionale, in relazione alle specifiche disposizioni della Carta Sociale Europea relative al diritto alla salute, al principio di non discriminazione e ai diritti in ambito di lavoro, delle quali il Comitato Europeo ha accertato la violazione da parte dell'Italia.

In secondo luogo, le decisioni assunte dal Comitato Europeo, se pure hanno valore dichiarativo⁴⁶, determinano l'apertura di una successiva fase di monitoraggio nei confronti dello Stato italiano che, anche a seguito dei provvedimenti del Comitato dei Ministri, è chiamato a individuare misure concrete per superare lo stato di violazione del Trattato.

L'Italia, in particolare, dovrà, in occasione dei propri periodici rapporti nazionali sullo stato di applicazione della Carta Sociale Europea, dedicare una parte specifica alle modalità con cui intende superare lo stato di violazione. Inoltre, i medesimi profili di violazione della Carta Sociale Europea potrebbero costituire nuovamente oggetto di censura davanti al Comitato Europeo, nell'ambito del sistema di controllo dei reclami collettivi. La presentazione dei due precedenti reclami, infatti, non pone alcun ostacolo alla possibilità che si prospetti al Comitato Europeo la perdurante violazione di quelle stesse disposizioni del Trattato, già accertata con precedenti decisioni⁴⁷.

2.7. Il principio di legalità penale tra diritto interno e diritto internazionale: il c.d. caso Berlusconi.

Un altro esempio delle problematiche che si accompagnano alla tutela complessa dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo è costituito dal caso, attualmente pendente dinanzi alla Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che vede protagonista Silvio Berlusconi⁴⁸.

La vicenda presenta spunti di interesse anzitutto dal punto di vista del diritto sostanziale perché pone a raffronto due sistemi di tutela dei diritti – quello costituzionale e quello convenzionale – con riferimento all'ampiezza

⁴⁶ Al riguardo si veda anche Panzera C., 2016, p. 128.

⁴⁷ Sui due meccanismi di controllo della Carta Sociale Europea si vedano gli specifici riferimenti contenuti nei successivi paragrafi 3 e 5.

⁴⁸ Su cui si v. Nardocci C., 2017, p. 1 e ss.; e Bissaro S., 2017, p. 1 e ss.

*rime obbligate dell'intervento additivo*⁵⁹ prospettato dai rimettenti in relazione all'art. 147, comma 1, n. 2, c.p. e, conseguentemente, impone alla stessa di adottare una pronuncia di inammissibilità.

Ciò precisato, occorre poi ricordare che, a partire dal d.l. n. 78 del 2013 (*Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*), e, ancor più significativamente, dal successivo d.l. n. 146 del 2013 (*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*)⁶⁰, il legislatore è intervenuto in numerose occasioni riuscendo ad adeguare la normativa interna alla sentenza emessa dalla Corte Europea, introducendo sia rimedi preventivi che compensativi, volti, rispettivamente, a ridurre progressivamente il numero della popolazione carceraria e a garantire una forma di ristoro in favore di chiunque abbia, in concreto, scontato (una parte della) propria pena in condizioni disumane di sovraffollamento.

La vicenda, originata dalla pronuncia *Torreggiani* del 2013, appare emblematica di come la via della tutela giudiziaria dei diritti fondamentali possa rivelarsi talvolta insoddisfacente, in particolare, in ragione delle peculiarità insite nel nostro modello di giustizia costituzionale, e, di riflesso, di come, in simili casi, l'intervento della politica sia l'unica strada realmente percorribile per mettere fine ad una palese violazione – nel caso in commento, accertata da una c.d. *sentenza pilota* della Corte Europea – di quegli stessi diritti fondamentali. Allo stesso tempo e lasciando sullo sfondo la delicata relazione con la Corte costituzionale, vale sottolineare la circolarità e la pervasività che talvolta acquisiscono le pronunce di condanna del Giudice europeo nella loro capacità di sollecitare l'intervento del legislatore nazionale. Di questa tendenza, che pure va registrata, sono chiara espressione non solo il caso *Torreggiani* qui in commento, ma anche la stessa decisione resa nel caso *Oliari e altri c. Italia*, di cui non può certo disconoscersi il legame con la successiva legge n. 76 del 2016.

