

LA SCELTA DELLA RESTITUZIONE DEGLI ATTI NELL'ORDINANZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 150/2012

SOMMARIO: 1. *Le singolari scelte argomentative delle ordinanze di rimessione* 2. *La restituzione degli atti di una sentenza della Corte Europea: un paragone con le restituzioni per sopravvenuta sentenza della C.G.U.E.* 3. *Una facile via d'uscita?*

1. La Corte Costituzionale si è trovata ancora una volta ad affrontare la spinosa tematica della procreazione medicalmente assistita, sotto lo specifico profilo del divieto di fecondazione eterologa¹. Le ordinanze di rimessione² hanno impugnato in primo luogo l'art. 4, comma 3 della legge 40/04, che stabilisce il divieto del ricorso a tale tecnica³, gli articoli 9, commi 1 e 3 e 12, comma 1, che stabiliscono specifiche sanzioni a corollario del divieto stesso.

Si deve innanzi tutto ricordare che la norma (art. 4, commi 1 e 2) impugnata stabilisce espressamente che il ricorso alle tecniche di procreazione assistita deve essere uno strumento residuale, da utilizzare esclusivamente in casi di sterilità inspiegate e documentate o comunque accertate, sempre secondo il principio di minore invasività. Proprio sotto questo profilo i giudici rimettenti pongono correttamente in evidenza una irragionevolezza intrinseca della norma nel momento in cui, stante il divieto di utilizzo di tecniche eterologhe di cui al terzo comma, si opera una ingiustificata discriminazione tra coppie affette da sterilità in base ai motivi della patologia (si legge nell'ord. del Tribunale di Catania che *“paradossalmente proprio le coppie che presentano un quadro clinico più grave sono quelle escluse dall'accesso alla procreazione medicalmente assistita”*), nonché nella misura in cui non realizza né la finalità cui è predisposta la risoluzione dei problemi procreativi delle coppie, né la ratio ad essa sottesa di tutela della salute e della dignità dei soggetti coinvolti⁴.

¹ In particolare v. sentt. n. 45 e 49 del 2005, rese in occasione del giudizio di ammissibilità del quesito referendario avente ad oggetto la stessa legge 40; nonché ord. 369/06 in materia di diagnosi pre-impianto; da ultimo si veda ord. 97/2010 e la nota sent. 151/09, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 14, c. 2 della legge, limitatamente alle parole *“ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”* e dell'art. 14, c. 3 nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna. In dottrina v. L. Trucco, *La procreazione medicalmente assistita al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Giur. It.*, 7, 2007, e della stessa autrice *Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide (almeno in parte) di decidere*, in *Giur. It.*, 2, 2010.

² La questione è stata sollevata dal Tribunale di Firenze con ordinanza del 6/9/2010, iscritta al n. 19 del registro delle ordinanze del 2011 e pubblicata in G.Uff. prima serie speciale n. 6 del 10/1/2011, dal Tribunale di Catania con ordinanza del 21/10/2010, iscritta al n. 34 del registro delle ordinanze del 2011 e pubblicata in G.Uff. prima serie speciale n. 10 del 14/1/2011, reperibile anche su *Guida al diritto*, fasc. 44/2010, p. 65, con nota di G.M. Salerno, ed infine dal Tribunale di Milano con ordinanza del 2/2/2011, iscritta al n. 163 del registro delle ordinanze e pubblicata in G.Uff. prima serie speciale n. 30 del 7/2/2011. Le questioni sollevate sono state riunite dalla Corte e trattate congiuntamente all'udienza del 20 maggio 2012.

³ Tale articolo è stato l'unico oggetto di censura nell'ordinanza di rinvio del Tribunale di Firenze, con riferimento all'unico parametro dell'art. 117, I co. Cost.

