

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

GIADA RAGONE

EINE EMPIRISCHE WENDE?
**LA CORTE COSTITUZIONALE
E LE SFIDE DELLA COMPLESSITÀ
TECNICO-SCIENTIFICA**



G. Giappichelli Editore

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto pubblico

91



La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

GIADA RAGONE

EINE EMPIRISCHE WENDE?
LA CORTE COSTITUZIONALE
E LE SFIDE DELLA COMPLESSITÀ
TECNICO-SCIENTIFICA



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2020 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3493-5

ISBN/EAN 978-88-921-8918-8 (ebook - pdf)

L'opera è edita con il contributo dell'Università degli Studi di Milano, ed è stata realizzata nell'ambito del progetto "Dipartimenti di Eccellenza", con particolare riferimento alla linea di ricerca: rapporto tra sviluppo tecnologico, innovazione e funzionamento delle istituzioni in vista della realizzazione dei diversi goals dell'ASS 2030.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

A Francesco e Agata Sofia

INDICE

pag.

INTRODUZIONE

1. La considerazione delle circostanze fattuali nel sindacato sulla legge	1
2. L'interpretazione dei dati di realtà e il ruolo dell'istruttoria costituzionale dinanzi alle sfide della complessità	7
3. La riforma delle Norme Integrative: un ulteriore segnale dell'attenzione della Corte al fatto?	10
4. Le problematiche sottese all'istruttoria scientifica	14
5. Il metodo dell'indagine	16

CAPITOLO 1

L'IMPORTANZA DEL FATTO NEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

1. Introduzione: quali i fatti rilevanti per giudicare la legge?	19
2. Alle origini del rapporto tra " <i>legislative facts</i> " e sindacato di legittimità costituzionale	22
3. Sindacato in astratto e sindacato in concreto: l'incidentalità e il caso	28
4. Oltre il caso: l'evoluzione della concretezza	33
4.1. La valutazione dei fatti in relazione all'ammissibilità della questione e alla definizione del <i>thema decidendum</i>	35
4.1.1. Fase preliminare del giudizio: ammissibilità, vaglio sulla rilevanza, interesse a ricorrere e poteri cautelari	35
4.1.2. Interpretazione della norma parametro	37
4.1.3. Interpretazione della norma oggetto del sindacato	38

	<i>pag.</i>
4.2. Fattualità, razionalità pratica e considerazione dei fatti come parte nodale dell'argomentazione e del ragionamento giuridico	41
4.2.1. Considerazioni di fatto come espedienti retorici dell'argomentazione	41
4.2.2. L'incostituzionalità per eccesso di potere legislativo e vizio di formazione dell'atto. La carenza del presupposto per il caso del decreto legge	42
4.2.3. La considerazione degli effetti temporali: l'anacronismo legislativo e gli oneri finanziari	45
4.2.4. Fatti ed elementi empirici come perno dei test di ragionevolezza e proporzionalità	48
5. A metà del guado: tornare indietro ovvero procedere a passi decisi	57

CAPITOLO 2

LA CORTE E L'ISTRUTTORIA: STATUTO NORMATIVO, PRASSI E POSSIBILI PROSPETTIVE

1. Fatti e istruttoria tra motivazione della sentenza e questioni tecnico-scientifiche	63
2. La disciplina relativa ai poteri istruttori della Corte costituzionale: le fonti primarie	69
2.1. Il caso Lockheed	72
2.2. Le fonti secondarie	74
3. Nella prassi: l'uso dell'ordinanza istruttoria	77
4. Altre "vie" d'ingresso del fatto	88
4.1. L'ordinanza di remissione e i fascicoli del giudizio principale	89
4.2. Gli assistenti di studio	90
4.3. Il dialogo tra le Corti	92
5. Le parti dinnanzi alla Corte, i terzi intervenienti e i supplenti degli <i>amici curiae</i> prima della riforma delle Norme Integrative del 2020	95
6. Le strade che erano state prospettate dalla dottrina: tra proposte di modifiche normative e inviti a scelte coraggiose	104
6.1. L'alternativa tra il mantenimento di un modello inquisitorio (...)	105
6.2. (<i>Segue</i>): e soluzioni volte a realizzare una maggiore dialettica probatoria	107

	<i>pag.</i>
7. La riforma delle Norme Integrative del gennaio 2020 e le sue ripercussioni sull'istruttoria costituzionale	109
8. Il caso paradigmatico dell'istruttoria scientifica e l'opportunità di focalizzare l'attenzione sull'ambito medico-terapeutico	114

CAPITOLO 3

LE QUESTIONI SCIENTIFICHE NEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ: IL CASO DELLA GIURISPRUDENZA IN AMBITO MEDICO-TERAPEUTICO

1. Introduzione: l'esigenza di un cambiamento manifestata dalla Corte costituzionale	119
2. L'intensificarsi dell'intervento del Giudice delle leggi in ambito medico-terapeutico su questioni scientificamente controverse	122
2.1. La scienza assente: la giurisprudenza medico-terapeutica più "astratta"	126
2.2. La scienza comparsa: quando la Corte esprime opinioni medico-scientifiche ma non le utilizza per giudicare la legittimità costituzionale delle norme	129
2.3. La scienza protagonista: la fondatezza scientifica dell'intervento legislativo in ambito medico come sinonimo di legittimità costituzionale	132
2.3.1. Controllo estrinseco di ragionevolezza scientifica, ossia sindacato sull' <i>iter</i> legislativo	137
2.3.2. Controllo intrinseco di ragionevolezza scientifica, ossia sindacato sul merito delle posizioni scientifiche accolte dalle scelte legislative impugnate	144
2.4. La scienza antagonista: tra ragionevolezza e precauzione	155
3. La – costante – mancata attivazione dei poteri istruttori e il possibile cambio di rotta a seguito della riforma alle Norme Integrative	159
4. Alcune considerazioni critiche	161
4.1. Scienza e discrezionalità legislativa	162

CAPITOLO 4

TESTIMONI E AMICI ESPERTI: LUCI E OMBRE
NEL PARAGONE CON L'ESPERIENZA STATUNITENSE

1. Introduzione: le ragioni della scelta del sistema statunitense	171
2. L'individuazione degli esperti: le problematiche sottese all'art. 14- <i>bis</i> N.I. e l'elaborazione dei criteri di ammissibilità dei "testimoni esperti" negli Stati Uniti	176
2.1. I test giurisprudenziali applicabili alle <i>expert witnesses</i> dalle <i>trial Courts</i>	180
3. « <i>The haphazard way constitutional facts come to the Court's attention</i> »: la Corte Suprema e gli <i>amici curiae</i> come surrogati di <i>expert testimonies</i>	185
3.1. Gli <i>amicus briefs</i> dinanzi alla Corte Suprema	188
3.2. Gli <i>amicus briefs</i> come veicolo di conoscenze tecnico-scientifiche	194
3.2.1. Aspetti problematici	196
4. Suggerimenti <i>de iure condendo</i> : sì agli amici, <i>sed cum iudicio</i>	200

NOTE CONCLUSIVE

1. Il ricorso alla fattualità: una scelta non sempre obbligata	209
2. La Corte e le sfide della complessità tecnico-scientifica: la necessità di individuare opportune forme di dialogo tra argomentazioni giuridiche e dati scientifici	211
3. Il ricorso ad un sindacato estrinseco di ragionevolezza scientifica come via per sottrarre la Corte dall'onere di svolgere valutazioni tecnico-scientifiche	213
4. Quando la via del sindacato intrinseco di ragionevolezza scientifica richiede il dispiego di strumenti istruttori formali, in ottica collaborativa	214
5. I nodi irrisolti dell'istruttoria scientifica e alcuni possibili correttivi	216
<i>Bibliografia</i>	219

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. La considerazione delle circostanze fattuali nel sindacato sulla legge. – 2. L'interpretazione dei dati di realtà e il ruolo dell'istruttoria costituzionale dinanzi alle sfide della complessità. – 3. La riforma delle Norme Integrative: un ulteriore segnale dell'attenzione della Corte al fatto? – 4. Le problematiche sottese all'istruttoria scientifica. – 5. Il metodo dell'indagine.

1. *La considerazione delle circostanze fattuali nel sindacato sulla legge.*

«La Costituzione è piena di clausole che richiedono di modulare i principi sulla base dei dati di realtà e dei diversi contesti. Potremmo dire che i principi costituzionali sono sempre finestre aperte sulla realtà»¹.

Tale affermazione è tratta da un'intervista rilasciata dalla Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, interpellata a riguardo dell'operato del Governo italiano nel far fronte all'emergenza sanitaria provocata dall'epidemia di Sars-Cov-2. Alla luce delle conoscenze medico-scientifiche disponibili, la strategia più efficace per rallentare la diffusione di un virus – che si è presentato come altamente contagioso e che ha messo a dura prova la tenuta del sistema sanitario nazionale – è apparsa essere quella di ridurre al minimo le interazioni tra individui. Muovendo da questo presupposto di fatto, e in serrato confronto con il mondo tecnico-scientifico², il Governo ha adottato misure di distanziamento sociale for-

¹ Così la Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia, nell'intervista, *La via d'uscita dalla crisi è nella Carta*, in *Corriere della Sera*, 29 aprile 2020.

² Nella gestione dell'emergenza il Governo si è fatto affiancare da numerosi comitati di esperti istituiti *ad hoc*. Oltre al "Comitato tecnico-scientifico della Protezione civile",

temente limitative di diritti costituzionali fondamentali e di libertà individuali quali, ad esempio, la libertà di circolazione, di culto, di iniziativa economica, d'insegnamento, di riunione, il diritto all'istruzione e quello di difesa (per fermarsi ai più rilevanti)³.

Pur senza entrare nel merito delle specifiche questioni, la Presidente della Consulta, facendo eco ad una consolidata giurisprudenza della Corte⁴, ha ricordato come nessuna di queste prerogative costituzionali, per quanto irrinunciabile, sia di per sé insuscettibile di restrizione. Al contrario, «nella Costituzione sono indicate le ragioni che possono giustificare limitazioni dei diritti e gli strumenti con cui tali limitazioni si possono imporre. Nella giurisprudenza costituzionale, poi, si trovano orientamenti anche sulla misura di queste limitazioni, che devono sempre essere ispirate ai principi di necessità, proporzionalità, ragionevolezza, bilanciamento e temporaneità»⁵.

Al momento, nessun giudizio di legittimità sulle misure adottate dal Governo è pendente dinanzi alla Corte costituzionale. Se però ciò dovesse verificarsi, proprio i principi appena richiamati potrebbero fungere da faro per la decisione, in maniera non dissimile da quanto avvenuto in Germania, dove la Corte di Karlsruhe ha già avuto modo di valutare la pro-

cui si devono in gran parte le valutazioni sulle misure di distanziamento sociale, sono state istituite *task force* di vario tipo per supportare le scelte dell'esecutivo relative all'allentamento del *lockdown* ("Task force Fase 2"), alla garanzia del diritto all'istruzione ("Task force scuole e didattica a distanza"), all'utilizzo di tecnologie per il tracciamento dei contatti tra individui ("Task force Data drive") e altre ancora.

³ Sulla fitta discussione seguita all'adozione di tali misure, cfr., *ex multis*, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10 aprile 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *www.giurcost.org*, 11 aprile 2020; intervista a Sabino Cassese, *La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi*, in *Il Dubbio*, 14 aprile 2020; L. VIOLINI, *C'è un'alternativa più democratica per gestire l'emergenza*, in *IlSussidiario.net*, 30 aprile 2020; nonché l'intervista a Gustavo Zagrebelsky, *Chi dice Costituzione violata non sa di cosa sta parlando*, in *Il Fatto quotidiano*, 1 maggio 2020.

⁴ Celeberrimo è, ad esempio, il passaggio della sent. cost. n. 85/2013 sul c.d. caso Ilva, secondo cui «i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri».

⁵ M. CARTABIA, *La via d'uscita dalla crisi è nella Carta*, cit.

porzionalità di alcuni divieti imposti dalle autorità tedesche alla popolazione a causa del Covid-19⁶. Nel compiere tale ponderazione, il tribunale federale costituzionale ha sottolineato la necessità di prendere in considerazione elementi quali l'impatto concreto di un eventuale allentamento delle limitazioni, le acquisizioni più aggiornate sulle modalità di diffusione del virus e i rischi relativi al sovraccarico degli ospedali⁷.

Le contingenze legate alla pandemia ci introducono al tema di fondo della presente trattazione, ossia la «formidabile questione del rapporto tra fatto e norma nel giudizio di legittimità costituzionale»⁸, mostrandoci come l'elaborazione di orientamenti giurisprudenziali volti a misurare la razionalità materiale⁹ della legislazione¹⁰, comporti che il sindacato di co-

⁶ Si vedano, in particolare, le decisioni 1 BvR 714/20, 1 BvR 755/20, 1 BvR 802/20, 1 BvQ 30/20, 1 BvQ 28/20, 1 BvQ 26/20, 1 BvR 829/20, tutte dell'aprile 2020.

⁷ Così, ad esempio, la sentenza 1 BvQ 28/20 del 10 aprile 2020 con cui il *Bundesverfassungsgericht* ha negato un provvedimento d'urgenza contro i divieti di celebrazione assembleare delle messe e, in generale, delle riunioni a scopo di culto in Assia. A riguardo cfr. E. BUOSO, C. FRAENKEL-HABERLE, *La Germania alla prova del coronavirus tra Stato di diritto e misure emergenziali*, in *Federalismi.it*, n. 20/2020, p. 94-95.

Per il monitoraggio e la valutazione dei dati indicati, nonché per la rappresentazione degli scenari di rischio, la legge federale per la prevenzione e il contrasto di infezioni (*Infektionsschutzgesetz* del 20 luglio 2000), che nell'attuale crisi offre la base giuridica per la gestione dell'epidemia, attribuisce un ruolo centrale al *Robert Koch Institut*, istituzione scientifica del governo federale tedesco responsabile per il controllo e la prevenzione delle malattie infettive. Cfr. J. WOELK, *L'emergenza sanitaria da Covid-19 nella Repubblica federale tedesca*, in *www.comparativecovidlaw.it*, 30 aprile 2020.

⁸ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 1987, p. 1069. Sulla controversa possibilità di distinguere chiaramente tra il concetto di fatto e quello di norma il dibattito è notoriamente fitto e risalente. Tra i contributi più autorevoli, forieri di tre diverse ricostruzioni, si segnalano quelli di Hans Kelsen, Santi Romano e Giuseppe Capograssi. Il pensiero dei tre Autori sul tema è ricostruito e messo a confronto in G. CAPOGRASSI, *Opere*, voll. 2 e 5, Milano, 1959.

In questa sede, come si chiarirà al capitolo 1, si farà riferimento alla possibilità di distinguere all'interno della categoria del fatto tra fatti strettamente giuridici (che includono gli atti normativi), latamente giuridici ed extra-giuridici (o *legislative facts*).

⁹ Sulla contrapposizione weberiana tra razionalità formale e razionalità materiale del diritto, cfr. R. MARRA, *Max Weber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto*, in *Sociologia del diritto*, n. 2/3, 2015, p. 43 ss.

¹⁰ Elaborazione che affonda le proprie radici ideologiche nella concezione del costi-

stituzionalità si realizzi attraverso una qualche «forma di scrutinio *contestualizzata*, che tenga in considerazione elementi di fatto e diritto nella loro evoluzione dinamica»¹¹.

Le problematiche conseguenti alla “contestualizzazione” dello scrutinio di costituzionalità, le quali coinvolgono anzitutto il problema dell’acquisizione di elementi di fatto nel giudizio, risultano profondamente legate al tema dell’istruttoria costituzionale, delle sue concrete modalità attuative e delle sue potenzialità. La riflessione qui proposta, che assume come prospettiva privilegiata l’analisi della giurisprudenza in ambito medico-terapeutico, ambisce ad offrire un contributo alla definizione di quanto, tra il molto che emerge dal mondo della fattualità, può essere davvero orientante per la decisione e con quali limiti; nonché a mettere in rilievo come alla “metamorfosi”, già verificatasi, del giudizio sulla legge nella direzione di una maggior considerazione dei contesti fattuali, è indispensabile che seguano adeguamenti sul piano dei poteri processuali, delle motivazioni e delle tecniche decisionali.

Quando il giudizio sulle leggi, anziché risolversi in un astratto confronto formale tra due norme, si trasforma in una valutazione della rispondenza di un atto normativo o di una disposizione ad un principio, il precipitato pratico è che nell’argomentare della Corte costituzionale trovano spazio

tuzionalismo per principi. In questo senso, cfr. G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al Convegno “Valori e Costituzione: a cinquant’anni dall’incontro di Ebrach”, Roma, 26 ottobre 2009. L’Autore rileva come «una volta interpretata la Costituzione come ordine materiale di valori ai quali costantemente raffrontare i contenuti della legislazione» è naturale che il sindacato di costituzionalità venga realizzato in larga parte facendo riferimento a principi come, ad esempio, la ragionevolezza «perché la ragionevolezza è valore ordinatore di valori» (p. 1). In argomento, v. S. BARTOLE, *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in *Giuri. cost.*, 1983, I, p. 575 ss.

Sul nesso tra principio di ragionevolezza e teoria dei valori costituzionali, ovvero teoria del diritto per principi, cfr. anche M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, intervento alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 in www.cortecostituzionale.it, p. 17.

Più in generale, sul costituzionalismo per principi cfr. L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Venezia, 1996, p. 1141 ss.

¹¹ Cfr. A. PIN, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparato*, in corso di pubblicazione su *DPCEonline*.

valutazioni legate alla razionalità materiale della legge, le quali non potrebbero svolgersi senza che si prendano in considerazione le situazioni presupposte alla legislazione nonché le sue conseguenze concrete. E questo vale tanto per i giudizi in via incidentale, tanto per i giudizi instaurati in via principale, nulla incidendo la differente origine sulla possibilità per la Corte di operare nel modo descritto.

Questa dinamica si percepisce con chiarezza se si osservano i vari test di ragionevolezza riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale italiana¹². Infatti, nella valutazione sull'esistenza di un'irragionevole diversità di trattamento tra situazioni uguali, oppure sull'irragionevolezza della scelta compiuta dalla legge di un determinato mezzo per raggiungere uno specifico scopo o, ancora, circa la mancanza di ragionevolezza di una norma che si fondi su di un presupposto scientifico fallace, è inevitabile che la Corte costituzionale compia «*eine empirische Wende*»¹³, ossia vada oltre il dato normativo attingendo a dati di realtà e tenendo in considerazione i diversi contesti cui le leggi si riferiscono.

Naturalmente lo spettro delle possibili fattualità a cui la Corte può rivolgersi è vario ed eterogeneo: esiste una fattualità storica, culturale, sociale, economica, documentale, scientificamente orientata e così via¹⁴. Molteplici e di diversa natura sono, del resto, quei «contesti umani»¹⁵ nell'atrito coi quali i paradigmi che guidano il sindacato di costituzionalità, da rigidi e formali, allentano le proprie maglie e consentono valutazioni che poi si esprimono in termini di proporzionalità, ragionevolezza o bilanciamento.

¹² «Nel giudizio di ragionevolezza la realtà effettuale funge da reagente sulla regola sottoposta al suo esame, illuminandone il significato e permettendo, perciò, alla Corte di valutarne la conformità ai principi costituzionali e di ricomporre i contrasti» (M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 18).

¹³ Secondo la felice espressione di N. PETERSEN, *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, in *Der Staat*, n. 3/2010, p. 435 ss.

¹⁴ Per una nota classificazione dei fatti rilevanti nel giudizio di costituzionalità delle leggi, che verrà ripresa al capitolo 1, cfr. M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2010.

¹⁵ Il riferimento è alla definizione di C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, 1973, p. 1578, che guarda al fatto come all'inserimento dei *verba legis* nei contesti umani.

Il caso italiano non è certo *un unicum* nel panorama globale dei sistemi di giustizia costituzionale. Al contrario, la letteratura comparata ha messo in luce come le principali Corti costituzionali europee si siano da tempo rese protagoniste di processi «di deformalizzazione del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi»¹⁶, nell'ambito dei quali rigidi canoni metodologici di interpretazione della Costituzione, fondati sulla raffigurazione della Carta costituzionale come ragione normativizzata, sono stati sostituiti dall'applicazione di tecniche decisorie incentrate su parametri di razionalità pratica, permeati di quella "autorevolezza dell'esperienza"¹⁷ che funziona come cinghia di trasmissione tra norma e fatti presupposti o in essa incorporati. Il che, in molti casi, ha condotto «all'orientarsi del giudizio costituzionale in direzione del fatto per ricavare da esso, attraverso l'attivazione di un "circolo ermeneutico", fondamenti di giustificazione della decisione»¹⁸.

Il *Bundesverfassungsgericht*, ad esempio, applica da anni un preciso scrutinio di proporzionalità, articolato in più moduli decisorii: il celebre *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, sui cui contenuti si sono pronunciati i grandi Maestri del diritto pubblico tedesco¹⁹. Secondo uno di questi, Robert Alexy, «il principio di proporzionalità nella sua accezione ristretta deriva dal fatto che i principi sono imperativi di ottimizzazione relativi alle possibilità di diritto»²⁰. Di conseguenza, la sua applicazione si risolve, ultima-

¹⁶G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, p. 409.

¹⁷Il termine "esperienza" è qui impiegato nel suo significato di conoscenza della realtà. Non, invece, nel senso di prova o esperimento.

¹⁸*Ibidem*. Al par. 1 si legge: «Le ragioni di questo processo di deformalizzazione del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi sono molteplici, e sembrerebbe riduttivo fornirne una giustificazione teorica che fosse imperniata esclusivamente sull'analisi dei dati normativi interni, ossia sui caratteri formali dei vari modelli di controllo giurisdizionale della Costituzione. Pare piuttosto possibile affermare che il contesto nel quale questa esigenza è avvertita, l'*habitat* culturale nel quale essa si esprime corrisponde ad una fase di maturazione dei modelli di giustizia costituzionale».

¹⁹Così come recentemente ricordato da D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020, p. 3 ove si citano in particolare Fritz Fleiner, Ruppert von Krauss e Klaus Stern.

²⁰R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Francoforte, 1984, p. 101.

mente, in un controllo di adeguatezza di un *mezzo*, il prescelto tra diversi possibili, rispetto ad uno *scopo*. E non v'è dubbio che sia impossibile giudicare la proporzionalità/idoneità di uno strumento senza considerare il contesto in cui è impiegato.

Imporre un divieto totale di fumare all'interno di pub o di ristoranti può essere considerato una misura adeguata rispetto allo scopo di tutelare la salute degli avventori se i locali sono di dimensioni ridotte e poco areati (anche se questo provocherà una riduzione delle presenze negli esercizi commerciali e di conseguenza degli introiti). La medesima misura apparirà, invece, sproporzionata se applicata ai ristoranti all'aperto o dotati di spazi sufficientemente grandi da poter riservare una zona isolata e ben ventilata ai clienti fumatori²¹.

2. L'interpretazione dei dati di realtà e il ruolo dell'istruttoria costituzionale dinanzi alle sfide della complessità.

In Italia, come in altri ordinamenti, l'appello all'autorità dell'esperienza nel giudizio sulle leggi è, per certi versi, il risultato di processi storico-culturali che hanno investito innanzitutto le nostre società e, di conseguenza, anche la giurisdizione costituzionale. La capacità di interpretazione e rappresentazione della realtà, anche grazie al progresso scientifico-tecnologico è, negli ultimi decenni, incrementata a dismisura, sebbene, al contempo, sia emersa altresì la difficoltà di offrire interpretazioni univoche, anche a ragione della complessità della realtà stessa. Inoltre, tramite l'informatica e la globalizzazione, la possibilità di circolazione e condivisione di dati e informazioni è divenuta immediata. Si tratta di fenomeni a cui difficilmente una Corte costituzionale può restare del tutto indifferente e che non possono che ripercuotersi, in qualche misura, sulle sue tecniche argomentative e nel modo di motivare le proprie decisioni²², le quali possono così risultare maggiormente consapevoli.

²¹ L'esempio riassume in maniera sintetica quanto emerge dalla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco *BVerfGE 121, 317* sul "*Rauchverbot in Gaststätten*", che viene ripresa al capitolo 1.

²² Similmente A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, in *Virginia Law Review*,

D'altro canto, la crescita della concretezza del sindacato di costituzionalità²³ è dinamica, piena di conseguenze e problematiche significative, sia relativamente al ruolo della Corte all'interno della forma di governo, sia quanto a ricadute processuali e tecniche tutt'altro che di dettaglio.

Quanto al primo aspetto, che richiederebbe lo spazio di un'autonoma trattazione monografica, ci si limita qui a segnalare come più voci in letteratura²⁴ abbiano individuato l'esito principale della deformalizzazione del sindacato di legittimità costituzionale nell'esaltazione del ruolo del Giudice delle leggi, ossia del soggetto deputato a compiere quell'attività di adeguamento dei principi alla fattualità, che indebolisce l'aspetto formale e strettamente giuridico del suo operato traghettandolo sul piano della politica.

Il presente volume, pur non presentandosi scevro di considerazioni re-

vol. 100, 2014, pp. 1776-1777 pone in relazione la diffusione di Internet con l'intensificarsi dei riferimenti ad elementi empirici e *legislative facts* nelle argomentazioni della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America.

²³ Si è consapevoli che il fenomeno della crescita dell'importanza del fatto nel sindacato di costituzionalità non sia che una «“sfaccettatura particolare” della concretezza», la quale tuttavia «si è studiata quasi sempre, e abbondantemente, da altri punti di vista (per i riflessi che produce sulla rilevanza, sulla pregiudizialità, oppure sulle tecniche decisorie adoperate dalla Corte)». Così E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e “questioni tecniche”: i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, *www.giurcost.com*, 27 gennaio 2020, p. 3. Sulla polisemia del concetto di concretezza si avrà modo di tornare al capitolo 1.

²⁴ Cfr. in particolare, G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 1. L'Autore, dialogando con l'ipotesi schmittiana secondo cui il costituzionalismo per valori conduce verso uno Stato di giurisdizione, sostiene che quest'interpretazione del costituzionalismo «da un lato ha agito come istanza di delegittimazione della legalità e della forma legale, intesa questa come fonte specifica di legittimità dello Stato liberale borghese; dall'altro ha progressivamente complicato le logiche dei processi di applicazione giuridica, rendendoli permeabili ad apprezzamenti che non sono suscettibili di un rigoroso riscontro in termini logici, ma al più sono valutabili in termini di persuasività, plausibilità, verosimiglianza, ragionevolezza». Si vedano altresì, E. BINDI, *Test di ragionevolezza e tecniche decisorie della Corte costituzionale (a margine della dichiarazione d'incostituzionalità della legislazione elettorale)*, in *Ianus*, n. 10/2014, p. 22; E. OLIVITO, *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti, istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, p. 177.

lative all'evoluzione del ruolo della Corte costituzionale nel nostro ordinamento (sarebbe, del resto, impossibile scindere le due tematiche), si focalizza principalmente sul nesso tra ricorso alla fattualità, poteri istruttori e percorso motivazionale²⁵: se la Corte giudica la legge tramite principi modulati sulla base dei dati di realtà e dei diversi contesti, affatto secondario è il modo attraverso cui tali elementi entrano nell'orizzonte conoscitivo dei giudici e il rilievo che ricevono nel corpo della motivazione.