3. *Un'analisi dal punto di vista degli strumenti di tutela.*

Lo spazio giudiziario europeo rappresenta certamente una risorsa se si

⁵⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 279 del 2013, *Considerato in diritto n. 8*.

⁶⁰ Su cui, in particolare, Della Bella S., 2014.

considera che ai diversi "livelli" di tutela giurisdizionale corrispondono diversi giudici e diversi modelli processuali.

Come sappiamo, alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si accede direttamente, purché sia soddisfatta una serie di requisiti: ai sensi dell'art. 35, comma secondo, della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, il ricorso individuale non deve essere anonimo, né sostanzialmente identico a uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto ad un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione ovvero non deve contenere fatti nuovi. Altro requisito molto importante è costituito, come noto, dal previo esaurimento dei ricorsi interni. Inoltre, si richiede che il ricorrente sia la vittima diretta dell'asserita violazione dei diritti da parte dello Stato.

E, ancora, si deve necessariamente richiamare in questa sede il Trattato purtroppo ancora poco conosciuto e utilizzato della Carta Sociale Europea⁶¹, che completa il quadro di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, riconoscendo e garantendo i diritti sociali ed economici. La Carta Sociale Europea prevede come meccanismo di tutela, accanto al sistema dei periodici rapporti nazionali che ciascuno Stato membro deve inviare al Comitato Europeo dei Diritti Sociali, il sistema dei reclami collettivi⁶². In questo caso, a differenza della procedura predisposta dalla Convenzione Europea, ricorrenti possono essere solo alcuni soggetti collettivi, che non devono essere vittime dirette dell'asserita violazione e non devono aver esperito tutte le vie di ricorso interne.

Il nostro ordinamento, da parte sua, differisce dai sistemi di tutela sovranazionale dei diritti nella misura in cui non prevede un ricorso diretto alla Corte costituzionale da parte di chi ritenga di aver subito una lesione in forza di una norma legislativa, a differenza come si è visto di quanto previsto dal sistema della Convenzione Europea e anche di quello, del tutto peculiare, della Carta Sociale Europea.

Da questo punto di vista, dunque, considerando l'eterogeneità dei meccanismi di tutela apprestati a livello europeo, lo spazio giuridico europeo amplia notevolmente, anche sotto il profilo processuale, le possibilità di tu-

⁶¹ Per un approfondimento, si veda, in dottrina, Harris D.J., Darcy J., 2001; Benelhocine C., 2012; Cullen H., 2009, p. 61 e ss.; Churchill R.R., Khaliq U., 2004, p. 417 e ss.

⁶² Sui due meccanismi di controllo si vedano Priore R., 2013, p. 99 ss., e Liberali B., 2013b, p. 109 ss.

tela, “bilanciando” con l'accesso diretto alla Corte Europea dei Diritti Umani e al Comitato Europeo dei Diritti Sociali, le “strettoie” previste dall'accesso incidentale alla Corte costituzionale.

In concreto, poi, guardando a tutte le questioni, e non solo, che abbiamo appena esposto, possiamo rilevare che il tema dello spazio giuridico europeo ha assunto, quindi, una dimensione importante anche a livello processuale.

Si assiste al costante e, verrebbe da dire, quotidiano confronto tra sistemi giurisdizionali che conoscono regole e meccanismi processuali tra di loro molto diversi; un confronto che produce effetti determinanti anche in relazione ai tempi con cui certe questioni sono affrontate: talvolta prima a livello sovranazionale, beneficiando di regole processuali più morbide in materia di accesso al giudice, e solo successivamente a quello nazionale. Si pensi alla vicenda delle unioni tra persone dello stesso sesso, in cui è stata fondamentale la sentenza di condanna europea sul caso *Oliari e altri c. Italia* ai fini dell'approvazione della legge n. 76 del 2016.

Il tema dell'accesso, diretto dinanzi alla Corte Europea e “mediato” dinanzi al Giudice costituzionale, è divenuto quindi determinante rispetto ai tempi di tutela dei diritti, così come è stato oggetto di valutazioni e di un confronto serrato tra Giudice costituzionale e Giudice europeo.

