

SENTENZA DELLA CORTE EUROPEA SOPRAVVENUTA E GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE: PERCHÉ LA RESTITUZIONE DEGLI ATTI NON CONVINCHE. CONSIDERAZIONI A MARGINE DELL'ORD. N. 150 DEL 2012 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Brevi considerazioni introduttive – 2. L'asserito carattere preliminare dell'art. 117, primo comma, Cost., rispetto ai parametri costituzionali interni: considerazioni alla luce delle ordinanze di rimessione - 3. Ulteriori considerazioni critiche alla luce del contenuto della sentenza sopravvenuta della Grande Camera – 4. I rischi dell'equiparazione di fatto della giurisprudenza della Corte europea allo *ius superveniens* e dell'atteggiamento rinunciatorio della Corte costituzionale

1. Brevi considerazioni introduttive

Con l'ordinanza n. 150 del 2012 la Corte costituzionale restituisce ai giudici *a quibus* gli atti per una nuova valutazione dei termini della questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa¹.

Per la prima volta nella giurisprudenza costituzionale la sopravvenienza di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo², che supera il precedente³ usato nelle ordinanze di rimessione per interpretare la CEDU e argomentare la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., determina la restituzione degli atti ai giudici remittenti.

Occorre subito sottolineare che la restituzione degli atti è ordinata dalla Corte costituzionale anche se la questione è stata sollevata, oltre che in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento ad altri parametri costituzionali, per così dire meramente interni, rispetto ai quali la sopravvenienza della nuova sentenza della Corte europea sembra ininfluenza.

Secondo la Corte costituzionale la presenza di "parametri interni" non ostacola la restituzione degli atti, perché nelle ordinanze di rimessione la questione in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. sarebbe stata posta "in linea preliminare". Anzi, la restituzione degli atti viene presentata come indispensabile strumento di salvaguardia del carattere incidentale del giudizio di costituzionalità, "spettando anzitutto ai rimettenti accertare, alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto". L'argomentazione viene ulteriormente rafforzata attraverso il riferimento alla giurisprudenza costituzionale inaugurata dalle sentt. nn. 348 e 349 del 2007, secondo cui "la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione" della Corte europea.

¹ Previsto dall'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004.

² Cioè la sentenza della Grande Camera del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria, ric. n. 57813/00. Sul contenuto di tale decisione si tornerà nel par. 3.

³ Si tratta della sentenza della Prima Sezione del 3 novembre 2011, S.H. e altri c. Austria, ric. n. 57813/00. Secondo la pronuncia della prima sezione della Corte europea dal divieto di donazione dei gameti per la fecondazione in vitro sarebbe scaturita una violazione del diritto alla libertà di avvalersi delle tecniche di fecondazione assistita, rientrando nella sfera di applicazione dell'art. 8 CEDU, ed una violazione del divieto di discriminazione, ex art. 14 CEDU, essendo invece dalla medesima legge consentita la donazione di gameti per la fecondazione in vivo. Sulla decisione, si vedano i contributi raccolti nel volume M. D'AMICO - B. LIBERALI (a cura di), *Il divieto di donazione dei gameti: fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012.

Nonostante eviti di utilizzare il termine *ius superveniens*, definendo la sentenza sopravvenuta un *novum*⁴, la Corte costituzionale tenta quindi di far passare la pronuncia per una nuova variante delle ordinanze di restituzione degli atti per *ius superveniens*⁵. Più precisamente, tra le pronunce ascritte a questa categoria, che, come noto, è piuttosto variegata, fungerebbero da modello per la fattispecie in esame le ordinanze in cui la Corte costituzionale ha restituito gli atti per modifiche sopravvenute delle norme interposte⁶.

Tuttavia, come è stato già notato da più parti, la decisione presenta alcune forzature e pare che si presti ad essere letta come una risposta alla discutibile esigenza, avvertita nel caso concreto dai giudici costituzionali, di posticipare la delicata decisione nel merito della legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa⁷. Non sarebbe, del resto, la prima volta che la categoria delle decisioni di restituzione degli atti per *ius superveniens* viene utilizzata impropriamente per necessità dilatorie⁸.