⁴ Le censure richiamano infatti la violazione degli art. 3, 31, 32 Cost. Anche in connessione con le sanzioni previste per il personale medico in caso di ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa. In questa sede si è scelto di concentrarsi su di un profilo

La peculiarità delle questioni sollevate⁵, tuttavia, è altrove: ovvero nella scelta di imperniare il ragionamento interamente, o quasi, sulla sentenza SH e altri c. Austria resa dalla prima sezione della Corte Europea dei diritti dell'uomo⁶, in considerazione del parametro individuato: violazione dell'art. 117, I co., Cost. in riferimento agli artt. 8 e 14 della C.E.D.U.. Non a caso viene richiamato anche l'art.2 sotto tale profilo, ovvero la lesione del diritto all'autodeterminazione ed il diritto alla vita privata e familiare. Sintomatica in questo senso la scelta del Tribunale di Firenze, che ha sollevato la questione esclusivamente in riferimento al parametro dell'art. 117, I co., impugnando appunto il solo art. 4, c. 3 della legge⁷.

Tutte le ordinanze, motivando in ordine alla non manifesta infondatezza sulla questione, fanno leva sulla disparità di trattamento che colpisce le coppie affette da particolari problemi di sterilità⁸, e denunciano la violazione dell'art. 8 e 14 della Convenzione. In particolare vengono riportati da ciascuna delle ordinanze ampi brani della sentenza S.H. E altri c. Austria resa dalla prima sezione e, pur prendendo atto delle notevoli differenze tra la normativa austriaca ed italiana, viene evidenziata una identità di intenti nella scelta di vietare la fecondazione eterologa, ovvero *"l'esigenza di proteggere il benessere del figlio assicurando con chiarezza l'identità della madre, il pericolo di un rifiuto della madre biologica che non sia madre genetica, il rischio di sfruttamento delle donne"*. Argomenti non sufficienti per la Corte a giustificare una disparità di trattamento. In sostanza la motivazione data discende dagli argomenti della prima sezione, che sono ritenuti dai giudici a quo applicabili anche ai casi italiani, stante la similitudine degli stessi e l'identità delle ragioni alla base delle normative italiana ed austriaca. Si ravvisa infatti una irragionevolezza del divieto assoluto del ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa, oltre al fatto che il divieto, operando solo sul piano dei principi, realizza una ulteriore discriminazione tra chi è in grado di ottenere il trattamento all'estero (in quanto tale comportamento non è sanzionato ed anzi sono comunque riconosciuti e tutelati gli effetti in quanto il figlio è legittimo e vige il divieto di disconoscimento di paternità e dell'anonimato dei genitori biologici, escludendo il legame con i donatori) e chi non può accedervi per motivi economici.

Si pone quindi un *"serio problema di costituzionalità della normativa interna per contrasto con il diritto internazionale pattizio ex art. 117, c. 1, Cost"*. L'impossibilità di interpretazione conforme, invece, discende dal dato testuale della norma impugnata, non suscettibile di disapplicazione, che impone un divieto netto, esplicito ed opportunamente sanzionato⁹, in contrasto con l'interpretazione che la Corte (nella sentenza richiamata dalle ordinanze) ha dato dell'art. 8 e 14 CEDU.

Se da un punto di vista sostanziale tali argomentazioni appaiono del tutto condivisibili, proprio un simile aggancio meticoloso al caso concreto si è rivelato un'arma a doppio taglio, ovvero utile ad individuare gli agganci per le censure, ma inappropriatamente simbiotico ad una vicenda dagli esiti non scontati. La scelta di imperniare in modo decisivo gli argomenti a sostegno della non manifesta infondatezza della questione sulla sentenza della Corte EDU da un lato sembra voler fare leva sulla sensibilità del giudice

procedurale specifico della sentenza che non consente l'esauritiva trattazione di tutti i profili coinvolti, per cui si fa rinvio ai contributi del dossier in materia anche per quanto riguarda l'inusuale esito di assorbimento delle ulteriori censure.

⁵ Da notare che tutte e tre le ordinanze sono state rimesse in sede di reclamo a provvedimenti cautelari richiesti dalle coppie ex art. 700 c.p.c.: in particolare i ricorrenti nei giudizi a quo di fronte al Tribunale di Firenze ed al Tribunale di Milano avevano infatti fatto esplicita richiesta di crioconservazione degli embrioni prodotti per destinarli a ciclo di PMA eterologo.

