

Roberto Romboli

**Lo strumento della restituzione degli atti e l'[ordinanza 150/2012](#):
il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come *ius superveniens* e la
sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto
di inseminazione eterologa (*)**

SOMMARIO: 1. Natura e caratteri del provvedimento di restituzione degli atti al giudice *a quo*, la volontà della Corte di “non perdere” la questione di costituzionalità ed il rapporto con la pronuncia di inammissibilità – 2. La restituzione degli atti per *ius superveniens* e la irrilevanza del *factum superveniens*. Le ipotesi di *ius superveniens* nella giurisprudenza costituzionale: le sentenze di incostituzionalità e le decisioni interpretative della Corte UE; alcuni casi eccezionali: il diritto vivente, la sentenza del giudice di appello, il d.m. ed il comunicato sulla G.U. – 3. L'[ordinanza n. 150 del 2012](#) ed i suoi presupposti: una restituzione fondata sul “*novum*” costituito da un sopravvenuto mutamento giurisprudenziale della Corte Edu. – 4. La non condivisibile assimilazione, da parte della Corte costituzionale, delle tre ordinanze di rimessione e la mancata risposta alle denunciate violazioni degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. – 5. La restituzione degli atti come misura necessaria ad evitare una violazione dello “schema dell’incidentalità del giudizio costituzionale”: l’identificazione, quanto ad effetti, del *novum* allo *ius superveniens*. – 6. Gli “scenari futuri”: la riproposizione della questione di costituzionalità in riferimento all’art. 117, 1° comma, Cost. ed i limiti alla natura vincolante dell’interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu. – 7. *Segue*: la riproposizione della questione di costituzionalità in riferimento agli artt. 2, 3, 29, 31, 32 Cost. e la poco significativa influenza del sopravvenuto mutamento di giurisprudenza della Corte Edu.

1. *Natura e caratteri del provvedimento di restituzione degli atti al giudice a quo, la volontà della Corte di “non perdere” la questione di costituzionalità ed il rapporto con la pronuncia di inammissibilità.*

Il presente scritto è dedicato ad una riflessione a seguito della decisione con cui la Corte costituzionale ha restituito ai giudici *a quibus* gli atti relativi alla questione di legittimità costituzionale del divieto di inseminazione eterologa ed avrà ad oggetto gli aspetti della vicenda connessi al processo costituzionale, allo strumento decisorio utilizzato ed all’efficacia del medesimo nei rapporti con il giudice comune e, in certa misura, pure con la Corte europea dei diritti dell’uomo.

A questo scopo la riflessione sarà articolata in tre punti, il primo (par. 1 e 2) relativo ad una sia pur sintetica ricostruzione dell’utilizzo dello strumento della restituzione degli atti da parte della giurisprudenza costituzionale, il secondo (par. 3-5) concernente i caratteri del provvedimento in esame ([ord. n. 150 del 2012](#)) e come questi si inseriscano nella ricostruzione di cui al punto precedente ed infine il terzo (par. 6 e 7) sulla efficacia della decisione e quindi sulle prospettive future della questione di costituzionalità sollevata, ma risolta per adesso dalla Corte attraverso una pronuncia di tipo processuale, senza quindi entrare nel merito della stessa.

In ordine al primo aspetto, limitandomi a sottolineare solamente gli elementi che possono essere utili per la vicenda in esame, pare innanzi tutto il caso di ricordare come la restituzione degli atti al giudice *a quo* sia un tipo di decisione creato dalla Corte costituzionale in via giurisprudenziale e quindi non regolato da specifiche disposizioni normative. Ciò ha determinato un uso abbastanza libero dell'istituto da parte del Giudice costituzionale, con maggiori possibilità di adattamento alle specifiche esigenze del caso o del periodo (¹).

La restituzione degli atti è qualificabile, com'è noto, come una decisione di tipo processuale, la quale viene quindi a collocarsi accanto all'altra pronuncia a carattere processuale – l'unica prevista dalla legge - rappresentata dalla inammissibilità (semplice o manifesta).

Trattandosi in entrambi i casi di decisioni attraverso le quali il Giudice costituzionale rileva la impossibilità di entrare nel merito della questione per la mancanza di elementi necessari alla corretta instaurazione del giudizio in via incidentale, si tratta di indicare le ragioni per le quali, esistendo già la inammissibilità, la Corte abbia creato un'altra pronuncia processuale (la restituzione degli atti) e in che cosa le due decisioni si distinguano quanto a presupposti per l'utilizzo ed alla efficacia per i destinatari.

La restituzione degli atti, a differenza della inammissibilità, pare esprimere la necessità che l'ordinanza di rimessione del giudice sia, da parte dello stesso, integrata in alcuni suoi elementi e al contempo la volontà di "non perdere" la questione di costituzionalità proposta.

L'integrazione può pertanto riguardare sia elementi che erano già presenti e quindi valutabili dal giudice al momento in cui questo ha pronunciato l'ordinanza di rinvio (ad esempio accertamenti ulteriori, leggi o atti normativi già in vigore e non tenuti nel debito conto, mancata notifica dell'ordinanza, mancata o insufficiente motivazione della stessa), sia atti sopravvenuti e quindi per questo non considerati.

Decisiva, allo scopo di differenziare i due tipi di decisioni processuali, risulta essere la sanabilità o meno da parte dell'autorità giudiziaria rimettente del vizio rilevato dalla Corte costituzionale, per cui, allo scopo di cui sopra e valorizzando l'opera di collaborazione del giudice comune, lo strumento della restituzione viene utilizzato nel primo caso (ad esempio mancata notifica o insufficiente motivazione) e la inammissibilità nel secondo (ad esempio mancata legittimazione del giudice, atto privo di forza di legge, irrilevanza). In considerazione della sanabilità o meno del vizio ne consegue che il provvedimento di restituzione assume il significato di un invito, rivolto al giudice da parte della Corte, ad eliminare il vizio e quindi a ripresentare la questione, mentre quello di inammissibilità assume carattere preclusivo alla riproposizione dell'eccezione.

Date queste caratteristiche può risultare agevole comprendere come l'istituto della restituzione degli atti abbia avuto, da parte della giurisprudenza costituzionale, un utilizzo ampio e per ragioni maggiormente diversificate nella prima fase di realizzazione della giustizia costituzionale nel nostro paese, quando maggiore era per la Corte l'esigenza di interpretare in maniera più permissiva la disciplina dell'accesso e soprattutto di incentivare i giudici a ricorrere all'incidente di costituzionalità.

Allorché il problema divenne quello della eliminazione dell'arretrato che si era venuto formando, a seguito delle molte questioni sollevate, l'interesse della Corte divenne quello di scoraggiare in qualche misura il giudice dal (ri)sollevare questioni di costituzionalità e pertanto lo strumento collaborativo della restituzione venne in molte ipotesi sostituito da quello della inammissibilità con effetto preclusivo. In particolare la Corte dichiarò inammissibili o manifestamente inammissibili le

(*) Il presente scritto è destinato agli Studi in onore di Giuseppe De Vergottini

¹ Per una ricostruzione dell'istituto sia consentito rinviare a Romboli, *Evoluzione giurisprudenziale ed aspetti problematici della restituzione degli atti al giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 1992, 543 ss.

questioni di costituzionalità affette da un vizio seppur rimediabile da parte del giudice, ma relativo a elementi già presenti al momento della pronuncia dell'ordinanza di rinvio ⁽²⁾.

La valorizzazione dell'attività interpretativa del giudice al fine anche della risoluzione dei dubbi di costituzionalità e la richiesta di interpretazione costituzionalmente conforme, hanno determinato, con riguardo allo strumento della restituzione degli atti, l'effetto opposto, ossia l'utilizzo dello stesso per ipotesi in cui fino ad allora veniva impiegata la decisione di inammissibilità. Ciò è accaduto con riguardo al caso in cui la norma impugnata, successivamente alla pronuncia dell'ordinanza, sia stata dichiarata incostituzionale e quindi eliminata dall'ordinamento. Ipotesi per la quale fino al 2003 veniva impiegata la formula della manifesta inammissibilità ⁽³⁾.

