

Shopping di norme convenzionali?
A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale

di Andrea Morrone *
(19 luglio 2012)

(in corso di pubblicazione in "Contratto e impresa")

SOMMARIO: 1. Continuità e discontinuità nella giurisprudenza costituzionale? 2. La questione delle precedenze: pregiudiziale di convenzionalità *versus* pregiudiziale di costituzionalità? 3. Usi e abusi di norme convenzionali.

1. Continuità o discontinuità nella giurisprudenza costituzionale?

Potrebbe apparire quasi scontato ritenere l'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale un precedente figlio della giurisprudenza inaugurata dalle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, che com'è noto, facendo leva sul nuovo testo dell'art. 117, comma 1°, cost., hanno reso le «norme convenzionali» al pari di «norme parametro interposte» e hanno prescritto al giudice comune l'obbligo di una «interpretazione conforme a Convenzione», escludendo recisamente la possibilità – al pari delle norme dell'ordinamento dell'Unione europea – di un'applicazione diretta. La decisione, infatti, restituisce gli atti ai giudici *a quibus* per valutare l'attualità della questione di costituzionalità sollevata sul divieto di fecondazione eterologa, in conseguenza della decisione della *Grande Chambre* del 3 novembre 2011. Quest'ultima pronuncia, com'è noto, ha modificato l'interpretazione della Prima sezione della Corte di Strasburgo nel caso S.H. c. Austria (1 aprile 2010) che, nelle tre ordinanze di rimessione, era stato assunto come «precedente rilevante» per contestare la violazione, assieme ad altri e autonomi parametri, dell'art. 117, comma 1°, cost.

Leggendo dispositivo e motivazione si potrebbe essere indotti a ricondurre tale ordinanza nel quadro delle pronunce interlocutorie assunte per *ius superveniens*. Già dal punto di vista classificatorio, però, possono notarsi alcune varianti significative rispetto al modello. Che si tratti di un caso tipico di restituzione per *ius superveniens* è più lasciato intendere che dichiarato espressamente. Al posto della consueta formula si preferisce ricorrere al meno usuale e più generico concetto di *novum*. Che non vi sia una corrispondenza esatta tra i due concetti appare dalla lettura della motivazione. Ricorda, infatti, la Corte costituzionale che «deve essere ordinata la restituzione degli atti al giudice *a quo*, affinché questi proceda ad un rinnovato esame dei termini della questione, qualora all'ordinanza di rimessione sopravvenga una modificazione della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio [...], ovvero della disposizione che integra il parametro costituzionale [...], oppure qualora il quadro normativo subisca considerevoli modifiche, pur restando immutata la disposizione censurata». Nella nostra vicenda, invece, il fatto che sia intervenuta una «diversa pronuncia della Grande Camera in ordine all'interpretazione accolta dalla sentenza della Prima Sezione» della Corte di Strasburgo, da un lato «incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus*» e, dall'altro, «costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità così come proposta». Il *ius superveniens* diventa un *novum*: ma, secondo giurisprudenza, mentre l'uno può riguardare il parametro o l'oggetto, l'altro più genericamente la «questione di legittimità così come proposta».

Anche così puntualizzata, però, la decisione potrebbe non mostrare particolari

motivi di originalità, dato che non è certo una novità che la «restituzione degli atti» sia dichiarata per effetto di una decisione di un organo giurisdizionale non appartenente all'organizzazione costituzionale dello Stato. Com'è noto, ciò è diventato consueto, almeno dopo i casi di restituzione degli atti motivati alla luce della sopravvenienza di pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea (cfr. ord. n. 179 del 2011 e, seppure in maniera non esattamente coincidente, ord. n. 268 del 2005 e nn. 125 del 2004, 62 del 2003, 255 del 1999). Anche da questo angolo visuale, però, non può non rilevare il diverso regime che assiste le decisioni delle «due Corti» al di là dello Stato nel nostro ordinamento.