⁶ La sentenza è reperibile in italiano all'indirizzo <http://osservatoriocedu.eu/Database/Sentenze/SH%20e%20altri%20c%20Austria.pdf>; sul punto si vedano le note di Liberati B. e Pellizzone I. in questa rivista, n. 00 del 2/7/10.

⁷ Scelta drastica, che poteva risolversi in una scelta altrettanto drastica in positivo come accoglimento, in negativo come inammissibilità o rigetto, e che invece ha incontrato questa singolare opzione di restituzione degli atti, quasi che la Corte avesse sentito la necessità di ridimensionare la questione con una decisione low profile, che ha sortito invece l'effetto esattamente opposto di attirare l'attenzione.

⁸ Nella specie, in un caso si trattava di una patologia della donna affetta da menopausa precoce, negli altri due casi invece si era di fronte ad una azoospermia completa dell'uomo ed infine

⁹ In realtà il problema sembra risiedere non tanto nella natura esplicita del divieto, quanto a monte, nell'effettivo contrasto con la CEDU della norma, stante la modificata lettura del caso data dalla Grande Camera. Almeno visto l'esito del giudizio costituzionale.

europeo in tema di diritti umani, dall'altro sembra voler fornire alla Consulta un percorso necessitato, quasi una scusa per intraprendere una scelta coraggiosa in materia di fecondazione, su di un punto eticamente controverso ed estremamente delicato quale l'accesso alle tecniche eterologhe. Questo genere di strategia, pur avendo in sé la potenzialità di condurre a conseguenze positive (anche se la posta in gioco appare decisamente alta, e dal punto di vista degli effetti delle sentenze CEDU nel nostro ordinamento e dal punto di vista dell'ingerenza nella discrezionalità legislativa), alla prova dei fatti non ha avuto un esito premiale.

Infatti non è possibile sottovalutare il fatto che il bagaglio delle sentenze di Strasburgo dà segno, pure in presenza di decisioni significative, di una certa tendenza di fondo alla recessività della Corte in tema di diritti umani proprio nel momento del confronto del diritto con il margine di apprezzamento degli stati: basti pensare alla giurisprudenza in tema di aborto, o ancora più significativamente alla sentenza resa in materia di matrimonio omosessuale¹⁰. In questi casi la Corte EDU non mette mai in discussione le scelte operate dal legislatore nazionale, a patto che si tratti di discipline che garantiscano una regolamentazione coerente, né ritiene di potersi spingere sino al punto di imporre obblighi in positivo¹¹.

Per tornare al tema della procreazione medicalmente assistita, è vero che la Corte Europea nella sua giurisprudenza (in particolare *Evans v. the United Kingdom*, del 10 aprile 2007 e *Dickson v. the United Kingdom* del 4 dicembre 2007, rese dalla Grande Camera) aveva già interpretato il principio di cui all'art. 8 come suscettibile di ricomprendere il diritto di avvalersi di tecniche di procreazione medicalmente assistita al fine di concepire un figlio¹² a sua volta espressione del diritto ivi ricompreso a diventare o meno genitori. Si è anche riconosciuto, tuttavia, che a causa della mancanza di un consenso diffuso degli stati membri il margine di apprezzamento riconosciuto agli stati debba essere particolarmente ampio. Vale a dire che la discrezionalità è salvaguardata nella misura in cui ciascuno stato è libero di disporre se e come consentire l'accesso a tali sistemi¹³.

Ciò che non è possibile indovinare è, ovviamente, cosa sarebbe accaduto nel caso in cui la Grande Camera avesse deciso, in controtendenza, di confermare la decisione resa dalla Prima sezione. Il caso dell'ordinanza n. 150, tuttavia, prende origine proprio da questo: ossia dall'esito (prevedibile) della decisione del 3 novembre 2011, che ha rovesciato completamente la prospettiva del caso concreto, ritenendo che non vi sia stata alcuna violazione dell'art. 8 CEDU, in quanto "il legislatore austriaco non ha ecceduto il margine di discrezionalità concessogli" nello stabilire divieti differenziati in tema di accesso alla fecondazione eterologa¹⁴, premurandosi di sottolineare che "l'adozione da parte del legislatore di norme di natura assoluta volte a promuovere la certezza del diritto non è incompatibile con l'articolo 8"¹⁵.