Nel periodo più recente il provvedimento di restituzione degli atti viene ad essere identificato quasi esclusivamente con il caso dello *ius superveniens*, ossia con l'ipotesi di sopravvenuta modifica dell'atto oggetto della questione di costituzionalità, nonostante che, trattandosi di atti normativi, la Corte avrebbe anche potuto provvedere direttamente a valutarne l'incidenza sulla questione di costituzionalità sollevata ⁽⁴⁾.

2. La restituzione degli atti per ius superveniens e la irrilevanza del factum superveniens. Le ipotesi di ius superveniens nella giurisprudenza costituzionale: le sentenze di incostituzionalità e le decisioni interpretative della Corte UE; alcuni casi eccezionali: il diritto vivente, la sentenza del giudice di appello, il d.m. ed il comunicato sulla G.U.

² La decisione di inammissibilità viene quindi ad assumere il significato di una sanzione per il giudice per un vizio (ad es. mancata notifica, insufficiente motivazione ecc.) che, con una maggiore diligenza, avrebbe potuto evitare.

Emblematici sono in proposito i casi in cui la Corte procede a distinguere, diversificando il tipo di decisione impiegato, a seconda che la pronuncia di incostituzionalità della norma impugnata o l'entrata in vigore di un atto normativo fossero anteriori o successivi all'emanazione dell'ordinanza di rinvio. Nella seconda ipotesi, non potendo ovviamente il giudice esserne a conoscenza, viene decisa la restituzione degli atti con richiesta di riesaminare il perdurare della rilevanza della questione, mentre nella prima viene decisa la manifesta inammissibilità per non avere il giudice motivato sulla rilevanza alla luce di una pronuncia di incostituzionalità o di un atto normativo che dovevano essere noti al momento della pronuncia dell'ordinanza di rimessione (v., tra altre, [Corte cost. 238/1994](#), [154/2000](#), [79/2004](#), [313/2005](#)).

³ La giurisprudenza costituzionale, per diversi anni, aveva impiegato nel dispositivo la formula della "manifesta infondatezza" per indicare le questioni già affrontate e risolte dalla Corte negli stessi identici termini, sia che la conclusione fosse stata nel senso della infondatezza, che della incostituzionalità. A partire dai primi mesi del 1987 la Corte cambiò giurisprudenza e, mentre continuò ad usare la "manifesta infondatezza" per indicare le questioni già affrontate e dichiarate infondate, iniziò, più correttamente, ad usare la formula della "manifesta inammissibilità" allorché la norma, già scrutinata, fosse stata ritenuta incostituzionale, dal momento che in tal caso la nuova questione di legittimità costituzionale risultava ormai priva di oggetto, essendo la norma censurata espunta dall'ordinamento giuridico a seguito della dichiarazione di incostituzionalità.

A partire dal 2003 ([ord. n. 20](#)) per la stessa ipotesi viene usata la restituzione degli atti e il mutamento giurisprudenziale sopra evidenziato pare inserirsi nella linea di tendenza ormai espressa da anni dalla Corte costituzionale a favorire quanto più possibile l'intervento collaborativo del giudice (cui certamente meglio si ispira, come detto, il provvedimento di restituzione degli atti rispetto a quello di manifesta inammissibilità), anche con riguardo a giudizi e valutazioni che parrebbero poter essere agevolmente svolti dal Giudice costituzionale.

La giurisprudenza ad oggi consolidata è nel senso di utilizzare la formula della manifesta inammissibilità, allorché la disciplina impugnata è stata "dichiarata integralmente incostituzionale, onde non residuano valutazioni da svolgere da parte del giudice rimettente, ai fini di una nuova prospettazione della questione di legittimità costituzionale" ([ord. 19/2004](#)), mentre allorché la Corte ritenga che esista pur sempre un margine di apprezzamento circa la possibilità di sollevare nuovamente l'eccezione di costituzionalità, nonostante l'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità, si dovrà far ricorso alla formula della "restituzione degli atti".

⁴ La Corte in molte occasioni ha espressamente sostenuto come la valutazione circa l'incidenza della normativa sopravvenuta rientra nella competenza del giudice, al quale spetta valutarne la rilevanza e la non manifesta infondatezza e che non può essere la Corte a sostituirsi al rimettente.

Il provvedimento di restituzione degli atti al giudice *a quo* – nonostante, come vedremo, il carattere definitivo e non interlocutorio dello stesso rispetto al giudizio costituzionale in corso – rappresenta la sola possibilità, per il giudice di tornare sulla stessa questione, nell’ambito dello stesso processo principale e di fornire ulteriori elementi, in ciò appunto sollecitato dalla Corte costituzionale.

Può infatti ritenersi assolutamente pacifico e conseguente alla natura pregiudiziale del giudizio incidentale (con espressa previsione della trasmissione alla cancelleria della Corte degli atti del processo *a quo*) che, una volta sollevata la questione e pronunciata l’ordinanza di rinvio, l’autorità giudiziaria non può in alcun modo integrare il suo provvedimento, né revocarlo ⁽⁵⁾, né partecipare alla fase che si svolge davanti alla Corte.

Questa possibilità, come detto, viene principalmente legata ad una situazione di *ius superveniens*, mentre la giurisprudenza costituzionale è assolutamente consolidata nell’escludere che ciò possa verificarsi a seguito di un *factum superveniens*, sul presupposto che l’esistenza della condizione della rilevanza debba essere valutata al momento della pronuncia dell’ordinanza di rinvio e che il sopravvenire di fatti che inequivocabilmente la facciano venir meno non rilevano in un giudizio avente ad oggetto leggi e diretto quindi a risolvere non una questione del processo *a quo*, ma di interesse generale ⁽⁶⁾.

Passando allora a verificare, nella giurisprudenza costituzionale, quali situazioni sopravvenute sono state ritenute e qualificate come “*ius*”, troviamo ovviamente la modifica puntuale dell’atto normativo oggetto della questione di costituzionalità oppure di quello richiamato come *tertium comparationis*, come pure allorché ad essere innovato risulti essere il quadro normativo generale entro cui l’atto impugnato veniva ad inserirsi o ancora, seppur in ipotesi assai più limitate, in caso di modifica del parametro costituzionale invocato.

Ai fini del provvedimento di restituzione degli atti a tali situazioni è stata assimilata quella della sopravvenuta dichiarazione di parziale incostituzionalità in ragione della loro efficacia *erga omnes* ed indipendentemente dal “verso”, vale a dire sia che la stessa avesse raggiunto il risultato che il giudice si prefiggeva con la propria ordinanza, sia che la decisione della Corte andasse in senso esattamente opposto (v. ad es. ord. [7/2003](#)).

Un’altra situazione, che assume interesse per la vicenda esaminata in questo scritto, vede coinvolta la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, in un duplice significato.

Il primo si riconnette alla nota giurisprudenza costituzionale in base alla quale il giudice comune, in caso di contrasto tra la normativa primaria nazionale ed il diritto dell’Ue, deve applicare il secondo e “non applicare” la prima. In base a ciò la valutazione della rilevanza-applicabilità di una norma nazionale, al fine di sollevare questione di costituzionalità, finisce, a giudizio della Corte, in

⁵ Cfr., volendo, Romboli, *La revocabilità dell’ordinanza di rimessione da parte del giudice per motivi sopravvenuti*, in *Foro it.*, 1990, III, 145.

⁶ La giurisprudenza costituzionale esclude infatti qualsiasi rilievo alla c.d. irrilevanza sopravvenuta, consistente nel venir meno della rilevanza a seguito di fatti nuovi, successivi a tale momento, affermando che “l’estinzione del giudizio *a quo* non è di per sé sufficiente a determinare la sopravvenuta inammissibilità della prospettata questione di costituzionalità poiché (. . .), in armonia con l’art. 22 N.I., il requisito della rilevanza riguarda solo il momento genetico in cui il dubbio di costituzionalità viene sollevato e non anche il periodo successivo alla rimessione della questione alla Corte costituzionale” ([ord. 110/2000](#)).