Come si avrà modo di precisare, le problematiche in questione si esasperano e, quindi, possono essere oggetto di un'analisi più completa, quando la fattualità cui si rivolge la Corte è scientificamente orientata. Infatti, se in generale le situazioni con cui il Giudice costituzionale s'interfaccia sono sempre situazioni interpretate²⁶, quando la fattualità è di natura tecnico-scientifica, «il conoscibile non è 'uno'»²⁷ e le competenze di cui il collegio dei giudici dispone potrebbero non consentirgli di scegliere agevolmente tra diverse interpretazioni eventualmente acquisite. È noto, del resto, come anche le scienze considerate esatte²⁸ esprimono teorie, valuta-

²⁵ Proseguendo una riflessione a cui, sotto molti aspetti, hanno significativamente contribuito in precedenza le opere monografiche di T. GROPPi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012 e, più di recente, la collana M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit.

²⁶ «Many persons seem to suppose, that facts carry their meaning along with themselves on their face. Accumulate enough of them and their interpretation stares out at you. [But this is not the case] No one is ever forced by just the collection of facts to accept a particular theory of their meaning» (J. DEWEY, *The Public and its Problems*, New York, 1927, p. 3).

²⁷ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 408.

²⁸ Si è, peraltro, dell'opinione che, oltre all'impossibilità di riferirsi alla scienza come ad un concetto monolitico e al metodo scientifico come a qualcosa di univoco, neppure sia possibile tracciare rigide divisioni tra rami del sapere scientifico: «There are only different sciences, each producing a different type of facts oriented to radically different uses, and each striking a different trade-off between competing epistemic virtues (precision vs. standardization, generalization vs. observational depth, etc.)» (G. EYAL, *The Crisis of Expertise*, Medford, 2019, p. 6).

zioni, rappresentazioni e prognosi che, oltre ad essere fonte di conflittualità a causa della «non stabilità del “fatto scientifico”, sempre più percepito come incerto»²⁹, sono soggette, nel tempo, a cambi di credenze e perdita di validità³⁰.

Ma allora, se le acquisizioni scientifiche sono sempre passibili di revisione e in molti casi si presentano *ab origine* come controverse³¹, il problema della capacità di rappresentazione della realtà e dell'acquisizione di elementi scientifici si gioca, ultimamente, sul piano del consenso³², ossia sulla possibilità di ottenere interpretazioni che, in un certo momento storico, appaiono essere più accreditate e condivise di altre. Ricorda Luciani che «la Terra “è” sferica solo da quando si è formata un'opinione condivisa tanto dai *doctores*, quanto dalla *societas*»³³.

3. *La riforma delle Norme Integrative: un ulteriore segnale dell'attenzione della Corte al fatto?*

Anche la Corte costituzionale sembra consapevole che nella rappresentazione delle situazioni su cui il diritto incide occorra tenere in considerazione sia il parere dei *doctores* sia quello della *societas*. È quanto si può dedurre dalla decisione, per mezzo delle recentissime modificazioni delle

²⁹ G. DEMURO, *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 6 dicembre 2013, p. 1.

³⁰ Su questo tema, tra i più frequentati nella filosofia della scienza, cfr. *ex multissimis*, K.R. POPPER, *Alles Leben ist Problemlösen: Über Erkenntnis, Geschichte und Politik*, Monaco di Baviera, 1994.

³¹ Sulla definizione di “questione scientificamente controversa” il rimando è d'obbligo a L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, 1986, Pavia.

³² Per un approfondimento sul rapporto tra *consensus* giuridico e consenso scientifico nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia consentito rinviare a G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., p. 285 ss.

³³ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 408.

«Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» (d'ora in poi N.I.)³⁴, di aprire le porte di Palazzo della Consulta sia agli esperti³⁵ sia, tramite l'istituto dell'*amicus curiae*, alla società civile³⁶. Sempre la medesima riforma ha anche esteso a terzi portatori di interessi qualificati la possibilità di intervenire nel giudizio, nella veste di parti processuali³⁷.

Queste innovazioni, nel loro complesso, mettono in luce due tendenze che caratterizzano l'operato della Corte degli ultimi anni³⁸: una valorizzazione del ruolo delle parti nel giudizio in via incidentale (già per via pretoria si era, infatti, consolidata la propensione ad ammettere soggetti terzi che fossero titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio³⁹) e l'anelito della Corte al dialogo col mondo esterno (si è, del resto, osservato come proprio attraverso la lente dello «spiccato carattere “relazionale”»⁴⁰ assunto dalla Corte degli

³⁴ Cfr. la Delibera della Corte costituzionale dell'8 gennaio 2020 (pubblicata in *G.U.* n. 17 del 22 gennaio 2020).

³⁵ Art. 14-*bis*, comma 1, N.I.: «La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite».

³⁶ Art. 4-*ter*, comma 1, N.I.: «Entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta».

³⁷ Art. 4, comma 7, N.I.: «Nei giudizi in via incidentale possono intervenire i titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio».

³⁸ Due tendenze che, invero, potrebbero considerarsi unitamente dal momento che «il riconoscimento di differenti significati del ruolo della parte nel processo costituzionale dovrebbe avere come fine quello di permettere al giudice costituzionale di rimanere a contatto con i differenti bisogni della società che la posizione della parte può esprimere nelle sue diverse accezioni» (M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1990, p. 169).

³⁹ Tra gli esempi più recenti di questo *trend* giurisprudenziale cfr. sent. cost. nn. 180/2018; 217/2018 e 13/2019.

⁴⁰ T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, p. 372.

ultimi anni possa essere inquadrata anche l'attenzione dedicata alle conoscenze extra-giuridiche⁴¹).

Il primo aspetto, ossia quello relativo al ruolo delle parti e alla possibilità per un numero più ampio di soggetti di divenire ufficiali interlocutori della Corte, presenta profili di connessione con l'ampia e *vexata quaestio* del contraddittorio nel processo alla legge⁴². È possibile, infatti, che l'integrazione dei soggetti che sono potenzialmente in grado di contribuire, *inter alia*, alla realizzazione della fase istruttoria, solleciti la ricerca di soluzioni al problema della lacunosità della disciplina del contraddittorio sostanziale, la quale si declina, ad esempio, nella mancanza nelle N.I. di «qualunque norma che assicuri un ordinato “scambio” degli argomenti»⁴³ ovvero nella «assenza del diritto di replica»⁴⁴ in fase di udienza. Il verificarsi di questa previsione andrebbe, peraltro, letta alla luce del risalente dibattito⁴⁵ sulla natura del giudizio sulla legge in via incidentale: è ben noto, infatti, che l'idea della valorizzazione del contributo delle parti di-

⁴¹ *Ibidem*, p. 372. L'Autrice segnala poi, tra i materiali esterni a cui guarda la Corte, la dottrina, il diritto straniero e il diritto internazionale.

⁴² In argomento, *ex multissimis*, cfr. R. ROMBOLI, *L'intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2613 ss.; V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998; L. CALIFANO, *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Torino, 2003; F. BENELLI, *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, p. 125 ss.

⁴³ G. FALCON, *La Corte costituzionale italiana e i suoi utenti*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *La giustizia costituzionale italiana e i suoi utenti*, Milano, 2006, p. 128.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 132.

⁴⁵ Per una ricostruzione dei termini della nota questione è inevitabile rimandare a G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, 1987, Milano, p. 611, le cui tesi sono state recentemente rielaborate in G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. I, Bologna, 2018. Cfr. altresì, tra le molte autorevoli voci, P. CARROZZA, *Il processo costituzionale come processo*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Milano, 1991, p. 70; R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1090 ss.; A. RUGGERI, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. Gruppo Pisa*, n. 1/2011.

scende dalla considerazione del sindacato di legittimità quale vero e proprio “processo costituzionale”⁴⁶, mentre meno si concilia con l’idealizzazione del procedimento costituzionale quale strumento di garanzia della legittimità costituzionale dell’ordinamento (che ha spinto autorevole dottrina a parlare di «giudizio senza parti»⁴⁷).

Quanto, invece, alla propensione dialogica della Corte, l’apertura agli *amici curiae*, agli esperti e a i terzi intervenienti non è che un tassello da inserire in un mosaico assai più ampio⁴⁸. Basti pensare che nell’ultima relazione annuale sull’attività della Corte costituzionale si parla del 2019 come dell’anno della «grande apertura» alla società civile (oltre che alla dimensione internazionale)⁴⁹. A supporto di questa affermazione si menzionano, insieme alla riforma delle N.I., la possibilità concessa al pubblico e ai giornalisti di assistere alle udienze pubbliche e di visitare Palazzo della Consulta; il ricorso massiccio ai comunicati stampa; la traduzione in lingua inglese delle sentenze; la valorizzazione degli strumenti di comunicazione informatica (sito internet e *social network*); le visite dei giudici costituzionali nelle scuole e nelle carceri e altre spie dell’attenzione della Consulta verso l’esterno⁵⁰.

Questo sforzo della Corte di porsi in relazione⁵¹ appare coerente con l’idea in base alla quale “utenti” della giustizia costituzionale sono la «in-

⁴⁶ Cfr. G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 2016, p. 4.

⁴⁷ R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985. La letteratura sul punto è vastissima. Cfr., per tutti M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit.; G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, cit. Sull’idea che la decisione sulle questioni di costituzionalità sia anzitutto a servizio della tutela dei diritti delle parti del processo cfr. F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, “Non manifesta infondatezza” e “rilevanza” nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972.

⁴⁸ Della stessa opinione è F. CLEMENTI, *Amici Curiae? A proposito delle recenti “Modificazioni alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”*, in *Il Mulino*, 9 marzo 2020, nota 3.

⁴⁹ M. CARTABIA, *L’attività della Corte costituzionale nel 2019. Relazione annuale*, 28 aprile 2020, p. 2.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 2-3.

⁵¹ *Ibidem*, p. 4.

tera comunità nazionale, che beneficia dei risultati della protezione giurisdizionale delle norme di livello costituzionale»⁵² e i cittadini, il cui «punto di vista di utenti è in certo senso il più significativo e importante per misurare il ruolo e l'importanza di un organo costituzionale nel sistema giuridico complessivo»⁵³. Al contempo, però, non sono mancate le critiche di chi ha colto il rischio, insito in queste aperture, di «ingenerare l'erronea credenza che la Corte ricerchi il consenso della pubblica opinione ricorrendo agli stessi strumenti di cui usualmente si avvalgono gli operatori politici»⁵⁴: in questo modo può apparire che essa identifichi la propria legittimazione come proveniente non più solo dall'alto, «dalla Costituzione, i suoi valori, le regole che vi danno voce»⁵⁵, ma anche e soprattutto dal basso, ossia «dai centri organizzati di interesse, *lobbies*, movimenti politici»⁵⁶.

4. *Le problematiche sottese all'istruttoria scientifica.*

Le novità processuali menzionate sono troppo recenti perché se ne possa, già ora, valutare appieno l'idoneità a servire lo scopo di sostenere il

⁵² G. FALCON, *La Corte costituzionale italiana e i suoi utenti*, cit., p. 119.

⁵³ N. ZANON, *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *La giustizia costituzionale italiana e i suoi utenti*, cit., p. 138.

⁵⁴ A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustiziainsieme.it*, 24 gennaio 2020.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*. Sul punto cfr. altresì S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, pp. 400-401 e M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove Norme Integrative*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, p. 410. Per l'Autore, «quand'anche l'apertura della Corte fosse intesa a sondare i perigliosi sentieri della ricerca del consenso [...], l'introduzione dell'istituto dell'*amicus curiae* sarebbe priva di ragione. Dall'irruzione degli interessi politico sociali nel giudizio la Corte non ha nulla da guadagnare e – anzi – ha tutto da perdere: non potendo assicurare il *fine tuning* del loro bilanciamento che è disponibile al raccordo Parlamento-Governo-pubblica amministrazione, è assai difficile ch'essa sappia coagulare consenso (meglio: accettazione) non già sulla singola decisione (non è questo il problema di fondo, ovviamente), ma sul complesso dei suoi indirizzi giurisprudenziali».

Giudice delle leggi nella ricerca di una rappresentazione quanto più oggettiva e verosimile della fattualità di cui si serve, e in particolare a superare «la solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche»⁵⁷. Fin da ora si può, però, affermare che allargare la platea dei soggetti che possono concorrere nell'offrire contributi conoscitivi alla Corte, la quale può ora avvantaggiarsi anche del supporto di soggetti altamente competenti in materie specialistiche, non esaurisca affatto il problema, soprattutto in relazione all'istruttoria scientifica. Molti restano, infatti, i quesiti da affrontare. E tra questi: in base a quali elementi individuare gli esperti da interpellare? Come stabilire chi è da ritenersi più autorevole in caso di visioni contrastanti? Che peso dare ai contributi della società civile che giungeranno alla Corte per mezzo degli *amici curiae*? È possibile prestabilire criteri di ammissibilità e validazione delle teorie, delle valutazioni d'impatto e delle previsioni sottoposte all'attenzione della Corte?

Si tratta di domande complesse, che emergono in un momento storico in cui il concetto stesso di "*expertise*" attraversa una profonda crisi⁵⁸ e, nei processi di *decision-making*, il confronto con le voci della scienza è tutt'altro che semplice e privo d'insidie. E non di meno, si tratta di questioni che devono essere trattate, almeno nel dibattito dottrinale, al fine di prospettare soluzioni applicative, quanto più fruttuose, degli istituti processuali entrati in vigore a gennaio 2020. L'urgenza della riflessione si coglie in tutta la sua profondità se si considera la velocità di sviluppo di nuove tecnologie che vengono sempre più a incidere sui diritti fondamentali dell'individuo⁵⁹, come ben rivela la giurisprudenza costituzionale in ambito medico-terapeutico.

Fatte le dovute distinzioni, problematiche non dissimili sul ricorso delle Corti alla fattualità scientifica si riscontrano nell'ordinamento statunitense. Oltreoceano si è infatti sviluppata una fitta discussione sui cri-

⁵⁷ V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, p. 393 ss.

⁵⁸ Sul tema, ampiamente, G. EYAL, *The Crisis of Expertise*, cit., *passim*. L'Autore sostiene la tesi secondo cui «*Expertise* cannot be the standard to which we appeal in order to sort out legitimate from illegitimate interventions in public affairs, because the word come to us congenitally infected with the perplexity surrounding these matters» (p. 19).

⁵⁹ T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, cit., p. 373.

teri di selezione dei soggetti a cui prestare ascolto nell'acquisizione di elementi extragiuridici utili alla decisione e sugli *standard* di validazione delle teorie e delle opinioni specialistiche sottoposte alle Corti. Un dibattito che in parte si è tradotto nell'emanazione di dettagliate regole processuali a vari livelli (*in primis* nelle *Federal Rules of Evidence*), in parte è stato prodromico all'elaborazione di test giurisprudenziali⁶⁰.

5. *Il metodo dell'indagine.*

Svolte queste premesse e inquadrato l'oggetto del presente volume, la trattazione seguirà il percorso di seguito indicato.

Il primo capitolo ha lo scopo di porre in luce come, sebbene il giudizio di legittimità costituzionale sia stato originariamente concepito quale sindacato astratto, avente ad oggetto e come parametro sintagmi normativi, la valutazione dei fatti per il raggiungimento della decisione sulle questioni di costituzionalità sia spesso centrale nel ragionamento della Corte. Come si è già accennato, si vedrà che l'attitudine del Giudice delle leggi ad indagare la «sostanza delle cose»⁶¹ è straordinariamente incrementata al dilagare del sindacato di ragionevolezza, nelle sue diverse accezioni.

Rilevato come, sino alla recente attualità, la riconosciuta importanza della fattualità nel giudizio di legittimità costituzionale non avesse condotto a svolte significative sul piano processuale, né nello statuto normativo dei procedimenti dinanzi alla Corte né nella prassi, il secondo capitolo dedica una prima parte all'analisi dello statuto giuridico dei poteri istruttori *ante* riforma e del loro utilizzo nella prassi da parte della Corte costituzionale. La ricognizione mostra che, a fronte di un raro impiego dei poteri istruttori formali attribuiti ai Giudici costituzionali, varie altre vie han-

⁶⁰ Ci si riferisce, in particolare, al *Frey* e al *Daubert* test. Quest'ultimo è stato elaborato all'interno della sentenza della Corte Suprema *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc* del 1993, efficacemente definita come «*a landmark case addressing the admissibility of scientific evidence in the federal courts and the Court's leading attempt to reconcile the world of litigation, with its adversarial process and strict rule of evidence, with the world of science and empirical methodologies*» (A.N. ANCHETA, *Scientific Evidence and Equal Protection of the Law*, Piscataway, 2006, p. 127).

⁶¹ Cfr. sent. cost. n. 141/2019.

no consentito al fatto di entrare nell'orizzonte conoscitivo della Corte. In conclusione, il capitolo analizza gli elementi di novità introdotti dalla riforma del 2020 ed ipotizza che uno degli ambiti destinati ad essere maggiormente interessati da quest'ultima sia l'istruttoria scientifica. Si è, infatti, del parere che l'intervento normativo della Consulta, affinando gli strumenti formalmente a sua disposizione per entrare a conoscenza di acquisizioni e cognizioni scientifiche, sia destinato ad incidere sulla stessa dottrina della Corte in fatto di rapporti tra discrezionalità legislativa e acquisizioni scientifiche.

Per approfondire questo aspetto, il terzo capitolo propone un'analisi della giurisprudenza della Corte in un ambito indubbiamente connotato da complessità tecnica e scientifica, ossia la materia medico-terapeutica. Verificare che peso e che incidenza abbiano avuto sino ad oggi opinioni ed acquisizioni scientifiche (come ad esempio valutazioni sull'efficacia terapeutica di determinati trattamenti) nello scrutinio di costituzionalità consentirà di mettere, sin d'ora, in luce rischi e possibili vantaggi derivanti dal ricorso all'*amicus curiae*, alle testimonianze di esperti e dal contributo delle parti sugli aspetti tecnici sottesi al sindacato di legittimità costituzionale.

Questo tipo di valutazione è approfondita al capitolo quarto che ricorre, a tal fine, alla comparazione con il sistema statunitense, dove la riflessione su "*expert testimonies*" e "*expert amici curiae*" è vasta e fiorente. Con ciò non s'intende certo «celebrare modelli stranieri di comportamento giudiziale che il tipo di giudizio di costituzionalità e la forma di governo vigenti nel nostro Paese non permettono di trasportare *sic et simpliciter* nel nostro ordinamento»⁶². Si è, però, dell'opinione che l'esempio offerto dagli Stati Uniti sia utile, più di altri, ad identificare i limiti dei menzionati istituti e i possibili correttivi applicabili anche nel contesto italiano.

In conclusione si offriranno alcune suggestioni, atte a prospettare lo sviluppo di un modello istruttorio «strutturalmente collaborativo»⁶³, all'interno del quale i nuovi strumenti a disposizione della Corte possono essere utilizzati in maniera integrata, e non in alternativa, ai mezzi istruttori di cui essa già poteva avvantaggiarsi.

⁶² A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1501.

⁶³ Cfr. G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 76.

CAPITOLO 1

L'IMPORTANZA DEL FATTO NEL SINDACATO DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Introduzione: quali i fatti rilevanti per giudicare la legge? – 2. Alle origini del rapporto tra “*legislative facts*” e sindacato di legittimità costituzionale. – 3. Sindacato in astratto e sindacato in concreto: l’incidentalità e il caso. – 4. Oltre il caso: l’evoluzione della concretezza. – 4.1. La valutazione dei fatti in relazione all’ammissibilità della questione e alla definizione del *thema decidendum*. – 4.1.1. Fase preliminare del giudizio: ammissibilità, vaglio sulla rilevanza, interesse a ricorrere e poteri cautelari. – 4.1.2. Interpretazione della norma parametro. – 4.1.3. Interpretazione della norma oggetto del sindacato. – 4.2. Fattualità, razionalità pratica e considerazione dei fatti come parte nodale dell’argomentazione e del ragionamento giuridico. – 4.2.1. Considerazioni di fatto come espedienti retorici dell’argomentazione. – 4.2.2. L’incostituzionalità per eccesso di potere legislativo e vizio di formazione dell’atto. La carenza del presupposto per il caso del decreto legge. – 4.2.3. La considerazione degli effetti temporali: l’anacronismo legislativo e gli oneri finanziari. – 4.2.4. Fatti ed elementi empirici come perno dei test di ragionevolezza e proporzionalità. – 5. A metà del guado: tornare indietro ovvero procedere a passi decisi.

1. *Introduzione: quali i fatti rilevanti per giudicare la legge?*

I fatti che rilevano per la Corte costituzionale in veste di giudice della legge possono schematicamente suddividersi nelle seguenti categorie: fatti strettamente giuridici, fatti latamente giuridici e fatti extra-giuridici¹.

Rientrano nella prima qualificazione i dati normativi diversi da quelli oggetto e parametro del sindacato della Corte e di cui essa nondimeno ne-

¹ Sul punto cfr. G. RAGONE, *Scienza e diritto nell’argomentazione della Corte costituzionale*, in *Riv. Gruppo Pisa*, n. 3/2015.

cessita per svolgere il proprio compito. Interessante a riguardo è il caso della legge o disposizione straniera la cui esistenza, secondo la dottrina più risalente², poteva essere oggetto di onere probatorio³.

Con l'espressione "latamente giuridici" si fa, invece, riferimento a «quei fatti che illuminano circa la concreta applicazione della norma ... dati, fenomeni che non sono presi in esame per controllare la loro conformità o difformità rispetto alla norma sibbene per comprendere lo stesso significato della medesima, per cogliere la vita concreta del diritto, che non sono considerati come oggetto della previsione legislativa sibbene come elemento che la qualifica, la chiarisce»⁴. Corrispondono a tale descrizione, ad esempio, i fatti nei quali si esprime la prassi applicativa della disposizione contestata o il modo concreto in cui un Ente locale o la Pubblica Amministrazione esercitano un potere attribuito loro da una certa norma o, ancora, il contenuto reale (ossia riscontrabile nella realtà) di concetti normativi vaghi, elastici oppure indeterminati⁵.

² Si legge in A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, I, p. 1341: «Esistono invero ipotesi in cui la norma (*rectius*: la disposizione) è oggetto di onere della prova (legge straniera, anche se ciò viene contestato dalla prevalente dottrina internazionale-privatistica ed anche se ciò può venir superato dalla recente tendenza a stipulare convenzioni in materia di informazione giuridica etc.)».

³ Il problema della corretta conoscenza del diritto di altri Stati è ben noto ai giudici che, sulla base delle regole del diritto internazionale privato, sono chiamati ad applicare norme straniere. Come illustra J. BASEDOW (*Comparative law and its clients*, in *Max Planck Private Law Research Paper*, n. 14/2, 2014, p. 17 ss.), in questi casi può essere utile il ricorso a periti di diritto comparato e internazionale. Spiega infatti l'Autore che: «*in most jurisdictions of a continental tradition, foreign law has to be applied ex officio. Consequently the court has to investigate the foreign law*»; questo rende necessario il ricorso ad esperti esterni alle Corti. In Germania, ad esempio, «*special institutes affiliated to universities or, as the Max Planck Institutes, dedicated to basic research in Comparative and International law draft expert opinions on foreign law as requested by the courts*».

⁴ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., p. 1341.

⁵ Queste fattispecie sono elencate in M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1053 ss. come esempi di fatti che possono essere utili al Giudice delle leggi in sede di interpretazione della norma impugnata.

Venendo in ultimo ai fatti extra-giuridici, il contenuto di questa categoria coincide sostanzialmente con il concetto di *legislative facts*, coniato dallo studioso americano Kenneth Culp Davis⁶: tale tipologia di fatti, al contrario dagli *adjudicative facts* che sono strettamente collegati al contenzioso tra le parti in causa e vengono normalmente fatti oggetto di cognizione dai giudici di merito, trascende il caso concreto e concerne leggi generali, teorie, studi statistici e scientifici o dati provenienti dalle scienze sociali, politiche ed economiche, nonché conoscenze di comune esperienza⁷. All'interno della categoria dei *legislative facts*, Ainis⁸ ha, orientativamente, individuato sei sotto-gruppi: i fatti naturali⁹, i fatti sociali¹⁰ (tra i quali si possono annoverare anche i fatti linguistici e quelli religiosi), i fatti economici¹¹, i fatti

⁶ Cfr. K.C. DAVIS, *An approach to problems of evidence in the administrative process*, in *Harvard Law Review*, 1942, p. 402 ss.; ID., *Judicial Notice*, in *Columbia Law Review*, n. 55/1955, p. 945 ss.; ID., *Judicial, legislative, and administrative lawmaking: a proposed research service for the Supreme Court*, in *Minnesota Law Review*, 1986, p. 1 ss.

⁷ In T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 24 si parla di *legislative facts* come di «fatti sociali, economici, politici, scientifici, generali o generalizzabili, ma comunque non acquistabili attraverso l'interpretazione giuridica, che richiedono il ricorso a cognizioni extragiuridiche, provenienti da altre discipline scientifiche oppure dalla comune esperienza». Sul punto cfr. altresì G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, cit., pp. 122-123, che riferendosi ai *legislative facts* afferma: «la Corte tiene conto di una serie di fattori esterni al giudizio medesimo [...] che però [aiutano] la Corte stessa a comprendere la portata delle sue decisioni. Si tratterebbe, dunque, [...] di utilizzare prassi amministrative e conoscenze tecniche, ma anche finanziarie o derivanti dalla comune esperienza, che non sarebbero richieste di per sé per la soluzione del caso specifico da cui ha tratto origine la questione di legittimità costituzionale».

⁸ M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit.

⁹ Secondo l'Autore essi vengono in gioco quando questo o quel fenomeno costituisca il presupposto, o meglio la condizione legittimante della regolazione normativa.

¹⁰ Ossia quei fatti che descrivono l'evoluzione del costume o, in generale, della cultura collettiva. In relazione alla considerazione dell'evoluzione della coscienza sociale da parte della Corte costituzionale, cfr. N. ZANON, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017.

¹¹ Rientrano, ad esempio, in questa categoria dati e fatti afferenti alla svalutazione economica, all'alterazione dei valori monetari o, più in generale, alla situazione finanziaria del Paese.

politici¹², i fatti amministrativi¹³ e, infine, i fatti scientifici. L'Autore identifica questi ultimi con i fatti legati al progresso scientifico e allo sviluppo tecnologico. Come emerge dalla giurisprudenza in ambito medicoterapeutico, quando si parla di "fatti scientifici" ci si riferisce inoltre ad una fattispecie ampia ed eterogenea, alla quale si possono ricondurre risultati empirici, dati statistici, conoscenze e saperi tecnici ma anche opinioni e teorie più o meno condivise dalla comunità scientifica di riferimento. Il che pone, più che rispetto ad altre categorie di fatti, il problema dell'individuazione di appropriate fonti di cognizione e della capacità di apprezzamento e valutazione da parte dei giudici.