2. L'asserito carattere preliminare dell'art. 117, primo comma, Cost., rispetto ai parametri costituzionali interni: considerazioni alla luce delle ordinanze di rimessione

Una prima forzatura operata con la restituzione degli atti, come si è efficacemente osservato⁹, risiede nell'anomalo assorbimento dei profili costituzionali interni. È noto, infatti, che l'assorbimento dei profili si verifica quando la norma è dichiarata incostituzionale per violazione di un parametro costituzionale e, quindi, la Corte costituzionale privilegia ragioni di economia processuale, ritenendo superfluo ai fini dell'annullamento esaminare la questione nel merito anche rispetto agli altri parametri¹⁰.

⁴ Non è certo irrilevante che la Corte costituzionale si astenga dal definire la sentenza della Corte europea *ius superveniens*, anche se poi la tratta allo stesso modo, evitando così di formalizzarne l'equiparazione ad una vera e propria fonte del diritto, come notato da A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, in www.giurcost.org, 12.06.12, 1 e A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it (19 luglio 2012), 1.

Sul diverso problema dell'equiparazione delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale allo *ius superveniens*, operata in un orientamento della Corte costituzionale peraltro oscillante, v. A. CELOTTO, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giur. Cost.*, 2003, 27 ss.

⁵ In tema v. A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice "a quo" nel processo costituzionale incidentale*, Milano, 1965; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, in part. 76 ss.; successivamente, si veda A. MORELLI, *Lo ius superveniens come tecnica di selezione delle questioni di legittimità costituzionale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, 583 ss.

⁶ Per una classificazione delle varie sottocategorie cfr. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 195 s., che indica alcune dovute a modifiche sopravvenute delle norme interposte. In assenza di studi specifici sulla restituzione degli atti per diritto sopravvenuto che muta le norme interposte, può essere utile rinviare a quanti si sono occupati della fattispecie, solo in parte analoga, in cui nelle more del giudizio di legittimità costituzionale sopravvengono nuovi parametri costituzionali: cfr. sul punto M. D'AMICO – F. BIONDI, *Art. 134, 1° alinea*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, 2586 ss.; C. PETTINARI, *Brevi note sulla restituzione degli atti al giudice a quo per sopravvenuta modifica del parametro*, in *Giur. Cost.*, 2002, 1157 ss.; A. RUGGERI, *La Corte e lo "ius superveniens" costituzionale (a proposito della riforma del titolo V e dei suoi effetti sui giudizi pendenti)*, in *Le Regioni*, 2001, 2002, 846 ss.; A. CONCARO, *Corte costituzionale e riforma del Titolo V della Costituzione: spunti e riflessioni su alcuni problemi di diritto intertemporale*, in *Le Regioni*, 2001, 1329 ss.

⁷ Così v. A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali"*, cit., 1.

⁸ Uno dei tanti esempi è costituito dall'ord. n. 70 del 2006, in tema di falso in bilancio, in qui la Corte costituzionale ha restituito gli atti ai remittenti nonostante le norme sopravvenute non fosse applicabili nel giudizio principale in quanto contenenti sanzioni penali più severe di quelle oggetto della questione di legittimità costituzionale. In senso contrario, v. la sent. n. 466 del 2005, con cui la Corte costituzionale è entrata nel merito della questione, accertando da sé che lo *ius superveniens* non poteva incidere sulla rilevanza della questione.

Si è assistito ad un uso di decisioni processuali (questa volta di inammissibilità manifesta) per impropri fini dilatori anche in materia di fecondazione assistita: cfr. l'ord. n. 369 del 2006, su cui v. per tutti M. D'AMICO, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. cost.*, 2006, 3859 ss.

Cfr. più in generale sul tema P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino, 2000, 225 ss.