¹⁰ Si veda a titolo di esempio la sentenza R.R. c. Polonia del 26 maggio 2011 e la sentenza *Schalk & Kopf c. Austria*, reperibili sul sito

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/Decisions+and+judgments/HUDOC+database/>.

¹¹ Nel caso R.R. c. Polonia, infatti viene censurata la normativa che regola l'aborto sotto il profilo dell'art. 8 in quanto non veniva garantito alla madre il diritto di informazione sulle condizioni di salute del feto. Punto nodale nel caso della sent. *Schalk & Kopf c. Austria* era stata, invece, l'assenza di un "consenso europeo" diffuso tra gli stati membri a non consentire riconoscimento di un vero e proprio diritto al matrimonio omosessuale pur dovendosi riconoscere invece un diritto alla tutela delle relazioni tra persone dello stesso sesso in forza degli artt. 8 e 14 della Convenzione.

¹² In particolare viene in rilievo il diritto di diventare genitore inteso anche in senso biologico e genetico. Il testo integrale delle sentenze è reperibile in <http://www.humanrights.is/the-human-rights-project/humanrightscasesandmaterials/cases/regionalcases/europeancourtofhumanrights/nr/2595>

¹³ Vedi in questo senso la stessa sent. S.H. e altri c. Austria.

¹⁴ Si ricorda infatti che la legislazione austriaca prevede la sola possibilità di procedere alla fecondazione eterologa effettuata in vivo con donazione di sperma, vietando invece sia l'ovodonazione che la fecondazione eterologa in vitro. Proprio tale differenza, dimostrando un approccio cauto ed accorto del legislatore nel conciliare la realtà sociale con le proprie posizioni di principio in materia (v. par. 113).

¹⁵ Anche se si era precisato al punto 112 che "nell'esaminare la conformità del divieto di una specifica tecnica di procreazione artificiale ai requisiti della Convenzione, deve essere preso in considerazione il quadro giuridico di cui fa parte". La sentenza ha riportato comunque l'opinione dissenziente di quattro giudici, che pongono l'accento sulla lettura dell'art. 8 data dalla pregressa giurisprudenza della Corte, in particolare le già citate *Evans* e *Dickens c. Regno Unito*.

Un ultimo necessario appunto: le memorie depositate dalle parti in effetti danno atto di questa sentenza, ritenendo che la sopravvenuta sentenza della Grande Camera non influisca sulla fondatezza delle censure. Secondo alcune parti ciò discende in parte dall'oggetto (la disciplina della Repubblica D'Austria, diversa dalla legge italiana), dal fatto che l'esame avviene in riferimento alla situazione esistente dal 1999, privando la decisione di valore generale ed attuale e delegando totalmente i paesi a decidere in modo esclusivo su questioni di tale rilevanza; altre parti ne hanno invece evidenziato la contraddittorietà, sostenendo che non sia stata negata la sindacabilità delle scelte dei legislatori in materia di PMA. Una lettura così riduttiva ci appare allora le scelte di motivazione sin qui esaminate come un mero strumento di appoggio, da usare per convincere la Corte Costituzionale ad intervenire direttamente anche sul più controverso e delicato tema della fecondazione eterologa.

2. Dopo aver ricostruito le argomentazioni delle ordinanze di rinvio¹⁶ la Corte Costituzionale, nell'ordinanza in commento, osserva che *“tutti i rimettenti sollevano anzitutto questione di legittimità costituzionale delle norme dianzi indicate in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 8 e 14 della CEDU, e, dopo avere sintetizzato la giurisprudenza di questa Corte in ordine al rapporto tra 17 norme interne e norme della Convenzione, premettono che devono applicare queste ultime «nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo» con la sentenza della Prima Sezione del 1° aprile 2010, S.H. e altri c. Austria”*. Sottolinea inoltre, ancora una volta, che i giudici *a quibus* hanno riportato ampi brani della pronuncia citata.

Sulla base di queste semplici osservazioni si prepara il terreno per la decisione di restituzione degli atti. Eppure, questa particolare restituzione degli atti sembra avere poco in comune con il carattere procedurale che dovrebbe caratterizzare questo tipo di decisione¹⁷.