2. *Alle origini del rapporto tra "legislative facts" e sindacato di legittimità costituzionale.*

L'impiego dei *legislative facts* nel sindacato di legittimità è prassi nota sia nel panorama giuridico europeo sia in quello statunitense. Proprio quest'ultimo contesto ha dato i natali alla tecnica argomentativa conosciuta come *Brandeis Brief*¹⁴: essa viene utilizzata dalle parti coinvolte in un processo e consiste nel sottoporre ai giudici studi, ricerche ed anche leggi

¹² L'Autore ne parla come della fattispecie «dai contorni più slabbrati» (p. 11). A titolo esemplificativo, possono considerarsi fatti politici le prassi legislative, le prassi fondamentali o le consuetudini costituzionali. Sul rilievo di quest'ultimo tipo di fatti (definiti anche regole *extra ordinem*) per integrare il dato letterale nell'interpretazione della parte seconda della Costituzione, nonché poter spiegare la causalità del comportamento degli attori costituzionali, cfr. G. DEMURO, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, 2003.

¹³ Essi afferiscono alla modalità con cui le leggi funzionano in concreto ed incrociano il vasto campo del diritto vivente.

¹⁴ Sulle origini del *Brandeis Brief* cfr., *ex multis*, D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice. The Supreme Court's 200-Year Struggle to Integrate Science and the Law*, New York, 2004, p. 90 ss.; P. YOWELL, *Empirical research in rights-based judicial review of legislation*, in P.M. HUBER, K. ZIEGLER (a cura di), *Current Problems in the Protection of Human Rights – Perspectives from Germany and the UK*, Oxford, 2012 (si veda in particolare il par. 2, *The origin of balancing tests in the United States*, p. 157 ss.); N. PETERSEN, *Avoiding the common-wisdom fallacy: the role of social sciences in constitutional adjudication*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, pp. 294-295.

scientifiche che avvalorino o neghino (a seconda dell'interesse di cui si è portatori) la ragionevolezza della normativa da applicarsi al caso concreto, misurata in termini di bontà degli effetti pratici ad essa connessi.

Il nome di questa tecnica argomentativa deriva da quello dell'avvocato Louis Dembitz Brandeis¹⁵, giurista e matematico di inizio '900, che tra i primi vi fece ricorso e che, in qualche misura, può considerarsi un pioniere nell'utilizzo di *briefs* a scopo istruttorio. Anche grazie a lui «*facts increasingly became an integral component of the legal argument*»¹⁶ e fatti extra-giuridici iniziarono ad essere impiegati a supporto delle decisioni della Corte Suprema al pari del criterio dell'*original intent* o del *precedente giudiziario*. Pertanto, da quel momento, non solo le parti processuali ma anche – e soprattutto – i c.d. *amici curiae* iniziarono a produrre memorie attraverso le quali rendere edotta la Corte su questioni fattuali e *legislative facts* rilevanti per le decisioni¹⁷.

Era il 1908 quando la Corte Suprema si trovò a decidere il caso *Muller v. Oregon*¹⁸ e a valutare la legittimità costituzionale di una norma che vietava alle donne di lavorare in fabbriche e lavanderie per più di 10 ore al giorno. La legge era stata impugnata per violazione della libertà contrattuale sancita dal XIV emendamento della Costituzione americana. Brandeis difendeva la legittimità della scelta normativa dell'Oregon e, per dimostrare che la limitazione apportata alla libertà contrattuale fosse giustificata e ragionevole, presentò alla Corte una memoria di circa cento pagine. Di queste, solo due erano dedicate ad argomentazioni giuridiche mentre la restante parte mirava a dimostrare che il far lavorare le donne per un eccessivo numero di ore giornaliere avrebbe provocato effetti negativi sulla vita di queste, delle loro famiglie e delle loro comunità. A sostegno della sua tesi, Brandeis citò opinioni mediche, risultanze di studi sociali, re-

¹⁵ Nel corso della sua carriera, Brandeis fu anche giudice della Corte Suprema tra il 1916 e il 1939, su nomina del Presidente Woodrow Wilson.

¹⁶ D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice. The Supreme Court's 200-Year Struggle to Integrate Science and the Law*, cit., p. 97.

¹⁷ Sull'impiego degli *amicus curiae briefs* per portare alla conoscenza della Corte Suprema *legislative facts* e conoscenze tecnico scientifiche si veda più diffusamente *infra* il capitolo 4.

¹⁸ Cort. Supr. 208 U.S. 412 (1908).

ports sulle condizioni di lavoro nelle fabbriche, statistiche delle agenzie governative del lavoro, ecc.¹⁹. La Corte, persuasa dalle argomentazioni della difesa, che elogiò per aver presentato «*a very copious collection of authorities regarding the factual bases for the Oregon law*»²⁰, decise di salvare quest'ultima.

Brandeis fu, dunque, uno dei primi avvocati a sottoporre al vaglio della Corte Suprema elementi di giudizio non prettamente giuridici. Uno dei primi, ma non il primo in assoluto. Tre anni prima, nel 1905, la medesima Corte era stata adita per un caso – *Lochner v. New York*²¹ – molto simile che, tuttavia, fu risolto in maniera opposta²². In quella circostanza, era stata sospettata di illegittimità costituzionale (sempre per presunta violazione del XIV emendamento) una legge dello Stato di New York che limitava a 60 le ore massime di lavoro settimanale per i panettieri. La legge venne dichiarata illegittima dai giudici supremi che diedero credito non alle argomentazioni della difesa dello Stato (prive di qualsiasi riferimento ad elementi fattuali e statistici) bensì alla posizione sostenuta dall'avvocato Henry Weisman, ingaggiato dalla *New York Master Bakers Association* per dimostrare che il limite delle 60 ore restringeva in maniera irragionevole la libertà contrattuale dei proprietari di panetterie. Weisman presentò infatti una memoria nella quale, tramite statistiche sulla mortalità dei panettieri, dati sulle condizioni di lavoro e sulle malattie più diffuse tra questi lavoratori, nonché saggi provenienti da riviste di medicina, si acclarava che la riduzione dell'orario di lavoro non avrebbe migliorato le condizioni di vita dei panettieri potendo su questo incidere solo una riforma sanitaria. I giudici se ne convinsero e scrissero nella sentenza: «*we think that there can be no fair doubt that the trade of a baker, in and of itself, is not an unhealthy one to that degree which would authorize the legisla-*

¹⁹ Cfr. P.B. KURLAND, G. CASPER (a cura di), *Brief for defendant in error, Muller v. Oregon*, in ID., *Landmark brief and arguments of the Supreme Court of the United States constitutional law*, Washington DC, 16/1975.

²⁰ D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice. The Supreme Court's 200-years struggle to integrate science and the law*, cit., p. 96.

²¹ Cort. Supr. 198 U.S. 45 (1905).

²² Cfr. D.E. BERNSTEIN, *Lochner v. New York: a centennial retrospective*, in *Washington University Law Quarterly*, 2005, p. 1487 ss.

ture to interfere with the right to labor, and with the right of free contract on the part of the individual, either as employer or employee. In looking through statistics regarding all trades and occupations, it may be true that the trade of a baker does not appear to be as healthy as some other trades, and is also vastly more healthy than still others»²³.

In entrambi i casi, la Corte Suprema ha giudicato normative giuslavoristiche che, a tutela dei diritti dei lavoratori, limitavano la libertà contrattuale dei datori di lavoro appoggiandosi ad evidenze empiriche e scientifiche. Laddove i fatti e “le evidenze” opposte dalla difesa dello Stato suggerivano come il contenimento dell’orario lavorativo fosse indispensabile per la tutela dei diritti delle lavoratrici, la Corte ha giudicato legittimo tale restringimento al diritto di negoziare liberamente le condizioni contrattuali. Quest’ultimo è stato viceversa giudicato incostituzionale quando altre “prove” (presentate dai rappresentanti dei datori di lavoro) hanno suggerito che le condizioni di lavoro dei panettieri non fossero, di per sé, insalubri al punto tale da giustificare un intervento del legislatore.

Il tipo di scrutinio operato dalla Corte Suprema nei due casi segnalati può ricondursi, in qualche misura, ad un sindacato sulla ragionevolezza della legislazione²⁴, all’interno del quale le risultanze empiriche presentate dalle parti hanno assunto un ruolo chiave. Si tratta di una dinamica che, nel panorama statunitense, ha continuato a svilupparsi sino ai giorni nostri. Dimostrazione ne è il caso *Glossip v. Gross*, del 29 luglio 2015, che ha dato nuova linfa alla discussione, mai sopita, circa l’influenza delle opinioni tecnico-specialistiche sulle decisioni della Corte Suprema²⁵.

Oggetto del giudizio della *US Supreme Court* era la compatibilità con l’VIII emendamento della Costituzione del metodo utilizzato in Oklahoma per eseguire la pena di morte: la maggior parte degli Stati americani che prevedono il ricorso alla pena di morte per iniezione letale, utilizza un cocktail farmacologico che nel 2008, in occasione del caso *Baze v. Rees*, la Corte Suprema dichiarò compatibile con il divieto costituzionale di pene crudeli e che infliggano sofferenze inusitate. Il metodo prevede la

²³ V. sent *Lochner v. New York* (1905), par. 59.

²⁴ A riguardo, cfr. G. BOGNETTI, *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte suprema americana*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994.

²⁵ Cfr. E. BERGER, *Gross Error*, in *Washington Law Review*, n. 3/2016, p. 929 ss.

somministrazione di un primo farmaco, un barbiturico, che rende incosciente il condannato a morte e successivamente, l'iniezione di due diverse droghe che provocano la morte dell'individuo per arresto cardiaco. In *Baze v. Rees* la Corte ha osservato che il primo farmaco, il barbiturico, provocando uno stato di totale incoscienza, assicura che il condannato non sperimenti alcun dolore associato all'arresto cardiaco causato dalla seconda e terza droga. Anche il protocollo utilizzato in Oklahoma prevede l'utilizzo di tre sostanze, tuttavia sostituisce il barbiturico con il midazolam benzodiazepine. Secondo le parti ricorrenti, tale sostituzione non garantirebbe una morte indolore all'individuo. La Corte, con un verdetto di 5 a 4, ha negato accoglimento alla questione poiché i *petitioners* non avrebbero adeguatamente dimostrato il presupposto empirico da cui muovevano, ossia il rischio che l'esecuzione letale come praticata nell'Oklahoma comporti grosse sofferenze per il condannato a morte. Inoltre i ricorrenti non sono stati in grado di individuare un'alternativa conosciuta e praticabile al metodo di esecuzione letale censurato, la quale presenti minori rischi di sofferenza per i condannati. Questa pronuncia conferma come l'onere della prova scientifica nel sistema statunitense sia ormai da considerarsi «un serio problema di filosofia della scienza»²⁶.

Il ricorso a forme di sindacato sulla legislazione improntate a paradigmi di razionalità pratica, rivolte alla considerazione dell'autorità dell'esperienza, non è, ogni caso, prerogativa esclusiva del sistema americano ma caratterizza anche molti sistemi di *civil law* di area europea.

Si pensi, in particolare, all'esempio offerto dalla giustizia costituzionale tedesca e alle modalità di realizzazione del *Verhältnismäßigkeitgrundsatz*²⁷. Come è noto, il Tribunale costituzionale tedesco, nel giudicare la legge, ricorre spesso ad un consolidato test di proporzionalità che consta di tre valutazioni fondamentali²⁸: a) adeguatezza dei mezzi prescelti ri-

²⁶ Cfr. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, p. 3.

²⁷ Cfr. D. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, 1997, p. 46 ss.

²⁸ Secondo alcuni i passaggi sarebbero in realtà quattro. Cfr., ad esempio, D. SCHEFOLD, *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, pp. 128-129.

spetto al fine perseguito dal legislatore; b) necessità che il mezzo prescelto sia il più contenuto tra quelli possibili; c) proporzionalità tra sacrificio imposto e vantaggio conseguito²⁹.

Vicenda significativamente esemplificativa del peso dei fatti e dei *legislative facts* in questo tipo di scrutinio è quella che ha condotto all'emanazione della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco *BVerfGE* 121, 317 del 30 luglio 2008. In quel caso, il *Bundesverfassungsgericht* venne chiamato a giudicare la conformità a Costituzione (con riferimento all'art. 12 sulla libertà di esercizio delle professioni lavorative³⁰) di due leggi dei *Länder* Berlino e Baden-Württemberg, le quali vietavano di fumare in molti luoghi pubblici, tra cui ristoranti, bar e discoteche. Per giudicare se i legislatori avessero operato un adeguato bilanciamento tra la tutela della salute (scopo primario delle normative impugnate) e la libertà di esercizio della professione degli esercenti dei luoghi interessati dal divieto, i giudici di Karlsruhe decisero di impostare il proprio ragionamento a partire dai seguenti fattori: gli effetti nocivi del fumo passivo, da un lato, e l'influenza sui ricavi degli esercizi commerciali nei quali non era più consentito fumare, dall'altro. Rispetto al primo dato, la Corte si rese conto che non era possibile reperire un'opinione medica univoca. Di conseguenza, non potendosi escludere effetti nocivi, ritenne che, quanto alla coerenza col fine della tutela della salute, i *Länder* avessero operato nel margine di discrezionalità loro concesso. Rispetto invece al secondo fattore, i giudici tedeschi trovarono in una relazione dell'Agenzie Federale per le Statistiche³¹ la fonte sicura cui affidarsi. Questa relazione mostrava che gli introiti dei locali dei *Länder* nei quali erano state applicate le norme anti-fumo erano minori di quelli degli altri *Länder*. Grazie anche agli elementi acquisiti tramite questa relazione, la Corte decretò dunque l'illegittimità costitu-

²⁹ Cfr. E. BINDI, *Test di ragionevolezza e tecniche decisorie della Corte costituzionale (a margine della dichiarazione d'incostituzionalità della legislazione elettorale)*, cit., p. 15.

³⁰ Cfr. art. 12 G.G.: «(1) *Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.*

(2) *Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.*

(3) *Zwangarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig.*

³¹ Cfr. *Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes* n. 207/08 del 6 giugno 2008.

zionale delle leggi impugnate, nella misura in cui imponevano un divieto assoluto di fumo, a prescindere dalla possibilità per i locali di riservare specifiche aree ai fumatori. Ai fini del discorso che qui si conduce, preme sottolineare due aspetti di questa vicenda.

Il primo: la fattualità presa in considerazione dal giudice di Karlsruhe nel sindacato è molto eterogenea; essa va da considerazioni sull'organizzazione degli spazi interni degli esercizi pubblici a opinioni mediche a dati statistici. Rispetto a questi ultimi in particolare, preme sottolineare (ed ecco il secondo aspetto) che i dati forniti dallo *Statistische Bundesamt* sono stati contestati in quanto si prestavano a letture differenti: è stato infatti sostenuto³² che i numeri considerati dalla Corte non si riferissero ad un periodo temporale sufficientemente ampio e che l'introduzione delle norme anti-fumo non fosse che un elemento – per giunta marginale – dei minori guadagni dei locali osservanti dette prescrizioni, anche considerato che si era a ridosso della crisi finanziaria del 2008.

3. *Sindacato in astratto e sindacato in concreto: l'incidentalità e il caso.*

Nel contesto italiano l'impiego di elementi fattuali al fine di giudicare la razionalità pratica delle disposizioni sottoposte al vaglio della Consulta è largamente diffuso.

Già nel 1967 Aldo Maria Sandulli affermava che la verifica del difetto di ragionevolezza della normazione «può anche richiedere l'accertamento di fatti e circostanze»³³. Tuttavia, il massiccio ricorso al parametro e al sindacato di ragionevolezza, il quale è ormai divenuto «il vero banco di prova dell'attività della Corte costituzionale e della sua legittimazione nel sistema»³⁴, e con esso la grande valorizzazione del rilievo del fatto nel ragionamento giuridico della Corte, rappresentano un orizzonte di concretezza del sindacato sulla legge cui

³² Si veda N. PETERSEN, *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, cit., p. 442 ss.

³³ A.M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967, p. 50.

³⁴ E. BINDI, *Test di ragionevolezza e tecniche decisorie della Corte costituzionale (a margine della dichiarazione d'incostituzionalità della legislazione elettorale)*, cit., p. 11.

si è pervenuti gradualmente nel corso degli anni. Prima di ripercorrere le tappe di tale evoluzione, occorre dare conto delle occasioni “più tradizionali” in cui il nostro Giudice delle leggi ha avuto ed ha oggi occasione di confrontarsi con la valutazione di dati ed elementi extra-giuridici nel giudizio sulla legge, a cominciare da quelli offerti dal caso da cui esso origina.

Il tema intercetta il risalente dibattito circa la natura astratta o concreta del sindacato di legittimità delle leggi, il quale accompagna la storia della giustizia costituzionale italiana sin dalle sue origini. Come è noto, le varie ricostruzioni dottrinali che negli anni si sono affiancate attribuiscono diverse definizioni ai termini “astrattezza” e “concretezza”³⁵. Questo secondo, in particolare, riferito al sindacato di costituzionalità, è stato autorevolmente classificato come concetto dotato di polisemia³⁶.

Adottando una tradizionale chiave di lettura, la concretezza del sindacato di legittimità *ex art.* 134 Cost. discenderebbe dal suo «carattere di giudizio a posteriori»³⁷, ossia dopo l'entrata in vigore della norma oggetto di giudizio. Viceversa, l'astrattezza qualificerebbe gli strumenti di controllo preventivo della legittimità delle leggi³⁸.

Secondo un'altra, risalente, impostazione, il modello di giustizia costituzionale italiano, in armonia con la teorizzazione kelseniana³⁹ cui s'ispirano i sistemi di *civil law*, andrebbe invece qualificato come sindacato di legittimità costituzionale in astratto, dal momento che ha ad oggetto norme e non fatti: «Nei giudizi di legittimità costituzionale la premessa minore del sillogismo giudiziale – cioè, in termini impropri, la fattispecie concreta – è la norma della cui legittimità si controverte»⁴⁰.

³⁵ Per una ricostruzione dettagliata del dibattito cfr. ampiamente G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, cit., p. 112 ss.

³⁶ A. PUGIOTTO, *La “concretezza” nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994, p. 91ss.

³⁷ T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 21.

³⁸ Questa l'impostazione proposta ad es. da A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982, p. 521 ss.

³⁹ Cfr. H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, p. 145 ss.

⁴⁰ Così E. CHELLI, *Sulla correzione di errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, p. 303, ove si afferma altresì: «Esistono innumerevoli differenze strutturali e funzionali tra giudizio di legittimità

La stessa Corte costituzionale, in passato, ha avuto occasione di affermare l'estraneità dei fatti dall'oggetto del proprio sindacato, il quale sarebbe perciò da considerarsi astratto. È questo il caso della sent. cost. n. 66/1992, in cui la Corte asserisce che «il giudizio di legittimità costituzionale [...] non può spingersi fino a considerare la consistenza degli elementi di fatto posti a base della scelta» legislativa sospettata di illegittimità⁴¹. Ancor oggi, peraltro, si afferma che, «a differenza di altri giudici, la Corte costituzionale non è un giudice del fatto: [...] il suo compito è quello di giudicare le leggi, a confronto con i principi costituzionali. Per questo, di norma, il suo potere conoscitivo si colloca a un livello piuttosto "astratto" e comunque conchiuso all'interno dei confini del mondo giuridico, mentre i dati e i fatti restano solo sullo sfondo»⁴².

Tuttavia è ormai da tempo diffusa in letteratura la «consapevolezza che la natura dell'oggetto (norme legislative) e dei parametri (norme costituzionali) non esclude affatto il rilievo che gli aspetti materiali o, se si preferisce, "fattuali" possono avere all'interno del giudizio» di legittimità costituzionale⁴³. I motivi di questa rilevanza sono di varia natura⁴⁴.

costituzionale e ordinario processo giurisdizionale, ma la caratteristica differenziale più saliente e macroscopica è che nel processo costituzionale la controversia non verte intorno alla valutazione di un fatto, come nel processo ordinario, ma intorno alla valutazione di una norma». Sul punto cfr. altresì M.S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 904 ss.; F. PIERANDREI, *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 874 ss.; E. REDENTI, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1967, p. 67; A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996, p. 93 ss.

⁴¹ In commento a simili affermazioni da parte della Corte, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, pp. 118-119: «La Corte è restia a entrare formalmente in valutazioni di questo tipo, ma ci entra tante volte facendo finta di nulla. [...] Talora si nega espressamente la rilevanza di dati extra-legislativi [...], ma il più spesso si elude. La realtà è però più forte delle dissimulazioni e ci dice che in molti casi sia le *diagnosi* che le *prognosi* circa l'impatto sociale delle leggi sono ineliminabili».

⁴² M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Biola Journal*, n. 1/2017, p. 10.

⁴³ G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 155.

⁴⁴ Cfr. M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1066.

In primis, va ricordato che le disposizioni legislative oggetto del sindacato non sono «predicato puro della sola volontà del legislatore»⁴⁵; al contrario esse sono il frutto di un «esercizio formalizzato del potere»⁴⁶ che si realizza attraverso un procedimento di produzione normativa «continuamente sottoposta ad interferenze e sollecitudini scaturenti dal tessuto sociale»⁴⁷ e da svariate circostanze. Questa iniziale considerazione permette già di temperare l'immagine secondo cui i giudizi sulle leggi consistono in un sindacato meramente confinato negli stretti limiti dei sintagmi legislativi.

Un secondo elemento che porta a contraddire l'asserita astrattezza del sindacato di costituzionalità è la previsione stessa del giudizio incidentale⁴⁸, considerato il «nesso di collegamento genetico con la situazione processuale concreta del giudizio *a quo*»⁴⁹ che esso inevitabilmente presenta.

Già in Assemblea Costituente, discutendo delle modalità di accesso alla Corte e dell'opportunità di prevedere la via incidentale, era stato notato come ciò avrebbe condotto in qualche misura ad «un sistema di tipo concreto, in cui la “concretezza” stava ad indicare la connessione con un caso specifico»⁵⁰ e con le circostanze fattuali ad esso legati. Calamandrei,

⁴⁵ Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso agli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., p. 172.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 171.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 171.

⁴⁸ In questo senso, *ex multis*, Cfr. M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Roma, 1984, p. 238; C. MEZZANOTTE, *Irrelevanza e infondatezza per ragioni formali*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/1977, p. 234; G. VOLPE, *L'ingiustizia delle leggi: studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977, p. 160; A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, cit., p. 527; L. CARLASSARE, *“Astrattezza” e “concretezza” in un giudizio principale su indirizzo e coordinamento*, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1109. M. CARTABIA, *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2014, p. 49 ss.

⁴⁹ L. CASSETTI, *Quanto contano la conoscenza e l'accertamento dei “fatti” per la Corte costituzionale? Aspetti problematici del giudizio di ragionevolezza nel sindacato sulle leggi in via principale*, in B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012, p. 284.

⁵⁰ G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, cit., p. 100.

ad esempio, proponendo il giudizio incidentale, lo qualificò come concreto, dal momento che a casi concreti si sarebbe dovuto riferire. E proprio la concretezza – così intesa – indusse Gullo a suggerire di evitare la possibilità del ricorso in via incidentale: a suo parere, i giudici costituzionali avrebbero dovuto operare un sindacato di costituzionalità delle leggi completamente astratto, senza essere influenzati dall'esame del caso concreto. Come è noto, la posizione di Gullo non raccolse consenso e, sebbene i Padri Costituenti – con l'approvazione dell'emendamento Arata⁵¹ – scelsero di non precisare in Costituzione le vie d'accesso alla Corte, la l. cost. n. 1/1948, approvata nell'ultima giornata di lavori della Costituente, stabilì che accanto al ricorso principale vi fosse anche quello in via incidentale⁵².

Il legame tra incidentalità e concretezza è stato in seguito autorevolmente evidenziato in letteratura. Così come è stato ampiamente messo in luce che «la concretezza del sistema, ossia la circostanza che i dubbi nascono nel momento applicativo delle regole»⁵³ è, per altro verso, bilanciata dal «fatto che il “focus della decisione della Corte non è mai incentrato sul singolo caso”»⁵⁴. E ciò ha condotto alla realizzazione di un modello di giustizia costituzionale in cui sono coniugate «l'esigenza della tutela dei diritti dei singoli con quella della salvaguardia della legittimità dell'ordinamento»⁵⁵.

Ai fini della presente trattazione giova, più in particolare, ricordare l'opinione secondo cui dall'incidentalità deriva la possibilità di definire, in certa misura, “concreto” il sindacato operato della Corte costituzionale poiché «il “caso” [*a quo*] ci offre una rappresentazione di una certa situazione, segnata da determinati *fattori* che il giudice reputa rilevanti; in presenza di uno di questi fattori (il “caso”, appunto), il giudice decide che un

⁵¹ Sulle reazioni all'accoglimento dell'emendamento Arata, cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., p. 23 ss.

⁵² Cfr. G. MONACO, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, cit., pp. 96-98.

⁵³ S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità ed effetto della decisione della Corte sul giudizio a quo*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte Costituzionale e i fatti*, cit., p. 361.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 361.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 361.

certo interesse prevale su un altro, magari fissando anche i limiti e le modalità per prevalere»⁵⁶. Molto vicina a questa lettura è quella secondo cui i fatti impiegati nel giudizio di legittimità coincidono, in ultima analisi, con gli interessi alla base del caso concreto⁵⁷. Secondo tale dottrina, prima che alla norma impugnata, la Corte «guarda ai segni che la norma ha già lasciato (e può lasciare) nel tessuto sociale»⁵⁸, sicché nell'interpretare la medesima rivestono un grande ruolo le «sofferenze come pure [le] gioie che essa riserva alla comunità dei cittadini ed ai singoli che la compongono»⁵⁹.

4. Oltre il caso: l'evoluzione della concretezza.

I profili di concretezza del sindacato di legittimità costituzionale non si esauriscono nel legame con il caso del giudizio *a quo*. Affermare questo potrebbe portare, erroneamente, a concludere che il carattere concreto del giudizio di costituzionalità emerga sempre e solo nell'ambito del ricorso in via incidentale. Viceversa, molti ritengono (e comprensibilmente) che la concretezza dei giudizi di costituzionalità consista innanzitutto nell'e-

⁵⁶ Così R. BIN, «*Al cuor non si comanda*». *Valori, regole, argomenti e il "caso" nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 327. Similmente, M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., p. 2, ove si afferma che il caso incide nel giudizio di legittimità costituzionale «in base alla combinazione di due coppie di fattori: in primo luogo, la struttura della norma-parametro (specie in relazione al giudizio d'eguaglianza o quando entra in campo un concetto costituzionale indeterminato) e quella della norma-oggetto (esemplare il caso delle leggi provvedimento); in secondo luogo, il tipo di vizio denunciato (nel sindacato sui vizi formali o nel giudizio di ragionevolezza, che a propria volta è figlia della "ragione empirica") e il tipo di decisione della Corte».

⁵⁷ Un recente esempio di questo tipo di dinamica è offerto dall'ordinanza n. 207/2018 e dalla successiva sent. cost. n. 242/2019 le quali «hanno mostrato in modo suggestivo le virtualità dispiegate in giudizio dal peso specifico delle storie e delle esperienze di vita da cui origina la domanda di giustizia costituzionale» (A. SCHILLACI, *La "porta stretta": qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla "società civile"*, in *Diritticomparati.it*, 31 gennaio 2020, p. 2).