⁹ In questo senso v. A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali"*, cit., 2 ss.; e poi A. MORRONE, *op. cit.*, 2 ss.

¹⁰ Sul tema v. L. D'ANDREA, *Prime note in tema di assorbimento nei giudizi di costituzionalità*, in A. RUGGERI – G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, 79 ss. e in part. 97, secondo cui l'assorbimento può

Occorre a questo punto ricordare che la questione era stata sollevata dal Tribunale di Catania¹¹ e da quello di Milano¹² non solo in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., ma anche agli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.

In effetti, non è in assoluto la prima volta che la Corte fa ricorso ad una sorta di assorbimento in una decisione di rigetto. Può essere interessante ricordare l'ord. n. 666 del 1988, avente ad oggetto una questione in materia previdenziale sollevata in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost., che è stata valutata nel complesso positivamente in dottrina¹³. In quell'occasione, in sintesi, la questione era stata dichiarata manifestamente infondata rispetto ad un parametro costituzionale non evocato dal remittente, ma indicato direttamente dalla Corte, cioè l'art. 38 Cost., in quanto "disposizione speciale ed assorbente rispetto a quella di cui all'art. 36 Cost. (invocato nella specie)".

Le differenze tra questo caso e quello deciso con l'ordinanza in commento sono numerose. In questa sede ci si limita a mettere in rilievo che, sebbene la tutela accordata dalle norme convenzionali interposte e dai parametri costituzionali interni possa in minima parte sovrapporsi, non è certo possibile ritenere gli artt. 8 e 14 della CEDU speciali rispetto agli artt. 2, 3, 29, 31 e 31 Cost., e meno che meno, quindi, capaci di assorbire i profili interni.

Peraltro, il criterio della specialità delle norme convenzionali interposte, usato nell'ord. n. 666 del 1988, non viene nemmeno evocato dalla Corte, la quale adduce invece, come si è visto, che i giudici a *quibus* hanno evocato l'art. 117, primo comma, Cost. in via "preliminare" rispetto agli ulteriori profili e, inoltre, che i remittenti avevano "ripetutamente richiamato la suindicata sentenza della Prima Sezione della Corte di Strasburgo, allo scopo di trarne argomenti a conforto delle censure proposte in relazione agli ulteriori parametri costituzionali".

Tuttavia, in due ordinanze di rimessione su tre la decisione della Prima Sezione non è nemmeno richiamata nell'argomentazione, sia pure sintetica, dei dubbi di legittimità costituzionale inerenti agli artt. 32 Cost. e 3 Cost.¹⁴. Sempre in tali ordinanze, inoltre, le autorità remittenti illustrano in modo autonomo i dubbi di legittimità costituzionale relativi agli altri parametri interni e, a 'mo di conclusione, traggono dalla sentenza della Prima Sezione ulteriori spunti¹⁵.

avarsi solo nel caso di una sentenza di accoglimento, poiché "in caso di rigetto la Corte costituzionale è naturalmente tenuta a passare in rassegna tutti i vizi denunciati (a meno che l'intreccio tra i motivi di censura sia tale che l'accertamento dell'insussistenza dell'uno valga come accertamento dell'insussistenza dell'altro)".

¹¹ Ordinanza n. 34/2011, del 21 ottobre 2010.

¹² Ordinanza n. 163/2011, del 2 febbraio 2011.

Diverso è invece il caso dell'ultima autorità remittente, il Tribunale ordinario di Firenze, che aveva sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., ed all'art. 3 Cost.; tuttavia, in riferimento a quest'ultimo sostanzialmente l'argomentazione è sviluppata per *relationem* rispetto alle argomentazioni svolte in riferimento al primo parametro costituzionale. Si tratta dell'ordinanza n. 19/2011, del 6 settembre 2010.

¹³ Il mancato scrutinio nel merito in riferimento agli artt. 3 e 36 Cost. è stato classificato come "assorbimento innocuo", in quanto perfettamente giustificato dalla "compenetrazione tra i vizi denunciati". Così v. L. D'ANDREA, *op. cit.*, 109 s.