Ci si riferisce alla vicenda protagonista del caso *Parrillo c. Italia* (su cui si veda, *supra*), in tema di ricerca scientifica sugli embrioni umani, in cui il Giudice europeo si è diffusamente soffermato sulle criticità del sistema nazionale di giustizia costituzionale, che spinge il cittadino a trovare giustizia altrove spostando così la sede di tutela dei diritti fondamentali dal livello nazionale a quello sovranazionale⁶³; un livello sovranazionale, precisava però la Corte Europea, poco ascoltato dalla Corte costituzionale italiana, colpevole di dare scarso seguito alla giurisprudenza convenzionale, e che, si aggiunge in questa sede, sconta le evidenti eterogeneità tra gli effetti conseguenti alle pronunce della seconda, retroattive ed *erga omnes*, rispetto ai limiti che circondano le sentenze di condanna della prima.

Il continuo intrecciarsi delle questioni dal piano nazionale a quello so-

⁶³ Interessanti, da questo punto di vista, le riflessioni contenute nell'opinione concorrente alla sentenza dei giudici Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou e Dedov.

vranazionale e viceversa, oltre ad essere sintomo delle relazioni fra Corti, codificate anche da alcune delle decisioni esaminate, stanno ad indicare come, dal punto di vista dei cittadini, lo spazio giudiziario venga percepito come complesso, ma sempre più unitario.

Se pensiamo alle grandi questioni che abbiamo descritto sopra, si può osservare, almeno con riferimento all'Italia, un crescendo di consapevolezza nell'utilizzazione complementare degli strumenti di tutela, soprattutto in relazione l'accesso al Giudice costituzionale, da un lato, e a quelli europei, dall'altro.

Così, per quanto riguarda il caso dell'esposizione del crocifisso nelle scuole, il ricorso alla Corte Europea avviene nel modo classico, e cioè dopo aver esperito tutti i gradi di giudizio e avendo preso atto dell'interpretazione, non convincente ad avviso dei ricorrenti, del principio di laicità da parte della giurisprudenza amministrativa. Tuttavia il caso arriva alla Corte Europea anche perché la nostra Corte costituzionale non dà una risposta, rifugiandosi dietro a un problema di inammissibilità della questione per inidoneità della norma oggetto, di rango secondario: non vi è chi non veda, dunque, come dietro l'attivazione del rimedio sovranazionale vi sia il problema di fondo della nostra giustizia costituzionale, e cioè, da un lato, la difficoltà di ricostruire un vero diritto ad accedere alla Corte costituzionale, alla luce dei poteri discrezionali in tema di non manifesta infondatezza del giudice *a quo*, dall'altro, l'assenza di un ricorso diretto da parte del cittadino.

Diverso è il caso che riguarda il problema della fecondazione assistita di tipo eterologo, vietata dalla legge n. 40 del 2004 e dichiarata incostituzionale dalla nostra Corte con la sent. n. 162 del 2014, frutto, come si è già sottolineato, di una complessa vicenda che trova spazio anche sul piano europeo. È infatti dall'Europa, e precisamente dalla prima pronuncia della Corte Europea nel famoso caso *S.H. e altri c. Austria*, che i nostri giudici *a quibus* traggono i principali argomenti per sollevare questione di legittimità costituzionale nei confronti del divieto assoluto della fecondazione eterologa sancito dall'art. 4, comma terzo, della legge n. 40 del 2004.

In questa vicenda, come si è visto, è emblematico l'intreccio processuale fra i giudizi: una volta fissata l'udienza, nel settembre 2011, la Corte costituzionale rinvia d'ufficio l'udienza in attesa della pronuncia della Grande Camera sul caso che non riguardava l'Italia. Una sospensione, dunque,

anomala, non riguardando né il medesimo oggetto, né, a maggior ragione, i medesimi ricorrenti, giustificabile, però, alla luce dello spazio concesso dai giudici nazionali nelle ordinanze di rimessione ai parametri europei.