⁵⁸ A. RUGGERI, *Storia di un «falso». L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990, p. 109.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 109.

esercizio da parte della Corte della sua funzione interpretativa, la quale è inevitabilmente chiamata a misurarsi «con una varietà proteiforme di fatti, non necessariamente connessi con la vicenda che ha dato origine al processo principale»⁶⁰. Peraltro, nel giudizio che ha condotto alla sent. cost. n. 35/2017 in materia elettorale, si è evidenziato come neppure l'origine incidentale di una questione implichi, in tutti i casi, che oggetto della medesima sia una norma già applicata in concreto: non basta dunque l'origine a definire la concretezza del sindacato. La sentenza citata, infatti, ha deciso questioni sollevate nell'ambito di processi che avevano ad oggetto il mero accertamento del diritto costituzionale di voto⁶¹, violato da una legge che non aveva ancora regolato alcun procedimento elettorale⁶². Inoltre, tanto nel giudizio in via incidentale quanto in quello in via principale, elementi fattuali e circostanze concrete si appalesano come rilevanti sia in relazione all'interpretazione della norma parametro o della norma indubbiata, sia in relazione alla motivazione della sentenza⁶³. Come sottolineato in dottrina⁶⁴, la stessa «giurisprudenza costituzionale, sia pure talvolta inconsapevolmente, sembra muoversi nella direzione di una necessaria integrazione del dato normativo con quelli forniti dalla realtà circostante»⁶⁵.

⁶⁰ Così G.A. FERRO, *Modelli processuali e istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 181. Sul punto cfr. G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, cit., p. 113 ss.

⁶¹ Sul punto cfr. G. COMAZZETTO, *Fictio litis e azioni di accertamento del diritto costituzionale di voto dopo la sentenza 35/2017*, in *Forum Quad. cost.*, 21 giugno 2017.

⁶² Cfr. L. TRUCCO, "Sentenza Italicum": *la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in *Consulta Online*, n. 2017/I, p. 153.

⁶³ Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso agli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, cit., p. 166. Sul fatto come criterio ermeneutico cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009 e M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 931 ss.

⁶⁴ Cfr. G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, p. 436.

⁶⁵ Già in una delle primissime pronunce della Corte, la sent. cost. n. 3/1956, si legge che le norme «sono non quali appaiono proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci».

4.1. *La valutazione dei fatti in relazione all'ammissibilità della questione e alla definizione del thema decidendum.*

4.1.1. *Fase preliminare del giudizio: ammissibilità, vaglio sulla rilevanza, interesse a ricorrere e poteri cautelari.*

Un primo livello in cui il fatto assume importanza nel sindacato di legittimità riguarda il giudizio di ammissibilità della questione sollevata sulla base del criterio della rilevanza. Il controllo sulla rilevanza è, notoriamente, compito affidato al giudice *a quo* ma questo non impedisce alla Corte di valutare a propria volta la decisione del remittente. Nel tempo, questo vaglio è diventato sempre più penetrante⁶⁶: come messo in luce da Augusto Cerri⁶⁷, non sono infrequenti i casi in cui la Corte, pur potendo restituire gli atti al giudice *a quo* per irrilevanza della questione, abbia invece svolto direttamente indagini istruttorie al fine di ottenere documenti o altri atti (specie se detenuti da enti od organi che, diversamente, non avrebbero avuto l'obbligo di fornirli) alla luce dei quali giudicare in concreto la sussistenza del requisito della rilevanza. Quando poi la Corte, rivalutando i fatti del giudizio principale, riscontra che il giudice remittente è incorso in *aberratio ictus*, esercita più che un controllo di legittimità, un vero e proprio sindacato di merito⁶⁸.

Anche Massimo Luciani⁶⁹ ha parlato dell'importanza delle valutazioni di fatto nella fase preliminare del giudizio, ossia in sede di controllo dell'atto introduttivo, facendo riferimento, in relazione ai giudizi in via d'azione, ai fatti necessari a giudicare l'interesse a ricorrere. Si pensi, ad esem-

⁶⁶ S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità*, cit., p. 361 ss. L'Autore rileva che «il rigore nella verifica della sufficienza, della congruità e della coerenza del ragionamento del giudice *a quo*, la richiesta di una sempre maggiore precisazione nella descrizione dei fatti di causa [...] avvicina il sindacato [della Corte] a quello dei rimettenti» (p. 362).

⁶⁷ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., p. 1343.

⁶⁸ S. CATALANO, *Valutazione della rilevanza della questione di costituzionalità*, cit., p. 363.

⁶⁹ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., pp. 1049-1050.

pio, alla Regione che chieda di intervenire in un giudizio instaurato tramite ricorso statale avverso una legge di altra Regione, la quale presenti analogie con il contenuto di una propria legge in corso di approvazione⁷⁰. In questa evenienza, la verifica dell'analogia o dell'identità di contenuto dei due atti regionali può, in qualche misura, considerarsi un apprezzamento di fatto.

Da ultimo, non deve sottovalutarsi la centralità di valutazioni concrete e fattuali nell'esercizio dei poteri cautelari della Corte⁷¹. L'art. 35 della l. n. 87/1953, come modificato dall'art. 9 della c.d. legge La Loggia, prevede che, nei giudizi di costituzionalità in via principale, la Corte possa sospendere la legge impugnata qualora l'esecuzione di quest'ultima sia suscettibile di comportare il «rischio di un irreparabile pregiudizio all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica, ovvero il rischio di un pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti dei cittadini». La genericità di tale indicazione porta a ritenere che tra i dati utili a comprendere se una certa legge possa produrre pregiudizi irreparabili si collochino elementi della più svariata natura, potenzialmente anche acquisizioni tecniche, opinioni o conoscenze scientifiche che richiedono alla Corte di attivare i propri canali istruttori. Il potere sospensivo è peraltro attribuito alla Consulta, per «gravi ragioni»⁷², anche nei confronti dell'atto impugnato nel conflitto intersoggettivo. Ciò dimostra come, talvolta, la necessità che

⁷⁰ Per altre ipotesi di valutazione dell'interesse a ricorrere cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II, Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, p. 168.

⁷¹ In argomento di poteri cautelari della Corte, cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II, Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., p. 169; A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2014, p. 319; P. VAPIANA, *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensiva delle leggi nei giudizi di costituzionalità in via principale*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 5-6/2010, p. 567 ss.; C. PINELLI, *Commento all'art. 9*, in AA.VV., *Legge "La Loggia". Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, 2003, p. 180 ss.; M. MASSA, *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzione*, in *Quad. cost.*, n. 2/2002, p. 255 ss. Tra gli scritti più risalenti si segnala A. PIZZORUSSO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, in *I processi speciali – Studi in onore di V. Andrioli*, Napoli, 1979, p. 298 ss.

⁷² Come previsto dall'art. 40 della l. n. 87/1953.

la Corte si occupi delle vicende concrete sottostanti il sindacato di legittimità costituzionale avvicini questo giudizio alla concretezza che, notoriamente, caratterizza il conflitto d'attribuzioni tra poteri dello Stato⁷³.

4.1.2. *Interpretazione della norma parametro.*

Una seconda eventualità di utilizzo del fatto si palesa al momento dell'interpretazione delle disposizioni parametro. Come è naturale per le norme costituzionali, che aspirano a lunga vita, può accadere, infatti, che i parametri di costituzionalità invocati abbiano una formulazione tale da prestarsi a molteplici concrete letture. In questi casi possono così risultare d'interesse per l'interprete elementi fattuali desumibili dalla situazione sociale storicamente esistente, senza dei quali sarebbe difficile ricostruire il significato di termini quali "utilità" (sia essa "sociale" come recita l'art. 41 Cost. o "generale" *ex art.* 43), oppure il lemma "buon costume" contenuto negli artt. 19 e 21 Cost.

Vi sono poi altre disposizioni costituzionali la cui interpretazione può richiedere conoscenze tecniche specifiche. Si pensi all'art. 81 Cost. che, in seguito alle modifiche apportate dalla l. cost. n. 1/2012, prevede che lo Stato assicuri «l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico». Qualora l'art. 81 funga da norma parametro per valutare la liceità di un eventuale ricorso all'indebitamento pubblico, i giudici costituzionali dovrebbero attingere a nozioni proprie della scienza economica in base alle quali stabilire le caratteristiche negative o positive di un ciclo economico. Si noti che, nelle ipotesi che si stanno descrivendo, «la conoscenza di dati sociali, *che dovrebbero essere acquisiti* con metodi di aggregazione e di elaborazione dotati di attendibilità scientifica o comunque tecnologicamente raffinati, non opera esternamente alla formazione del parametro, ma concorre a costituire, essa stessa, il significato (cioè il contenuto) della norma costituzionale assunta come criterio di giudizio»⁷⁴. Lo stesso può dirsi, naturalmente, quando il parametro sia costituito da una norma di livello non

⁷³ A riguardo cfr. A. PISANESCHI, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano, 1992.

⁷⁴ A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, cit., p. 1498.

costituzionale “interposta”. Di ciò offre ulteriore esempio lo stesso art. 81 Cost. che, al comma 6, sancisce che «i criteri volti ad assicurare l’equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera».

Può, poi, accadere che il significato della norma parametro vada ricostruito alla luce di specifiche indicazioni provenienti dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Si pensi alle numerose eventualità in cui la Corte, ragionando su di uno specifico diritto fondamentale, faccia riferimento al suo “nucleo” o “contenuto essenziale”. Se si accoglie l’idea che il contenuto essenziale di un certo diritto si sostanzia in una realtà fattuale, «è ben possibile che il sindacato del giudice costituzionale si appunti non sulla corrispondenza della normativa, ma sulla fattuale salvezza [...] di una situazione concreta di vantaggio o, per meglio dire, dei tratti (appunto) essenziali di quella situazione»⁷⁵.

4.1.3. *Interpretazione della norma oggetto del sindacato.*

Un terzo livello d’incidenza del fatto nel sindacato di legittimità attiene all’interpretazione della norma oggetto del giudizio dinanzi alla Consulta. In presenza di concetti elastici, indeterminati o dubbi, il fatto è utilizzato, il più delle volte, per permettere ai giudici di comprendere appieno il significato della disposizione normativa oggetto del sindacato. Si prenda a titolo esemplificativo quanto avvenuto in occasione della sent. cost. n. 15/1960, esito del dubbio sollevato su di una legge disciplinante l’ammissione al corso di reclutamento per segretari comunali della provincia autonoma di Bolzano e della zona mistilingue della provincia di Trento, nella parte in cui essa indicava tra i requisiti d’ammissione l’essere “oriundo”. La Consulta, tramite le ordinanze istruttorie nn. 75 e 61/1959, richiese atti e documenti che le permettessero di conoscere il significato reale del termine in questione e le modalità applicative della normativa impugnata. Verificato che il concetto di “oriundo” era stato fino a quel momento interpretato come sinonimo di “nativo nel luogo”,

⁷⁵M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1065.

escluse che la legge indubbiata fosse discriminatoria nei confronti dei cittadini di origine e lingua italiana e dichiarò infondata la questione.

Una seconda eventualità di ricorso ad elementi fattuali per illuminare il contenuto della norma oggetto della questione di costituzionalità riguarda l'ipotesi di legge provvedimento «il cui significato può meglio cogliersi mediante la conoscenza delle situazioni su cui la legge amministrativizzata è destinata a provvedere»⁷⁶. A tal fine possono divenire oggetto di considerazione e di valutazione⁷⁷: la prassi applicativa della disposizione in parola (eventualmente confrontata con l'esperienza di altri Paesi); la situazione di fatto anteriore all'intervento normativo (compresi progetti di riforma precedenti, la legislazione anteriore, i pareri espressi da Commissioni parlamentari); altri presupposti di fatto sui quali si sia basato il legislatore. La prima consente di cogliere il significato "vivente" della norma in questione, mentre i secondi consentono all'interprete di comprendere a che scopo e, con quali mezzi, una disposizione doveva trovare applicazione quando fu concepita.

L'idea per cui il sindacato di costituzionalità rende necessario che «la norma-oggetto sia definita sulla base di un collegamento funzionale tra la disposizione e la situazione sociale coinvolta dalla norma stessa»⁷⁸, non riguarda solo l'ipotesi delle leggi-provvedimento ed è infatti, altresì, condivisa da quel ramo della dottrina del diritto vivente secondo cui il controllo di legittimità è sempre esercitato in vista del momento applicativo. In base a tale lettura, il caso all'origine della questione di legittimità influenza sempre la decisione, sia in quanto "caso tipico" che mostra emblematicamente come la norma impugnata viva nell'ordinamento, sia in quanto "caso specifico" sul quale viene ritagliato il dispositivo delle pronunce, anche laddove questo debordi rispetto alla questione di costituzionalità⁷⁹. Ma, si aggiunga, non è solo il "caso" ad essere considerato utile

⁷⁶ Così G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 169.

⁷⁷ Similmente M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1052 ss.

⁷⁸ A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, cit., p. 1499.

⁷⁹ Sul punto si veda F. DAL CANTO, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di co-*

al fine di tale controllo, bensì anche i già citati «*legislative facts*» che influiscono sulla portata concreta della legge e la rendono appunto “diritto vivente”⁸⁰.

Un caso emblematico di ricorso ai dati fattuali per comprendere il significato “vivente” della norma indubbiata è offerto dall’ordinanza istruttoria n. 128/1957⁸¹, in occasione della quale la Corte costituzionale era stata chiamata a pronunciarsi su di un decreto legislativo del 1947 volto a favorire il massimo impiego possibile di lavoratori agricoli in zone ad alto tasso di disoccupazione. Posti di fronte al dubbio di costituzionalità, i giudici ritennero che prima di esaminare le questioni della causa, fosse opportuno acquisire dati ed elementi circa i luoghi, i modi e i risultati della concreta applicazione del decreto. Ordinò, pertanto, al Ministero del lavoro e della ordinanza sociale e al Ministero dell’agricoltura e foreste di fornire tali dati ed elementi, con riferimento alle rispettive competenze.

Ci si è chiesti se, in simili circostanze, «il controllo di costituzionalità sulle leggi debba essere solo quello riferito all’atto legislativo (o alla norma legislativa impugnata) o possa o debba estendersi fino a considerare gli effetti che le condizioni concrete determinano in ordine alla portata della legge, nell’effettività della vita sociale»⁸². Che si ritenga legittimo o meno questo genere di controllo, sul quale si ritornerà nelle pagine dedicate al rilievo dei fatti nel sindacato di ragionevolezza, è indubbio come esso sia frequentemente compiuto dalla Corte costituzionale, benché forse – come affermato da Zagrebelsky – non sempre consapevolmente⁸³.

stituzionalità delle leggi in via incidentale, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, cit., p. 160.

⁸⁰ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 290.

⁸¹ Un altro caso in cui l’attivazione del potere istruttorio è seguita anche alla necessità di comprendere il diritto vivente si è dato con la prima convocazione di esperti di chiara fama, ex art. 14-*bis* N.I., avvenuta nel corso del giudizio sulle c.d. POER nel febbraio 2020 (cfr. *infra*, capitolo 4).

⁸² Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 290.

⁸³ *Ibidem*, p. 290.

4.2. *Fattualità, razionalità pratica e considerazione dei fatti come parte nodale dell'argomentazione e del ragionamento giuridico.*

Se, come fin qui messo in luce, numerose sono le ipotesi di acquisizione dei fatti finalizzate alla valutazione dell'ammissibilità e della corretta delimitazione del *thema decidendum*, varie sono analogamente le evenienze in cui l'apprezzamento e la valutazione di elementi fattuali incide sull'argomentazione, sulla motivazione e sul ragionamento giuridico della sentenza.

4.2.1. *Considerazioni di fatto come espedienti retorici dell'argomentazione.*

La dottrina costituzionalistica degli anni '70 ha messo in luce, anzitutto, l'incidenza del fatto in quegli elementi dell'argomentazione che presentano una spiccata natura retorica. Esemplificativo di tale opinione è quanto affermato da Antonio Baldassarre in commento all'ordinanza istruttoria del 18 luglio 1973, n. 153. La Consulta, che era stata chiamata a valutare la conformità a Costituzione dell'esclusione dal diritto all'indennità dei lavoratori stagionali nei periodi di stagione morta o nei periodi di sosta, ordinava al Ministero del Lavoro di riferire i seguenti dati: 1) il numero di lavoratori disoccupati nei periodi di stagione morta per le lavorazioni soggette a periodi stagionali di sosta o di sospensione; 2) il numero di coloro che, tra i lavoratori predetti, si erano iscritti nelle liste di disoccupazione per ottenere nel periodo di stagione morta altra occupazione; 3) un elenco delle lavorazioni stagionali di durata inferiore ai sei mesi. Tutte queste informazioni richieste dalla Corte potevano incidere, secondo Baldassarre, esclusivamente «sulla parte inessenziale della motivazione»⁸⁴. Ai fini della decisione della questione, alla Consulta sarebbe stato infatti sufficiente stabilire «se le sospensioni delle attività lavorative stagionali o di quelle normalmente soggette a periodi di sosta rientrano o no nel concetto di disoccupazione involontaria»⁸⁵ che dà luogo al diritto all'indennità. Pertanto, Baldassarre reputava che i suddetti dati ottemperassero semplice-

⁸⁴ A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, cit., p. 1499.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 1500.

mente alla «funzione di convincere della bontà della decisione adottata»⁸⁶ offrendo ai giudici solo «elementi retorici»⁸⁷. Da qui sorgeva nell'Autore più di un dubbio sull'utilità per quel caso specifico di un'istruttoria formale, dalla quale – peraltro – era inevitabilmente derivata una dilazione dei tempi processuali⁸⁸.

Altra voce in dottrina che merita di essere in questa sede segnalata è quella di Augusto Cerri che ha riflettuto sull'impegno di elementi fattuali utilizzati dalla Corte per «sostenere un argomento a carattere retorico»⁸⁹; la caratura retorica è stata oggetto di specificazione da parte dell'Autore secondo cui «si deve considerare tale quell'argomento il quale non tende a chiarire il senso o l'esatta concreta incidenza di uno dei due termini della questione ma ad influire per altra via sul convincimento e quindi sulla decisione del giudice: mostrando, ad esempio, le conseguenze umane, sociali di una certa legge». Nel caso sopra illustrato, i dati reperiti per mezzo dell'ordinanza istruttoria n. 153/1973, sarebbero stati utilizzati esclusivamente, *ad adiuvandum*, per rendere più condivisibile una scelta assunta sulla base di altri parametri (prettamente normativi).

4.2.2. *L'incostituzionalità per eccesso di potere legislativo e vizio di formazione dell'atto. La carenza del presupposto per il caso del decreto legge.*

In letteratura è stata da tempo evidenziata la connessione tra valutazione del fatto, vizio di eccesso di potere legislativo e vizi formali dell'atto. In questa categoria ipotesi, il giudizio della Corte, più che in un confronto tra due norme, si traduce nel sindacato su di una vicenda concreta⁹⁰.

Un interessante caso di «addebito di cattivo esercizio del potere legi-

⁸⁶ *Ibidem*, p. 1499.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 1499.

⁸⁸ Rispetto a quest'ultimo rilievo, si condivide l'opinione di Massimo Luciani (*I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1051), secondo cui «la critica che facesse leva sulla violazione del principio di economia processuale, scolorirebbe di fronte alla replica che sottolineasse l'importanza del momento argomentativo nel giudizio costituzionale».

⁸⁹ Si veda A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., p. 1341.

⁹⁰ T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 18.

slativo»⁹¹, derivante dalla valutazione di elementi di fatto, è stato ravvisato nella nota sent. cost. n. 282/2002, avente ad oggetto una legge marchigiana che sanciva il divieto di terapie ricorrenti all'elettrochoc sul territorio regionale. Su questa pronuncia si avrà modo di tornare più approfonditamente per dare maggiore rilievo alle significative affermazioni offerte dalla Corte in tema di valutazioni scientifiche e discrezionalità del legislatore. Quel che qui rileva è sottolineare come, tra i commenti alla sentenza, si sia affermato che la disciplina in oggetto è stata dichiarata «viziata da eccesso di potere legislativo per difetto d'istruttoria»⁹²: in altre parole, la Corte avrebbe rimproverato al legislatore marchigiano di aver esercitato il proprio potere normativo prescindendo «da una compiuta e attendibile ricostruzione dei fatti su cui la disciplina così prodotta è destinata ad incidere»⁹³, determinando questa lacuna istruttoria l'incostituzionalità della disciplina stessa.

Relativamente all'accertamento sui vizi formali dell'atto normativo, derivanti dalle modalità d'esercizio del potere legislativo, e alla necessità per la Corte di conoscere le concrete circostanze fattuali caratterizzanti l'*iter legis*, merita menzione specifica la sent. cost. n. 9/1959 in materia di provvidenze per la stampa. Tale sentenza, in cui si afferma a chiare lettere che «nella competenza di giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi [...] rientra senza dubbio ed anzi in primo luogo quella di controllare l'osservanza delle norme della Costituzione sul procedimento di formazione delle leggi», è stata preceduta dall'emanazione dell'ordinanza istruttoria n. 48/1958. Quest'ultima rivela un utilizzo, invero piuttosto peculiare⁹⁴, del potere istruttorio in quanto finalizzato ad acquisire presso la Camera dei deputati «informazioni circa la sussistenza di circostanze fattuali dalle quali dipende strutturalmente l'esistenza del vizio di costituzionalità stesso»⁹⁵.

⁹¹ Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2002, p. 692.

⁹² *Ibidem*, p. 696.

⁹³ *Ibidem*, p. 697.

⁹⁴ Cfr. M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., p. 63.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 65.

Da ultimo si segnala la particolare ipotesi, riferita al solo decreto legge, di illegittimità costituzionale per carenza del presupposto di fatto ovvero sia adottato in mancanza di straordinaria necessità e urgenza. L'ammissibilità del sindacato della Corte costituzionale sui presupposti di cui all'art. 77, comma 2, Cost., è stata lungamente dibattuta in dottrina⁹⁶ e dirimenti sono state, a riguardo, le sent. cost. nn. 29/1995 e 171/2007. Se con la prima è stata ammessa la possibilità per la Consulta di censurare un decreto legge per vizio dei presupposti nei casi di "evidente mancanza" degli stessi, con la seconda la Corte ha messo in pratica tale prerogativa, giungendo per la prima volta ad una dichiarazione di incostituzionalità di un decreto legge per carenza dei presupposti di necessità e di urgenza⁹⁷. Senza entrare nei dettagli di tale dibattito⁹⁸, reso particolarmente complesso dalla natura politica della valutazione alla base del ricorso alla decretazione d'urgenza, importa qui sottolineare che, per riscontrare la "evidente mancanza" di presupposti, la Corte deve farsi carico anche di verificare che certi dati di fatto sussistano e abbiano portata considerevole. Per fare un esempio scolastico, ci si può chiedere se non risulterebbe costituzionalmente illegittimo un decreto legge che imponga restrizioni o divieti «a seguito d'un evento sismico che in realtà non si è mai verificato, o si è verificato in misura ben più tenue di quanto dichiara la normativa

⁹⁶Recentemente, sul punto cfr. M. RUOTOLO, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto "sicurezza e immigrazione")*, in *Osservatorio cost.*, n. 3/2018, p. 174: «il palese difetto dei presupposti di necessità e di urgenza configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto legge, adottato al di fuori delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio in procedendo della stessa legge di conversione che abbia convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione».

⁹⁷In merito, più ampiamente, A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta ... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Cass. pen.*, n. 10/2007, p. 3599 ss.

⁹⁸Sul punto v. anche C. DOMENICALI, *Presupposti di fatto e onere di motivazione: l'istruttoria della Corte costituzionale sul decreto-legge*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., p. 207 ss. Secondo l'Autrice quando si parla di decreto legge, per il tipo di giudizio, che si allinea al sindacato sull'eccesso di potere, e per il tipo di atto, causalmente orientato a provvedere ad una determinata situazione valutata come urgente dall'esecutivo, potenziare gli strumenti istruttori della Corte significa potenziare quelli sul dato normativo attraverso il paradigma della motivazione.

d'emergenza»⁹⁹. In una simile ipotesi, per verificare l'esistenza di un vizio d'incostituzionalità, la Corte dovrebbe confrontarsi con dati, prove e acquisizioni della sismica. L'esempio non scolastico è invece offerto dalla sent. cost. n. 5/2018¹⁰⁰, dove la valutazione intorno ai presupposti della straordinaria necessità e urgenza di un decreto legge recante l'introduzione di nuovi obblighi vaccinali è fatta coincidere con la sussistenza dell'idoneità delle vaccinazioni (misure preventive per antonomasia) a rispondere alle esigenze di assicurare la massima copertura vaccinale per una serie di gravi patologie, raggiungere la c.d. immunità di gregge ed escludere il rischio di epidemie.

4.2.3. *La considerazione degli effetti temporali: l'anacronismo legislativo e gli oneri finanziari.*

I presupposti fattuali alla base di una determinata norma, esistenti e tenuti in congrua considerazione dal legislatore al momento dell'approvazione dell'atto normativo, possono, nel tempo, mutare o venir meno, conducendo al verificarsi di un anacronismo legislativo.

Tale anacronismo può pertanto essere denunciato dinanzi al Giudice delle leggi, il quale, per pronunciarsi in merito, necessita di ricorrere a fatti relativi alla situazione socioeconomica, scientifico-tecnologica, legislativa o giurisprudenziale¹⁰¹. Questo è quanto accaduto con la celebre sent. cost. n. 202/1976, che ha condotto all'abolizione del monopolio pubblico televisivo. La scarsità delle bande di trasmissione utilizzabili dalle emittenti che aveva giustificato la situazione di monopolio¹⁰², è stata

⁹⁹ M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., p. 5.

¹⁰⁰ Sentenza sulla quale si tornerà al capitolo 3.

¹⁰¹ R. BIN, *«Al cuor non si comanda». Valori, regole, argomenti e il «caso» nella motivazione delle sentenze costituzionali*, cit., p. 327.

Un caso interessante di dichiarazione di irragionevolezza sopravvenuta a seguito dell'evoluzione dell'ordinamento è offerto dalla sent. cost. n. 167/1999. La pronuncia, che ha censurato l'art. 1052 c.c. nella parte in cui non consentiva l'imposizione di servitù coattive di passaggio a tutela della persona con disabilità titolare di fondo, si sofferma sull'esigenza (sconosciuta all'epoca dell'emanazione della norma impugnata) di garantire la socializzazione delle persone disabili. A riguardo, cfr. G. SERGES, *Anacronismo legislativo, eguaglianza sostanziale e diritti sociali*, in *Giur. it.*, 2000, p. 684 ss.

¹⁰² Cfr. la sent. cost. n. 225/1974.

messa in discussione negli anni '70, quando il progresso tecnologico consentì di ovviare alla limitatezza dei canali realizzabili via etere con l'illimitatezza dei canali realizzabili via cavo. La Consulta, data la mutata situazione di fatto e rilevata la sopravvenuta carenza di quei fini di utilità generale che legittimavano il monopolio statale delle televisioni, ne dichiarò l'illegittimità incostituzionale permettendo l'apertura del mercato delle tv ai privati¹⁰³.