¹⁴ Rinviene nelle tre ordinanze una certa esterofilia, connotandola in senso negativo, A. OSTI, *La procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo di fronte alla Corte costituzionale. Spunti di riflessione sull'uso delle sentenze della Corte di Strasburgo da parte dei giudici comuni*, in F. VARI (a cura di), *La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2012, 101, secondo cui i giudici remittenti, in questo come in altri casi, guardano alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo come ad "una sorta di *deus ex machina* capace di offrire una "valida" soluzione a problematiche "interne" ". B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista Aic*, 4/2012, 18/9/2012, 10, fa notare come la decisione della Prima Sezione abbia di fatto rappresentato un elemento di svolta nella giurisprudenza, che in precedenza aveva respinto le eccezioni d'illegittimità costituzionale sollevate dalle parti. Si rinvia all'A. anche per la puntuale ricostruzione delle tre ordinanze di rimessione.

¹⁵ Più precisamente, la decisione della Prima Sezione è considerata una fonte di "solidi e ulteriori argomenti" rispetto agli artt. 31 e 3 Cost., e viene utilizzata per trarre ulteriori elementi "a conforto" della motivazione rispetto all'art. 2 Cost., dal Tribunale di Catania. Il Tribunale di Milano, invece, ne fa utilizzo più incisivo, nella motivazione elaborata in riferimento agli artt. 2, 3, e 29 Cost. In particolare, in riferimento all'art. 3 Cost., afferma che "La sentenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo offre utili argomenti a sostegno della violazione dell'art. 3 della Costituzione con riferimento alla violazione del principio di non discriminazione, poiché i motivi proposti dai giudici europei circa la violazione dell'art. 14 della CEDU possono essere contemporaneamente formulati nell'interpretazione dell'art.

Almeno in riferimento ai dubbi di costituzionalità posti rispetto agli artt. 32 e 3 Cost., quindi, la sentenza sopravvenuta è ininfluente, non essendo stata nemmeno menzionata nell'illustrazione del dubbio di legittimità costituzionale. Tale rilievo pare sufficiente a confutare, rispetto a questi profili, l'esistenza del carattere preliminare dell'art. 117, primo comma, Cost.

Tuttavia, anche in riferimento agli altri profili sembra esagerato parlare di carattere preliminare dell'art. 117, primo comma, Cost., posto che la non manifesta infondatezza della questione è motivata in modo autosufficiente.

Al limite, si potrebbe dire che nelle ordinanze di rimessione l'argomentazione tratta dalla decisione della Prima Sezione prevale da un punto di vista quantitativo, essendo essa citata in vari punti. Nonostante un uso così ampio e non sempre pertinente da parte dei remittenti di una decisione non definitiva sia senz'altro censurabile, sembra comunque improprio che la Corte costituzionale possa trarre conseguenze sul rapporto tra i vari profili della questione dalla ripetitività e diffusione con cui la motivazione è sviluppata nelle ordinanze di rimessione.

Con la restituzione degli atti la Corte ha dunque surrettiziamente subordinato, facendo leva sul preteso carattere preliminare del profilo dell'art. 117, primo comma, Cost., l'esame della questione di legittimità costituzionale per violazione della Costituzione ad un ulteriore intervento dei giudici *a quibus*, chiamati a riformulare i termini della questione di legittimità costituzionale per violazione della norma sovranazionale interposta.

Per questo, oltre a mostrare un atteggiamento di eccessiva prudenza verso una sentenza di Strasburgo, nonostante formalmente si tratti di una fonte sub-costituzionale¹⁶, la Corte costituzionale si è in qualche modo sottratta dal decidere, provocando un'alterazione del carattere incidentale del giudizio di costituzionale, che invece si proponeva, apparentemente, di difendere¹⁷.

A questo punto, può essere utile interrogarsi sul modo in cui il giudice costituzionale avrebbe potuto elaborare una diversa e più soddisfacente soluzione al nuovo problema (che, peraltro, potrebbe presentarsi nuovamente in futuro, vista la copiosa giurisprudenza della Corte europea).