L’art. 22 N.I., il quale stabiliva che “le norme sulla sospensione, interruzione ed estinzione del processo non si applicano ai giudizi davanti alla Corte costituzionale neppure nel caso in cui, per qualsiasi causa, sia venuto a cessare il giudizio rimasto sospeso davanti all’autorità giurisdizionale che ha promosso il giudizio di legittimità costituzionale”, è stato sostanzialmente confermato anche nelle “nuove” N.I., approvate con [delibera 7 ottobre 2008](#). L’art. 18 stabilisce infatti che “la sospensione, l’interruzione e l’estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale”.

certi casi per essere condizionata dall'esito di altra pregiudiziale, ossia di quella comunitaria davanti alla Corte Ue (c.d. doppia pregiudizialità), la quale è chiamata ad indicare la corretta interpretazione del diritto dell'Ue.

In base a ciò un'ipotesi di restituzione degli atti è ricorsa in considerazione dell'obbligo, per il giudice che invochi una norma comunitaria come presupposto o parametro della questione di legittimità costituzionale, di provocarne l'interpretazione "certa ed affidabile" che assicuri la certa (e non già ipotetica) rilevanza, rivolgendosi alla Corte Ue.

Il secondo, che assume nel nostro caso maggiore interesse, si fonda invece sul riconoscimento della efficacia *erga omnes* propria delle fonti del diritto alle sentenze interpretative della Corte Ue.

Sulla base di quanto affermato dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, secondo cui anche le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Lussemburgo entrano e permangono direttamente nel nostro ordinamento senza che i suoi effetti possano essere intaccati dalla legge ordinaria dello Stato, la Corte ha infatti proceduto in varie occasioni alla restituzione degli atti al giudice per un riesame della rilevanza a seguito di *ius superveniens*, costituito appunto da decisioni della Corte di giustizia, condizionando e determinando queste i limiti in cui una certa norma conserva efficacia e deve essere applicata anche da parte del giudice nazionale (v. ad esempio [ord. 241/2005](#), [252/2006](#)) ⁽⁷⁾.

Altre ipotesi possono invece ritenersi di carattere eccezionale in quanto sono ricorse, a quanto mi risulta, solo in pochissimi casi e sono rappresentate dal "diritto vivente", dalla "sentenza del Consiglio di Stato", dal "decreto ministeriale" o dal "comunicato" *supervenientes*.

La Corte ha infatti in un'occasione fondato il provvedimento di restituzione sulla necessità per il giudice di riesaminare la questione di costituzionalità sollevata alla luce della interpretazione della disposizione impugnata fornita dalla cassazione e da agli altri giudici di merito, successivamente al momento dell'emanazione dell'ordinanza di rimessione ([ord. 983/1988](#)).

Del tutto particolare l'ord. [448/1994](#) con cui la Corte ha invitato il giudice a valutare la perdurante rilevanza della questione di costituzionalità sollevata, a seguito del fatto che la sentenza di primo grado dello stesso giudice rimettente, per la parte in cui aveva definito il giudizio, era stata annullata, in grado di appello, dal Consiglio di Stato ⁽⁸⁾.

L'anomalia di un provvedimento di restituzione per decreto ministeriale *superveniens* ([ord. 150/1999](#)) è invece legata al fenomeno della delegificazione. Nella specie la disposizione di legge impugnata era stata abrogata da un successivo decreto legislativo, in forza del quale però essa restava in vigore fino ai provvedimenti, di natura regolamentare, emanati dalle autorità amministrative competenti. Tale regolamento è stato approvato ed è entrato in vigore dopo l'emanazione dell'ordinanza di rinvio, per cui la Corte ha ritenuto di non poter "trasferire" la questione di costituzionalità alla disposizione vigente, in quanto priva di forza di legge, ed ha

⁷ In un caso una delle parti costitutesi nel giudizio costituzionale aveva eccepito che il principio per cui le sentenze della Corte di giustizia entrano a far parte dell'ordinamento nazionale senza bisogno di ulteriori atti di recepimento deve essere coordinato con la regola processuale secondo la quale la pronuncia del giudice amministrativo è vincolata ai motivi di ricorso dedotti avverso il provvedimento impugnato e conseguentemente, non essendo stata prospettata nel ricorso alcuna difformità degli atti impugnati rispetto alla normativa comunitaria, il giudice amministrativo avrebbe dovuto non fare applicazione di tale sentenza, ma decidere solo in base al diritto interno. La Corte ha rilevato che anche tale profilo dovrà essere valutato dal giudice cui vanno restituiti gli atti, alla luce del principio per cui le sentenze interpretative della Corte di giustizia sono parificate, quanto agli effetti, alla normativa comunitaria e quindi, come questa, trovano applicazione nel nostro territorio ([ord. 268/2005](#)).

⁸ Ciò anche a seguito del comportamento delle parti private costituite nel giudizio costituzionale, le quali avevano in un primo momento sostenuto la fondatezza della eccezione, ma successivamente avevano dichiarato di aver perduto, in conseguenza della sentenza del Consiglio di Stato, interesse alla definizione del giudizio di costituzionalità, chiedendo quindi alla Corte una dichiarazione di inammissibilità per sopravvenuta irrilevanza.

restituito gli atti al giudice *a quo* “perchè valuti nuovamente la questione e la sua rilevanza alla luce dello *ius superveniens* rappresentato dal suddetto regolamento”⁽⁹⁾.

In un caso infine la restituzione degli atti è avvenuta in considerazione della pubblicazione sulla *Gazzetta ufficiale* di un comunicato con cui si provvedeva ad eliminare un errore che si era verificato nella stampa del provvedimento impugnato⁽¹⁰⁾.

Più recentemente la Corte ha rifiutato di pronunciare, nonostante fosse stata sollecitata a farlo da parte dell'Avvocatura dello Stato, la restituzione degli atti al giudice *a quo*, perché fondata sulla intervenuta modificazione della disposizione censurata per effetto della approvazione da parte del Consiglio dei ministri di uno schema di decreto legislativo il quale apportava modifiche sostanziali al testo della disposizione medesima, rilevando come l'avvenuta approvazione in sede governativa dello schema di decreto legislativo, prima del perfezionamento della procedura volta alla formazione degli atti aventi forza di legge, non ha alcuna idoneità a modificare il diritto oggettivo e, quindi, a giustificare, sulla premessa di un mutamento normativo, la restituzione degli atti al giudice rimettente onde consentire a questo di esaminare la perdurante rilevanza della questione⁽¹¹⁾.

3. *L'ordinanza n. 150 del 2012 ed i suoi presupposti: una restituzione fondata sul “novum” costituito da un sopravvenuto mutamento giurisprudenziale della Corte Edu.*

Passando adesso a considerare le particolarità del provvedimento ([ord. 150/2012](#)) con cui la Corte ha restituito gli atti relativi alla questione di costituzionalità relativa al divieto di inseminazione artificiale eterologa, questo è stato fondato su un mutamento di giurisprudenza della Corte Edu, intervenuto dopo che la questione era stata sollevata.

In particolare la Sez. I della Corte Edu⁽¹²⁾ aveva ritenuto che, in un ordinamento che consente la procreazione artificiale, il diritto di una coppia di farne uso per concepire un figlio rientra nella sfera dell'art. 8 Cedu, in quanto espressione della vita privata e familiare, per cui i divieti di accesso ad alcune tecniche di procreazione artificiale (fecondazione in vitro con seme di terzo; fecondazione con donazione di ovociti), nella misura in cui pongono una coppia sterile in posizione differenziata rispetto alle altre, sono discriminatori, ai sensi dell'art. 14 Cedu, se non giustificati da finalità obiettive e ragionevoli e dal rispetto del criterio di proporzionalità tra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti.