Non deve sorprendere, dunque, la decisione resa dallo stesso Giudice costituzionale dopo la pronuncia della Grande Camera, una pronuncia che mutava orientamento, assolvendo la disciplina austriaca in ragione di un richiamo al c.d. “time factor”⁶⁴: anziché assumere quella decisione come punto di riferimento, insieme agli altri parametri interni, della propria pronuncia, la Corte costituzionale, con una decisione tecnicamente molto originale, rinviava gli atti ai giudici *a quibus* affinché valutassero la rilevanza e non manifesta infondatezza delle questioni, alla luce della sopravvenuta pronuncia europea.

Non fu facile per i giudici⁶⁵ risolvare le questioni per gli stessi motivi: solo in un’ordinanza, del Tribunale di Milano, assieme ai parametri interni si ribadisce anche l’incostituzionalità rispetto all’art. 117, comma primo, Cost., alla luce di una profonda e meditata lettura della decisione della Corte Europea e della valorizzazione in essa di alcuni passaggi della motivazione sulla natura delle leggi che disciplinano problemi scientifici e sul ruolo della scienza. I Tribunali di Firenze e di Catania, invece, decidono di non utilizzare più argomenti europei, concentrandosi sui parametri costituzionali nazionali, e precisamente sugli artt. 2, 3 e 32 Cost.

A partire da questa vicenda si assiste così a un’evoluzione che conduce ad una utilizzazione dello spazio giudiziario nazionale e di quello sovranazionale complementare e spesso simultanea. Da osservare che il risultato si traduce non in un conflitto o in una contraddizione, ma più spesso nel rafforzamento della risposta da parte dei giudici e in una generale pressione anche sul legislatore.

Chiarissima, sotto questo profilo, la vicenda che riguarda la richiesta delle coppie omolesuali di “sposarsi”. Una richiesta a cui la Corte costituzionale risponde parzialmente con la sent. n. 138 del 2010, riconoscendo, da un lato, alla luce dell’art. 2 Cost., il diritto delle coppie omolesuali a vivere liberamente la loro condizione di coppia, ma, dall’altro lato, negando ad

⁶⁴ Fattore valorizzato da Liberali B., 2012, p. 1 e ss.

⁶⁵ Il riferimento è alle ordinanze di rimessione sollevate, rispettivamente dai Tribunali di: Catania (13 aprile 2013), Firenze (29 marzo 2013) e Milano (8 aprile 2013).

cui il Giudice europeo si è espresso rispetto al sistema nazionale di giustizia costituzionale e al trattamento riservato dalla Corte costituzionale italiana alla giurisprudenza convenzionale.

In punto di ammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 35 CEDU, norma che come noto impone il previo esperimento delle vie di ricorso interne, la Corte Europea non soltanto ha dichiarato ricevibile il ricorso, ma lo ha fatto appuntando l'attenzione sull'inadeguatezza del sistema di giustizia costituzionale nazionale che, non prevedendo l'accesso diretto, pregiudica la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, che si trova per così dire "costretto" a cercare giustizia altrove; un sistema che si caratterizza anche per la scarsa sensibilità, sostiene il giudice di Strasburgo, mostrata dalla giurisprudenza costituzionale nazionale nei confronti di quella sovranazionale europea.

Nella sentenza, la Corte Europea esamina, infatti, criticamente l'impostazione dei rapporti fra giudici comuni, Corte costituzionale e Corte Europea. Il profilo specificamente oggetto di attenzione di quest'ultima diviene allora l'applicazione concreta della "dottrina" delle decisioni n. 348 e n. 349 del 2007, in base alla quale il Giudice costituzionale, riconoscendo alla Convenzione Europea il rango di fonte del diritto interna, "intermedia" fra i principi costituzionali e la legge ordinaria, affida al giudice comune il compito di interpretare quest'ultima in modo conforme alla Convenzione e, in caso di conflitto insuperabile, di sollevare questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale. Proprio nella materia della procreazione medicalmente assistita, la Corte Europea osserva, alla luce di un'approfondita analisi delle decisioni costituzionali, come tale "dottrina", insieme all'assenza di un ricorso "diretto" del cittadino dinanzi al Giudice costituzionale, non assicura che il diritto convenzionale sia applicato e diventi dunque effettivo.