Si ritiene che la Corte costituzionale avrebbe potuto esaminare la questione nel merito rispetto ai parametri interni¹⁸ e, in caso di accoglimento, dichiarare assorbito il profilo dell'art. 117, primo comma, oppure, in caso di rigetto, restituire gli atti per un riesame da parte dei giudici *a quibus* dei termini della questione rispetto all'art. 117, primo comma¹⁹. Nell'ultima ipotesi, la soluzione proposta ha anche il pregio di lasciare intatta la possibilità di esperire il tentativo di un'interpretazione conforme a Convenzione, in seguito alla eventuale riassunzione del giudizio principale da parte dei giudici.

3. Ulteriori considerazioni critiche alla luce del contenuto della sentenza sopravvenuta della Grande Camera

3 della Costituzione, posto che le due norme trattano del medesimo principio". Rispetto all'art. 31 Cost., anche il Tribunale di Milano si limita ad arricchire la motivazione con spunti provenienti dalla decisione della Prima Sezione della Corte europea.

In senso differente dalla tesi qui sostenuta sembra esprimersi G. REPETTO, *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, in www.diritticomparati.it (25 giugno 2012), il quale non esclude che l'art. 117, primo comma, Cost., svolga un ruolo preliminare nelle ordinanze di rimessione.

¹⁶ La natura sub-costituzionale della CEDU viene ribadita dalla stessa Corte costituzionale ad es. nella sent. n. 236 del 2011, al punto 9 del considerato in diritto.

¹⁷ Come ha osservato A. MORRONE, *op. cit.*, 4.

¹⁸ Fatta eccezione per la questione sollevata dal Tribunale di Firenze, in cui la non manifesta infondatezza in riferimento all'art. 3 Cost., unico parametro interno evocato, è motivata con un rinvio agli argomenti svolti per l'art. 117, primo comma, Cost.

¹⁹ A differenza di quanto avviene se la Corte costituzionale è chiamata a giudicare della legittimità costituzionale di più questioni e lo *ius superveniens* ha modificato l'oggetto di una sola di esse. Cfr. la sent. n. 332 del 2006, avente ad oggetto più questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Reggio Emilia su di una legge regionale relativa alla definizione del calendario venatorio regionale. In questo caso la Corte ha correttamente restituito gli atti in riferimento solo alla questione di legittimità costituzionale il cui oggetto è stato modificato dallo *ius superveniens*.

Ciò posto, occorre ricordare che, secondo una prima tesi, la sentenza della Grande Camera, contrariamente alla Prima Sezione, ha ricondotto le limitazioni alla donazione dei gameti previste dalla legge austriaca al margine di apprezzamento riservato ai singoli Stati²⁰.

Seguendo questa lettura, non si può non sottolineare come la mutata posizione della Corte europea abbia svuotato di contenuto il dubbio di legittimità costituzionale posto in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. Se si accoglie questo punto di vista, pertanto, la prevalenza pretestuosamente attribuita dalla Corte all'art. 117, primo comma, Cost., sui parametri interni, assume dei connotati davvero paradossali²¹.

Secondo la diversa tesi del cd. *time factor*²², sostenuta dalle parti private costitutesi in giudizio, la Grande Camera ha considerato i divieti posti dalla legge austriaca come uno strumento idoneo ad evitare i rischi della donazione dei gameti, legittimamente adottato alla luce delle conoscenze scientifiche in possesso del legislatore quando, nel 1992, ha approvato la legge²³. Se si segue l'interpretazione del *time factor*, la restituzione degli atti potrebbe conservare un minimo significato. Infatti, essa darebbe modo ai remittenti, qualora sussistessero le condizioni per sollevare di nuovo la questione di costituzionalità, di sostenere che le conoscenze scientifiche a disposizione del legislatore italiano del 2004, dodici anni dopo l'intervento del legislatore austriaco, non giustificavano un divieto assoluto di fecondazione eterologa.