Tale interpretazione è poi stata modificata dalla decisione della grande camera della Corte Edu⁽¹³⁾, la quale ha ritenuto che il divieto di fecondazione assistita eterologa (cioè con gameti provenienti da donatore) vigente nell'ordinamento austriaco – riguardante la fecondazione in vitro

⁹ Pare evidente che in questo caso risultava comunque esclusa la possibilità del giudice, valutata la perdurante rilevanza, di rimettere nuovamente la questione all'esame della Corte, dovendo invece risolvere l'eventuale contrasto, facendo riferimento ai poteri ad esso riconosciuti dall'ordinamento.

¹⁰ Una correzione, a seguito della quale la nuova dizione della disposizione veniva ad essere esente dal vizio di costituzionalità denunciato dal giudice *a quo* (Corte cost., [ord. 158/1993](#)).

¹¹ La Corte ha dato però atto che, successivamente al deposito da parte della Avvocatura erariale della memoria illustrativa, era stato pubblicato nella *Gazzetta ufficiale* il provvedimento normativo, anche se non ha comunque provveduto alla restituzione degli atti, dal momento che, in considerazione della data di entrata in vigore del provvedimento, questo risultava irrilevante per il giudizio *a quo* ([ord. 393/2007](#)).

¹² Corte europea diritti dell'uomo, sez. I, 1° aprile 2010, S. H. c. Gov. Austria, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Diritti politici e civili*, n. 199, commentata, tra gli altri, da Salanitro, in *Famiglia e dir.*, 2010, 977, da Liberali, in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, 1082, da Pacini, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 39, da Rizzuti, in *Giur. it.*, 2011, 776 e da Cerri, in *Europa e dir. privato*, 2010, 1219.

¹³ Corte europea dei diritti dell'uomo 3 novembre 2011, S. H. c. Gov. Austria, *Foro it.*, 2012, IV, 209, con osservazione di Nicosia e nota di Murgò, in *Nuova giur. civ.*, 2012, I, 224.

con donazione di spermatozoi o inseminazione artificiale – pur costituendo un’interferenza con il diritto al rispetto della vita privata e familiare degli aspiranti genitori riguarda una materia controversa ed eticamente sensibile per la cui disciplina normativa spetta agli Stati un ampio margine di apprezzamento ed è il frutto di un bilanciamento accettabile tra i diritti degli aspiranti genitori e quelli dei terzi e della collettività, non lesivo degli art. 8 e 14 Cedu.

La Corte costituzionale richiama, a giustificazione del provvedimento di restituzione in esame, due presupposti, tratti dalla propria precedente giurisprudenza: a) il significato che il giudice comune deve riconoscere all’interpretazione data dalla Corte Edu alle norme della Cedu; b) la sopravvenuta modifica del parametro costituzionale o della norma interposta.

Con riguardo all’elemento *sub a)*, la Corte ricorda come, a partire dalle note “sentenze gemelle” del 2007, sia stato affermato che il giudice, allorché intenda far riferimento alle norme della Cedu quale norme interposte, deve assumerle nel significato ad esse attribuito dalla Corte di Strasburgo, “specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione, poiché il contenuto della Cedu (...) è essenzialmente quello che si trae dalla giurisprudenza che nel corso degli anni essa ha elaborato, pur se occorrendo rispettare la ‘sostanza’ di tale giurisprudenza, con un margine di apprezzamento e di adeguamento che gli consenta di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata ad inserirsi”.

Circa l’elemento *sub b)*, la Corte si richiama alla ipotesi, come abbiamo visto abbastanza rara, di sopravvenuta modifica del parametro, della norma interposta o del quadro normativo e, con riguardo alla prima ipotesi, richiama la propria giurisprudenza relativa al caso particolare di intervenuta modifica del titolo V della parte seconda della Costituzione, a seguito della quale essa ha provveduto alla restituzione per un “riesame dei termini della questione” (stessa formula usata dall’[ord. n. 150](#)) delle questioni pendenti che richiavano quale parametro le disposizioni costituzionali modificate, senza alcuna ulteriore valutazione circa l’effettivo peso che quel parametro esercitava nell’economia della questione o in ordine all’incidenza della avvenuta modifica sul dubbio di costituzionalità sollevato dal giudice (¹⁴).

Per la modifica di norme interposte la Corte richiama due precedenti, tra loro identici, relativi a questioni di costituzionalità in cui una normativa regionale era stata censurata per supposta violazione di un principio fondamentale contenuto in un legge statale, la quale fungeva quindi da norma interposta. La restituzione degli atti è avvenuta in considerazione della sopravvenuta modificazione del principio contenuto nella legge statale.

Nelle ipotesi richiamate, quali precedenti, dall’[ord. 150/2012](#) si trattava pertanto inequivocabilmente di *ius superveniens* nel senso che abbiamo visto precedentemente, mentre non può dirsi lo stesso, almeno non con altrettanta sicurezza, circa la ragione della restituzione decisa dall’[ord. 150](#) e rinvenuta nel ricordato mutamento giurisprudenziale da parte della Corte Edu, il

¹⁴ Il provvedimento di restituzione degli atti ha indubbiamente rappresentato per la Corte in quella occasione una soluzione pratica che le ha consentito di “liberarsi” sul momento di tutta una serie di questioni, senza addentrarsi in valutazioni più approfondite e delicate, seguendo, al tempo stesso, una linea giurisprudenziale che la vede sempre più spesso porsi in chiave di stretta collaborazione con l’autorità giudiziaria rimettente. Nel pronunciare la restituzione degli atti, di regola la corte si è infatti limitata a constatare che uno o più parametri richiamati dal giudice *a quo* erano stati successivamente modificati dalla l. cost. 3/01, senza procedere ad alcuna ulteriore indagine. Essa avrebbe potuto, da un lato, valutare quale fosse il ruolo ed il “peso” assunto nella questione sollevata dal parametro modificato, distinguendo tra le eccezioni fondate principalmente o interamente su quello ed altre in cui il parametro modificato assumeva un’incidenza modesta o secondaria nell’economia della questione; d’altro lato essa non si è quasi mai posta il problema di verificare se la modifica del parametro costituzionale assumesse un rilievo “sostanziale” o meramente formale rispetto ai motivi su cui la eccezione di costituzionalità risultava fondata, soprattutto ai fini di un eventuale “trasferimento” della questione.

quale viene definito come “un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”.

La Corte rileva come una valutazione di tale *novum* svolta “senza che su di essa abbiano potuto interloquire i giudici *a quibus*, comporterebbe un’alterazione dello schema dell’incidentalità 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”.

4. *La non divisibile assimilazione, da parte della Corte costituzionale, delle tre ordinanze di rimessione e la mancata risposta alle denunciate violazioni degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.*

Nello svolgere qualche valutazione su alcuni aspetti dell’[ord. 150/2012](#) che mi sembrano maggiormente attinenti al tema trattato in questo scritto, non credo rappresenti una grande novità il fatto che la Corte ricorra a decisioni di tipo processuale, semmai forzandone i classici presupposti, allo scopo di evitare una “delicata” decisione di merito ⁽¹⁵⁾.

La Corte costituzionale, nel giustificare il provvedimento di restituzione degli atti fa espressamente riferimento alla questione “così come proposta” ⁽¹⁶⁾ e si rivolge in tal senso a tutti e tre i giudici *a quibus* senza alcuna distinzione tra di loro. Ciò non appare, a mio avviso, giustificato dalla lettura delle tre ordinanze di rinvio.

La Corte infatti sembrerebbe porsi in dialogo esclusivamente con una delle tre ordinanze e precisamente con quella pronunciata dal Tribunale di Firenze ⁽¹⁷⁾, la quale risulta interamente ed esclusivamente motivata in relazione alla sentenza della sezione I della Corte Edu, richiamata punto per punto e posta ad unico fondamento della supposta lesione dell’art. 117, 1° comma, Cost. Il richiamo all’art. 3 Cost. risulta, nell’economia del provvedimento, assolutamente secondario e poco più che di stile, essendo l’intera motivazione espressa in due sole righe.