Nel caso di specie la Corte fa espresso riferimento alla propria pregressa giurisprudenza, rimarcando come debba essere ordinata la restituzione degli atti quando *“all'ordinanza di rimessione sopravvenga una modificazione della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio, ovvero della disposizione che integra il parametro costituzionale, oppure qualora il quadro normativo subisca considerevoli modifiche, pur restando immutata la disposizione censurata”*. Ciò al fine, tipicamente interlocutorio, di consentire al giudice un rinnovato esame dei termini della questione. In questa ottica la sentenza della Grande Camera è stata valutata come *“un novum che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale **così come proposta**”*¹⁸ perché la nuova sentenza incide sul significato delle norme convenzionali considerate.

Addirittura, secondo la Corte, la restituzione si impone. In primo luogo, perché si tratta di una conseguenza necessaria (si parla di ineludibile corollario logico-giuridico) che della configurazione data dalla corte al valore ed all'efficacia delle sentenze CEDU nell'ordinamento. In secondo luogo- ma in questo caso meno convincente- perché una pronuncia che tenga conto della nuova sentenza senza che su di essa abbiano potuto interloquire i giudici *a quibus* comporterebbe, a detta della Corte, un'alterazione dello schema di giudizio incidentale, spettando ai rimettenti accertare se ed in quali termini permanga il contrasto denunciato.

¹⁶ ...ed aver ribadito l'inammissibilità degli interventi spiegati dalle associazioni, ad adiuvandum delle parti dei giudizi a quo. Vedi sul tema S.L. Morsiani, *L'incidenza delle tecniche decisorie della Corte sulla garanzia dei diritti fondamentali*, in L. Califano (a cura di) *Corte Costituzionale e Diritti Fondamentali*, Torino, 2004, e R.Romboli, *L'intervento dei terzi nel giudizio incidentale sulle leggi*, in *Foro it.*, 2005, I, 2603.

¹⁷ Per una panoramica sull'utilizzo della restituzione degli atti, di origine essenzialmente giurisprudenziale, si vedano C. Salazar, *Le decisioni processuali: la restituzione degli atti al giudice a quo e le pronunce di inammissibilità* in *Foro it.*, 1998, V, 145, nonché G. Pistorio, *Le questioni di legittimità costituzionale su norme già dichiarate incostituzionali: perché la Corte restituisce gli atti al giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 1648.

¹⁸ Grassetto aggiunto: sembrerebbe emergere anche nella parte motiva il nesso strettissimo tra gli argomenti delle ordinanze di rinvio e la scelta del tipo di decisione.

Ora come si nota nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, le ipotesi di restituzione degli atti del giudice a quo avviene principalmente in ipotesi di elementi sopravvenuti¹⁹ rispetto al momento dell'ordinanza di rimessione, come tipicamente avviene nei casi di *ius superveniens*. Di tali elementi fanno parte tanto modifiche legislative suscettibili di incidere sulla perdurante rilevanza della questione quanto sopravvenute dichiarazioni di incostituzionalità²⁰ o, in alcuni casi, la formazione di un diritto vivente sul punto. Alla restituzione degli atti hanno dato luogo in numerose occasioni le sentenze della Corte di Giustizia²¹. La giurisprudenza ormai consolidata e costante della Corte costituzionale riconosce il valore della giurisprudenza comunitaria: le sentenze sono parificate alle norme europee quanto agli effetti²², potendo quindi trovare applicazione il diritto comunitario come letto ed interpretato dalle pronunce della Corte del Lussemburgo. Attraverso la lettura delle ordinanze di restituzione in tema possiamo notare che la Corte costantemente richiama il valore direttivo e dichiarativo delle sentenze della Corte, come organo in grado di delimitare e condizionare i limiti di efficacia della normativa comunitaria. In pratica le sentenze di restituzione si comportano di fronte alla giurisprudenza comunitaria esattamente come in caso di *ius superveniens*²³. Del resto tale lettura si riscontra in numerose ordinanze di restituzione, nella misura in cui *“i principi enunciati nella decisione dalla Corte di giustizia si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno, con il valore di jus superveniens, condizionando e determinando i limiti in cui quella norma conserva efficacia e deve essere applicata anche da parte del giudice nazionale”*.