Su altro versante, è quasi superfluo rilevare che la restituzione degli atti ai remittenti non è certamente funzionale all'esperimento da parte dei giudici *a quibus* di un tentativo di interpretazione della norma nazionale convenzionalmente conforme, sia nel caso si ritenga la sentenza sopravvenuta incentrata sul margine di apprezzamento, sia nel caso la si ritenga motivata in base al *time factor*. Infatti, non è stata rilevata dalla Grande Camera alcuna violazione della CEDU. Di ciò del resto pare consapevole la Corte costituzionale, che evita di fare riferimento a tale tentativo ed afferma invece che spetta ai giudici *a quibus* "accertare, alla luce della nuova esegesi fornita dalla Corte di Strasburgo, se ed entro quali termini permanga il denunciato contrasto".

A maggior ragione alla luce del contenuto della sentenza sopravvenuta, la scelta della Corte costituzionale di pretermettere i profili meramente interni e la conseguente restituzione degli atti potrebbe lasciare i giudici remittenti disorientati.

Sforzandosi di darne una lettura costruttiva, è comunque possibile osservare che la decisione in esame potrebbe avere una limitata utilità. Infatti, i giudici *a quibus*, dopo la riassunzione dei giudizi, potrebbero sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale, dando conto della lettura vista sopra del *time factor*; al contempo, potrebbero dare maggior spazio alle censure di incostituzionalità rispetto ai parametri interni, effettivamente un po' troppo sacrificate in tutte e tre le ordinanze di rimessione, sebbene certamente sviluppate in modo autonomo rispetto alla pretesa violazione della CEDU²⁴. Con riguardo a quest'ultimo problema, infine, l'ordinanza in commento potrebbe contenere un insegnamento utile, mettendo in guardia le autorità remittenti dal valorizzare in modo eccessivo decisioni non definitive della Corte europea.

4. I rischi dell'equiparazione di fatto della giurisprudenza della Corte europea allo *ius superveniens* e dell'atteggiamento rinunciatario della Corte costituzionale

²⁰ Così v. A. OSTI, *La sentenza S.H. e altri c. Austria: un passo «indietro» per riaffermare la legittimazione della Corte europea*, in *Quad. cost.*, 2012, 159 ss., la quale però osserva anche, con notazioni critiche, che "La Corte pare quasi, abbastanza sorprendentemente e in contrasto con quanto sino a quel momento affermato, riservarsi uno spazio di «manovra» pro futuro, in quanto la decisione considera la ragionevolezza e la proporzionalità della legge austriaca «at the relevant time» e non in assoluto".

²¹ In questo senso v. anche E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in *www.forumcostituzionale.it* (29 giugno 2012), 2.

²² Per questa tesi, si veda B. LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli stati e il cd. time factor. osservazioni a margine della decisione della grande camera resa contro l'Austria*, in *Rivista Aic*, 1/2012, 14/03/2012, 6 ss.

²³ *Fortpflanzungsmedizingesetz*, Gazzetta Ufficiale 275/1992.

²⁴ Condivisibili riflessioni in tal senso in G. REPETTO, *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012*, cit. Sugli scenari possibili in seguito alla riassunzione dei giudizi principali v. B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni*, cit., 15 ss.

Un ultimo aspetto problematico della decisione in commento deriva dall'equiparazione di fatto avvenuta della nuova sentenza della Corte europea allo *ius superveniens*.

Al di là delle sue importanti implicazioni teoriche²⁵, di cui non si può dare conto in questa sede, tale equiparazione impone che, in quanto diritto sopravvenuto, la sentenza della Grande Camera debba essere interpretata dai giudici remittenti, ai quali spetta ridefinire i termini della questione di legittimità costituzionale. Diversamente, sarebbe stata la Corte costituzionale ad espletare tale delicato compito²⁶, per poi procedere, sulla base dei risultati ottenuti, all'interpretazione delle norme interposte.