Diverse invece avrebbero dovuto essere le considerazioni nei riguardi della altre due ordinanze. La motivazione della “non manifesta infondatezza” contenuta nell’ordinanza del Tribunale di Catania ⁽¹⁸⁾ contiene infatti la denuncia di violazione di diverse disposizioni costituzionali tra loro, anche graficamente, differenziate. Così dopo aver denunciato il supposto contrasto con l’art. 117, 1° comma, Cost. (“a supporto” del quale viene citata la sentenza della sezione della Corte Edu), sono altresì indicati, separatamente, altri parametri costituzionali: a) gli artt. 3 e 31 Cost., a fondamento della cui violazione viene sostenuto che la suddetta sentenza introduce “*ulteriori e solidi argomenti*” (corsivo aggiunto); b) l’art. 2 Cost., rispetto al quale si legge che “*conforta* tale ricostruzione – secondo cui il diritto di identità e di autodeterminazione della coppia viene compromesso dal divieto di accesso ad un certo tipo di fecondazione necessaria per il caso concreto – quanto da

¹⁵ In tal senso i primi commentatori che hanno, tra l’altro, sottolineato come l’“obiettivo avuto di mira dalla pronuncia (...) è di guadagnare tempo” (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 [Consulta Online](#) 12.06.12.) e analogamente Pellizzone, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell’ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, in [Riv. telematica dell’Aic](#), 25 settembre 2012, n. 3, nota 33, la quale sostiene che nel caso specifico è verosimile che la Corte costituzionale abbia agito con intento dilatorio, conche Magrini, *La scelta della restituzione degli atti nell’ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, in [Riv. telematica dell’Aic](#), 25 settembre 2012, n. 3, per la quale “la Corte ha preso al balzo l’opportunità di non decidere”.

¹⁶ Sottolinea giustamente l’importanza di tale espressione Magrini, *La scelta* cit.

¹⁷ Trib. Firenze, ord. 6 settembre 2010, *Gazz. uff.*, 1° serie speciale, 2 febbraio 2011, n. 6, 57 ss.

¹⁸ Trib. Catania, ord. 21 ottobre 2010, *Gazz. uff.*, 1° serie speciale, 2 marzo 2011, n. 10, 61 ss.

ultimo espresso dalla Corte di Strasburgo” (corsivo aggiunto); c) gli artt. 3 e 32 Cost., rispetto ai quali si fa riferimento ad alcune pronunce della Corte costituzionale, mentre nessun accenno viene fatto alla sentenza della Corte Edu.

Analogo il contenuto dell’ordinanza di rinvio pronunciata dal Tribunale di Milano (¹⁹), nella quale, dopo aver denunciato il supposto contrasto con l’art. 117, 1° comma, Cost., si afferma che la normativa impugnata “si pone, ad avviso di questo tribunale, in contrasto *anche* con altri articoli della Costituzione: a) artt. 3 e 31, rispetto ai quali “la sentenza della Corte Edu offre utili argomenti a sostegno della violazione dell’art. 3”; b) artt. 3 e 32 Cost., riguardo ai quali nessun riferimento viene operato alla sentenza della Corte Edu.

Da questi rilievi credo discenda abbastanza chiaramente come sia del tutto condivisibile la critica rivolta alla decisione in esame da Antonio Ruggeri circa la tecnica seguita dell’“assorbimento dei vizi rovesciata” (²⁰).

Nota e pienamente condivisibile, anche per ragioni di economia processuale, è infatti la tecnica seguita dalla Corte in base alla quale - una volta rilevata la violazione di uno dei parametri costituzionali denunciati e ad evitare di “uccidere un uomo morto” - gli altri parametri denunciati non vengono presi in considerazione, ma sono ritenuti “assorbiti” dalla pronuncia di incostituzionalità (²¹).

Lo stesso, per evidenti ragioni, non può valere allorché la decisione riguardo ad uno dei parametri denunciati non sia di accoglimento, ma di rigetto o meramente processuale come nel nostro caso, nel quale il risultato potrebbe quasi essere avvicinato ad una sorta di “denegata giustizia”, nel senso di mancata risposta della Corte ad una specifica richiesta correttamente avanzata dal giudice *a quo* (relativamente alla violazione di “altri” parametri costituzionali), specie in ragione, come vedremo, della natura definitiva e non interlocutoria del provvedimento di restituzione (²²).

5. La restituzione degli atti come misura necessaria ad evitare una violazione dello “schema dell’incidentalità del giudizio costituzionale”: l’identificazione, quanto ad effetti, del novum allo ius superveniens.

¹⁹ Trib. Milano, ord. 2 febbraio 2011, *Gazz. uff.*, 1° serie speciale, 13 luglio 2011, n. 30, 58 ss.

²⁰ Ruggeri, *La Corte costituzionale* cit.; analogamente Pellizzone, *Sentenza della Corte* cit., la quale parla di “forzatura” da parte della Corte costituzionale, e 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 *Riv. telematica dell’Aic*, 25 settembre 2012, n. 3.

²¹ In realtà non mancano casi in cui la Corte costituzionale, a beneficio della creazione di precedenti, dopo aver accertata la violazione di uno dei parametri denunciati, passa ad esaminare nel merito anche la fondatezza di altri e diversi parametri, giungendo a dichiarare la incostituzionalità di una norma sotto differenti profili di costituzionalità (per un esempio v., di recente, [Corte cost. 19 dicembre 2012 n. 291](#), la quale ha risolto la questione di costituzionalità di una normativa regionale la quale era stata impugnata dal Presidente del consiglio dei ministri sia per supposta violazione degli obblighi comunitari (art. 117, 1° comma, Cost.), sia perché ritenuta invasiva della competenza legislativa statale, esclusiva in materia di “tutela della concorrenza” (art. 117, 2° comma, lett. e), Cost.). La Corte costituzionale, pur avendo ritenuta fondata la prima denuncia, non ha ritenuto, per ragioni di economia, assorbito ogni altro vizio, ma ha ritenuto di dover esaminare nel merito anche la seconda denuncia, giungendo anche in questo caso a rilevarne la fondatezza).

²² In proposito REPEtTO (*Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente Cedu “superveniens”: i rischi dell’iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2012, 2072) parla di “incomprensibile accantonamento delle censure di incostituzionalità fondate su parametri diversi rispetto alla violazione dell’art. 117 Cost.”.

Come è stato esattamente osservato da Elena Malfatti (²³), mentre la ricordata giurisprudenza costituzionale aveva in varie occasioni mostrato un utilizzo della restituzione degli atti in considerazione del sopravvenire di sentenze interpretative della Corte di giustizia, questo non si era ancora verificato con riguardo a sentenze interpretative della Corte Edu.

L'estensione operata dalla Corte costituzionale del trattamento fin allora riservato alle prime anche alle seconde ha giustamente sollevato qualche perplessità, dal momento che le stesse operano in maniera differente e con diversa efficacia nel nostro ordinamento.

Così mentre la Corte Edu giudica su casi pratici e sulla supposta violazione di singoli diritti tutelati dalla Cedu – tanto che la nostra Corte in più di una occasione ha ammonito i giudici che si richiamano a decisioni della Corte di Strasburgo a seguire un'interpretazione sistematica dei diritti costituzionalmente tutelati e non limitata al singolo diritto individualmente considerato - la sentenza della Corte di giustizia ha ad oggetto l'interpretazione di un atto normativo dell'Ue con la finalità, sottesa alla pregiudizialità comunitaria, di uniformare in tutti i paesi dell'Unione l'interpretazione dello stesso ed anche per questo viene ad essa riconosciuta l'efficacia propria delle fonti del diritto.