A rafforzare, poi, la conclusione secondo cui non costituisce un rimedio efficace la possibilità per il cittadino italiano di investire un giudice comune del dubbio sulla compatibilità con i principi convenzionali, secondo il Giudice europeo condurrebbe anche, e soprattutto, la recente pronuncia della

Corte costituzionale n. 49 del 2015⁶⁷, in cui si afferma che i giudici comuni devono conformarsi alla giurisprudenza della Corte Europea, ma solo nei casi in cui essa appaia “consolidata” oppure espressa in una “sentenza-pilota”⁶⁸.

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

Problematico, perché non vi è chi non veda come una possibile alternativa o parallelismo nelle vie giudiziarie potrebbe condurre a conflitti, non soltanto sul piano processuale, ma anche nella valutazione concreta della pregiudizialità da parte della Corte costituzionale ovvero, anche, della Corte Europea.

Esiste, infatti, un ampio margine discrezionale nel ritenere pregiudiziale una sentenza della Corte Europea, avente a oggetto un caso concreto e la sua compatibilità con i principi convenzionali, e una decisione della Corte costituzionale, avente a oggetto una norma generale, di rango primario, e la sua conformità ai principi costituzionali, fra i quali rientra anche l'art. 117, comma primo, Cost.

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

⁶⁷ La decisione costituzionale è stata diffusamente commentata. Tra i molti, si vedano Zagrebelsky V., 2015b, p. 1 e ss.; Sorrenti G., 2015, p. 1 e ss.; Ruggieri A., 2015, p. 1 e ss.; Conti R., 2015, p. 1 e ss.

⁶⁸ Per un approfondimento sulla procedura della c.d. sentenza pilota, si rinvia a Rainey B., Wicks E., Ovey C., 2012, p. 42 e ss.; Wallace S., 2011, p. 71 e ss.; Fribergh E., 2009.

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

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

Essa infatti ammette in modo piuttosto sorprendente il ricorso "diretto" e lo fa con un'analisi non sostanziale, ma processuale del contesto italiano, sottolineando come proprio la lacuna della giustizia costituzionale italiana, e cioè l'assenza di un ricorso diretto, comporterebbe la necessità di assicurare un'apertura maggiore alle domande dei cittadini del nostro Paese nei confronti del Giudice europeo.

Interessante, quindi, la lettura prospettica dei rimedi giudiziari da parte del Giudice europeo, che in questa occasione, forse considerando criticamente la pronuncia n. 49 del 2015 della Corte costituzionale⁶⁹, non risparmia i giudici italiani, ritenendoli poco rispettosi dei principi sanciti nelle proprie pronunce.

Con la decisione sul caso *Parrillo* si toccano due profili interni problematici: l'incertezza del diritto al Giudice costituzionale, da un lato, e la mancanza di un ricorso diretto a quest'ultimo, dall'altro. Due aspetti che sin dalle origini della giustizia costituzionale italiana erano stati oggetto di riflessioni critiche da parte della dottrina e avevano costituito una delle ragioni delle aperture processuali da parte della Corte costituzionale rispetto all'accesso alla giustizia costituzionale.

⁶⁹ Rispetto alla decisione n. 49 del 2015 si vedano le significative osservazioni di Zagrebelsky V., 2015b e di Bignami M., 2015.

Non vi è chi non veda, però, come la ricchezza delle delineate possibilità di accesso a giudici nazionali e sovranazionali, che riguarda la tutela di diritti fondamentali, non sia concessa proprio a tutti: non è certo il cittadino sprovveduto a rivolgersi simultaneamente alle Corti. Le pronunce più famose e più importanti citate, a partire dalla sentenza *Oliari* in tema di matrimonio omosessuale, per proseguire con la famosa *Costa e Pavan*, sulla diagnosi preimpianto, fino alla decisione *Parrillo* appena citata in tema di libertà di ricerca scientifica sono frutto di vere e proprie “strategie giudiziarie”, condotte da gruppi di cittadini spesso supportate da associazioni⁷⁰.