In realtà non si tratta, da questo punto di vista, di una novità assoluta: non mancano ordinanze di restituzione degli atti motivate, oltre che sulla base di modifiche normative, in ragione di sentenze sopravvenute della Corte di Giustizia dell'Unione europea, considerate alla stregua di *ius superveniens*²⁷. Ancora più significative sono le ordinanze di restituzione motivate esclusivamente in base alla sopravvenienza di sentenze della Corte di Giustizia²⁸.

Non è possibile, in questa sede, soffermarsi sulle differenze tra la sopravvenienza delle pronunce della Corte di Giustizia e della Corte europea. Ai fini del presente lavoro, ci si limita a rilevare che la presenza di alcuni precedenti non autorizza la Corte costituzionale a rinunciare alla valutazione²⁹ di "come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano", e ad esercitare il compito da essa stessa attribuitosi ad esempio nelle sentt. nn. 236 del 2011³⁰ e 317 del 2009³¹.

Un atteggiamento impropriamente rinunciatario della Corte costituzionale pare non coerente con il modello del sindacato di costituzionalità della legislazione interna in riferimento alla CEDU elaborato dalla giurisprudenza costituzionale e finirebbe col favorire, sia pure indirettamente, discutibili interpretazioni

²⁵ Cui fa riferimento anche A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali"*, cit., 1 ss.

²⁶ La Corte è ben consapevole delle difficoltà di tale operazione ermeneutica. Una delle ragioni addotte a sostegno del rinvio ai giudici a *quibus*, è che la sentenza della Corte europea può essere oggetto, come dimostrano le memorie delle parti, di letture "significativamente divergenti". Peraltro tale difficoltà non costituisce un'una giustificazione alla scelta di restituire gli atti.

²⁷ Cfr. ad esempio l'ord. n. 125 del 2004.

Volgendo lo sguardo a organi giurisdizionali interni, è possibile menzionare l'ord. n. 279 del 2009, in cui le decisioni interpretative della Corte di Cassazione si affiancano ad una modifica legislativa e concorrono con essa a giustificare la restituzione degli atti. Parzialmente diverso è il caso di diritto vivente *superveniens*, che ha delle caratteristiche peculiari rispetto al mero *novum*, costituito da una singola sentenza o anche da alcune sentenze. Su tale tema cfr. A. PUGIOTTO, *Corte costituzionale e diritto vivente superveniens*, in *Giur. cost.*, 1990, 642 ss. L'A. nota come in presenza di diritto vivente sopravvenuto il *trend* fosse quello delle sentenze interpretative di rigetto, benché non mancasse qualche caso di manifesta infondatezza e di restituzione degli atti.

²⁸ V. le ordd. nn. 252 del 2006, 268 del 2005, 62 del 2003 e 255 del 1999, in cui la decisione di restituzione è stata ordinata *solo* sulla base di una sopravvenuta decisione della Corte di Giustizia, definita anche *ius superveniens*.

In realtà, il primo caso è molto particolare, perché il parametro evocato era solo uno, l'art. 76 Cost., e dunque la restituzione degli atti non provoca l'assorbimento anomalo di profili interni della questione di legittimità costituzionale. La questione, in materia di diritto alla precedenza nella riassunzione con riferimento ai lavori stagionali, era stata sollevata rispetto all'art. 76 Cost., in quanto il decreto legislativo oggetto della questione (n. 368 del 2001, di attuazione di una direttiva comunitaria), si poneva in contrasto con un criterio direttivo della legge delega, la legge comunitaria del 2000, violando altresì un allegato della direttiva che avrebbe dovuto invece attuare. Per questo il sopraggiungere di una sentenza della Corte di Giustizia (22 novembre 2005, C-144/04 *Mangold*), relativa a tale principio, ha determinato la restituzione degli atti. Da segnalare che la questione, risolta in riferimento all'art. 77 Cost., primo comma, è stata poi accolta dalla Corte costituzionale con la sent. n. 44 del 2008.