Il diritto originario dell'Ue si colloca sul piano delle fonti costituzionali, in ragione del principio del primato del diritto Ue, mentre la Cedu, ritenuta fino ad allora avente forza di legge ordinaria, è stata "elevata" a norma interposta nel 2007 a seguito delle sentenze gemelle. Nonostante ciò la Cedu resta collocata in una posizione sub-costituzionale, come risulta chiaramente dall'avvertenza, rivolta ai giudici dalla Corte, a verificare comunque la conformità alla Costituzione della Cedu, prima di assumerla come norma interposta, ai sensi dell'art. 117, 1° comma, Cost.

In ogni caso, a prescindere per il momento dal considerare in quale rapporto stia il *novum* di cui parla la Corte nella ordinanza in esame rispetto al concetto di *ius superveniens*, pare indubbio come l'aver concluso una questione di legittimità costituzionale nel senso della restituzione degli atti in ragione di un mutamento della giurisprudenza della Corte Edu, segna un'indubbia valorizzazione dell'interpretazione della Cedu da parte della stessa e in generale del diritto giurisprudenziale.

Per la identificazione di che cosa la Corte abbia inteso come *novum* e del rapporto in cui lo stesso si ponga con lo *ius*, può fornire qualche lume l'affermazione del Giudice costituzionale secondo cui la mancata restituzione degli atti, nel caso di specie, "comporterebbe un'alterazione dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità".

Il giudizio incidentale in Italia, così come previsto dalla legge e come concretamente integrato e realizzato da parte della giurisprudenza costituzionale, contiene, come detto, una regola (quale conseguenza di una regolarità di applicazioni) in base alla quale la restituzione degli atti al giudice *a quo* avviene allorché sopravvenga una modifica normativa ("*ius*"), mentre non accade allorché sopravvengano modifiche, atti o fatti diversi pur se indubbiamente incidenti sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità sollevata.

In considerazione di ciò la restituzione degli atti è disposta allorché sopravviene una sentenza di incostituzionalità che incide sulla norma impugnata, ma non altrettanto accade se sopravviene una pronuncia di infondatezza, la quale pure incide all'evidenza sulla questione e potrebbe sollecitare una nuova riflessione del giudice e la possibilità per questi di replicare agli argomenti addotti dalla Corte costituzionale.

Allo stesso modo non è consentito al giudice, dopo la pronuncia dell'ordinanza, di intervenire ad integrare la propria motivazione in considerazione di atti o fatti nuovi diversi appunto dallo *ius*

²³ Malfatti, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte (a margine dell'ord. n. 150/2012)*, www.forumcostituzionale.it ; analogamente si sono espressi pure Liberali, *La procreazione* cit. e Repetto, *Corte costituzionale* cit., 2071, il quale nota come "per la prima volta in assoluto, la Corte costituzionale assume a fondamento di una decisione di restituzione degli atti per mutamento del quadro normativo una decisione della Corte Edu".

superveniens ed a seguito del provvedimento di restituzione degli atti, a differenza di quanto è invece possibile fare dalle parti che si sono costituite nel processo costituzionale incidentale.

Il giudice *a quo* infatti, nel modello di giudizio incidentale, esaurisce il suo compito con la pronuncia dell'ordinanza di rinvio e non partecipa al contraddittorio che si svolge, in forma scritta e orale, davanti alla Corte costituzionale.

Nell'ordinanza in esame la Corte pare invece sottolineare una sorta di discriminazione che verrebbe a prodursi in danno dei giudici *a quibus* rispetto alle parti costituite ed all'Avvocatura dello Stato, per il presidente del consiglio dei ministri, i quali hanno avuto invece la possibilità di commentare ed esprimersi in ordine all'incidenza del mutamento di giurisprudenza determinato dalla pronuncia della grande camera della Corte di Strasburgo. Questo appare però, come detto, del tutto in linea con lo schema del giudizio incidentale come da noi realizzato ⁽²⁴⁾.

Per concludere sul punto credo si possa sostenere che l'utilizzo del provvedimento di restituzione, stando allo "schema dell'incidentalità del giudizio di costituzionalità" finora realizzato, parrebbe mostrare come la Corte abbia interamente assimilato in proposito il "*novum superveniens*" allo "*ius superveniens*" e non agli atti o fatti rilevanti sopravvenuti diversi dallo *ius*.

6. *Gli "scenari futuri": la riproposizione della questione di costituzionalità in riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost. ed i limiti alla natura vincolante dell'interpretazione della Cedu da parte della Corte Edu.*

Il tema non può concludersi senza tentare di rispondere alla domanda relativa agli "scenari futuri" che si presentano a seguito della decisione di restituzione degli atti ai giudici *a quibus*.

L'importanza e la delicatezza del tema trattato ha fatto sì che le vicende giudiziarie connesse alla c.d. inseminazione eterologa fossero seguite con particolare attenzione, tanto che previsioni erano state avanzate da diverse parti anche con riguardo a quella che poi è stata la soluzione adottata con l'[ord. 150/2012](#) ⁽²⁵⁾.

Un dato che possiamo ritenere certo riguarda il carattere definitivo e non meramente interlocutorio del provvedimento di restituzione degli atti, a seguito del quale, qualora il giudice *a quo* ritenga di dover riproporre la questione di costituzionalità, si tratta non della prosecuzione di un

²⁴ Secondo Repetto (*Corte costituzionale* cit., 2074-75) è l'anomala decisione di restituzione degli atti che viene a determinare un'alterazione della struttura del giudizio incidentale, nel quale la progressiva determinazione del thema decidendum anche circa interventi normativi sopravvenuti è affidata alla dialettica processuale che si svolge davanti alla Corte ed al suo potere autonomo di determinare i termini della questione.

Anche Morrone (*Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, www.forumcostituzionale.it) svolge alcune riflessioni critiche circa il richiamo della Corte alla supposta alterazione dello schema della incidentalità, anche se di ordine differente. L'A. infatti critica che l'incidentalità venga intesa come sinonimo di "interpretazione previa" ad opera del giudice *a quo*, il che altererebbe lo schema della incidentalità, fondato invece sulla esistenza di un mero dubbio da parte dell'autorità giudiziaria.

²⁵ Si vedano, fra gli altri, in nota alla sentenza della sez. I della Corte Edu, Anitori, *La Corte europea agisce, in materia di fecondazione assistita, come garante della razionalità della legislazione, anziché dei diritti degli individui*, in [Riv. telematica dell'Aic](#), 8 febbraio 2011, n. 1, il quale concludeva sostenendo che "se venisse confermata la condanna inflitta all'Austria il nostro Giudice delle leggi avrebbe un motivo in più per accogliere la questione, evitando in tal modo la proposizione di nuovi ricorsi alla Corte di Strasburgo" e, in nota alla pronuncia della grande camera, Nicosia, *Il divieto di fecondazione eterologa tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2012, IV, 222, il quale osservava come la sopravvenuta decisione della grande camera aveva determinato il venir meno di uno dei profili più significativi di potenziale violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost. e notava però come "restano in piedi, naturalmente, le censure di costituzionalità sollevate dai giudici *a quibus* e fondate su altri articoli della Costituzione italiana", concludendo di ritenere comunque difficile una pronuncia di accoglimento da parte della Corte costituzionale.

giudizio già iniziato, bensì dell'instaurazione di un giudizio nuovo, sia con riguardo alle parti (che possono essere diverse), sia all'atto impugnato ed ai parametri invocati (che possono non coincidere con quelli del primo giudizio), sia alle motivazioni dell'atto introduttivo. Queste ultime, come sottolineato in più occasioni dalla Corte costituzionale, non debbono ridursi a valutazioni relative allo *ius superveniens* ed alla incidenza dello stesso, ma debbono contenere *ex novo* e per intero le motivazioni in ordine alla rilevanza ed alla non manifesta infondatezza, non potendosi limitare ad un rinvio a quanto già sostenuto nella prima ordinanza di rimessione.

