

Quando la Corte decide di non decidere.
Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi
(nota a margine dell'ord. n. 369 del 2006)

di Alessandro Morelli *
(17 novembre 2006)

1. In giurisprudenza, il ricorso alla dichiarazione d'illegittimità consequenziale non è molto frequente. L'art. 27, seconda parte, l. n. 87/1953 è stato applicato finora dal giudice delle leggi in poco più di duecento pronunce. Se, dal punto di vista quantitativo, la Corte sembrerebbe aver assunto un atteggiamento di *self-restraint* nell'adozione di questo tipo di decisione, che, com'è noto, pone considerevoli problemi d'inquadramento dogmatico, d'altro canto, l'interpretazione che si è accolta, nella stessa giurisprudenza, della previsione legislativa dell'istituto è stata molto estensiva, consentendo d'individuare una cospicua varietà di connessioni normative rilevanti ai fini dell'estensione degli effetti delle pronunce di accoglimento. Data l'elasticità dello schema del nesso di consequenzialità, la dichiarazione di cui all'art. 27, s.p., l. n. 87 è stata impiegata, infatti, in diversi casi, allo scopo di rendere una risposta adeguata ed effettiva alla stessa domanda di giustizia costituzionale ritualmente sottoposta alla Corte: così, ad esempio, nelle decisioni d'illegittimità consequenziale di disposizioni concorrenti con quelle impugnate nel produrre l'effetto reputato incostituzionale o di norme identiche a quelle annullate ed applicabili alle medesime fattispecie. In sostanza, in molti casi, la decisione consequenziale si è mostrata funzionale ad esigenze di piena ed effettiva tutela del bene giuridico di cui si era chiesta garanzia già nell'atto introduttivo del giudizio costituzionale. Ma, invero, anche le dichiarazioni d'illegittimità consequenziale di norme analoghe a quelle impugnate sono state ricostruite in dottrina come decisioni volte ad assicurare, in una prospettiva sistemica, l'effettività della tutela di beni costituzionali di particolare rilevanza (cfr., in tal senso, G. Brunelli, *Significative convergenze: illegittimità derivata di norme analoghe e sentenze manipolative*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Napoli 2004, 352 ss.).

Il riconoscimento di tale *ratio* all'istituto appare conciliabile, in linea di massima, con l'orientamento, ormai pacifico in giurisprudenza, secondo cui spetterebbe al giudice *a quo* il compito d'indicare con esattezza i termini e i motivi che definiscono il *thema decidendum* del giudizio della Corte (cfr., in tal senso, tra le tante, ord. n. 170/2002 e sent. n. 413/2002). E ciò anche quando, pur risultando chiara e completa l'illustrazione dei termini della questione nell'atto introduttivo del giudizio, l'eliminazione dell'effetto incostituzionale richiederebbe l'annullamento di norme di per sé inapplicabili nello stesso giudizio principale e, quindi, propriamente non includibili nella questione prospettata. In questi casi, infatti, l'applicazione dell'art. 27, s.p., l. n. 87 garantirebbe quella tutela che un rispetto troppo rigido dei principi d'incidentalità e di corrispondenza tra il «chiesto» e il «pronunciato» rischierebbe, invece, di compromettere in modo irrimediabile.

2. A prescindere dalla *ratio* dell'istituto, quel che conta qui notare è che l'esame della casistica giurisprudenziale rivela l'esistenza di una serie di filoni, alcuni dei quali ormai consolidati, fra cui si annoverano, com'è noto, anche, e soprattutto, quelli comprendenti le pronunce consequenziali relative a norme identiche e a norme analoghe a quelle impugnate.

Suscita perplessità, pertanto, l'ord. n. 369/2006, con cui la Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione sollevata relativamente all'art. 13, l. n. 40/2004, non consentendo tale disposizione di accertare, mediante diagnosi preimpianto, se gli embrioni da trasferire nell'utero della donna che si sottoponga alla procedura di procreazione assistita siano affetti da malattie genetiche, di cui risultino portatori i potenziali genitori, allorché l'omissione della relativa diagnosi comporti un pericolo «grave ed attuale» per la salute della donna stessa. Il giudice remittente, in particolare, lamentava la violazione degli artt. 2 e 32 Cost., apparendo inadeguata tanto la tutela della salute della donna quanto quella dell'embrione, e dell'art. 3 Cost., essendo consentita, in base al diritto vivente, la diagnosi prenatale e non, invece, quella preimpianto e riconoscendosi così ai genitori un diritto all'informazione sulla salute del feto e non un diritto analogo nella fase della procreazione assistita precedente l'impianto. La Corte, rilevando che lo stesso giudice *a quo* ammette che il divieto della diagnosi preimpianto non discenderebbe soltanto dalla norma impugnata ma «dalla interpretazione della legge alla luce dei suoi criteri ispiratori», nonché «dalla disciplina complessiva della procedura di procreazione medicalmente assistita disegnata dalla legge», e che, quindi, una decisione resa in tal senso risulterebbe *inutiliter data*, giunge a dichiarare manifestamente inammissibile la questione, così come prospettata, in quanto contraddittoria. Così facendo, tuttavia, essa *disapplica* l'art. 27, s.p., l. n. 87/1953, che pure, in altre occasioni, aveva ritenuto applicabile in riferimento a norme analoghe appartenenti non solo al

medesimo atto legislativo, ma anche ad atti formalmente distinti ed autonomi (cfr., per tutte, sent. n. 422/1995), e finisce con il negare tutela a pretese di giustizia costituzionale probabilmente non del tutto destituite di fondamento. La disapplicazione è rivelata e probabilmente resa ancor più grave proprio dal fatto che il giudice costituzionale adduce, quale causa giustificatrice della pronuncia d'invalidità, non già l'incompletezza dell'ordinanza nell'illustrazione dei termini e dei motivi della questione, ma la sua insufficienza a conseguire gli effetti desiderati.