4. *Lo spazio nel processo: diversi motivi per agire congiuntamente.*

Se leggiamo i casi più importanti appena citati e immaginiamo, come abbiamo fatto finora, uno spazio processuale composito e comune, anche dal punto di vista della presenza nel processo e anche degli strumenti processuali utilizzati, azioni simultanee e coordinate possono risultare maggiormente incisive ed efficaci.

Questo profilo appare molto chiaro se guardiamo a due istituti che sono disciplinati e vengono utilizzati in modo molto diverso da parte del Giudice europeo rispetto a quello costituzionale italiano: mi riferisco, in particolare, ai poteri istruttori, da un lato, e all'intervento di terzi, dall'altro.

Come è noto, uno dei profili su cui la giustizia costituzionale risulta maggiormente carente è proprio quello dell'utilizzazione dei poteri istruttori, che pure sono previsti in modo chiaro e articolato dalle Norme integrative⁷¹.

Sul versante dell'utilizzo di poteri istruttori, invece, la Convenzione disegna un articolato sistema di acquisizione delle prove, comprensivo, a titolo esemplificativo: dell'acquisizione di informazioni tramite prove orali come la testimonianza; di indagini sul territorio, in situ, come i sopralluoghi, da svolgersi anche attraverso la costituzione di apposite delegazioni solitamente composte da giudici, interpreti ed esperti di settore; la produzione di documenti su iniziativa delle parti; il coinvolgimento di esperti o istituzioni chiamati ad esprimere pareri ovvero a redigere rapporti scritti su que-

⁷⁰ In argomento si veda Caielli M., 2017, p. 95 ss.

⁷¹ Sui poteri istruttori si veda specificamente Groppi T., 1997, oltre che D'Amico M., 2017a.

stioni pertinenti alla causa. Particolarmente rilevante nell'impianto processuale è la costituzione delle c.d. "delegazioni", solitamente formate dopo la fase di ricevibilità del ricorso e, talvolta, in via eccezionale, anche in epoca antecedente alla decisione della Sezione sulla ricevibilità del ricorso; delegazioni deputate a raccogliere informazioni, ad assistere ad audizioni (che, anche quando condotte da una Camera, si svolgono a porte chiuse, salvo decisione contraria del presidente della camera o del capo della delegazione) e a dare esecuzione a tutti i provvedimenti istruttori utili ai fini della disamina delle questioni sottostanti il ricorso.

Da ultimo, non meno importante, quanto alle implicazioni che ne derivano in punto di valorizzazione del ruolo dispiegato dai terzi intervenienti nel giudizio, è poi la previsione (art. A1, par. 6) che attribuisce al Presidente della Camera la facoltà di invitare o autorizzare i terzi intervenienti a partecipare ad un provvedimento istruttorio.

Con riferimento, invece, agli obblighi delle parti in fase di esecuzione dei provvedimenti istruttori, l'art. A2 pone un obbligo generale di sostegno e di ausilio all'operato della Corte a cui si affiancano obbligazioni più specifiche in ipotesi di indagini da svolgere tramite delegazioni che operino sul territorio di una delle Parti contraenti⁷².

Quando a venire in rilievo sono questioni che coinvolgono l'acquisizione di dati e di evidenze scientifiche, sembra, quindi, di potersi riscontrare un qualche parallelismo tra il Giudice costituzionale e quello europeo: tuttavia quello che può osservarsi è che nel processo europeo la limitata attivazione dei poteri istruttori è pienamente colmata dal ruolo importante dei soggetti terzi che intervengono e a cui viene concesso molto spazio.

Per quanto riguarda l'intervento di terzi, come è noto, il nostro Giudice costituzionale ha sempre avuto un atteggiamento restrittivo: a parte poche eccezioni, giustificate o per l'eccezionalità della situazione o per il particolare rapporto del terzo interveniente con la norma impugnata, la Corte costituzionale, pur consentendo il deposito di interventi e memorie da parte di soggetti terzi, dichiara nella maggior parte dei casi il loro intervento inammissibile in udienza, non consentendo ai soggetti intervenienti di esporre oralmente la propria difesa. Questo filone giurisprudenziale è stato

⁷² In tema, si veda, più diffusamente D'Amico M., 2017a.

applicando il costante orientamento per cui vengono ammesse a intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale solo le parti del giudizio principale e i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma che viene censurata.