Né può in proposito ritenersi di qualche significato il fatto che la forma della decisione sia quella dell'ordinanza, anziché della sentenza (come del resto accade anche per la manifesta infondatezza o per la manifesta inammissibilità), a fronte della esplicita affermazione della Corte costituzionale secondo cui, in caso di restituzione degli atti, il giudizio che eventualmente si instaura davanti ad essa "è da ritenere assolutamente nuovo e del tutto autonomo dal primo" (v. ad es. ord. [22/2005](#), [33/2006](#), [75](#) e [103/2007](#)).

Nel tentare di indicare quale parrebbe dover essere la posizione dei giudici *a quibus* a seguito dell'ordinanza di restituzione degli atti, credo che, nonostante le innegabili interferenze che vedremo, debbano svolgersi separate considerazioni relativamente alla parte in cui i giudici denunciavano la violazione degli obblighi internazionali e quindi della Cedu e pertanto dell'art. 117, 1° comma, Cost. rispetto alla parte in cui veniva prospettato il contrasto con gli "altri" parametri costituzionali.

Riguardo alla prima è stato affermato ⁽²⁶⁾ che il mutato indirizzo giurisprudenziale, fortemente sottolineato dalla Corte nell'ordinanza in esame, "obbliga a ripercorrere la via dell'interpretazione conforme a Cedu, originariamente battuta senza successo proprio (o anche) in considerazione dell'originario indirizzo interpretativo" espresso dalla Corte di Strasburgo.

In proposito penso sia utile precisare il modo tutto particolare in cui nel nostro caso si dovrebbe comunque parlare di interpretazione conforme.

Con questa espressione – la più diffusa è quella di interpretazione conforme a Costituzione – si intende infatti esprimere il concetto in base al quale il giudice è tenuto, a fronte di più possibili letture della legge da applicare nel suo giudizio, a ricercare e, se individuata, a seguire, quella conforme ai principi costituzionali e tale quindi da escludere un contrasto tra le due fonti. Allorché ciò non sia tecnicamente possibile attraverso l'uso dei poteri interpretativi, al giudice non resta che sollevare la questione di costituzionalità.

Se questo è l'uso comune dell'espressione di cui sopra, va precisato come nel nostro caso non si tratta affatto di possibili differenti norme ricavabili dalla disposizione legislativa impugnata, la quale inequivocabilmente esclude la inseminazione eterologa. La esistenza di diverse interpretazioni riguarda invece il parametro – *rectius* la norma interposta – del quale è stata fornita una differente interpretazione, la prima nel senso di ritenere con esso confliggente una normativa nazionale contraria all'inseminazione eterologa, la seconda in senso opposto.

Pertanto con riguardo alla posizione dei giudici *a quibus*, tutto si risolve in ragione del grado di vincolatività che all'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo viene riconosciuto nei riguardi dei giudici nazionali. Qualora dovessero ritenere che questi ultimi siano in ogni caso obbligati ad applicare le disposizioni della Cedu nel significato loro riconosciuto dalla Corte Edu, la conclusione parrebbe inequivocabilmente essere nel senso che la questione sollevata in riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost. non avrebbe ragione di essere riproposta.

Questa soluzione pare essere seguita da quanti, nella ricostruzione della vicenda giudiziaria *de qua*, hanno attribuito un peso decisivo (forse eccessivo) alle pronunce della Corte Edu, segnalando

²⁶ Ruggeri, *La Corte costituzionale* cit.

come le questioni di costituzionalità siano state sollevate solo a seguito e in conseguenza della pronuncia della I sezione della Corte Edu – la quale “irrompeva inaspettatamente sulla scena” - e come poi la sentenza della grande camera arrivava “a scompaginare definitivamente i tasselli di un quadro giurisprudenziale andato così faticosamente componendosi”. Su queste basi la decisione della Corte costituzionale nel senso della restituzione degli atti è ritenuta pressoché scontata⁽²⁷⁾.

Trattandosi nella specie, come detto, di un problema di interpretazione non della legge nazionale, ma dei principi convenzionali, qualora l’interpretazione degli stessi dovesse ritenersi vincolante per i giudici, dovremmo concordare che il *novum* se non si identifica, si avvicina molto, certamente quanto ad effetti, allo *ius*⁽²⁸⁾.

Le decisioni della Corte Edu, come noto e sottolineato anche dalla Corte costituzionale, sono comunque pronunciate con riguardo ad un caso concreto ed anche la lettura dei principi convenzionali non può non risentire delle particolarità di quel caso.

In base a questo ci potremmo chiedere se non sussista un margine per i giudici *a quibus* di riproporre ugualmente la supposta violazione dell’art. 117, 1° comma, Cost., facendo valere in particolare gli elementi di differenziazione esistenti, quanto a contenuti specifici e quanto ai tempi di approvazione, tra la legislazione austriaca (oggetto delle pronunce della Corte Edu) e quella italiana e motivando quindi specificamente sul punto⁽²⁹⁾.

7. Segue: la riproposizione della questione di costituzionalità in riferimento agli art. 2, 3, 29, 31, 32 Cost. e la poco significativa influenza del sopravvenuto mutamento di giurisprudenza della Corte Edu.

Passando invece a considerare l’influenza della restituzione degli atti sulla parte dei provvedimenti di rimessione relativa alla supposta violazione degli “altri” principi costituzionali, è da condividere la critica rivolta alla natura “pregiudiziale” riconosciuta dalla Corte costituzionale alla violazione dell’art. 117, 1° comma, Cost. rispetto agli altri principi costituzionali richiamati nelle ordinanze di rinvio⁽³⁰⁾.

Questo vuoi che con ciò si sia inteso significare che l’intera motivazione e tutte le violazioni costituzionali denunciate nelle ordinanze di rinvio risultavano fondate sulla giurisprudenza, poi

²⁷ In tal senso Agosta, *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, in *Consulta OnLine* 23.07.12, secondo cui la Corte avrebbe avuto “gioco obiettivamente facile nel disporre (...) la restituzione degli atti ai giudici *a quibus*”, in quanto la diversa interpretazione fornita dalla grande camera avrebbe inciso “inevitabilmente” sul significato delle norme convenzionali.

²⁸ Analoghe le osservazioni di Ruggeri, *La Corte costituzionale* cit., il quale parla però significativamente del sopravvenuto mutamento di giurisprudenza come di un “fatto”.

²⁹ In proposito v. Repetto (*Ancora sull’ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, www.diritticomparati.it 25 giugno 2012) il quale rileva come la legislazione austriaca sia diversa da quella italiana, per cui il giudizio della Corte Edu circa l’utilizzo in maniera ragionevole del margine di apprezzamento da parte dell’Austria, potrebbe non essere lo stesso con riguardo all’Italia.

Nel senso che la omogeneità tra la legislazione austriaca e quella italiana è da ritenere tutt’altro che scontata, v. pure Agosta, *La Consulta* cit.

³⁰ Pellizzone, *Sentenza della Corte* cit., la quale sostiene che la Corte costituzionale avrebbe dovuto esaminare in via prioritaria la supposta violazione degli “altri” parametri costituzionali e qualora il controllo si fosse concluso nel senso della infondatezza, procedere allora alla restituzione degli atti, relativamente all’art. 117, 1° comma, Cost.

Secondo Ruggeri (*La Corte costituzionale* cit.) la Corte invece, una volta passata al merito e scartata la violazione degli “altri” parametri non avrebbe più potuto sollecitare i giudici a riconsiderare la questione, ma avrebbe dovuto impegnarsi in prima persona, stabilendo quale rilievo assegnare al mutamento di giurisprudenza registratosi a Strasburgo. Ma questo, secondo l’illustre costituzionalista messinese, “era proprio ciò che non si voleva fare, e non s’è fatto”.

ribaltata, della Corte Edu – dal momento che, come abbiamo già mostrato, questo non corrisponde al contenuto degli atti di rinvio - vuoi che dalla esclusione della violazione degli obblighi internazionali, e in particolare dalla conformità della legge nazionale ai principi della Cedu, si faccia derivare che gli altri vizi denunciati debbano ritenersi di conseguenza assorbiti. Questo infatti parrebbe chiaramente contrastare con la natura subcostituzionale riconosciuta dalla Corte costituzionale alla Cedu attraverso la già ricordata affermazione che la sussunzione della stessa quale norma interposta è subordinata ad una previa verifica della sua conformità ai principi costituzionali.