Spetta al giudice, in pratica, valutare l'incidenza delle pronunce della Corte di Giustizia sul giudizio a quo. Attraverso questo tipo di approccio, in concomitanza con l'esistenza della pregiudiziale comunitaria, la Corte ha lasciato prevalentemente nelle mani del giudice comune l'incombenza di interpretare ed applicare il diritto comunitario, anche attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale (che senza dubbio gioca la sua parte nella qualificazione di *ius superveniens* della suddetta giurisprudenza). Ogni qual volta, pertanto, ci troviamo di fronte ad un simile caso, si impone *“la valutazione della persistente rilevanza della questione”*, o ancora si rende *“necessario restituire gli atti al rimettente, al precipuo fine di consentirgli la soluzione del problema interpretativo alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia, la quale - in ragione della sua natura - assume nella fattispecie valore di jus superveniens”*²⁴.

Ci si potrebbe chiedere, dunque, se la scelta di restituire gli atti possa attribuire alla sentenza della Corte EDU un valore assimilabile a quello delle sentenze della Corte di Giustizia, o se invece alla base della scelta non vi sia una ragione diversa²⁵.

In realtà tale conclusione non è affatto scontata, e ciò sia in ragione del sistema di ingresso nel nostro ordinamento dei principi della CEDU, sia in ragione del dato letterale della sentenza. Sotto il primo profilo, infatti, la Convenzione non conosce né un rinvio pregiudiziale, né un'efficacia diretta delle proprie

¹⁹ Si noti in particolare l'ordinanza n. 313/2005, che differenzia esplicitamente tra una declaratoria di incostituzionalità intervenuta successivamente all'ordinanza di rimessione, che determina la restituzione degli atti, ed una identica pronuncia, ad essa precedente, per cui si dà luogo ad una manifesta inammissibilità. La restituzione degli atti ha la particolarità di dare uno spunto interlocutorio al giudice, teso ad un fine collaborativo, a fronte della possibilità che residui un margine di valutazione per sollevare una nuova eccezione di incostituzionalità.

²⁰ Si vedano in questo senso a titolo esemplificativo le ordinanze 250/06, 425/07, 229 e 340 del 2008, 112/09, 12 e 66 del 2010, 179, 237 e 239 del 2011, 47/12. Sul punto v. anche R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2002-2004), Torino, 2005.

²¹ Si vedano a titolo esemplificativo le ordinanze 255/99, 62/03, 125/04, 241 e 268/05, 252/06.

²² Si ricordano sul punto le significative sentenze della Corte costituzionale n. 113/85 e soprattutto 389/89: *“la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative”*.

²³ In questo senso si connota la giurisprudenza costituzionale già citata, ed in particolare l'ord. n. 252/06, secondo un indirizzo ormai consolidato.

²⁴ Si vedano ord. 241/05 e 268/05.

²⁵ Fermo restando che in entrambe i casi si resta nella scia della restituzione per “motivi sopravvenuti”, ovvero in ipotesi di sentenze intervenute dopo la rimessione della questione, in linea con la giurisprudenza sul punto.

disposizioni²⁶, avendo invece trovato nella posizione di norma interposta spazio per funzionare da parametro nel giudizio di costituzionalità (analogamente alle disposizioni comunitarie prive di effetti diretti). Da questo punto di vista, chiarissima la sent. 348/07²⁷, quando afferma che le norme della Convenzione vanno lette nel significato che ad esse è attribuito dalla Corte di Strasburgo in riferimento alla *“funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea”*. Ovviamente, quindi, alle sentenze della Corte EDU non è stato esplicitamente riconosciuta una efficacia diretta nel nostro ordinamento, ossia il rango di fonte, ma piuttosto è stato recepito il ruolo di diritto vivente della stessa Corte. Non può in questo senso certo essere sufficiente una mera restituzione degli atti a sottintendere una riqualificazione del valore della giurisprudenza CEDU²⁸. Dal punto di vista letterale vi è un inciso sintomatico, al termine del richiamo dei casi in cui si fa luogo alla restituzione degli atti: la sentenza della Grande Camera *“incide sul significato delle norme convenzionali [...] e costituisce un novum che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”*, facendo tornare alla mente l'idea che il peso delle argomentazioni ancorate al caso specifico, come abbiamo già sintetizzato, ha permeato l'intero percorso decisionale. Anzi, ancora si richiama la precedente giurisprudenza che più chiaramente statuisce che occorre *“rispettare «la sostanza» di tale giurisprudenza, «con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi»”*.