Nel secondo caso, in tema di tasse ad effetto equivalente a dazi all'esportazione, nel terzo caso, relativo all'istituzione retroattiva di una nuova taxa annuale per l'iscrizione al registro delle imprese, e nel quarto caso, sul cumulo dell'indennità di mobilità e della retribuzione, la sentenza della Corte di Giustizia condiziona l'applicazione della norma oggetto della questione, potendo questa venire disapplicata, e dunque indice non sul dubbio di costituzionalità relativo ad un singolo parametro costituzionale, ma sulla rilevanza della questione.

²⁹ Ciò vale naturalmente anche nel caso in cui l'unico parametro evocato sia l'art. 117, primo comma, Cost.

³⁰ Punto 9 del considerato in diritto.

³¹ Punto 7 del considerato in diritto.

convenzionalmente conformi o, addirittura, disapplicazioni da parte dei giudici *a quibus*³². Il giudizio di costituzionalità, inoltre, sarebbe impropriamente subordinato, nel caso nuove pronunce della Corte europea, ad un ulteriore esame dei termini della questione da parte dei remittenti³³. Anche nell'evenienza, poco probabile, in cui la questione venga nuovamente sollevata, i tempi del giudizio si allungherebbero ancora di più, con ricadute negative per le parti certo non trascurabili (come ad esempio avviene proprio nel caso in esame).

³² In questo senso v. E. MALFATTI, *op. cit.*, 3 s.; A. MORRONE, *op. cit.*, 3, che segnala anche il rischio di *shopping* delle norme convenzionali da parte dei giudici comuni.

Si sofferma sulle ricadute della concorrenza dei livelli di tutela nazionale, europeo e sovranazionale, spesso problematiche per un'effettiva garanzia dei diritti costituzionali, con riferimenti specifici alla materia della fecondazione assistita, M. D'AMICO, *La tutela "complessa" dei diritti fondamentali nello spazio giuridico europeo*, Relazione al "Il Workshop in Diritto internazionale e dell'Unione", 8-9 aprile 2011, in corso di pubblicazione.

³³ Così v. A. MORRONE, *op. cit.*, 2 s.

Si tratta di una ricaduta del tutto impropria considerato che l'esame del contrasto con le norme della CEDU non è prioritario rispetto all'esame dei profili interni della questione.

Peraltro, nel caso specifico, come si è visto, è verosimile che la Corte costituzionale abbia agito con intento dilatorio e non, invece, mossa dall'esigenza di dialogo con la Corte europea. A quest'ultimo proposito, e a dimostrazione dell'eccessivo peso dato nella vicenda al caso austriaco, prima dai remittenti e poi dalla Corte costituzionale, si tenga conto che, pochi mesi dopo la restituzione degli atti, la Seconda Sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha accolto il ricorso proposto contro l'Italia da una coppia fertile, composta da soggetti portatori di una malattia genetica, che lamentavano il divieto di accesso alle tecniche di procreazione assistita, e in particolare alla diagnosi genetica preimpianto, riservato dall'art. 4 della l. n. 40 del 2004 alle coppie infertili o sterili. Più precisamente, la Seconda Sezione ha dichiarato la violazione dell'art. 8 della CEDU (pronuncia del 28 agosto 2012, Costa e Pavan c. Italia, ric. n. 54270/2010). Si tratta evidentemente di una pronuncia che, sebbene riguardi un ambito diverso dalla donazione dei gameti, si pone in una direzione differente rispetto a quella presa dalla Grande Camera nei confronti dell'Austria. Tale pronuncia dunque, pur essendo non definitiva, dimostra quanto sia difficile cristallizzare la giurisprudenza della Corte europea ai fini dell'interpretazione delle norme convenzionali interposte nel giudizio di legittimità costituzionale. Anche per questo motivo, pare importante che la Corte costituzionale non si sottragga in futuro, con un uso disinvolto della restituzione degli atti in presenza di sentenze sopravvenute della Corte europea, dal pronunciarsi nel merito rispetto ai parametri interni.