La supposta violazione degli “altri” principi costituzionali assume, come già detto, una propria autonomia rispetto al denunciato contrasto con l’art. 117, 1° comma, Cost., per cui è da escludere, per quanto appena detto, che possa determinarsi, anche solo in fatto, una “questione prioritaria di convenzionalità” rispetto alla questione di costituzionalità⁽³¹⁾.

Con riguardo alla denunciata violazione degli art. 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione il richiamo, nelle ordinanze dei giudici *a quibus*, della prima sentenza della Corte di Strasburgo, quando c’è stato, è avvenuto *ad adiuvandum*, al solo scopo di supportare una certa lettura dei principi costituzionali.

Per questo, a differenza di quanto visto con riguardo alla supposta violazione dell’art. 117, 1° comma, Cost., credo che, per quanto concerne gli altri principi costituzionali richiamati, il *novum* debba comportare per i giudici *a quibus* solamente la necessità di riformulare e di “ricalibrare” la motivazione tenendo conto del mutamento di giurisprudenza sopravvenuto, potendo, a giudizio di alcuni, trarre dallo stesso anche elementi utili per avvalorare i dubbi di costituzionalità⁽³²⁾.

In conclusione il sopravvenuto mutamento giurisprudenziale, sul quale si è fondata la decisione di restituzione degli atti, non sembrerebbe, per le ragioni appena richiamate, tale da superare i dubbi di costituzionalità che avevano fondato la denunciata violazione degli “altri” parametri costituzionali, per cui sarebbe da attendersi che i giudici *a quibus* (specie quelli di Catania e di Milano) ripropongano i dubbi di costituzionalità già sollevati e rimasti senza una risposta da parte del Giudice costituzionale.

Qualora dovesse al contrario verificarsi l’ipotesi prospettata, anche se non auspicata, da Elena Malfatti⁽³³⁾ nel senso che i giudici si accontentassero della risposta avuta dalla Corte di Strasburgo e non riproponessero quindi la questione di costituzionalità del divieto di inseminazione eterologa contenuto nella legge 40/2004, si verificherebbe nella sostanza una sorta di revoca da parte dei giudici *a quibus* di una questione di costituzionalità già sollevata e, senza apparenti valide ragioni, non esaminata.

Con riguardo al caso di specie potremmo allora lamentare che non sia stata accolta, dalla dottrina prevalente e soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale, la tesi sostenuta diversi anni or sono da Pizzorusso, secondo cui il provvedimento di restituzione è atto istituzionalmente non definitivo ed è adottato proprio allo scopo di evitare di prendere una decisione, di merito o processuale, sulla questione. Per questo il provvedimento viene definito come una “non decisione”, traendone la

³¹ Per tale espressione Morrone, *Shopping* cit., il quale osserva come se questo può valere nel caso in cui la Cedu operi quale norma interposta, altrettanto non vale in presenza della denunciata violazione di una pluralità di parametri costituzionali. In senso analogo pure Repetto, *Corte costituzionale* cit., 2074.

³² In tal senso Repetto, *Ancora sull’ordinanza* cit., il quale sostiene questo sulla base delle differenze riscontrabili tra la legislazione austriaca (esaminata dalla Corte Edu) e quella italiana e rileva come dalla decisione della grande camera non debba dedursi alcun elemento in grado di impedire la prosecuzione del giudizio di costituzionalità sul divieto di fecondazione eterologa, contenuto nella l. n. 40 del 2004.

³³ Malfatti, *Un nuovo (incerto?) passo* cit.

conseguenza che, in generale, l'ordinanza di restituzione non definisce il giudizio e non determina l'eliminazione degli effetti prodotti dall'ordinanza di rinvio, che rimarrebbe irrevocabile⁽³⁴⁾.

Il fenomeno, da molti contestato e contrastato, dell'attivismo dei giudici e dell'utilizzo della Cedu e/o della Carta dei diritti dell'Ue giungendo anche a disapplicare la legge nazionale, tende di norma ad una più ampia tutela dei diritti.

Nel nostro caso invece la mancata riproposizione della questione di costituzionalità, facendo prevalere le previsioni della Cedu, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, rispetto ai principi costituzionali, come interpretati dagli stessi giudici *a quibus*, parrebbe andare nella direzione opposta riguardo ai diritti della coppia infertile ad avere un figlio.

In proposito può tornare utile richiamare quanto sostenuto dalla Corte costituzionale in una decisione successiva all'[ord. 150/2012](#) con riguardo ad un caso per il quale si era prospettato un possibile "scontro" tra le due Corti.

La nostra Corte ha affermato che il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quella già predisposta dall'ordinamento interno, ma può e deve viceversa costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Per questo il confronto tra le differenti discipline, e quindi tra le corti, deve essere effettuato mirando alla "massima espansione delle garanzie".

A tale ultimo fine, ad avviso della Corte, deve essere riconosciuto ai giudici nazionali un'attività di bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente protetti che vengono in gioco, in quanto la loro tutela non può essere realizzata attraverso una valutazione frazionata dei singoli diritti (quale può essere in certi casi la giurisprudenza di Strasburgo), bensì sistemica e quindi valorizzando pure il "margine di apprezzamento" nazionale.

E' questa la chiave di volta seguita dalla Corte italiana per armonizzare le due differenti giurisprudenze: un'attività di bilanciamento che può in fondo spettare solo ai giudici nazionali (sia quello costituzionale che quelli comuni, cui spetta senza dubbio l'attività di bilanciamento suddetta) che meglio sono in grado di assolvere a questo compito, ma che non significa "primazia" dell'ordinamento nazionale, ma più precisamente "integrazione delle tutele"⁽³⁵⁾.

³⁴ Pizzorusso, *La restituzione degli atti al giudice a quo nel processo costituzionale incidentale*, Milano, 1965, 7, 41 ss.

³⁵ [Corte cost. 28 novembre 2012, n. 264](#), sulla quale v. Ruggeri, [La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale](#), in [Consulta OnLine](#) 17.12.12.

La Corte ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità avente ad oggetto una legge di interpretazione autentica attraverso la quale veniva fornita, con efficacia retroattiva, una lettura della disposizione interpretata in senso restrittivo e peggiorativo per i destinatari, con effetto pure per i giudizi ancora pendenti, ritenuta dalla Corte Edu in contrasto con la Cedu.

Il Giudice costituzionale sostiene che, nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, rispetto alla tutela dell'interesse sotteso al parametro indicato prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata, in relazione alla quale sussistono quei preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva. Ed infatti, gli effetti di detta disposizione ricadono nell'ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'articolo 81, 4° comma, Cost. ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso, impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali. Ad avviso della Corte è ispirata, invero, ai principi di uguaglianza e di proporzionalità una legge che tenga conto della circostanza che i contributi versati in Svizzera siano quattro volte inferiori a quelli versati in Italia e operi, quindi, una riparametrazione diretta a rendere i contributi proporzionati alle prestazioni, a livellare i trattamenti, per evitare sperequazioni e a rendere sostenibile l'equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni.

Questi principi appaiono fortemente convincenti e condivisibili, nella misura in cui evitano il rischio più volte denunciato di un isolamento della Corte costituzionale a seguito della realizzazione di un filo diretto tra i giudici comuni e le Corti europee che giunga a bypassare il nostro Giudice costituzionale, ma ancora di più evitano – come potrebbe accadere nel caso in esame – che ad essere bypassata sia la nostra Costituzione ed i principi in essa contenuti.