L'affermazione per cui una sentenza influisce sul significato delle norme convenzionali potrebbe, in realtà, richiamare l'idea della giurisprudenza comunitaria. Tuttavia, mentre per quanto attiene a quest'ultimo caso la Corte ha sempre menzionato un valore delle sentenze che “condiziona e determina” i limiti di applicazione del diritto comunitario, altrettanto non può dirsi della giurisprudenza CEDU. Tali norme infatti, come accade quando si fissano i principi fondamentali in un testo, necessitano di essere attualizzate e modellate, non soltanto in considerazione della possibilità di espandersi per ampliare la tutela garantita, ma anche in considerazione della peculiarità della fonte, cui aderiscono stati dai più diversi retroterra socio culturali. Pertanto la CEDU vive nell'interpretazione della Corte, ma tale connessione non deve condurre ad una inopportuna sovrapposizione dei piani.

Il caso sembra piuttosto agganciarsi scelta metodologica di riservare al giudice la nuova valutazione sulla permanenza del contrasto denunciato, in ragione dell'intervento di ciò che è stato definito dalla stessa Corte un *novum*. Anche col rischio che questo elemento di novità abbia fornito una facile via d'uscita di fronte ad una questione eticamente delicata.

3. La singolare scelta argomentativa effettuata nelle singole ordinanze di rimessione è stata una scommessa ad alto rischio, considerando che la Corte ha preso al balzo l'opportunità di non decidere proprio grazie allo strettissimo legame che si era creato tra la questione prospettata ed il caso in esame alla Corte Europea. Appare senz'altro improbabile che una nuova questione sul tema venga riproposta sulla falsa riga di quelle decise con l'ord. 150, e perché un tentativo argomentativo analogo (pur cercando di minimizzare la pronuncia della Grande Camera) si esporrebbe ad una (manifesta) infondatezza, e perché il singolare assorbimento delle ulteriori censure non lascia presagire una risposta positiva²⁹. Non bisogna dimenticare

²⁶ Sulla tutela dei diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia Europea ed il rapporto con gli effetti diretti del diritto comunitario a seguito della sent. Mangold si veda E. Scoditti, *Il giudice comune e la tutela dei diritti fondamentali di fonte sovranazionale*, in *Foro it.*, 2010, V, 42.

²⁷ Data la vastità dei contributi in materia si indicano, per tutti M. Luciani, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. Giur.*, 2008, 201; A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁸ Un limite intrinseco ad un riconoscimento di questo genere può essere rinvenuto anche nel fatto che la Corte di Strasburgo è inevitabilmente legata al caso concreto (pur dettando in taluni casi principi astraiibili).

²⁹ Sul punto si rinvia al contributo della dott.ssa I. Pellizzone, nello stesso numero di questa rivista.

comunque che tale pronuncia conserva un carattere interlocutorio. La stessa sentenza ricorda infatti tra le righe come a monte il giudice debba operare sempre e comunque una interpretazione convenzionalmente conforme, al fine di verificare la sussistenza di un contrasto della normativa interna con la CEDU, interpretazione che appare, allo stato, priva di tutti gli elementi necessari proprio per la sopravvenuta sentenza della Grande Camera. In sostanza la facile via d'uscita che la Corte si è ritagliata in questa occasione non è interamente ascrivibile alla scelta dell'ordinanza di rimessione. Se è vero che la Corte ha evitato una pronuncia potenzialmente scomoda, dall'altra parte si recupera uno spazio riservato ad una nuova valutazione della questione. Si è evidenziato con estrema cura infatti come il parametro dell'art. 117, c. 1, abbia assunto una totale preminenza nell'esposizione delle censure, con ciò fornendo potenziali indicazioni pro futuro.