La considerazione del “fattore tempo” – qui non più riferito al modificarsi dei presupposti di fatto di una norma, bensì al dispiegarsi negli anni degli effetti della disciplina di risulta – viene poi in considerazione relativamente alla questione delle conseguenze finanziarie e della modulazione degli effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale. In un periodo di perdurante crisi economico-finanziaria e in seguito alla costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio¹⁰⁴, non è infrequente trovare decisioni in cui il Giudice delle leggi ha ponderato le proprie decisioni anche a partire dalla considerazione del loro precipitato concreto sul piano della spesa pubblica; così come non è infrequente imbattersi in sentenze rispetto alle quali lo stesso Giudice sia stato rimproverato di non aver posto in essere quel tipo di vaglio. Critiche che si comprendono se si concorda che, come sostenuto da Luigi Mengoni, la valutazione «delle prevedibili o possibili conseguenze pratiche della decisione risponde, sul piano morale, a un'etica della responsabilità [...], sul piano metodologico a un'esigenza di razionalizzazione della discussione sui valori»¹⁰⁵.

Le polemiche sulla copertura dei costi a carico dello Stato discendenti dalle sentenze finanziariamente onerose non è nuova e, proprio su questo argomento, in dottrina si è assistito ad una delle discussioni «meno ireniche»¹⁰⁶ della storia della giustizia costituzionale. Tuttavia, nel 2015, due pronunce della Corte (la n. 10, avente ad oggetto la c.d. *Robin Hood Tax*,

¹⁰³ Per una più completa esposizione della vicenda, V. FRANCESCHELLI, *Convergenza. La «convergenza» nelle telecomunicazioni e il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Milano, 2009, p. 61 ss.

¹⁰⁴ Tramite la l. cost. n. 1/2012.

¹⁰⁵ L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, cit., p. 1154.

¹⁰⁶ A. MORRONE, *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, p. 576.

e la n. 70, in materia di rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici¹⁰⁷) hanno dato nuova linfa al risalente dibattito circa le conseguenze sulla spesa pubblica delle sentenze costituzionali.

La prima decisione ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 81 del d.l. n. 112/2008, convertito dalla l. n. 133/2008, il quale ha introdotto un prelievo aggiuntivo, qualificato «addizionale», all'IRES, da applicarsi nei confronti di alcune categorie di imprese. Poiché parte delle entrate derivanti dall'addizionale sarebbero dovute servire a costituire un fondo per il sostegno dei cittadini meno abbienti, ciò le è valso l'appellativo di “*Robin Hood Tax*”. Aspetto innovativo e controverso della pronuncia in parola è stata la decisione della Corte di escludere la retroattività della dichiarazione di incostituzionalità dal momento che un effetto retroattivo avrebbe comportato gravi conseguenze per le casse dello Stato.

Meno attenta alle ricadute economiche che avrebbe nel tempo prodot-

¹⁰⁷ A riguardo, tra i numerosi commenti e contributi, si segnalano: E. LONGO, A. PIN, *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità “in concreto” o realistico?*, in *Forum Quad. cost.*, 24 aprile 2015; A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015; E. LONGO, A. PIN, *Dalla 10 alla 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diventa imprevedibile*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, p. 697 ss.; S. LIETO, P. PASQUINO, *Metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, p. 351 ss.; M. D'AMICO, *Riuscirà la Corte costituzionale a trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e modularne gli effetti anche nel tempo?*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, p. 686 ss.; G. SERGES, *Il dominio degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità*, in *Dir. e Soc.*, n. 4/2016, p. 603 ss.

In reazione alla sent. cost. n. 70/2015 è stato addirittura presentato un disegno di legge (A.S. 1952, XVII Legislatura), volto ad introdurre modifiche in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale, nella cui relazione introduttiva si legge quanto segue. «La recente sentenza n. 70 del 10 marzo 2015 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme relative al blocco dell'indicizzazione delle pensioni superiori a tre volte il minimo contenute nel [...] cosiddetto decreto «Salva Italia», ha suscitato non pochi interrogativi nell'opinione pubblica, allarme nel Governo, nel Parlamento e nell'Unione europea, forte dibattito tra i costituzionalisti e tra gli economisti. Nel dichiarare l'incostituzionalità della predetta norma, la sentenza ha rimesso al Governo la determinazione della nuova soglia al di sotto della quale dovranno essere garantite la integrale o parziale indicizzazione delle pensioni per mantenerne, nel tempo, il potere di acquisto. Tuttavia, avendo la sentenza carattere retroattivo, gli oneri a carico del bilancio saranno molto consistenti».

to è, invece, la sent. cost. n. 70/2015. La decisione ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 24, comma 25, d.l. n. 201/2011, nella parte in cui prevedeva che «in considerazione della contingente situazione finanziaria, la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici [...] è riconosciuta, per gli anni 2012 e 2013, esclusivamente ai trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS, nella misura del 100 per cento». L'impatto economico di una simile decisione è stato stimato in un mancato risparmio di spesa per lo Stato di circa 21 miliardi di euro, per far fronte al quale il Governo ha dovuto recuperare le risorse corrispondenti da restituire ai pensionati tramite indebitamento, con conseguente necessità di rivedere gli equilibri di bilancio pre-stabiliti e concordati con le istituzioni europee nella legge di stabilità.

Un elemento di comunanza che unisce queste sentenze risiede nella circostanza che le valutazioni fattuali della Corte non riguardano i presupposti empirici delle scelte legislative bensì le conseguenze pratiche delle proprie decisioni. Come ribadito da molte voci in dottrina, infatti, non potendo la Corte ignorare le conseguenze sulla spesa pubblica delle sue pronunce¹⁰⁸, non può di conseguenza soprassedere sulla necessità di acquisire adeguate informazioni sui i possibili effetti finanziari delle sue decisioni¹⁰⁹.

4.2.4. *Fatti ed elementi empirici come perno dei test di ragionevolezza e proporzionalità.*

Il sindacato di legittimità costituzionale è stato traghettato verso un nuovo orizzonte di concretezza dalla sent. cost. n. 1130/1988¹¹⁰. Solo pochi anni prima, la sent. cost. n. 180/1982 aveva ammesso che la discrezio-

¹⁰⁸ Per una panoramica cfr. R. PINARDI, *La declaratoria d'incostituzionalità tra impatto ordinamentale ed effetti sul giudizio a quo: la Corte alla prova dei fatti*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., p. 440 ss.

¹⁰⁹ Così T. GROPPÌ, *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in P. COSTANZO (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, p. 272.

¹¹⁰ Avente ad oggetto una legge regionale lombarda in materia di provvidenze e contributi per il funzionamento dei gruppi consiliari, sospettata di violare il principio del buon andamento degli uffici pubblici, garantito dall'art. 97 Cost.

nalità legislativa potesse essere sindacata nella limitata ipotesi in cui «emerge la manifesta irrazionalità dei risultati attinti nelle disposizioni impugnate». Proprio tale riferimento alla “manifesta irrazionalità” ha aperto la strada alla possibilità che «in queste situazioni sia ammissibile un diverso apprezzamento della Corte sui fatti rilevanti o presupposti»¹¹¹. La sentenza n. 1130, sfruttando questa apertura offerta dalla stessa giurisprudenza costituzionale, ha compiuto un passo ulteriore laddove si afferma che il Giudice costituzionale deve conoscere il fatto, *rectius* «le circostanze e le limitazioni concretamente sussistenti», per poter giudicare se il legislatore, nella sua discrezionalità, abbia operato una ponderazione ragionevole dei presupposti e degli effetti che da essa derivano, considerate le finalità che intendeva perseguire.

La suddetta sentenza chiama dunque in gioco la ragionevolezza quale principio che introduce il fatto nella valutazione sulla legittimità costituzionale delle leggi. Ma come tale principio consente di attrarre il mondo della fattualità nel sindacato sulle leggi? Per rispondere a tale quesito occorre innanzitutto soffermarsi sul contenuto e sull'essenza del principio di ragionevolezza.

La ragionevolezza è un principio costantemente invocato nella giurisprudenza costituzionale italiana¹¹², divenuto una sorta di *passe-partout* del sindacato sulle leggi¹¹³, cui il legislatore deve sottostare nella statuizione delle norme. Storicamente ancorato all'art. 3 Cost. – si parla infatti anche di ragionevolezza come eguaglianza ragionevole¹¹⁴ – esso se ne è progressivamente svincolato fino a diventare un parametro dotato di una propria autonomia rispetto al testo della Costituzione¹¹⁵. Nonostante la sua on-

¹¹¹ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, p. 163.

¹¹² Così M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 2.

¹¹³ L'immagine è offerta in J. LUTHER, *Ragionevolezza e dignità umana*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Tomo II, Roma, 2007, p. 185.

¹¹⁴ Cfr. A. MORRONE, *Corte costituzionale e ragionevolezza*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica*, cit., p. 241.

¹¹⁵ V. in proposito G. SCACCIA, *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione*

nipresenza, permangono difficoltà definitorie, che costringono chi tenti di descriverlo a far ampio uso di parafrasi o sinonimi¹¹⁶.

Oltre che un principio, la ragionevolezza è altresì un tipo di sindacato, un «canone di valutazione proprio del giudizio di costituzionalità»¹¹⁷. Comprensibilmente, all'indeterminatezza del principio corrisponde l'impossibilità di ricollegare al sindacato un unico e specifico tipo di controllo di legittimità costituzionale¹¹⁸; dagli esiti degli studi che hanno analizzato l'utilizzo del canone della ragionevolezza da parte del Giudice delle leggi italiano «emerge netta l'impressione che l'abbondante letteratura sul tema

della Costituzione, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica*, cit., pp. 287-302.

¹¹⁶ Già solo dal punto di vista semantico, infatti, «“ragionevolezza” evoca attualmente: per un verso i processi dell'argomentazione razionale ed i risultati della stessa [...]; per l'altro l'esperienza pratica, il buon senso comune che governa i comportamenti umani, sì che ragionevole diventa sinonimo di ponderatezza, equilibrio, ma anche giustizia» (Così G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 3).

¹¹⁷ In questo modo M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, contributo per il Quaderno predisposto in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 25-26 ottobre 2013, disponibile su www.cortecostituzionale.it, p. 9.

¹¹⁸ Qualche recente tentativo da parte della Corte di razionalizzazione del sindacato di ragionevolezza è stato fatto. È quanto osservato in A. ROVAGNATI, *La dichiarazione di incostituzionalità della presunzione di compensi fondata sui prelevamenti bancari: luci ed ombre*, in *Rass. trib.*, n. 3/2015, p. 707, in commento alla pronuncia n. 228/2014: «tra le linee della motivazione [...] sembra potersi cogliere la volontà della Consulta di esercitare il sindacato sulla ragionevolezza seguendo un modulo decisorio articolato in più fasi. L'argomentare della Corte pare alludere alla necessità di formulare un primo giudizio tendente a verificare, tramite il ricorso a un *tertium comparationis*, la coerenza logica della disposizione impugnata con l'ordinamento giuridico complessivamente inteso. A questo prima valutazione ne sembrerebbe dover seguire una seconda, riguardante la coerenza logica della disposizione in questione con gli elementi – in fatto e in diritto – propri della fattispecie esaminata. Infine, il sindacato di ragionevolezza dovrebbe farsi carico di vagliare se, nell'ordinamento giuridico, sussistano o meno strumenti, alternativi a quello censurato, idonei a soddisfare comunque le esigenze alle quali quest'ultimo, a tutela di un interesse cui si riconosce natura costituzionale, mira a rispondere». Come l'Autore osserva, «deve però anche riconoscersi che la strada intrapresa è ancora lunga: non ci si può nascondere, infatti, che i lineamenti del modulo decisorio sopra descritto sono ancora incerti, e che ciascuna fase di giudizio in cui esso pare essere stato articolato, è gravida di criticità».

e la ricca elaborazione giurisprudenziale abbiano guadagnato alla riflessione scientifica un'unica solida certezza: che la ragionevolezza è una categoria massimamente incerta»¹¹⁹. Ed infatti «a differenza di altre Corti, che associano al principio uno specifico standard o test di giudizio [...] nella giurisprudenza costituzionale italiana si nota un uso promiscuo di termini come razionalità, ragionevolezza, proporzionalità, ma anche adeguatezza, coerenza, congruenza, non arbitrarietà, pertinenza e molti altri»¹²⁰.

¹¹⁹ Cfr. G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 9.

¹²⁰ Cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 2. Sull'utilizzo terminologico promiscuo che la Corte pone in essere fra principio di proporzionalità e principio di ragionevolezza, v. anche M. FIERRO, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., pp. 13-15: «il canone di ragionevolezza viene normalmente descritto attraverso figure consolidate che, in qualche misura, appaiono come sintomatiche del vizio di legittimità costituzionale o dell'assenza del vizio medesimo. E così la ragionevolezza viene, di volta in volta, rappresentata come coerenza, congruenza, congruità, proporzionalità, necessità, misura, pertinenza, e così via. (...) nella giurisprudenza più recente, talvolta la ragionevolezza è declinata nella formula "ragionevolezza e proporzionalità" ovvero del "ragionevole e proporzionato bilanciamento"». Similmente, F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, p. 16: «congruità o congruenza o proporzionalità costituiscono, unitamente i veri e propri criteri nel giudizio di ragionevolezza, anzi, nella giurisprudenza si tratta di un unico ma composito criterio (...) in quanto impiegato per valutare la plausibilità (la ragionevolezza) dei mezzi rispetto ai fini legislativi». In B. RANDAZZO, *Il sindacato sulla ragionevolezza della legge e lo scrutinio di proporzionalità sul margine di apprezzamento riservato allo Stato in rapporto a misure generali aventi natura legislativa. Aspetti problematici del dialogo tra le Corti*, contributo per il Quaderno predisposto in occasione della conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 25-26 ottobre 2013, reperibile su www.cortecostituzionale.it, p. 32, i due principi confluiscono in un'unica nozione: «il criterio della ragionevolezza/proporzionalità, è noto, svolge un ruolo centrale come canone di giudizio non solo nell'argomentazione delle Corti costituzionali, ma anche in quella delle Corti europee». A conclusioni parzialmente diverse giunge invece L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Atti del seminario*, svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Milano, 1994, pp. 163-165: «per parte mia ritengo che un principio di ragionevolezza non esista. Più di preciso, penso che espressioni quali ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, non arbitrarietà, o gli analoghi corrispondenti aggettivi che si leggono nelle sentenze della nostra e di tante altre Corti costituzionali, siano soltanto formule verbali, espressioni alle quali non corrisponde un concet-

Paradigmatica in questo senso è un'affermazione contenuta nella sent. cost. n. 2/1999, circa la radiazione automatica dall'albo dei ragionieri e periti commerciali degli iscritti che abbiano riportato condanna penale per alcuni tipi di reato. In un passaggio conclusivo del considerando in diritto si legge che «l'automatismo della sanzione disciplinare è irragionevole, contrastando con il principio di proporzione che è alla base della razionalità che informa il principio di eguaglianza»¹²¹.

I contorni sfuggenti dei passaggi caratterizzanti il sindacato di ragionevolezza hanno prestato il fianco ad aspre critiche in dottrina: vi è chi ritiene che una simile incertezza nel modo di affrontare il giudizio di costituzionalità conduca a «delegittimare il giudice delle leggi più di quanto

to od una nozione ben determinata (...). Al di sotto dell'espressione «ragionevolezza», vi è una generica esigenza di giustizia delle leggi; ed anzi di quel tanto di giustizia che può essere garantito dalla Corte costituzionale, nell'esercizio delle sue funzioni. (...) Occorre ricordare che il ricorso alla ragionevolezza tende in sostanza ad assicurare alla Corte margini di elasticità nelle sue valutazioni, più ampi di quelli che invece comporterebbe una tecnica di applicazione stretta di determinate clausole della Costituzione. (...) Tali margini di elasticità non tolgono che il ragionamento della Corte debba rimanere pur sempre, su questi stessi terreni, un ragionamento giuridico e quindi controllabile da parte dei giuristi in genere e dei costituzionalisti in particolare. La Corte, per quanto sia un giudice specialissimo, resta a mio avviso ancorata a ciò che di essenziale esprimono l'art. 113 del Codice di procedura civile e l'art. 101 della Costituzione, pur con tutte le modifiche che si tratta in questo caso di apportare. (...) la nostra Corte, quindi, non deve dare l'impressione, né i nostri costituzionalisti devono dare l'impressione, di fare, di voler fare, di consentire che si faccia del diritto costituzionale libero».

¹²¹ Sulle peculiarità del sindacato di ragionevolezza applicato a quella particolare tipologia di previsioni normative che sono gli automatismi legislativi, si rimanda alle interessanti ed approfondite riflessioni di S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, p. 223 ss. L'Autrice ben rileva come la natura stessa dell'automatismo, una regola automatica (la conseguenza giuridica) fondata su una presunzione assoluta, imponga al giudice costituzionale che ne valuti la ragionevolezza di confrontarsi con «la probabilistica coerenza» tra il fatto presunto e il fattore che, per scelta legislativa, ne costituisce indice di probabile esistenza (p. 230). In un caso come quello della sent. Cost. n. 2 del 1999, si tratterebbe di verificare se la conseguenza giuridica (la radiazione dell'albo) sia giustificata dal fatto che la presunzione assoluta che la determina (chi viene riconosciuto colpevole di determinate categorie di reati non è idoneo a svolgere certe attività professionali) corrisponde realmente all'*id quod plerumque accidit*.

possa una singola sentenza»¹²² e anche chi sostiene che «la mancata elaborazione di *standard* aumenta il rischio, sempre in agguato in sede di controllo della ragionevolezza delle scelte discrezionali del legislatore, di sovrapposizione della razionalità della Corte a quella del legislatore, trasformando la prima in un senato della buona legislazione»¹²³.

Ciò premesso, è comunque possibile individuare alcune affermazioni di massima della Corte costituzionale che permettono di definire le evoluzioni (e l'ampiezza) che hanno contraddistinto il concetto in parola, o quantomeno di rilevare le varie indicazioni fornite al legislatore per evitare la produzione di atti viziati da irragionevolezza.

Quando fece la sua comparsa agli albori della giurisprudenza costituzionale italiana, il criterio della ragionevolezza era inteso principalmente quale corollario del principio di uguaglianza¹²⁴. Muovendo dal presupposto che l'art. 3 Cost. richiede omogeneità di disciplina in presenza di situazioni omologhe e differenziazione in presenza di situazione diverse, la Corte affermò ben presto come il principio di eguaglianza risulti violato ogni volta in cui «la legge, senza un *ragionevole* motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovano in situazioni eguale»¹²⁵. Da qui, l'affermazione secondo cui laddove la norma contrasti con il principio di uguaglianza, tale contrasto tradisce una scelta irragionevole del legislatore.

La ragionevolezza è, in seguito, andata affrancandosi dall'art. 3¹²⁶, di-

¹²² E. LONGO, A. PIN, *Dalla 10 alla 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diventa imprevedibile*, cit., p. 698.

¹²³ E. BINDI, *Test di ragionevolezza e tecniche decisorie della Corte costituzionale (a margine della dichiarazione d'incostituzionalità della legislazione elettorale)*, cit., p. 22.

¹²⁴ Come si afferma in A. PIN (a cura di), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Napoli, 2015, p. 11: «l'uguaglianza ha svolto costantemente il ruolo di *passé-partout* di idee sviluppate della dottrina e dalla giurisprudenza soprattutto straniera, e confluite negli strumenti a disposizione della Corte costituzionale sotto i nomi – tra i tanti – di ragionevolezza, razionalità, giustizia ed equità».

¹²⁵ Così si legge nella sent. cost. n. 15/1960.

¹²⁶ In merito cfr. E. BINDI, *La garanzia della Costituzione. Chi custodisce il custode?*, Torino, 2010, p. 83: «Il sindacato di ragionevolezza, collegato ad altri parametri costituzionali, che non fossero l'art. 3, permise [...] l'elaborazione e la messa a punto dello schema c.d. binario, che si fonda sul *raffronto diretto* tra norma costituzionale e norma ordinaria, e che a differenza dello schema ternario non necessita di un giudizio comparativo

venendo innanzitutto sinonimo di adeguatezza e proporzionalità dei mezzi normativi in relazione agli scopi prefissati dal legislatore. Così la citata sent. cost. n. 1130/1988: «il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla *proporzionalità dei mezzi prescelti del legislatore* nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto *delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti*».

La terza tappa dell'evoluzione del canone in analisi si è registrata a partire dalla metà degli anni '90, quando la Corte iniziò ad estendere il giudizio di ragionevolezza al bilanciamento d'interessi costituzionali contenuto nelle opzioni legislative poste al suo vaglio¹²⁷. Segnando un nuovo confine del margine di discrezionalità di cui dispone il decisore politico¹²⁸, il Giudice delle leggi ha affermato che «ogni volta che il legislatore è tenuto a bilanciare distinti valori costituzionali, non può affatto essere preclusa la via del controllo [della] Corte in ordine alla *congruità e ragionevolezza del bilanciamento compiuto*»¹²⁹.

Di quest'ultimo approdo della concezione di ragionevolezza si trova ampio riscontro nella giurisprudenza della Corte degli ultimi anni. Si prenda in considerazione la decisione n. 85/2013 sul c.d. caso Ilva, ivi è scritto che: «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche

in cui il termine di paragone (*tertium comparationis*) consenta di cogliere la rottura dell'ordinamento».

¹²⁷ Pertanto, se in precedenza il giudizio di ragionevolezza non investiva lo scopo alla base delle scelte del legislatore, ma lo considerava in quanto parametro per valutare l'adeguatezza dei mezzi impiegati per raggiungerlo, ora il sindacato si estende sul merito degli interessi perseguiti.

¹²⁸ Sulle criticità legate a tale evoluzione si veda ampiamente A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014. Già in *Introduzione* (p. 3), l'Autore afferma che il bilanciamento, «tecnica di giudizio che permette di risolvere conflitti tra diritti o interessi costituzionali, contribuisce a superare dei confini. I giudici costituzionali possono creare norme giuridiche, proprio perché, anziché limitarsi a interpretare e ad applicare diritto positivo, assumono decisioni dirette a rivedere scelte politiche, rivalutando l'ordine dei beni svolto dal potere legislativo e, in molti casi, stabilendo una gerarchia di valori che è diversa da quella positivizzata non solo dal legislatore, ma anche dalla Costituzione».

¹²⁹ Cfr. sent. cost. n. 108/1994.

e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. [...] Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuzione delle norme e dal giudice in sede di controllo – secondo criteri di *proporzionalità e ragionevolezza*, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

La promiscuità terminologica, che si è detto ruotare attorno alla definizione di sindacato di ragionevolezza, ha fatto sì che a quest'ultimo concetto si affiancasse, quasi indistintamente, quello di proporzionalità. Rispetto alla stessa sent. cost. n. 1130/1988 si è correttamente affermato in dottrina¹³⁰ come sia stato operato un improprio richiamo alla proporzionalità. Nella decisione, infatti, la Corte non ha condotto la valutazione sulla base del test di proporzionalità quanto, piuttosto, ha tratto vantaggio da un test di ragionevolezza in forma di valutazione dell'adeguatezza dei mezzi scelti rispetto al fine perseguito.

Andando all'essenza del sindacato di proporzionalità, che si è visto essere cifra caratterizzante dell'operato del *Bundesverfassungsgericht* ma che è altresì tratto proprio del *modus iudicandi* di molte altre Corti (europee e non)¹³¹, esso è descrivibile in termini generali come una tecnica di giudizio impiegata nei conflitti tra diritti e interessi di rilievo costituzionale, che consiste nel verificare se una determinata scelta legislativa abbia compresso legittimamente (ossia a fronte di un congruo bilanciamento con gli interessi della collettività) i diritti e le libertà individuali che si assumono violate. Lo studioso angloamericano Paul Yowell ha schematizzato

¹³⁰ E. BINDI, *Test di ragionevolezza e tecniche decisorie della Corte costituzionale (a margine della dichiarazione d'incostituzionalità della legislazione elettorale)*, cit., p. 13 ss.

¹³¹ «A form of the proportionality inquiry is used not only by the ECtHR but by the European Court of Justice and courts in Canada, Germany, and many other Western legal systems» (così P. YOWELL, *Practical reason and the separation of powers*, DPhil thesis, University College-University of Oxford, 2010, p. 186).

Sulle peculiarità del ricorso al sindacato di proporzionalità da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. B. RANDAZZO, *Il sindacato sulla ragionevolezza della legge e lo scrutinio di proporzionalità sul margine di apprezzamento riservato allo Stato in rapporto a misure generali aventi natura legislativa*, cit.

nei seguenti termini i passaggi che tipicamente caratterizzano un giudizio di proporzionalità¹³²:

- 1) *Legitimacy: Does the legislative measure pursue a legitimate aim?*
- 2) *Suitability (or rationality): Are the means chosen by the legislature suitable for the intended purpose?*
- 3) *Necessity (or minimal impairment): Are other less restrictive means capable of producing the same result?*
- 4) *Balancing (or proportionality stricto sensu): Does the measure strike an appropriate balance between the governmental interest and the burden on the individual right (or interest protected by the right)?*

Il *proportionality test*, nei termini schematici e rigorosi ora espressi, non corrisponde pienamente a quello che in molte sentenze della Corte italiana viene indicato come vaglio di proporzionalità. Il che non significa che alcune operazioni di bilanciamento, operate in anni recenti dalla Corte costituzionale italiana¹³³, non consentano di includere il criterio della proporzionalità nel novero dei parametri cui s'ispira anche il ragionamento giuridico della Consulta. Tuttavia, tale parametro è spesso invocato insieme al principio di ragionevolezza, senza che lo schema di giudizio riconducibile al primo sia chiaramente distinguibile da quello del secondo.

Per averne la prova basti leggere la nota sent. cost. n. 1/2014¹³⁴, in te-

¹³² Cfr. P. YOWELL, *Empirical research in rights-based judicial review of legislation*, cit., p. 155.

¹³³ Tanto da essere stato impiegato come strumento «per affrontare casi difficili: nella legge elettorale, nella fecondazione assistita, nella definizione dello status di coppie che a causa del mutamento di sesso vedono sciolto il matrimonio *ipso iure*, nel diritto penale, fino [...] alla modulazione degli effetti delle sentenze nel tempo» (cfr. E. LONGO, A. PIN, *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità "in concreto" o realistico?*, cit., p. 2).

¹³⁴ Così anche A. PIN (a cura di), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza*, cit., p. 11: «Con la sentenza n. 1 del 2014, la Consulta ha esplicitamente preso a prestito strumenti del controllo di costituzionalità caratterizzati da una fortuna crescente sul piano comparato, ma elaborati in particolare dalla Corte costituzionale federale tedesca, dalla Corte europea di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, per introdurre lo scrutinio di proporzionalità».

ma di legge elettorale¹³⁵, laddove è affermato che le disposizioni impugnate sono incostituzionali poiché «non superano *lo scrutinio di proporzionalità e di ragionevolezza*, al quale soggiacciono anche le norme inerenti ai sistemi elettorali. In ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, [...] siffatto scrutinio impone a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale». Per ciò che concerne, in particolare, la disciplina per l'elezione della Camera dei Deputati, essa è stata dichiarata non proporzionata poiché il mezzo prescelto per garantire l'interesse alla stabilità di governo (ossia l'attribuzione del premio di maggioranza), determinava un sacrificio eccessivo al contrapposto interesse al mantenimento della funzione rappresentativa dell'assemblea legislativa (finalità insita in un modello elettorale proporzionale come quello definito dalle norme sottoposte al giudizio della Corte) e dell'eguale diritto di voto.