2. La questione delle precedenze: pregiudiziale di convenzionalità versus pregiudiziale di costituzionalità?

Ma non è questo il punto: la verità è che l'ordinanza n. 150 del 2012 entrerà negli annali della giurisprudenza costituzionale come un *primo precedente*. Non solo perché la restituzione degli atti è fondata, per la prima volta, su una sopravvenuta decisione della Corte di Strasburgo. Ciò che va soprattutto evidenziato è il fatto che la questione di costituzionalità era stata sollevata da tre diversi giudici sulla scorta di differenti argomentazioni e di distinti parametri: alcune *quaestiones* solamente poggiavano sul contrasto tra il divieto legale di fecondazione eterologa contenuto nella legge, n. 40 del 2004 e il «parametro convenzionale», costituito essenzialmente dalla decisione della Prima Sezione della Corte di Strasburgo. È vero che tutti i rimettenti hanno utilizzato lo schema offerto dall'art. 117, comma 1°, cost., come norma di rinvio mobile al diritto della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (Cedu); ma è pur sempre certo che altri profili di costituzionalità erano stati postulati con riferimento a autonomi parametri, «costituzionali» in senso proprio e stretto. A questo riguardo appare forse sbrigativo affermare, come è possibile leggere nella scarna motivazione della decisione, n. 150 del 2012, che «i giudici a *quibus* non solo hanno proposto la questione di legittimità costituzionale riferita all'art. 117, comma 1°, cost. in linea preliminare rispetto alle altre pure sollevate, ma hanno altresì 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».

Un simile punto di vista pone immediatamente e in modo assolutamente originale la questione delle «precedenze» nella scelta dei parametri alla stregua dei quali il giudice costituzionale decide come decidere. Ha allora ragione chi in letteratura ha subito notato come con questa pronuncia, per la prima volta, diventi oggetto di discussione critica la questione della possibilità giuridica di «parametri consequenziali» (A. RUGGERI, *La Corte costituzionale, i parametri «consequenziali» 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.it): almeno fino ad oggi avevamo conosciuto il tema dell'assorbimento dei motivi di fronte, però, a decisioni di accoglimento di questioni di costituzionalità, con riferimento a determinati parametri e con conseguente (anche se non sempre adeguatamente giustificato) «assorbimento» degli altri motivi e dei corrispondenti parametri eventualmente invocati nell'atto introduttivo. Rispetto a quest'ultima particolare situazione, i casi di una decisione di rigetto, di una decisione processuale di inammissibilità o di restituzione degli atti appaiono quantomeno non confondibili e, quindi, necessariamente da separare. Diventa perciò singolare che di fronte a plurimi e distinti motivi di legittimità, la Corte costituzionale decida di rigettare una questione e, ancor più, di dichiararla inammissibile o di ordinarne la restituzione, solo con riferimento a uno dei parametri invocati. Il criterio da seguire in questi casi, a differenza per

ovvie ragioni di quelli che portano all'accoglimento, dovrebbe essere quello della *autonomia* delle questioni di costituzionalità, dipendente, essenzialmente, dal rapporto tra l'oggetto e il parametro invocato, vivificato dal tipo di vizio riscontrato.

La Corte costituzionale sembra orientata a seguire un criterio in parte diverso, almeno quando – nel riconoscere a se stessa il compito di valutare le questioni, a prescindere da quanto prospettato nell'atto introduttivo – ha puntualizzato che il potere di stabilire l'ordine con cui affrontarle nella sentenza e di dichiarare assorbite le altre sussiste se si è in presenza di questioni tra loro autonome per l'assenza di «un nesso di pregiudizialità» (ord. n. 293 del 2010). Di là da stabilire se si tratti o meno di un orientamento generale, è evidente che l'ordine delle precedenze, in ragione dei parametri e dei motivi adottati, stabilito nell'ord. n. 150 del 2012 pone sotto una luce diversa il rapporto tra «norma convenzionale» e norma costituzionale nel giudizio di legittimità delle leggi. A differenza della giurisprudenza inaugurata con le sentenze gemelle richiamate in apertura (nelle quali l'interpretazione conforme a Convenzione è subordinata alla risoluzione in termini positivi della questione circa la compatibilità tra la «norma convenzionale» e la Costituzione), qui la pregiudizialità della questione circa la compatibilità della disposizione sul divieto di eterologa rispetto alla norma convenzionale (vivente? più recente?) si trasforma di fatto in una questione *prioritaria* di convenzionalità; prioritaria, soprattutto, rispetto alla questione di costituzionalità in senso proprio e stretto. È possibile che un simile esito sia una conseguenza proprio di quella giurisprudenza (e così sembra riconoscere l'ordinanza in commento quando si parla di «ineludibile corollario logico-giuridico»): la scissione del giudizio diretto a tentare l'interpretazione conforme a Convenzione da quello circa la costituzionalità della «norma convenzionale», il primo spettante al giudice comune e il secondo al giudice delle leggi, nonché la priorità logica e temporale del primo rispetto al secondo, sono elementi che possono condurre a ritenere che se, dopo aver sollevato l'incidente di costituzionalità, cambia la «norma convenzionale», ciò non può che implicare un nuovo giudizio sulla possibilità di una interpretazione conforme a Convenzione da parte del primo giudice. Ma tutto ciò vale anche quando le questioni sono plurime rispetto ai parametri e ai motivi? E, in ogni caso, l'interpretazione conforme a Convenzione può essere trasformata in una «questione prioritaria» *anche* rispetto alla questione di costituzionalità?