Analogamente, infine, è accaduto nel giudizio di legittimità inerente l'impossibilità per le coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio definito con sentenza n. 138 del 2010. In quest'ultimo caso non soltanto è stato dichiarato inammissibile l'intervento di un ente associativo, ma anche di alcune coppie omosessuali, rispetto alle quali non è così evidente la carenza di quell'interesse qualificato, come individuato dalla giurisprudenza costituzionale, la cui integrazione rende ammissibile l'apertura del contraddittorio.

Stessa chiusura è avvenuta nella sent. n. 162 del 2014, pur di fronte alla circostanza che in un giudizio (quello di Firenze) la coppia, separatasi dopo la sollevazione della questione di costituzionalità, non aveva più voluto costituirsi davanti alla Corte e dunque le sole associazioni avrebbero potuto difendere quella questione, che alla luce dell'autonomia dei giudizi, non veniva meno.

Risulta molto interessante dunque che non solo dal punto di vista dell'esperimento dell'azione giudiziale, ma anche e soprattutto per valorizzare la presenza di alcuni ulteriori punti di vista nel processo, una visione globale e simultanea dello spazio giudiziario europeo sia nazionale che sovranazionale consente di cogliere fino in fondo le potenzialità di tale spazio aperto.

5. La concretezza dinanzi al giudice: le potenzialità del Comitato Europeo dei Diritti Sociali.

È solo da qualche anno che in Italia si è azionato un ulteriore rimedio giurisdizionale offerto dall'Europa: il ricorso al Comitato Europeo dei Diritti Sociali del Consiglio d'Europa, attraverso lo strumento del "reclamo collettivo". Il Comitato Europeo garantisce il rispetto della Carta Sociale Europea attraverso due strumenti di controllo, costituiti dai periodici rapporti na-

cezionale e temporanea e trasformata, anche in virtù di proroghe legislative, in un "corpo" di giudici con funzioni identiche e in molti casi autonome e parallele rispetto alla magistratura ordinaria, ma si è anche soffermato, alla luce della documentazione prodotta nel reclamo, su specifiche situazioni, analizzandole a fondo e concretamente.

Tale profilo, ossia la concretezza è tipica anche di alcuni giudizi della Corte Europea, che può fino in fondo garantire i diritti fondamentali proprio perché può giudicare del caso concreto in modo pragmatico: si pensi alla condanna dell'Italia per la situazione carceraria, una condanna inflitta in varie occasioni e alla luce dello spazio fisico delle celle in relazione al numero di detenuti ammessi.

6. I problemi aperti.

Ragionando quindi della realtà giudiziaria europea, come quella di uno spazio aperto e composito, da valutare complessivamente, non possiamo però nascondere i problemi di fondo, dovuti, come abbiamo detto all'inizio, alla mancata attuazione dell'art. 47 della Carta europea e al ritardo nella creazione di coordinamenti processuali e sostanziali.

Il primo problema, che passa dal piano nazionale a quello europeo riguarda proprio l'accesso alle Corti: è vero che le lacune del sistema incidentale italiano, come abbiamo visto, possono essere temperate dall'accesso alla Corte Europea attraverso il ricorso individuale: ma quest'ultimo non è affatto accessibile a tutti in concreto, soprattutto dopo l'introduzione dei filtri di ammissibilità che rendono necessario oggi l'aiuto di un tecnico, che sia particolarmente esperto anche della giurisprudenza della Corte Europea di natura sia processuale che sostanziale⁸².

Quasi tutti i casi emblematici su cui abbiamo ragionato non sono nati per caso o spontaneamente, ma sono stati frutto di vere e proprie strategie giudiziarie che hanno coinvolto associazioni che tutelano quegli specifici diritti: dalle associazioni scientifiche in tema di procreazione assistita, alle associazioni LGBTI, alle associazioni europee e ai sindacati nazionali, per ciò che attiene all'obiezione di coscienza.