Alla luce di quanto detto, si può affermare che ciò che Corti di altri ordinamenti chiamano sindacato di proporzionalità corrisponde, nel nostro ordinamento, a una delle varie letture offerte dalla Consulta del sindacato di ragionevolezza e, in particolare, a quella impiegata nelle operazioni di bilanciamento.

5. *A metà del guado: tornare indietro ovvero procedere a passi decisi.*

«Sebbene il giudizio di legittimità costituzionale sia stato concepito, nelle sue origini, come un giudizio *su* atti (nel senso che l'oggetto del controllo è costituito da atti normativi scritti) e tra atti (nel senso che il controllo riguarda la compatibilità tra fonti di grado primario e la Costituzione)»¹³⁶, la

¹³⁵ Sulle vicende che hanno consentito alla Corte costituzionale di estendere il proprio sindacato alla legge elettorale cfr. S. STAIANO, *L'accesso alla Corte costituzionale per far dichiarare l'illegittimità della legge elettorale. Breve nota sull'Ordinanza di remissione della legge elettorale*, in *Nomos*, n. 1/2013, p. 1 ss. In argomento cfr., altresì, P. ZICCHITTU, *Le "zone franche" del potere legislativo*, Torino, 2017, p. 391 ss.

¹³⁶ V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., p. 393.

valutazione dei fatti è ormai divenuta elemento imprescindibile per il raggiungimento della decisione sulle questioni di costituzionalità. In altre parole, il sistema di giustizia costituzionale che, nel tempo, si è andato affermando in Italia, ha decisamente abbandonato l'iniziale ideale di astrattezza che, in passato, aveva spinto molti Autori a considerare irrilevanti i fatti per il giudice costituzionale¹³⁷, lasciando spazio a nuovi orizzonti di concretezza.

Di questa deformalizzazione del sindacato sulla legge la dottrina è da tempo consapevole e lo è anche la giurisprudenza costituzionale: già nel 1988 la Corte affermava che il sindacato di legittimità costituzionale, quando si risolve in un sindacato sulla ragionevolezza della norma indubbiata, «si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»¹³⁸.

Tuttavia, fino ad oggi, «la riconosciuta natura concreta del giudizio di legittimità costituzionale»¹³⁹ non aveva condotto a mutamenti di concezione o a svolte significative, né nello statuto normativo del processo costituzionale né nella prassi, relativamente al «ruolo del momento istruttorio nell'ambito di questa tipologia di giudizio»¹⁴⁰. Se, invero, è da anni al centro dei dibattiti la necessità di lavorare sulla struttura del processo costituzionale esistente¹⁴¹ nell'ambito del quale «il diritto delle prove nel giudizio sulle leggi è un capitolo ancora quasi tutto da esplorare e regolare»¹⁴², sul fronte della prassi costituzionale, la valorizzazione del fatto e l'impiego dell'istruttoria formale hanno avuto sorti inverse. Quello che il tempo ha consegnato è, in sostanza, l'emersione di un paradosso: all'ampio ventaglio di evenienze in cui la Consulta ricorre all'utilizzo del fatto (talvolta decisivo

¹³⁷ Sul cfr. T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 15.

¹³⁸ Sent. cost. n. 1130/1988.

¹³⁹ V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., p. 394.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 394.

¹⁴¹ P. CARROZZA, *Il processo costituzionale come processo*, cit., p. 70.

¹⁴² G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, cit., p. 121.

per decretare l'incostituzionalità di una legge), è corrisposto un limitatissimo impiego dei poteri istruttori formali a disposizione del Giudice delle leggi per l'acquisizione dei fatti stessi.

Tale sviluppo inverso potrebbero però ora, almeno in parte, essere destinato a mutare in conseguenza della riforma delle Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale approvata l'8 gennaio 2020, la quale ha inciso, *inter alia*, sullo statuto normativo dei poteri istruttori della Corte. La novella ha, infatti, esplicitamente aperto alla possibilità per la Corte di invitare esperti di chiara fama a testimoniare su materie specifiche e all'acquisizione dei c.d. *amicus briefs*, che in altri ordinamenti sono spesso impiegati da soggetti diversi dalle parti in giudizio per fornire prove nuove ovvero dar conto di *legislative facts*.

Tramite le innovazioni introdotte con la riforma delle Norme Integrative (su cui si tornerà più approfonditamente nel capitolo successivo facendone emergere anche gli elementi di criticità¹⁴³), la Corte costituzionale ha indubbiamente compiuto un passo, espressione di una scelta non più procrastinabile tra il "tornare indietro" verso una maggiore astrattezza del sindacato o il proseguire lungo il "cammino della concretezza", con un adeguamento degli strumenti processuali¹⁴⁴.

La prima opzione, ossia il ritorno all'astrattezza, è percorribile se si assume che l'ascesa del fatto nel sindacato di legittimità sia una tendenza ancora "resistibile" e che sia compito della dottrina auspicarne un arresto o una ritirata, quantomeno con riguardo alle nuove dimensioni di concretezza assunte dal giudizio sulle leggi di cui si è dato conto¹⁴⁵. In questa dire-

¹⁴³ E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., guarda, ad esempio, con preoccupazione al rafforzamento dei poteri processuali di una Corte che, negli ultimi anni, le pare aver maturato «una concezione molto ampia del proprio ruolo» (p. 8) e il cui sindacato, a seconda delle concrete modalità di svolgimento dell'attività istruttoria, potrebbe collocarsi «a ridosso» della dinamica legislativa» (p. 12).

¹⁴⁴ Una scelta che, a parere di chi scrive e come si era detto in precedenti lavori (cfr., ad esempio, G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 297), non era affatto obbligata.

¹⁴⁵ «Una concretezza diversamente intesa rispetto a quella che di norma è raffrontata alla sua astrattezza», soprattutto all'interno del sindacato di ragionevolezza (E. OLIVITO,

zione rileva l'opinione critica di Elisa Olivito, secondo cui occorre essere consapevoli che «la preferenza per un giudice costituzionale sempre più attento ai fatti può equivalere a un tentativo di assestamento (anche della giurisprudenza costituzionale) sui rapporti di forza in atto, secondo una distorta idea di Costituzione materiale e a detrimento della Costituzione formale»¹⁴⁶. Adottare una simile impostazione porta, in parte, a ridimensione il problema relativo ai poteri istruttori dalla Corte che perderebbe di rilievo per lasciare spazio alla discussione circa «le prestazioni che ci si aspetta da tale organo. Prestazioni di unità e salvaguardia della prescrittività della Costituzione oppure prestazioni di stretta congruenza ai numi di fatti e ai cambiamenti sociali»¹⁴⁷.

Se, invece, anche condividendosi le preoccupazioni riportate, si ritenesse che l'irruzione del fatto nel processo costituzionale sia un approdo da cui è impossibile tornare indietro, non ci si potrà esimere dall'incoraggiare un mutamento – quantomeno nella prassi – dell'istruttoria costituzionale, che sia coerente con la parabola verso la concretezza seguita dalla giurisprudenza della Corte: se il fatto ha un peso nella decisione, tutto ciò che riguarda la sua acquisizione e il suo apprezzamento non può rimanere nell'ombra.

A tale secondo esito può peraltro pervenirsi qualora si ritenga che, laddove la questione da decidersi sia tecnicamente e scientificamente complessa, il giudice costituzionale non vada lasciato da solo, a prescindere dal tipo d'impiego che la Corte fa delle risultanze empiriche. Questioni tecniche e istruttoria non sono temi con perimetri del tutto coincidenti: se, infatti, il tecnicismo della questione è giuridico, ossia è dato dal fatto che essa presuppone per la sua soluzione la conoscenza di nozioni tecniche proprie delle diverse materie della scienza giuridica (il diritto penale, il diritto privato, il diritto tributario, etc.), non è detto che il Giudice costituzionale necessiti di attivare canali istruttori, ben potendo, viceversa, attingere alla propria “scienza privata”, nonché sviluppare «le proprie conoscenze

I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale, cit., p. 170).

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 173.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 177.

su elementi “di contesto”¹⁴⁸ avvantaggiandosi del dialogo «con i cultori di altre discipline»¹⁴⁹.

Il discorso però muta quando, come sempre più frequentemente accade, alla Corte sono sottoposte questioni tecniche, la cui «soluzione chiama in causa competenze scientifiche o etiche che possono essere controverse, o nel senso che essa può implicare ricadute di rilevante impatto finanziario o anche ordinamentale»¹⁵⁰. In questi casi la necessità di ricorrere all'istruttoria assume tutt'altra profondità.

¹⁴⁸ E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e “questioni tecniche”: i poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., p. 18.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 18.

¹⁵⁰ V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., p. 394.

CAPITOLO 2

LA CORTE E L'ISTRUTTORIA: STATUTO NORMATIVO, PRASSI E FRONTI APERTI

SOMMARIO: 1. Fatti e istruttoria tra motivazione della sentenza e questioni tecnico-scientifiche. – 2. La disciplina relativa ai poteri istruttori della Corte costituzionale: le fonti primarie. – 2.1. Il caso Lockheed. – 2.2. Le fonti secondarie. – 3. Nella prassi: l'uso dell'ordinanza istruttoria. – 4. Altre “vie” d'ingresso del fatto. – 4.1. L'ordinanza di remissione e i fascicoli del giudizio principale. – 4.2. Gli assistenti di studio. – 4.3. Il dialogo tra le Corti. – 5. Le parti dinnanzi alla Corte, i terzi intervenienti e i supplenti degli *amici curiae* prima della riforma delle Norme Integrative del 2020. – 6. Le strade che erano state prospettate dalla dottrina: tra proposte di modifiche normative e inviti a scelte coraggiose. – 6.1. L'alternativa tra il mantenimento di un modello inquisitorio (...). – 6.2. (*Segue*): e soluzioni volte a realizzare una maggiore dialettica probatoria. – 7. La riforma delle Norme Integrative del gennaio 2020 e le sue ripercussioni sull'istruttoria costituzionale. – 8. Il caso paradigmatico dell'istruttoria scientifica e l'opportunità di focalizzare l'attenzione sull'ambito medico-terapeutico.

1. *Fatti e istruttoria tra motivazione della sentenza e questioni tecnico-scientifiche.*

L'evoluzione verso una sempre maggiore concretezza del sindacato di legittimità costituzionale, consistente nell'ascesa della rilevanza del fatto di cui si è dato conto nel precedente capitolo, rende ragione dell'opportunità di una riflessione sul tema dei poteri istruttori¹.

¹ La stretta connessione tra cognizione dell'effettivo *pondus* del fatto nel ragionamento giuridico e necessità di rigore nelle regole che ne accompagnano l'accertamento è stata efficacemente osservata in G. ZAGREBELSKY, *La Giustizia costituzionale*, cit., p. 291:

Tale considerazione deriva, anzitutto, dalla circostanza che «il potere istruttorio serve (dovrebbe servire) alla Corte, come ad ogni altro giudice per acquisire entro il giudizio *dati di fatto*»². Certamente, non si può ritenere che ogni volta in cui il fatto assume un qualche rilievo all'interno del procedimento decisionale della Corte e nelle sue argomentazioni, essa debba azionare i propri poteri istruttori soprattutto quando i fatti presi a riferimento siano «sufficientemente notori»³. Tuttavia, forti sono gli argomenti a sostegno della necessità di una valorizzazione dell'attività istruttoria del Giudice delle leggi, la quale – viceversa – è stata a lungo scarsamente considerata, sia nella prassi⁴ sia negli studi⁵.

Un certo disinteresse verso l'utilizzo di tali poteri è disceso, soprattutto in passato, dalla concezione astratta del sindacato di costituzionalità, inteso precipuamente come giudizio su di un atto normativo⁶. Tale concezione, che in questa sede si è cercato di ridimensionare⁷, se non porta a

«l'esigenza della dilatazione e della regolamentazione del momento probatorio potranno apprezzarsi compiutamente solo quando si assumerà la consapevolezza dell'importanza dei giudizi di fatto che entrano a comporre la fattispecie nel controllo di legittimità costituzionale delle leggi e non ci si accontenterà più del "fatto notorio" apprezzato "a buon senso" dalla Corte stessa, ovvero dall'interpello del governo perché esibisca i dati in suo possesso».

² Cfr. M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, cit., p. 50.

³ G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 57.

⁴ Come si avrà modo di approfondire, nella storia della giustizia costituzionale italiana, è tratto ricorrente il «mancato utilizzo dei poteri di cui la Corte dispone» (N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, cit., p. 16).

⁵ Prima della pubblicazione del volume M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte Costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., le poche opere monografiche ad aver riservato ampia parte della trattazione al tema dei poteri istruttori erano le seguenti: T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit.; G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit.; G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit.

⁶ Cfr. Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, cit., p. 171.

⁷ Come già asserito, il ridimensionamento della concezione astratta del sindacato di costituzionalità è suggerito dall'osservazione e dalla presa di consapevolezza delle evolu-

concludere per l'inopportunità di un ricorso troppo esteso agli strumenti probatori, non può che condurre quantomeno a sminuirne l'utilità.

Ulteriore elemento ad aver giocato contro la valorizzazione dei poteri istruttori è stato, per lungo tempo, la più generale «tendenza “svalutativa”»⁸ della dottrina in relazione alle norme sul processo costituzionale. Si tratta, peraltro, di un *trend* ormai quasi del tutto superato, dal momento che gli approdi più recenti tendono ora ad affermare che «il processo costituzionale è un processo, benché *sui generis*»⁹; riconoscendone quindi il carattere anche giurisdizionale, si ammette la necessità di regole processuali¹⁰.

La scarsa attenzione riservata all'istruttoria costituzionale non ha precluso, però, che voci autorevolissime nel panorama dottrinale¹¹ si esprimessero sul tema. Nel corso degli anni, infatti, si sono affiancate varie ed opposte teorie circa l'utilità e il ruolo dei poteri istruttori.

zioni della giurisprudenza costituzionale, non già da una presa di posizione in favore della torsione verso la concretezza del nostro modello di giustizia costituzionale.

⁸ T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulla legge*, cit., p. 6.

⁹ *Ibidem*, p. 11. Similmente A. RUGGERI, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, cit.

¹⁰ In questo senso cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti, istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte Costituzionale e i fatti*, cit., pp. 17-18. L'Autrice sottolinea «l'esigenza di un diritto processuale costituzionale che si faccia sempre più strutturato», sostenuta dalla ragione che «la possibilità di trasparenza e di massima strutturazione delle regole processuali sia fondamentale, in generale, per giustificare il ruolo della Corte in una società complessa e, soprattutto, quando, come succede in Italia, al Giudice costituzionale si chiede di correggere o, addirittura, di intervenire al posto del legislatore».

¹¹ Oltre alle opere e agli Autori già citati alle note precedenti, giova ricordare A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, cit., p. 1497 ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., p. 1337 ss.; M. CHIAVARIO, *Ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità promossi in via incidentale*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, p. 231 ss.; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1045 ss.; G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del “fatto” nelle decisioni della Corte*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1995, p. 185.

Numerosi sono gli argomenti addotti per disincentivare un ricorso generoso ai suddetti poteri. Tra essi vi è, ad esempio, il rischio paventato di un eccessivo coinvolgimento sul piano psicologico del giudicante, che potrebbe indurlo «inavvertitamente a parteggiare per una certa tesi, prima ancora che questi possa avere una visione completa e serena della vicenda»¹².

Vi è, inoltre, l'argomento relativo alla dilazione temporale del processo costituzionale¹³, in base al quale l'esperimento della fase istruttoria sarebbe d'inciampo al perseguimento di una certa tempestività del decidere.

Alcune ragioni della ritrosia a realizzare «istruttorie mirate o convocazioni di esperti»¹⁴ sono state esplicitate dalla stessa Corte. *In primis*, si è messo in luce il problema della impossibilità di realizzare istruttorie neutre «giacché la scelta degli interlocutori cui rivolgersi rischia essa stessa di non risultare neutrale»¹⁵, non dovendosi sottovalutare la difficoltà di individuare soggetti «disinteressati, non coinvolti nell'esito delle decisioni»¹⁶.

In aggiunta, si è posto in evidenza come la stessa formulazione dei quesiti, dinanzi a questioni controverse, possa «sollevare contrasti»¹⁷ ovvero «presupporre un tipo di conoscenza specifico di cui a loro volta i giudici non sempre dispongono»¹⁸. A proposito di questa obiezione, preme anticipare una considerazione che sarà successivamente approfondita: se le parti processuali adottassero l'uso di produrre, già all'interno delle proprie memorie, dati tecnici ed elementi extragiuridici utili alla miglior comprensione del caso¹⁹ (e lo stesso vale per le opinioni che da poco possono

¹² A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., p. 1339.

¹³ Come ricorda V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., p. 395.

¹⁴ N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, cit., p. 16.

¹⁵ *Ibidem*, p. 16.

¹⁶ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 11.

¹⁷ N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, cit., p. 16.

¹⁸ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 11.

¹⁹ Come auspicato anche da M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 12, secondo cui «tanto le parti private, quanto le Regioni e lo Stato [...] dovrebbero farsi carico

essere presentate anche dagli *amici curiae*)²⁰, i giudici costituzionali potrebbero orientare i propri quesiti alla verifica (o alla integrazione) di quanto già allegato, dando così luogo ad una fase istruttoria improntata alla collaborazione tra parti e Corte.

In ultimo, si è riferito il timore che l'esito dell'istruttoria finisca col vincolare eccessivamente la Corte, privandola dei necessari spazi di libertà decisionale²¹.

Queste obiezioni sono state superate da altra parte della dottrina, incline ad una effettiva implementazione dei poteri istruttori della Corte. Il rischio della dilazione temporale del processo così come l'ultimo menzionato del restringimento degli spazi di libertà decisionale dei giudici costituzionali possono essere stemperati, considerando l'importanza del momento argomentativo e la necessità della cura della motivazione delle pronunce²². Da una parte, l'importanza di quest'ultima, per lo meno «nei casi veramente difficili»²³, rende «più che legittimo [...] sacrificare qualcosa sul piano del rigore dei tempi processuali, per ottenere di più su quello della capacità di persuasione e della forza argomentativa»²⁴. Dall'altra, la preoccupazione per la compressione della libertà decisionale dei giudici può risultare eccessiva considerando che «l'istruttoria è proprio destinata a favorire una decisione più consapevole e motivata»²⁵.

maggiormente di incrementare il corredo tecnico-scientifico della Corte, perché possano entrare nella materia del contendere e nel fecondo contraddittorio, che contraddistingue il processo costituzionale, anche le acquisizioni dello sviluppo tecnico-scientifico quando queste appaiono rilevanti per la decisione».

²⁰ Come sarà chiarito, *infra*, al capitolo 4, le opinioni degli *amici curiae* potrebbero, infatti, offrire uno spunto di partenza per un successivo approfondimento istruttorio da parte della Corte.

²¹ N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, cit., p. 16.

²² Similmente cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 19, ove si nota che in alcune sentenze «le argomentazioni del Giudice costituzionale avrebbero potuto avere una maggiore forza di persuasione, se corredate dall'attivazione di approfondite e formali istruttorie».

²³ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1051.

²⁴ *Ibidem*, p. 1051.

²⁵ N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, cit., p. 16.

Come efficacemente sintetizzato da Valeria Marcenò, molte delle ragioni addotte dalla dottrina per incoraggiare il ricorso a poteri istruttori formali risiede nella circostanza che esso «costringerebbe la Corte a esplicitare l'*iter* argomentativo seguito; a ricercare la motivazione maggiormente persuasiva, rendendola così controllabile dell'esterno»²⁶.

L'esigenza che, nel motivare le proprie sentenze, la Corte sia esaustiva anche in relazione agli elementi fattuali è stata sottolineata, in particolare, per il caso in cui essa si trovi «dinanzi a questioni la cui comprensione richiede conoscenze extragiuridiche [delle quali] non sia in possesso l'uomo medio»²⁷. A questa categoria sono sicuramente ascrivibili le questioni tecniche e i già menzionati «fatti scientifici»²⁸, dei quali si avrà modo di apprezzare il rilievo in relazione alla giurisprudenza costituzionale in materia medico-terapeutica.

Secondo Baldassarre, la necessità di un dispiego, pur oculato, dei poteri istruttori sarebbe più cogente proprio circa l'acquisizione di «informazioni e di conoscenze scientificamente elaborate»²⁹. In questo caso, a patto che ciò non conduca «ad una sorta di giustizia basata sulla statistica»³⁰, l'istruttoria «può svolgere una funzione utile nell'amministrazione della giustizia costituzionale»³¹. Questo è tanto più vero «quando si pongono alla Corte questioni ad alto tasso di scientificità o di complessità tecnica»³² che fanno venire al pettine i nodi più delicati «legati all'accertamento dei

²⁶ V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., p. 396.

²⁷ G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 57.

²⁸ Come precisato al capitolo precedente, alla locuzione «fatti scientifici» (utilizzata anche in M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit.) si possono ricondurre risultati empirici, dati statistici, acquisizione e conoscenze tecnico-scientifiche, opinioni e teorie (minoritarie o maggioritarie che siano) espresse dalla comunità scientifica di riferimento.

²⁹ A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, cit., p. 1501.

³⁰ *Ibidem*, p. 1501.

³¹ *Ibidem*, p. 1501.

³² M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., pp. 10-11.

dati e dei fatti»³³ e che, di conseguenza, spingono la Corte a porsi «il problema di ripensare i propri strumenti e le proprie procedure istruttorie»³⁴.

Perché si possano meglio comprendere le ragioni alla base della necessità di un simile ripensamento, occorre anzitutto ricostruire lo statuto giuridico dei poteri istruttori e il loro concreto utilizzo nella prassi.

2. *La disciplina relativa ai poteri istruttori della Corte costituzionale: le fonti primarie.*

Il quadro normativo, invero scarno³⁵ e ad alto tasso di genericità³⁶, che offre la disciplina dei poteri conoscitivi della Corte costituzione, si compone sia di fonti primarie sia di fonti secondarie e permette di qualificare il modello italiano come inquisitorio³⁷. Tra i principali elementi che consentono d'inquadrare così il nostro modello si segnalano, riassuntivamente, i seguenti: «alla Corte costituzionale spetta non soltanto la competenza ad ammettere prove, bensì anche l'iniziativa probatoria; la Corte non è vincolata alle allegazioni fatte o alle prove dedotte o proposte dalle parti, in omaggio al principio della ricerca ufficiale della verità, che vige nel processo costituzionale; estraneo al giudizio costituzionale è, parallelamente, il principio dell'onere della prova»³⁸.

Venendo al merito delle fonti primarie, *in primis* vi è l'art. 13 della l. 11 marzo 1953, n. 87, «Norme sulla costituzione e sul funzionamento

³³ *Ibidem*, p. 10.

³⁴ *Ibidem*, p. 12.

³⁵ In A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, p. 60 si parla di «povertà di indicazioni normative sui poteri istruttori della Corte». In G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 291, si afferma che il «diritto delle prove» nei giudizi di legittimità costituzionale è costituito da articoli «striminziti».

³⁶ Per ciò che riguarda nello specifico le Norme Integrative, va detto che esse, nel loro complesso, sono state formulate dalla Corte in maniera tale da lasciare ampio spazio alla prassi. Cfr. sul punto E. BINDI, *La garanzia della Costituzione. Chi custodisce il custode?*, cit., p. 24-25.

³⁷ T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 71.

³⁸ *Ibidem*, pp. 71-72.

della Corte costituzionale». Tale norma permette al Giudice delle leggi, laddove «dopo la discussione, non ritenga la causa ancora matura per la decisione»³⁹, di disporre l'audizione di testimoni e anche, in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi⁴⁰, il richiamo di atti o documenti.

La disposizione, seppur non sia esplicitato, si riferisce a qualunque tipo di procedimento innanzi alla Corte⁴¹ e attribuisce ad essa poteri istruttori vastissimi che si estendono fino alla possibilità di richiedere deposizioni orali⁴². Scriveva Sandulli nel 1961 che, all'interno del processo innanzi alla Corte costituzionale, «vale la regola *quidquid in mundo sit in actis (interest rei publicae)* che, per definire il giudizio costituzionale, tutta la realtà venga ad ogni costo conosciuta dal giudice»⁴³. Per questo, «alle indagini della Corte non esiste alcun limite: non sussistono limiti quindi neanche per le deposizioni dei testimoni»⁴⁴. Tuttavia, di fatto, fino alla riforma delle N.I. del 2020, la Corte non si è mai avvalsa di tale ultima facoltà, privilegiando un'istruttoria in forma scritta piuttosto che una in forma orale⁴⁵. Peraltro, come si chiarirà *infra*, se può essere opportuna, nell'ambito del sindacato sulla legge, l'audizione orale di esperti chiamati a rendere opinioni e fornire informazioni, l'istituto della "testimonianza" orale, inteso come deposizione di testimoni informati sui fatti di causa (gli *adjudicative facts*), avrebbe forse ragion d'essere solo all'interno dei giudizi d'accusa avverso il Presidente della Repubblica, i quali per il momento – come noto – non hanno mai avuto luogo.

³⁹ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, p. 230.

⁴⁰ Come nel caso di materie coperte dal segreto di Stato.

⁴¹ Così M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1047.

⁴² Per G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 291, gli strumenti istruttori di cui la Corte dispone sono formalmente amplissimi.

⁴³ Cfr. A.M. SANDULLI, *La giustizia costituzionale in Italia*, Milano, 1961, p. 23.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁵ Il dato, rilevato da Augusto Cerri nel 1978 (cfr. *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., p. 1337), è rimasto immutato per più di 30 anni. È stato necessario che la riforma del 2020 esplicitasse la facoltà per la Corte di audire esperti di chiara fama affinché nel febbraio dello stesso anno avvenisse la prima convocazione in camera di consiglio di "testimoni".

Sempre all'interno della legge del 1953 – e più specificatamente all'art. 22 – si rinvia alle regole processuali (ivi comprese quelle che regolano la fase istruttoria) valide per i giudizi dinanzi alla Suprema Corte amministrativa. Si afferma, infatti, che «nel procedimento davanti alla Corte costituzionale, salvo che per i giudizi sulle accuse [...], si osservano, in quanto applicabili, anche le norme del regolamento per la procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale». Recentemente è stata, da più parti⁴⁶, rilevata la prossimità, almeno dal punto di vista del potere istruttorio, tra i giudizi amministrativi e i giudizi costituzionali. Tuttavia si è dell'opinione che l'estrema laconicità del rinvio *ex art. 22* è sufficiente, di per sé, a determinarne lo scarso rilievo come fonte di regole per l'istruttoria costituzionale⁴⁷.