Fa ancor più pensare l'altro argomento, che sorregge la presente decisione. La restituzione si imporrebbe, infatti, «in quanto una valutazione dell'incidenza sulle questioni di legittimità costituzionale del *novum* costituito dalla sentenza della Grande Camera [...] svolta per la prima volta da questa Corte, 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». Qui il concetto di incidentalità diventa sinonimo di *interpretazione previa* del giudice comune: cosa, questa, che potrebbe anche apprezzarsi nella prospettiva di una migliore divisione del lavoro tra Corte e giudici, contribuendo a superare l'antica giurisprudenza costituzionale sulle sentenze interpretative e, soprattutto, facendo del giudice comune non solo una giurisdizione esclusiva in materia di Cedu (meglio: di «norme convenzionali»), ma, in genere, del diritto vivente (con l'ulteriore conseguenza, possibile, di dover essere indotti a considerare definitivamente quest'ultima categoria un'invariante nel giudizio costituzionale). Ma tutto ciò non rileva affatto, se è vero, come è vero, che l'incidentalità della questione è connessa all'*esistenza di una pregiudiziale di costituzionalità*. Assumere la priorità della questione di convenzionalità significa, tutto all'opposto di quanto ritiene la Corte, alterare lo schema dell'incidentalità, che trova ragion d'essere se ed in quanto vi sia un dubbio intorno alla legittimità costituzionale di una disposizione legislativa. Ha ancora senso un simile discorso dopo le sentt. nn. 348 e 349

del 2007? Di sicuro, questo dimostra l'ord. n. 150 del 2012, siamo di fronte a un possibile *cortocircuito*. Ricercare l'interpretazione conforme a Convenzione di determinate leggi, che spetta al giudice comune, può determinare quello che è stato detto uno «scolorimento» delle questioni relative alla compatibilità di quelle stesse leggi rispetto alla Costituzione (E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino «convenzionale» della Corte*, in www.forumcostituzionale.it) e, per conseguenza, una ulteriore marginalizzazione della Corte costituzionale nell'esercizio di una fondamentale «funzione sistemica» (M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione «conforme a»*, in www.federalismi.it, 6 luglio 2007), che è un altro modo di dire dell'esigenza imprescindibile di assicurare le condizioni di unità dell'ordinamento costituzionale.

3. Usi e abusi di norme convenzionali

Al di là di tutto, la questione posta dall'ordinanza n. 150 riguarda proprio l'uso (e l'abuso) delle norme convenzionali nell'ordinamento interno: se non adeguatamente chiarito il senso e la portata di questo «*novum*», che la Corte costituzionale (e, invero, qualsiasi giudice) può riconoscere a un precedente della Corte di Strasburgo – potendo quest'ultimo essere un precedente (più o meno) in termini (come nel caso S.H. c. Austria), un precedente riguardante una situazione analoga o al limite un qualsivoglia *decisum* che tratti del diritto fondamentale oggetto di una questione di costituzionalità – lo schema del rinvio mobile ormai pacificamente letto nell'art. 117, comma 1°, cost. rischia di risolversi in un molto problematico «*shopping* di norme convenzionali». Diventa, allora, cruciale affrontare il tema dei confini: riferito sia alla categoria della «interpretazione conforme a Convenzione», sia, più in generale al rapporto tra ordinamento costituzionale e ordinamento convenzionale. Se l'interpretazione conforme a Convenzione viene scambiata per una questione prioritaria di convenzionalità che scalza il sindacato di costituzionalità e se la scelta della norma convenzionale «rilevante» non viene ancorata a criteri precisi di selezione ma dipende da un sindacato allo stato diffuso e sostanzialmente libero (non importa nei confronti di chi, né come né quando sia stato reso un determinato precedente) vi è il fondato motivo di ritenere che le possibilità offerte dal sistema della Cedu difficilmente potranno essere mantenute tra gli strumenti per la «migliore tutela» dei diritti, finendo per trasformarsi in un ennesimo fattore di crisi dell'*unità* dell'ordinamento costituzionale.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Alma Mater *Studiorum*-Università di Bologna – andrea.morrone@unibo.it.