Le particolari situazioni che sono riuscite ad essere rappresentate dinan-

⁸² Si veda ancora Caielli M., 2017.

esiste, ma restituendo ai cittadini quella certezza del diritto che troppo spesso, come dimostrano i casi, è stata lasciata indietro sacrificata all'impotenza di un legislatore inerte.

In definitiva, paiono trovare conferma nel percorso tracciato quelle intuizioni profonde con le quali P. Grossi apriva il suo volume "L'Europa del diritto"⁹³: "Il diritto rivela il suo carattere di realtà affiorante alla superficie della quotidianità dalle radici profonde di una civiltà e pertanto capace di esprimerla nella sua cifra più genuina; rivelando altresì – in grazia di questa capacità – la possibile sua autonomia dalle scelte contingenti del potere politico", riconoscendo in modo chiarissimo che "il diritto appartiene alla società e quindi alla vita (...)" ed è insomma identificabile "in un vero auto-salvataggio della società". Il cammino delle situazioni descritte nelle nostre riflessioni e la strutturazione di uno spazio complesso, ma reale, di diritti e di diritto nell'Europa di oggi sembrano confermare questa visione e, contemporaneamente, portare un messaggio positivo per il futuro dell'Europa.

BIBLIOGRAFIA FINALE

Angiolini V. (ed.), 1998: *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi, Atti del seminario svoltosi a Milano il 16 e 17 maggio 1997* (Quaderni de "Il Gruppo di Pisa"), Torino, Giappichelli

Azzariti G., 2013: *A proposito di decadenza del parlamentare e della – presunta – legittimazione della Giunta delle elezioni a sollevare questione di legittimità costituzionale*, in www.costituzionalismo.it

Bamforth N., 2011: *Families But Not (Yet) Marriages? Same-Sex Partners and the Developing European Convention 'Margin of Appreciation'*, in "Child and Family Law Quarterly"

Benelhocine C., 2012: *The European Social Charter*, Council of Europe, Publishing Edition

Bifulco R., Cartabia M., Celotto A. (eds.), 2001: *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino.

Bignami M., 2015: *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹³ Cfr. Grossi P., 2007, p. 5.

- Bilancia P., D'Amico M. (eds.), 2009: *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè
- Biondi F., 2013: *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, in "Riv. del Gruppo di Pisa"
- Biondi F., 2014: *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto"*, in "Quad. cost."
- Biondi F., 2017: *Il diritto alla sicurezza sociale: la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sul reclamo collettivo dell'Associazione Nazionale dei Giudici di pace e le sue ricadute sulla riforma della magistratura onoraria*, in www.osservatorioaic.it, II
- Bissaro S., 2017: *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU. Una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, in "Rivista AIC", 2
- Blauwhoff R., Frohn L., 2016: *International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law*, in *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, Springer
- Boele-Woelki K., Fuchs A. (eds.), 2017: *Same-Sex Relationships and Beyond*, Londra, Intersentia
- Buffone G., Gattuso M., Winkler M.M., 2017: *Unione civile e convivenza. Commento alla l. 20 maggio 2016, n. 76 aggiornato ai dd.lgs. 19 gennaio 2017, nn. 5, 6, 7 e al d.m. 27 febbraio 2017*, Milano, Giuffrè
- Busatta L., 2016: *Nuove dimensioni del dibattito sull'interruzione volontaria di gravidanza, tra divieto di discriminazioni e diritto al lavoro – Commento alla decisione del Comitato Europeo dei Diritti Sociali, reclamo collettivo n. 91/2013, CGIL c. Italy, 11 aprile 2016*", in "Diritto Pubblico Comparato ed Europeo OnLine", II
- Caielli M., 2017: *Il Public Interest Law Movement italiano: avvocati e giudici contro le discriminazioni a danno degli stranieri*, in A. Giorgis, E. Grosso, M. Losana (eds.), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'uguaglianza formale*, Milano, FrancoAngeli
- Caravita B., 2017: *Brexit: ad un anno dal referendum, a che punto è la notte?*, in www.federalismi.it
- Cartabia M., 2005a: *'Unità nella diversità': il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in "Diritto dell'Unione Europea", III
- Cartabia M., 2005b: *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*.