La facoltà di ricorrere ai poteri istruttori è disciplinata specificatamente anche per il caso di messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica. Rileva a riguardo la l. 25 gennaio 1962, n. 20. L'art. 22, rubricato «Compimento degli atti di indagine», così come sostituito dall'art. 13 della l. 5 giugno 1989, n. 219⁴⁸, prevede che nell'ipotesi anzidetta «il Presidente della Corte costituzionale provveda, direttamente ovvero delegando giudici della Corte, al compimento degli atti di indagine necessari, ivi com-

⁴⁶ A. IANNUZZI, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali* in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte Costituzionale e i fatti*, cit., p. 200 ss. e M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, cit., p. 79 ss.

⁴⁷ Secondo A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., p. 1337, l'art. 22 della l. n. 87/1953 sarebbe inidoneo a fornire una chiave interpretativa dei poteri istruttori della Consulta perché dettato «quando ancora nessuna esperienza di giustizia costituzionale si era avuta». Sul punto si veda altresì N. PIGNATELLI, *Il rinvio dell'art. 22 l. n. 87/1953 al r.d. n. 642/1907: l'inutilità del processo amministrativo e l'anacronismo di un processo costituzionale "senza codice"*, in AA.VV., *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018, p. 227 ss.

⁴⁸ Nella sua formulazione originaria, l'art. 22 era rubricato «Nomina del giudice relatore e del difensore» e disponeva quanto segue: «Il Presidente della Corte costituzionale nomina un giudice per l'interrogatorio e gli atti istruttori ritenuti necessari, e per la relazione; provvede, altresì, alla nomina del difensore di ufficio ove l'imputato non abbia un difensore di fiducia. Quando è in stato di accusa il Presidente della Repubblica, all'interrogatorio, agli altri eventuali atti istruttori e alla relazione provvede personalmente il Presidente della Corte costituzionale».

preso l'interrogatorio dell'imputato, nonché alla relazione».

Sempre in tema di c.d. «giustizia penale costituzionale»⁴⁹, è interessante ricordare che l'articolato del 1962, nella sua primigenia versione, regolava i poteri istruttori della Commissione parlamentare detta «inquirente» incaricata delle indagini a carico del Presidente del Consiglio dei ministri e dei ministri nell'ambito dei procedimenti d'accusa dinanzi alla Consulta⁵⁰. Come è noto, infatti, prima dell'istituzione del c.d. Tribunale dei Ministri ad opera della l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1, la Corte costituzionale giudicava in composizione integrata sulle accuse promosse contro i membri dell'Esecutivo per reati commessi nell'esercizio delle funzioni ministeriali. In questi casi, la fase iniziale del procedimento aveva come protagonista la suddetta Commissione (composta da dieci deputati e dieci senatori eletti da ciascuna camera a maggioranza), la quale poteva procedere «alla indagine ed agli esami con gli stessi poteri, compresi quelli coercitivi e cautelari, attribuiti dal codice di procedura penale al pubblico ministero nell'istruzione sommaria» (cfr. art. 3). Era inoltre prevista la possibilità che venissero esaminati oralmente dei testimoni sia dalla Commissione inquirente, sia dalla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 449 c.p.p. (cfr. art. 4). Alla Commissione era altresì concesso delegare a uno o più commissari il compimento di determinati atti istruttori (cfr. art. 6).

2.1. *Il caso Lockheed.*

Un interessante – ed isolato – esempio di utilizzo delle risultanze istruttorie della Commissione bicamerale all'interno di un processo di giustizia penale costituzionale è offerto dal “caso Lockheed”. La vicenda in parola, risalente agli anni '70, vide la messa in stato d'accusa da parte del Parlamento di alcuni membri del Governo, ritenuti responsabili di aver agevolato la compagnia statunitense Lockheed nella vendita all'Aeronautica italiana dei quadrimotori C-130 Hercules, in cambio del pagamento di ingenti somme di denaro. La pronuncia della Consulta – epilogo del procedimento – portò alla condanna dell'allora Ministro della Difesa per cor-

⁴⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 393.

⁵⁰ Le modalità di esercizio di tale compito erano dettagliate agli artt. 1-16 della l. n. 20/1962.

ruzione e atto contrario ai doveri d'ufficio⁵¹.

Scorrendo le motivazioni della sentenza, nel capitolo relativo allo svolgimento del processo, la Corte espressamente richiama⁵² l'istruzione probatoria condotta dalla Commissione inquirente tramite l'acquisizione della documentazione già in possesso del c.d. Sottocomitato Church⁵³, ma anche mediante l'autonomo reperimento di prove documentali (tra cui titoli e documenti bancari relativi ad operazioni in cui figuravano gli imputati, comunicazioni avvenute per telescrivente, numerosi atti reperiti presso il Ministero della Difesa-Aeronautica, intercettazioni di comunicazioni telefoniche, ecc.) oltre che, infine, attraverso l'escussione di testi informati sui fatti.

Come accennato, il caso Lockheed rappresenta un *unicum* nella storia della giustizia costituzionale: la sentenza seguì di pochi mesi la novella del 1978⁵⁴ che riformò la fase parlamentare del giudizio d'accusa, con lo scopo dichiarato di trasformare in senso solo referente i poteri della Commissione⁵⁵. Detta modifica ha avuto più il carattere di una indicazione di senso della nuova disciplina che non una portata innovativa in sé⁵⁶. Infatti, sebbene la Commissione si vide nominalmente sottrarre la qualificazione di «inquirente», le vennero non di meno attribuiti i poteri propri delle commissioni d'inchiesta, ossia le stesse attribuzioni e le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria. Le nuove disposizioni furono a loro volta abrogate tramite il referendum popolare che si svolse l'8 e il 9 novembre 1987. Il 20

⁵¹ La sentenza, datata 1° marzo 1979, determinò per Mario Tanassi una condanna a due anni e quattro mesi di reclusione, 400 mila lire di multa e all'interdizione dai pubblici uffici.

⁵² Infatti come si legge al par. 22 della decisione in esame, «la relazione approvata dalla Commissione parlamentare inquirente il 10 febbraio 1977, è stata assunta a base dell'atto d'accusa del Parlamento, che ha investito questa Corte del giudizio e che espressamente la richiama».

⁵³ Sottocommissione d'inchiesta statunitense che, prima della Corte costituzionale italiana, aveva iniziato ad occuparsi della vicenda oggetto della pronuncia.

⁵⁴ Si veda in particolare l'art. 9 della l. 10 maggio 1978, n. 170.

⁵⁵ È stato autorevolmente notato che «con la riforma del 1978 si volle ricondurre la commissione in un ambito solo servente il parlamento» (così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 428).

⁵⁶ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 429.

maggio dell'anno successivo il Parlamento promulgò la l. n. 163/1988 contenente le norme necessarie a supplire l'anzidetta abrogazione referendaria ma anche queste ultime cessarono presto d'avere efficacia, giacché le ll. cost. n. 1/1989 e n. 3/1993 sottrassero alla Consulta la competenza sui reati ministeriali⁵⁷.

2.2. *Le fonti secondarie.*

Passando alle fonti secondarie che disciplinano i poteri istruttori della Corte, si rileva come relativamente più dettagliate delle disposizioni sin qui elencate siano le «Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» (N.I.), già modificate – prima della riforma dell'8 gennaio 2020 – nell'ottobre del 2008⁵⁸. Al Capo I, dedicato al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale⁵⁹ e nel quale è stato nel 2020 inserito l'art. 14-*bis* dedicato agli *Esperti*, si trovano gli artt. 12, 13 e 14, rispettivamente rubricati *Mezzi di prova*, *Assunzione dei mezzi di prova* e *Chiusura dell'istruttoria e riconvocazione della Corte*.

Ai sensi dell'art. 12, «La Corte dispone con ordinanza i mezzi di prova che ritenga opportuni e stabilisce i termini e i modi da osservarsi per la loro assunzione». La disposizione è degna di interesse per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, va sottolineato l'utilizzo del termine “prova”. Nel caso della Corte costituzionale, infatti, l'attività istruttoria non coincide necessariamente con l'attività probatoria. Non va, infatti dimenticato che il procedimento cui la norma in esame si riferisce è volto all'accertamento della conformità a Costituzione di una legge o di un at-

⁵⁷ Secondo E. BINDI, *La garanzia della Costituzione. Chi custodisce il custode?*, cit., p. 74, a seguito della riforma del 1989, «il giudizio penale costituzionale sembra quindi essere destinato ad assumere, tra le competenze della Corte, il ruolo di “bella addormentata nel bosco” che molto difficilmente verrà risvegliata dal sonno profondo nel quale è caduta».

⁵⁸ Il testo originario è invece datato 16 marzo 1956.

⁵⁹ In realtà, stanti i rinvii operati dagli artt. 23, 24, comma 4 e 25, comma 4, N.I. le regole istruttorie del Capo I si applicano anche ai giudizi di legittimità costituzionale in via principale, ai ricorsi per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato e ai ricorsi per conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni e tra Regioni.

to avente medesima forza⁶⁰: in questa sede processuale, dunque, «la prova consiste quasi sempre in una richiesta di informazioni»⁶¹. In secondo luogo, la disposizione desta interesse poiché elegge l'ordinanza – che nella legge del 1953 non era menzionata – a mezzo deputato all'espletamento dei poteri conoscitivi della Corte⁶². Tale tipologia di ordinanza deve attenersi alla questione di costituzionalità «nei termini e nei profili individuati dall'atto introduttivo»⁶³, non è condizionata dalla presentazione di un'istanza di parte⁶⁴ e si configura come strumento proprio di un modello probatorio «acquisitivo»⁶⁵.

L'art. 13 delle N.I. indica, invece, i soggetti incaricati dell'assunzione dei mezzi di prova, ossia il giudice istruttore (verosimilmente il giudice relatore del caso *de quo*)⁶⁶ e il cancelliere⁶⁷. Ciò non toglie, tuttavia che «i

⁶⁰ Similmente A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 232: «dato l'oggetto della giurisdizione di costituzionalità “delle leggi e degli atti aventi forza di legge”, l'istruzione probatoria non avrebbe qui potuto avere, per forza di cose, uno spazio paragonabile a quello che le è proprio nei procedimenti civili, penali o anche amministrativi».

⁶¹ Così A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., p. 1336.

⁶² Come si legge in G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 251, «l'adozione di tali ordinanze è decisa in camera di consiglio, anche a seguito di un'udienza pubblica. [...] Il termine entro il quale deve essere espletato l'incombente richiesto è stato variabile (dai 30 ai 120 giorni)».

⁶³ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 230.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 230.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 230.

⁶⁶ Quanto alla sua nomina, si vedano l'art. 7 delle N.I. e l'art. 26 della l. n. 87/1953. In base al primo, «decorso il termine indicato nell'art. 3 (*Costituzione delle parti*), il Presidente nomina uno o più giudici per l'istruzione e per la relazione, cui il cancelliere trasmette immediatamente il fascicolo della causa, con annotazione delle date di deposito». Similmente, sebbene escludendo l'ipotesi di nomine plurime, l'art. 26 della l. 11 marzo 1953 sancisce che «il Presidente della Corte nomina un giudice per la istruzione e la relazione e convoca entro i successivi venti giorni la Corte per la discussione».

Come riferito in A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 89, è accaduto in rarissime occasioni (meno di una decina) che la funzione di relatore fosse affidata a due giudici contemporaneamente. «Ciò in alcuni casi è avvenuto per l'opportunità di utilizzare diverse specializzazioni disciplinari [...], altre volte per mostrare un profilo compatto della Corte su temi di alto spessore politico».

⁶⁷ Come ricostruito in G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di le-*

provvedimenti istruttori, nei giudizi innanzi alla Corte, siano adottati collegialmente»⁶⁸.

L'art. 14 delle N.I. garantisce poi che, espletate le prove, i relativi atti siano depositati nella cancelleria (comma 1) e che il cancelliere, almeno trenta giorni prima della data fissata per la nuova udienza o riunione in camera di consiglio, dia comunicazione del deposito alle parti costituite (comma 2).

Sempre tra le fonti secondarie, è opportuno far breve cenno al «Regolamento Generale della Corte Costituzionale»⁶⁹, il quale al Capo II elenca le attribuzioni della Commissione Studi e Regolamenti⁷⁰. Ivi è sancito che il suddetto Organo «dirige l'ufficio studi» (cfr. art. 28, 1). Quest'ultimo – apparato amministrativo di Palazzo della Consulta – effettua, secondo le direttive impartite dalla Commissione Studi e Regolamenti, ricerche sistematiche e raccolta di documentazione sulla giurisprudenza e sulla dottrina costituzionale e di interesse costituzionale italiana ma anche straniera⁷¹. Le ricerche effettuate dall'ufficio studi non sono da conside-

gittimità costituzionale, cit., pp. 198-199, l'art. 13 delle N.I. va letto in combinato disposto con l'art. 7 del medesimo articolato (così come modificato nel 2008), «a norma del quale il Presidente nomina *uno o più giudici* per l'istruzione e per la relazione, che possono proporre al primo l'acquisizione al giudizio di documentazione, che poi dovrà essere depositata in cancelleria. [...] Sicché è possibile distinguere una prima fase, gestita dal Presidente e dal giudice istruttore, ed una seconda fase ove protagonista diventa l'intero collegio, che provvederà a disporre gli eventuali mezzi di prova ritenuti utili ed alla cui assunzione dovrà ottemperare, appunto, il giudice istruttore».

⁶⁸ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 89. Secondo l'Autore le N.I. hanno, «in qualche senso, corretto la normativa di legge (art. 26, co. 1, l. n. 87/1953) che, prevedendo la nomina di un giudice relatore-istruttore, poteva far pensare ad un potere istruttorio autonomo di questo» (p. 230).

⁶⁹ Pubblicato per la prima volta in G.U. il 19 febbraio 1966, n. 45, edizione speciale e negli anni sottoposto a molteplici modifiche.

⁷⁰ Organo della Corte composto da tre giudici sorteggiati tra quelli che non fanno parte dell'Ufficio di Presidenza e presieduto dal componente più anziano (cfr. art. 27 del Regolamento Generale).

⁷¹ Nel 1995, all'epoca della Presidenza Baldassarre, «sono state impartite direttive presidenziali al fine di impegnare il servizio, nella duplice componente interna e internazionale, a formulare uno schedario basato sulla giurisprudenza italiana e straniera relativo ai principali problemi costituzionali e agli aspetti più rilevanti del processo costituzionale. Lo schedario dovrà essere una raccolta ragionata di giurisprudenza attinente ai vari

rarsi vere e proprie risultanze istruttorie e, infatti, Valerio Onida ha parlato in proposito di «una sorta di para-istruttoria»⁷². Ciò non di meno, è indiscutibile come esse permettano alla Corte di istruirsi su elementi giuridici, diversi da quelli oggetto e parametro del sindacato della Corte, di cui essa necessita per svolgere il proprio compito.

3. Nella prassi: l'uso dell'ordinanza istruttoria.

Salva l'assunzione della relazione redatta dalla Commissione inquirente nel caso Lockheed⁷³, l'unico strumento istruttorio formale che il Giudice delle leggi italiano ha utilizzato è quel particolare tipo di interlocutoria costituita dall'ordinanza istruttoria *ex art.* 12 delle N.I.

A riguardo delle ordinanze interlocutorie, la Corte costituzionale, nella relazione annuale del 2006, aveva affermato che esse, «prive di numerazione, [...] non hanno, generalmente, una rilevanza verso l'esterno, trattando aspetti organizzativi interni alla Corte, come è il caso, ad esempio, dei decreti di rinvio a nuovo ruolo di cause già fissate». Nel caso specifico delle ordinanze istruttorie è bene notare che esse, fino al 1986, venivano sia numerate sia pubblicate nella *Raccolta Ufficiale delle Sentenze e delle Ordinanze della Corte costituzionale*. Tuttavia, a partire dal 1987, la Corte ha smesso sia di numerarle sia di pubblicarle, limitandosi a conservarle presso la propria cancelleria, secondo una prassi⁷⁴ che, fino al caso dell'i-

problemi di merito e soprattutto processuali [...], allo scopo di evitare che nell'immediatezza della discussione si debba dare fede ai ricordi di alcuni giudici (che, magari, si rivelano poi errati) o si prolunghi il dibattito per andare a trovare questo o quel precedente.» (Cfr. A. BALDASSARRE, *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in P. COSTANZO (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, cit., p. 23).

⁷² Cfr. V. ONIDA, *Intervento*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, 2002, p. 368.

⁷³ E salvo il riferimento alle ricerche effettuate dall'ufficio studi.

⁷⁴ Preme sottolineare come l'interruzione della numerazione e della pubblicazione delle istruttorie non sia stata stabilita tramite atto formale ma sia, semplicemente, andata affermandosi per prassi. È possibile che ciò sia legato alla circostanza che, sul finire degli anni

istruttoria pubblicata in calce alla recente sentenza n. 197/2019⁷⁵, non aveva trovato eccezione.

Sebbene l'ordinanza rappresenti per il fatto la via d'ingresso – formale – privilegiata nel giudizio costituzionale, il suo impiego da parte della Corte non è mai stato attuato secondo le sue piene potenzialità.

Un primo profilo che denota un impiego riduttivo delle ordinanze istruttorie riguarda la scelta dei soggetti deputati alla fornitura di dati: sebbene il Governo sia sempre parte nei giudizi di legittimità costituzionale, è rilevante il dato secondo cui nella quasi totalità dei casi in cui l'istruttoria è stata disposta, la Corte ha rivolto la propria richiesta di documenti e informazioni ai Ministeri od altri enti governativi e statali. Tale aspetto non è certo secondario: se i fatti e i dati empirici assumono un ruolo di spicco nelle tecniche di scrutinio della Corte, l'attendibilità e la terzietà della loro fonte è questione di non poco conto⁷⁶. In un'unica, ma significativa evenienza, le parti private costituite hanno contestato l'utilizzo dei poteri istruttori proprio per la scelta della Corte di richiedere informa-

'80, la Corte si trovò a dover decidere un elevatissimo numero di casi e, dunque, abbia interrotto la numerazione per esigenze di economia processuale. A conferma del nesso tra l'aumento di lavoro per la Corte verificatosi all'epoca e l'esigenza dei giudici di snellire le procedure legate allo svolgimento dell'istruttoria si veda quanto ricorda M. CARLI, *Intervento*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, cit., p. 367: «Al tempo dello smaltimento dell'arretrato, [...] il Presidente Saja invitò tutti i giudici a svolgere direttamente l'istruttoria necessaria in quanto, appunto, giudici per l'istruzione. E i singoli giudici hanno scritto a Ministri e Presidenti di Regione chiedendo la trasmissione di atti e anche relazioni o dati su singoli problemi e detto materiale è stato distribuito a tutti i giudici, ma non depositato in cancelleria per metterlo a disposizione anche delle parti».

⁷⁵ Sul punto cfr. G. RAGONE, *L'attivazione del potere istruttorio tra forme consolidate e scelte innovative. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 197 del 2019*, in *Osservatorio cost.*, n. 1/2020, pp. 227 e 232. Si veda altresì G.P. DOLSO, *Ancora un tassello nella elaborazione giurisprudenziale del processo costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 1° marzo 2020, p. 7.

⁷⁶ Per una visione critica sul fatto che le istruttorie formalmente realizzate dalla Corte si traducano per lo più in richieste di informazioni al governo v. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 291: il governo, infatti, «è spesso soggetto interessato e comunque la sua attività di reperimento dei dati richiesti si svolge fuori di qualunque controllo e di ogni contraddittorio».

zioni ad un soggetto non imparziale: ciò avvenne nel corso del procedimento che ha condotto all'emanazione della sent. cost. n. 419/2000, ove il Giudice delle leggi, chiamato a pronunciarsi sulla disciplina relativa al trattamento giuridico ed economico dei dipendenti di Poste Italiane, invitò le Poste medesime a presentare gli elementi ritenuti indispensabili per la decisione.

Perché si comprenda quanto l'assenza di "neutralità" del soggetto interpellato possa incidere negativamente, si pensi al caso emblematico dell'ordinanza del 2 luglio 1987⁷⁷. Qui la Consulta, dovendo giudicare in materia di emittenza radiotelevisiva pubblica e privata, chiese al Ministero delle poste e delle telecomunicazioni di essere edotta circa la situazione tecnica e di fatto dei collegamenti in ponte radio ad uso privato, nonché sulla situazione relativa alle emittenti private (numero, caratteristiche tecniche, frequenze utilizzate in rapporto a quelle disponibili e così via). La relazione ministeriale mise in luce elementi idonei a sostenere che la disponibilità di frequenze non fosse sufficiente a soddisfare le richieste di utenza da parte dei privati, fornendo un dato che si rivelò però, in seguito, infondato.

Merita, inoltre, di essere segnalato il caso dell'ordinanza istruttoria del 30 settembre 1996 con cui la Corte costituzionale chiese al Ministero delle finanze dati relativi al sistema della tassazione IRPEF. Il dicastero impiegò quasi quattro anni ad ottemperare alle richieste e la Consulta poté giungere ad una decisione solo nel luglio del 2000⁷⁸. Questa vicenda, come è stato correttamente messo in luce, «svela un aspetto patologico non indifferente nell'attuazione dei provvedimenti istruttori, consentendo di fatto al Ministero, parte in causa nel giudizio, di disporre della durata del processo»⁷⁹.

In generale, i limiti nella scelta dei soggetti da coinvolgere non sono passati inosservati all'occhio critico della dottrina secondo la quale, stori-

⁷⁷ Cfr. sent. cost. n. 862/1988, *R.i.F.* 4.

⁷⁸ Cfr. ord. cost. n. 412/2000.

⁷⁹ F. CAPORILLI, P.P. SABATELLI, G.M. SBRANA, *Il contraddittorio nei giudizi in via incidentale e principale*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, cit., p. 103.

camente, «il giudice delle leggi ha voluto mantenersi sempre – nell’esercitare i propri poteri istruttori – entro i confini cognitivi della sfera del potere pubblico»⁸⁰. Il che è segno del «carente sfruttamento delle considerevoli potenzialità insite nell’arsenale istruttorio predisposto dal diritto positivo»⁸¹. Ed infatti, stante la laconicità delle norme regolanti i poteri istruttori di cui si è dato conto, nulla ha mai formalmente ostato a che la Corte costituzionale chiedesse «informazioni direttamente ad alcuni centri di ricerca, come ad es. il CNR, l’Istituto Superiore della Sanità o ancora taluni centri medici particolarmente all’avanguardia in determinati settori»⁸² e, più in generale, si avvalsesse di soggetti esperti o specificamente qualificati che fossero terzi rispetto al procedimento pendente.

Un secondo elemento che fa emergere il limitato uso delle ordinanze istruttorie riguarda il contenuto che, per lo più⁸³, simili indagini possiedono. Spesso, infatti, «l’interpello rivolto dalla Corte costituzionale si traduce – almeno parzialmente – in un quesito con potenziale risposta monosillabica. [...] Si ha l’individuazione di uno o più documenti specifici, della cui esistenza, allo stato degli atti, la Corte mostra di essere certa pur senza

⁸⁰ Così G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 252.

Sul punto v. altresì A. PUGIOTTO, *Intervento*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, cit., p. 366. Secondo l’Autore questo utilizzo dell’istruttoria costituzionale somiglia a quanto prevede, per il processo civile, l’art. 213 c.p.c., il quale regola la richiesta d’informazioni alla pubblica amministrazione.

⁸¹ Cfr. Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l’accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, cit., p. 170.

⁸² Così G. D’AMICO, *La Corte e lo stato dell’arte*, cit., p. 446 e nota 65.

⁸³ Non mancano, tuttavia, eccezioni. In alcuni casi le richieste istruttorie sono state impiegate per «comprendere in modo più specifico il caso concreto da cui ha preso origine la questione o il contesto applicativo della disposizione impugnata, al fine di poterne valutare per un verso il significato “vivente”, per altro verso la concreta incidenza sulle dinamiche socio-economiche ad essa sottese» (così G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 254). In proposito, si vedano – tra le altre – l’ordinanza del luglio ’87 di cui si è detto *supra* oppure l’ordinanza 20 dicembre 1991 che richiedeva alla Presidenza del Consiglio «anche tramite i ministri competenti e l’ISTAT» informazioni necessarie ad accertare l’incidenza della indennità integrativa speciale sulla retribuzione complessiva dei dipendenti pubblici.

averne il possesso, e la cui trasmissione [...] viene pertanto sollecitata in modo puntuale dalla pronuncia istruttoria»⁸⁴. Gli oggetti di cognizione di alcune delle principali ordinanze istruttorie emanate nell'ultimo ventennio sono chiara esemplificazione di quest'utilizzo ridotto dello strumento in questione. Si annoverano tra essi: la documentazione relativa alla tariffa della tassa di concessione regionale per le aziende faunistico-venatorie o per le riserve di caccia⁸⁵; la lettera con la quale un senatore della Repubblica aveva comunicato al Presidente della Commissione parlamentare "antimafia" la decisione del gruppo di "Forza Italia" di non partecipare ad un convegno⁸⁶; una relazione del Presidente del Consiglio attestante l'entità della tassa di concessione regionale e, se prevista, dell'eventuale soprattassa, per le aziende faunistico-venatorie o per le riserve di caccia⁸⁷; il verbale di un'interrogazione parlamentare⁸⁸; la relazione allegata al verbale di una riunione del Consiglio dei Ministri⁸⁹; dati contabili relativi alla compilazione di bilanci pubblici e all'uso di fondi strutturali⁹⁰. In nessuno di questi casi sono stati oggetto di cognizione formale studi, opinioni di esperti, acquisizioni scientifiche o elementi tecnici capaci di fare luce sulle questioni, spesso complesse, che la Corte è chiamata ad affrontare. Quasi sempre si tratta, invece, di richieste relative a documentazione che preesiste nella sfera del soggetto (per lo più pubblico) interpellato.

Alla luce di quanto delineato, non sorprende che, già nel 1973, autorevole dottrina notasse con biasimo che «rispetto ai giudizi di costituzionalità di altri Paesi, la Corte costituzionale italiana mostra una minore propensione all'utilizzazione formale di statistiche o di altri dati custoditi presso organi o enti»⁹¹. E nel corso della storia della giustizia costituzio-

⁸⁴ Così M. CHIAVARIO, *Ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità promossi in via incidentale*, cit., p. 234.

⁸⁵ Ord. cost. 10 aprile 2002.

⁸⁶ Ord. cost. 24 aprile 2002.

⁸⁷ Ord. cost. 2 luglio 2002.

⁸⁸ Ord. cost. 10 luglio 2002.

⁸⁹ Ord. cost. 14 novembre 2003.

⁹⁰ Cfr. l'ordinanza allegata alla sent. cost. n. 197/2019.

⁹¹ Cfr. A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, cit., p. 1497.

nale tale critica non è mai stata sopita: la letteratura degli anni '80 ha registrato che in quel periodo «le istruttorie non hanno conosciuto una fioritura particolare, rimanendo in limiti quantitativi assai modesti»⁹²; la dottrina degli anni '90 lamentava «il numero limitato di giudizi nei quali si effettua un'istruttoria formalizzata»⁹³; nel 2002 è stato evidenziato in senso critico un uso «assai parco delle ordinanze istruttorie da parte del nostro giudice costituzionale, a dispetto di quanto avviene in altri paesi»⁹⁴ e, in tempi ancor più recenti, è stato sottolineato come nel sessantennio tra il 1956 e il 2016 «la Corte costituzionale ha pronunciato *soltanto* 93 ordinanze istruttorie»⁹⁵.