3. La decisione della Corte appare criticabile anche per altri motivi. Per un verso, infatti, nel lamentare la mancata impugnazione del testo legislativo nella sua totalità, parrebbe trascurarsi quella giurisprudenza in cui, ancora di recente, si è negata l'ammissibilità di questioni vertenti su interi testi normativi o su complessi di disposizioni eterogenee (cfr., ad esempio, ordd. nn. 103 e 337/2002); per altro verso, tale pronuncia risulta difficilmente armonizzabile con la qualificazione della l. n. 40/2004 come *normativa costituzionalmente necessaria*, secondo quanto affermato dalla stessa Corte nella sent. n. 45/2005. Se, infatti, si procede ad una lettura "sistematica" di tale pronuncia e dell'ord. n. 369/2006, si può facilmente giungere alla conclusione per cui la disciplina sulla procreazione medicalmente assistita risulterebbe sostanzialmente "blindata", configurandosi la l. n. 40 come una peculiare fonte atipica, dotata di una straordinaria, quanto anomala, forza passiva. Essa, infatti, non potrebbe essere abrogata nella sua integrità mediante referendum (e, presumibilmente, neanche attraverso una nuova legge) e, nel contempo, per la strettissima correlazione delle sue parti interne e per l'unitarietà dell'impianto, potrebbe impugnarsi soltanto nella sua completezza, anche se... *inutilmente!* Proprio perché costituzionalmente indispensabile, infatti, essa si sottrarrebbe anche ad una declaratoria d'incostituzionalità che la coinvolgesse integralmente. Ciò varrebbe per il caso della specifica norma impugnata, ma l'argomento dell'univocità dei principi ispiratori della legge parrebbe impiegabile anche in riferimento ad altre, se non a tutte, le parti della legge stessa, la quale, in sostanza, potrebbe essere modificata soltanto dal Parlamento.

Si potrebbe anche pensare che il ragionamento della Corte attenga esclusivamente alla coerenza dell'*iter* argomentativo sviluppato dal giudice *a quo* e che non intenda affermare nulla riguardo all'impianto e alla struttura della l. n. 40. Il punto è, però, che proprio una tale contraddittorietà non è dato ravvisare nell'atto introduttivo del giudizio costituzionale, innanzitutto perché l'impugnazione di altre norme della medesima legge, in ogni caso, sarebbe dipesa dalla verifica della rilevanza di queste ultime nell'ambito del giudizio *a quo*. Inoltre, i riferimenti ai «criteri ispiratori della legge» contenuti nell'ordinanza di remissione, che secondo la Corte si sarebbero tradotti in asserzioni contraddittorie rispetto all'impugnazione del solo art. 13 della legge n. 40, erano visibilmente funzionali alla dimostrazione dell'impossibilità di operare un'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione di cui si denunciava l'illegittimità. Il rinvio ad altri articoli, all'impianto complessivo o ancora ai principi ispiratori del medesimo atto legislativo, utile all'argomentazione dell'univocità della norma impugnata, corrispondeva, infatti, all'applicazione di un criterio interpretativo ordinariamente impiegato dai giudici comuni e dalla stessa Corte, la quale anzi ne impone la previa applicazione (nonché la dimostrazione dell'eventuale impossibilità di un suo proficuo impiego) ai giudici che intendano sollevare questioni di legittimità costituzionale.

Dietro le carenze segnalate si scorge, in definitiva, la volontà di non entrare nel merito di una questione particolarmente sentita dalla società civile e sulla quale sarebbe risultato estremamente difficile assumere una decisione non controversa; del resto, che sia stata una pronuncia "sofferta" è rivelato anche dal rifiuto del giudice relatore di redigerne il testo.

Quel che, sul piano processuale, si può notare è che la disapplicazione di regole inerenti ai giudizi costituzionali e la "rimozione" di significativi precedenti giurisprudenziali sono mezzi attraverso cui la Corte opera abitualmente un'autentica selezione discrezionale dei casi su cui decidere; si tratta, tuttavia, di una tendenza criticabile in quanto deleteria per le esigenze di effettività della giustizia costituzionale, soprattutto quando, come nel caso di fondamentali questioni di bioetica, la garanzia di situazioni giuridiche primarie della persona si mostra ancor più necessaria ed urgente, data la complessità dei contesti di riferimento e l'insufficienza della regolamentazione giuridica.

* Ricercatore di Diritto Costituzionale - Università degli studi di Catanzaro.