Se si osserva l'evoluzione della frequenza nell'utilizzo delle istruttorie⁹⁶, si coglierà che il *trend* – da un punto di vista squisitamente quantitativo – ha subito nel tempo un deciso arresto. Nei primi decenni del suo operato, la Consulta ha fatto un uso delle ordinanze istruttorie che, seppur non ampio, risulta alquanto variegato: delle 44 ordinanze *ex art.* 12 N.I. disposte nell'arco temporale compreso tra il 1956 e il 1989, la maggior parte (27) è stata pronunciata all'interno di giudizi di legittimità in via incidentale; ordinanze istruttorie si possono altresì rinvenire, pur in numeri decisamente più contenuti, nell'ambito del sindacato in via principale (6), dei ricorsi per conflitti Stato-regioni (10) e, persino, all'interno di un ricorso per conflitto tra poteri (1)⁹⁷.

⁹² M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1070.

⁹³ T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 258.

⁹⁴ Così G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'art.*, cit., p. 444.

⁹⁵ M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, cit., p. 50, nota 3. Considerate le ordinanze istruttorie pronunciate dal 2016 ad oggi, ci si attesta ancora sotto la quota delle 100 ordinanze.

⁹⁶ L'elenco delle ordinanze istruttorie emanate dal 1956 al 1996 è stato stilato da Tania Groppi in *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., pp. 265-279. Per quelle a seguire cfr. M. NISTICÒ, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, cit., p. 60 ss.

⁹⁷ Si tratta dell'ord. 21 dicembre 1978, n. 85, sfociata nella sent. cost. n. 150/1981. In quel caso il Ministro per la marina mercantile aveva sollevato conflitto d'attribuzione avverso l'ordinanza del Pretore di Genova che vietava la pesca e la commercializzazione del

L'acceso dibattito registratosi negli anni '70 e '80⁹⁸ dimostra come quelle siano le decadi che detengono l'imbattuto primato nel numero di istruttorie utilizzate dal Giudice costituzionale⁹⁹. Taluni Autori dell'epoca – forse eccessivamente diffidenti – rimproverarono persino alla Corte un abuso nell'utilizzo di uno strumento che, nei fatti, produceva effetti dilatori all'interno dei procedimenti in cui veniva impiegato¹⁰⁰.

Con l'inizio degli anni '90, tuttavia, si è assistito ad un'inversione di rotta, con una parabola discendente durata per decenni. Eppure, in questo lasso temporale non sono affatto mancati processi caratterizzati dal coinvolgimento di questioni di alta complessità tecnico-scientifica, rispetto ai quali – più che in altre occasioni – sarebbe stata auspicabile un'ampia e trasparente istruttoria da parte della Consulta. Si prenda, a titolo esemplificativo, la prima celebre sentenza sul caso Ilva¹⁰¹, con cui la Corte ha rigettato la questione di legittimità sollevata sul decreto provvedimentale attraverso il quale il Governo ha autorizzato la prosecuzione temporanea dell'attività produttiva dell'acciaieria. Nella pronuncia del 9 maggio 2013, n. 85, la Consulta ha affermato che il bilanciamento realiz-

novellame su tutto il territorio nazionale. Prima di giungere all'accoglimento della doglianza del Ministero, la Corte costituzionale ha ritenuto necessario ordinare alla cancelleria di chiedere alla Pretura di Genova copia di tutti gli atti del procedimento cui si riferiva l'ordinanza oggetto del conflitto.

⁹⁸ Si vedano tra gli altri A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit.; A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, cit. e M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit.

⁹⁹ Delle 44 pronunce di cui si è detto ben 31 sono state pronunciate nel ventennio in parola: per la precisione 16 tra il 1972 e il 1979 e le restanti 15 tra il 1980 e il 1989.

¹⁰⁰ La critica era riferita alle ipotesi in cui, secondo la dottrina, i dati raccolti dalla Corte avevano il solo scopo di rendere più convincente dal punto di vista retorico la soluzione adottata. «In tal caso [...] le informazioni che la Corte ritiene opportuno procacciarsi dovrebbero essere preferibilmente acquisite o attraverso le notizie di fatto allegare dalle parti o in via assolutamente informale. Se così non fosse, la richiesta formale di dati [risulterebbe] un ingiustificato atto dilatorio» (cfr. A. BALDASSARRE, *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, cit., p. 1499).

¹⁰¹ Per una completa ricostruzione della vicenda pregressa alla statuizione si rimanda a G. ARCONZO, *Il decreto legge "ad Ilvam" approda alla Corte Costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2013, pp. 34-43.

zato dalla normativa impugnata doveva presumersi ragionevole in quanto recepiva criteri di protezione ambientale assai stringenti, «avuto riguardo ... all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili»¹⁰². La vicenda è indubbiamente complessa, *in primis* perché oggetto del sindacato è una disposizione il cui schema generale prevede la combinazione tra un atto amministrativo (l'AIA¹⁰³) ed una previsione legislativa; *in secundis* perché coinvolge beni giuridici in conflitto tra loro di indiscussa rilevanza, i quali vanno dal diritto alla salute e ad un ambiente salubre, alla libertà d'iniziativa economica privata, all'interesse al mantenimento dell'occupazione e alla continuità produttiva.

La Corte, giustamente, ha osservato come non rientrasse nelle attribuzioni del giudice una sorta di «riesame del riesame» circa il merito di un atto amministrativo quale l'AIA, perché «le opinioni del giudice, anche se fondate su particolari interpretazioni dei dati tecnici a sua disposizione, non possono sostituirsi alle valutazioni dell'amministrazione sulla tutela dell'ambiente, rispetto alla futura attività di un'azienda» (n. 10.3); e quindi «non può essere ammesso che un giudice (ivi compresa questa Corte) ritenga illegittima la nuova normativa in forza di una valutazione di merito di inadeguatezza della stessa, a prescindere dalla rilevata violazione di precisi parametri normativi, costituzionali o ordinari, sovrapponendo le proprie valutazioni discrezionali a quelle del legislatore e delle amministrazioni competenti», in assenza di una «manifesta irragionevolezza della nuova disciplina dettata dal legislatore e delle nuove prescrizioni contenute nell'AIA riesaminata» (n. 12.6)¹⁰⁴.

Ciononostante, resta un punto irrisolto: non è infatti chiaro come, senza istruirsi a dovere, la Corte possa rilevare o escludere tale “manifesta

¹⁰² Così al par. 10.3 *C.i.D.*

¹⁰³ Ci si riferisce all'Autorizzazione integrata ambientale (AIA) rilasciata all'Ilva di Taranto il 26 ottobre 2012.

¹⁰⁴ Osserva al riguardo Valerio Onida (*Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Riv. AIC*, n. 3/2013, p. 3): «Queste chiare e insistenti puntualizzazioni della Corte riconducono, come si vede, al punto essenziale, al “cuore” del problema [...]: quale sia il confine fra compiti degli organi politici e compiti dei giudici, quando si tratti di apprezzare gli effetti futuri di un'attività di per sé lecita, i rischi che vi possono essere collegati e l'equilibrio fra rischi e vantaggi».

irragionevolezza”. Tenuto conto che «apprezzamento tipicamente discrezionale, [...] non vuol dire privo di ogni limite e incontrollabile»¹⁰⁵, un sindacato di legittimità relativo ad una questione di tale tecnicismo che prescinda totalmente dall'acquisizione di elementi e cognizioni sul fatto più approfondite rispetto a quanto percepibile dal senso comune sembra difficilmente pensabile.

In anni recentissimi, in controtendenza con quanto appena descritto, si è verificata una certa valorizzazione dell'ordinanza istruttoria nell'ambito della giurisprudenza in materia contabile-finanziaria. Come è noto, anche a seguito della riforma costituzionale del 2012 che ha costituzionalizzato il principio dell'equilibrio tra indebitamento e spesa pubblica, la Corte costituzionale si è occupata con crescente frequenza di «questioni di bilancio, della sua trasparenza, dell'adeguatezza degli stanziamenti e della copertura finanziaria delle leggi, intervenendo con decisioni molto incisive e con un sindacato che si è fatto nel tempo molto più stringente»¹⁰⁶. In questo contesto merita di essere segnalata l'attivazione del potere istruttorio realizzata in occasione delle sent. cost. nn. 188/2016 e 197/2019.

Nel primo caso, un conflitto Stato-Regione in materia di finanza regionale, «l'incostituzionalità “accertata ma non dichiarata” viene [...] posta ad oggetto di un tema di prova che, a cura della stessa Corte, è stato equamente ripartito tra le due parti. Le censure di costituzionalità sono state dichiarate fondate [solo] dopo che una rilevante attività istruttoria è stata condotta interrogando sugli elementi di fatto rilevanti per la decisione entrambe le amministrazioni, ed è della valutazione complessiva dei dati ricavati che la Corte deduce – senza un'applicazione rigoristica delle regole dell'onere della prova – la dimostrazione della prevalenza delle ragioni dell'autonomia. L'istruttoria assume quindi un ruolo centrale nella decisione sostanziale»¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Così V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, cit., p. 3.

¹⁰⁶ M. CARTABIA, *Consulta e crisi: bilanciamento tra persone, risorse e comunità*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 novembre 2019.

¹⁰⁷ F. GUELLA, *Omesso rispetto del principio pattizio ed effettività del sindacato costituzionale: la neutralità della riforma fiscale tra poteri istruttori della Corte e modulazione nel tempo degli effetti di annullamento della legge*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2017, p. 206. Sul punto cfr. altresì G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Le*

Quanto alla sent. cost. n. 197/2019¹⁰⁸, essa innesta sul tronco di una pronuncia di accoglimento – in relazione ad una parte delle questioni di costituzionalità sollevate dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri sulla legge di stabilità 2018 della Regione Siciliana – una richiesta istruttoria, i cui contenuti sono dettagliati in un'apposita ordinanza irritualmente allegata e pubblicata in calce, che sospende e posticipa il giudizio della Corte con riguardo agli ulteriori profili di illegittimità prospettati da parte ricorrente. Non è la prima volta che il Giudice delle leggi decide di stralciare alcune delle questioni di un ricorso per motivi istruttori¹⁰⁹ ma, in questo caso, la Corte non si limita a richiamare l'ordinanza con le richieste istruttorie. Essa è riportata in calce ed è lasciato considerevole spazio all'introduzione delle questioni "sospese" in attesa di integrazioni della documentazione le cui rispettive richieste istruttorie sono state rivolte ad entrambe le parti coinvolte nel ricorso¹¹⁰.

Regioni, n. 1-2/2017, p. 245: «Va sottolineato, a conferma della strumentalità dell'istruttoria disposta in relazione alla decisione finale, che ogni scansione del ragionamento della Corte volto a disvelare altrettanti profili di illegittimità costituzionale compare un riferimento ai dati ricavati dall'istruttoria».

¹⁰⁸ Per un più ampio commento al caso, sia consentito rimandare a G. RAGONE, *L'attivazione del potere istruttorio tra forme consolidate e scelte innovative. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 197 del 2019*, cit., p. 226 ss.

¹⁰⁹ Era già accaduto, ad esempio, con la sent. cost. n. 111/1999. In questa occasione la Corte era stata chiamata a pronunciarsi su quattro diverse disposizioni contenute nella l. 23 dicembre 1996, n. 662. Con ordinanza emanata in data 11-22 febbraio 1999, i giudici costituzionali avevano disposto in via istruttoria l'acquisizione di informazioni e documenti relativi alla presunta incostituzionalità di due delle norme impugnate, riservando ogni altra decisione sul ricorso. Stralciate tali questioni, la Corte si era dunque limitata a decidere sulle rimanenti due.

¹¹⁰ Alle parti erano stati concessi 60 giorni per adempiere agli oneri istruttori. Nel *C.i.d.* della sent. cost. n. 62/2020, intervenuta a decidere le questioni lasciate in sospenso dalla sent. cost. n. 197/2019, si legge che soltanto la Regione Siciliana ha presentato la documentazione richiesta entro la scadenza indicata. Fuori termine sono, invece, stati sottoposti alla Corte i dati di competenza dello Stato e allegazioni integrative da parte della Regione, la quale contestualmente chiedeva che fosse dichiarata inammissibile la tardiva risposta statale.

In dottrina si è sostenuto che «laddove una delle parti non evada le richieste istruttorie ritualmente avanzate, la Corte può dare per "provate" quelle circostanze che, nell'ot-

Sebbene si tratti di due sole pronunce, sembra corretto ritenere che dal rafforzamento della giustiziabilità della Costituzione economica, cui è connessa la necessità di «valutazioni *lato sensu* economiche da parte della Corte costituzionale»¹¹¹, si assisterà ad un incremento del ricorso alle ordinanze istruttorie¹¹².

tica della parte che le aveva evocate, fornivano la base giustificativa della richiesta di illegittimità della legge impugnata» (G.P. DOLSO, *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., p. 252). L'esigibilità dell'interpello istruttorio è un tema molto delicato, non essendo solo ipotetiche le evenienze in cui la Corte può scontrarsi con la scarsa collaborazione dei soggetti cui rivolge le proprie richieste: basti pensare che nella sent. cost. n. 379/2003 è riportato che la Presidenza della Camera dei Deputati rifiutò la trasmissione della documentazione ordinata, eccependo, *inter alia*, che le informazioni richieste fossero comunque reperibili diversamente. Inoltre, in più di un'occasione, il mancato rispetto del termine da parte del destinatario della richiesta ha costretto la Corte a dar luogo alla reiterazione della stessa, come nel caso della sent. cost. n. 110/2005 (Cfr. G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 251).

Segnando un importante approdo sul punto, la sent. cost. n. 62/2020 chiarisce che il termine assegnato dalla Corte per gli incumbenti istruttori deve ritenersi perentorio, per due ordini di motivi. *In primis*, per l'esigenza di assicurare tempestività all'espletamento del giudizio costituzionale; *in secundis*, per la necessità di garantire, in ordine a uno strumento processuale, pregiudiziale ai fini del decidere, la parità delle parti in un giudizio in via d'azione.

La Corte si dice «consapevole che, nell'ambito dei giudizi incidentali, è accaduto che siano state reiterate richieste istruttorie in quanto la risposta pervenuta in prima battuta era stata ritenuta insufficiente». Tuttavia, sostiene che tale prassi non contrasti con la decisione di dichiarare inammissibile una risposta tardiva nel giudizio in via di azione, quando l'altra parte abbia invece ottemperato nel termine assegnato. Spetta dunque alla Corte valutare preliminarmente se i dati trasmessi dalla parte diligente siano idonei ad assicurare, ai fini del decidere, certezza e affidabilità. «Solo ove detti dati non siano sufficienti possono essere richiesti nuovi ulteriori incumbenti istruttori, assegnando tuttavia, in ossequio al principio del contraddittorio e al diritto di difesa, un nuovo termine a entrambe le parti». Sulla base di tali considerazioni, la Consulta ha deciso di non ammettere la documentazione probatoria presentata fuori termine dal Presidente del Consiglio dei ministri e le integrazioni probatorie tardive dalla Regione Siciliana.

Tutto da verificare sarà, in futuro, se e come la Corte troverà il modo di sanzionare la mancata risposta a richieste istruttorie rivolte a soggetti diversi dalle parti del giudizio.

¹¹¹ A.J. GOLIA, *L'equilibrio di bilancio e le sue corti: considerazioni su legittimazione della Corte dei conti e giudizio incidentale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2019, p. 902.

¹¹² *Ibidem*.

4. Altre “vie” d’ingresso del fatto.

Stante il suo modesto impiego¹¹³, non può ritenersi che l’istruttoria formale tramite ordinanza sia «il solo canale che consenta al fatto di penetrare nella cittadella del giudizio costituzionale»¹¹⁴, né può pensarsi che ogni volta in cui si riscontrano nella giurisprudenza costituzionale affermazioni e argomentazioni basate su acquisizioni tecniche o conoscenze specifiche, esse siano state precedute dall’attivazione del potere istruttorio, così come descritto nelle N.I.

Talvolta, i giudici costituzionali attingono a «conoscenze specialistiche personali e amicali»¹¹⁵, una sorta di “scienza privata” dell’intero collegio o del singolo relatore¹¹⁶. Altre volte, essi fanno riferimento a nozioni e giudizi di fatto, prescindendo da qualunque accertamento istruttorio, non ritenuto necessario: è questo il caso dei fatti notori e delle massime esperienziali. Ricorrono assiduamente nelle pronunce della Consulta espressioni quali “è noto che”, “notorie risultanze”, ecc. Sebbene la Corte li qualifichi come “notori”, non sempre si tratta di dati e nozioni acquisite dalla collettività con certezza tale da poterli ritenere incontestabili o non bisognevoli di prova¹¹⁷.

La riprova della larghezza con cui, talvolta, la Consulta ricorre a questo tipo di affermazione è rappresentata da un cruciale passaggio della sent. cost. n. 162/2014, con la quale la Corte ha sancito l’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa *ex lege* n. 40/2004. Al punto 9 del *Considerando in diritto*, si legge che la tecnica riproduttiva in esame,

¹¹³ Secondo T. GROPPI, *Intervento*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, cit., p. 361, una delle ragioni principali dello scarso utilizzo dell’istruttoria formalizzata è che essa non sarebbe funzionale alle esigenze pratiche che la Corte si trova ad affrontare. In particolare la necessaria collegialità dell’ordinanza *ex art.* 12 N.I richiede un eccessivo allungamento del giudizio.

¹¹⁴ Cfr. M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., pp. 1047-1048.

¹¹⁵ G. D’AMICO, *La Corte e lo stato dell’arte*, cit., p. 444.

¹¹⁶ N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, cit., p. 16.

¹¹⁷ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., p. 1350.

«alla luce delle notorie risultanze della scienza medica, non comporta [...] rischi per la salute dei donanti e dei donatari eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica». Rispetto alle “risultanze” che fondano tale giudizio, nulla è aggiunto: la Corte sembra considerare “notorie” talune cognizioni proprie dell’arte medica «per le quali, invece, sarebbe, forse, opportuno precisare, non solo la fonte di provenienza, ma anche i motivi per i quali si ritengono incontrovertibili»¹¹⁸. Non sono infatti così numerosi i dati, le opinioni scientifiche e le teorie la cui veridicità è auto-evidente e che, in virtù di tale auto-evidenza, possono rientrare nella definizione di fatto “notorio”.

Al di là delle conoscenze e del bagaglio culturale di cui sono portatori i quindici giudici della legge, nonché del supporto che è loro offerto dai fatti notori e dalle massime d’esperienza, pronunce come quelle relative al divieto di eterologa o al citato caso Ilva inducono a prefigurare l’esistenza di altre fonti più informali di cognizione¹¹⁹. Si pensi, ad esempio, ai fatti conoscibili tramite l’ordinanza di remissione e i documenti che provengono dal processo principale, alle ricerche realizzate dagli assistenti di studio dei giudici costituzionali o, ancora, agli elementi che i giudici possono acquisire nel contesto del c.d. dialogo tra le Corti.

4.1. *L’ordinanza di remissione e i fascicoli del giudizio principale.*

I Presidenti emeriti della Corte costituzionale Bile e Flick, all’interno delle Relazioni di fine anno rispettivamente del 2006-2007 e 2008, hanno commentato il mancato utilizzo di ordinanze istruttorie affermando che «ciò, evidentemente, dimostra che sono state ritenute sufficienti le informazioni che sono giunte alla Corte attraverso l’ordinanza di rimessione (o eventualmente, con l’attività dei soggetti intervenuti o costituitisi in giudizio)»¹²⁰. L’affermazione riportata individua nell’ordinanza di remissio-

¹¹⁸ Così G. D’AMICO, *La Corte e lo stato dell’arte*, cit., p. 444 a riguardo della giurisprudenza costituzionale sul fatto scientifico.

¹¹⁹ Cfr. M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell’intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 12.

¹²⁰ “Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2007” in occasione dell’incontro del Presidente Franco Bile con la stampa, Palazzo della Consulta, 14 febbraio 2008, p. 35.

ne uno strumento che, in determinate circostanze, può considerarsi succedaneo all'ordinanza istruttoria. Lo stesso può dirsi per i fascicoli del processo *a quo*, trasmessi dal giudice remittente ai giudici costituzionali che, quantomeno circa gli *adjudicative facts* del processo principale¹²¹, rappresentano le principali fonti d'informazione. L'importanza e l'utilità di tale documentazione aumenta qualora provenga da giudizi in cui siano stati acquisiti mezzi probatori e magari siano state disposte anche CTU: in tali evenienze essi, pur non vincolando in alcun modo la Corte, rappresentano per quest'ultima uno strumento conoscitivo davvero prezioso. La loro acquisizione non presenta, però, particolari caratteri di pubblicità o specifiche garanzie. Quando il giudice *a quo* dispone la sospensione del procedimento principale, semplicemente trasmette il fascicolo alla cancelleria della Corte costituzionale che, a sua volta, lo trasmette al giudice relatore così come previsto dall'art. 7 N.I.

4.2. *Gli assistenti di studio.*

Tra le vie d'ingresso del fatto in Corte, non classificabili come istruttorie formali, vanno considerate le informazioni che il singolo giudice relatore reperisce, senza il tramite della cancelleria, attraverso i propri collaboratori. Egli, infatti, nel riferire alla Corte circa i casi a lui affidati, oltre che sul bagaglio delle proprie conoscenze extra-giuridiche, può contare sulle informazioni che è in grado di raccogliere attraverso gli assistenti di studio, i quali, in certa misura, svolgono il ruolo che nel diritto romano era proprio dei *consiliari*¹²². E così, ad un «esiguo numero di ordinanze istruttorie “formali” si contrappongono, specie a partire dalla Presidenza Saja, molte istruttorie “informali” svolte dal singolo giudice relatore tramite i suoi assistenti, delle quali però non si ha alcuna notizia ufficiale»¹²³. Gli assistenti

¹²¹ Come giustamente notano F. CAPORILLI, P.P. SABATELLI, G.M. SBRANA, *Il contraddittorio nei giudizi in via incidentale e principale*, cit., p. 95 «per le vicende del giudizio *a quo* potrebbe anche essere sufficiente il contenuto del fascicolo d'ufficio trasmesso dal giudice [...], mentre per gli altri elementi, salvo il caso dei fatti notori, appare del tutto indispensabile una ricerca attiva attraverso le acquisizioni della Corte».

¹²² Il paragone sarà ripreso, *infra*, al capitolo 4.

¹²³ Così G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte*, cit., p. 444. A riguardo si veda an-

sono, di fatto, chiamati a compiere indagini informali volte ad acquisire informazioni nella totale assenza di trasparenza e contraddittorio¹²⁴.

L'unica possibilità di una sorta di "istituzionalizzazione" si può avere nella misura in cui le informazioni degli assistenti sono reperite attraverso il Servizio studi e il massimario presso la Corte costituzionale di cui si è detto in precedenza. Tale ufficio, oltre alle ricerche su dottrina e giurisprudenza, era stato dotato di una sezione "per la documentazione degli oneri finanziari e delle decisioni", ora soppressa¹²⁵ ma in passato istituita¹²⁶ «al limitato fine di acquisire informazioni in ordine al "costo" di

che T. GROPPI, *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, cit., p. 171, ove si legge che all'istruttoria formale «la Corte ha preferito, in molte occasioni, peraltro difficilmente quantificabili, una istruttoria di tipo informale [...], cioè l'acquisizione di documenti ed informazioni svolta direttamente dal giudice istruttore-relatore o dai suoi assistenti di studio».

¹²⁴ G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte*, cit., p. 446. Cfr. di nuovo anche M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 12: «il profondissimo lavoro di istruttoria che gli assistenti di studio del giudice relatore svolgono in merito a ciascun caso a lui affidato includono, oltre a tutti i materiali giuridici rilevanti – leggi, giurisprudenza, dottrina giuridica – anche i pertinenti dati scientifici e tecnici».

Scrivono Tania Groppi che di tale attività «non viene data notizia se non a fini meramente interni» (T. GROPPI, *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, cit., p. 171).

¹²⁵ In dottrina è stata da più voci auspicata la ricostituzione di tale Ufficio. In particolare, si veda T. GROPPI, *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, cit., p. 269 ss.; S. SCAGLIARINI, *La quantificazione degli oneri finanziari delle leggi tra Governo, Parlamento e Corte costituzionale*, Milano, 2006, p. 250 e, più recentemente, Sabino Cassese (*Pensioni, le strade possibili della Corte costituzionale*, in *Il Corriere della Sera*, 12 maggio 2015), il quale ha affermato: «La Corte, in un passato abbastanza lontano, si era dotata di uffici che valutavano le conseguenze finanziarie delle sue decisioni. Riteneva, quindi, di dover svolgere il suo ruolo di tutore della Costituzione bilanciando la tutela dei diritti con quella dell'equilibrio finanziario, da cui anche discendono diritti».

¹²⁶ L'istituzione di quest'Ufficio fu fortemente voluta dal Presidente Baldassarre. Invero egli, inizialmente, propose che fosse l'Avvocatura dello Stato ad assumersi l'onere di quantificare le spese per lo Stato derivanti da eventuali decisioni di accoglimento, «non tanto per dare ad esse il crisma dell'ufficialità, quanto, piuttosto, per consentire alla controparte di dire la sua. Già il fatto che le parti possano discutere su questo aspetto sarebbe per la Corte di estrema importanza». Sul punto si veda T. GROPPI, *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, cit., p. 275.

eventuali pronunce di accoglimento»¹²⁷. Le suddette informazioni potevano essere reperite dall'Ufficio tramite il ricorso «a una cinquantina di fonti diverse e, a partire dall'ingresso in Corte delle ordinanze di remissione»¹²⁸, confluivano in un report recante, *inter alia*, la quantificazione economica del costo di una eventuale sentenza di accoglimento.

4.3. *Il dialogo tra le Corti.*

In relazione alla necessità di acquisire elementi extra-giuridici utili alla decisione, in letteratura non si è mancato di rilevare come un sussidio possa essere offerto dal dialogo tra le Corti, inteso quale circolazione e conoscenza della giurisprudenza di diverse giurisdizioni¹²⁹. Secondo questa impostazione, quando i giudici – anche costituzionali – si trovano a dover dare interpretazione a concetti non giuridici, possono trovare nelle sentenze di altre Corti definizioni cui rifarsi. È questa, ad esempio, una dinamica tipica delle giurisdizioni che si occupano di immigrazione e protezione internazionale¹³⁰, ove la necessità di dare interpretazione a con-

Successivamente, presa la decisione di dotare la Corte di una struttura permanente incaricata di elaborare stime e calcoli, il Presidente emerito giustificò nei seguenti termini l'utilità di un simile organo: «le esigenze finanziarie pubbliche entrano nel bilanciamento dei valori, nel senso che non sono tali da paralizzare pronunzie di accoglimento su palesi violazioni di diritti sociali, ma possono illuminare il significato del bilanciamento operato dal legislatore nel dare attuazione ai diritti sociali sanciti dalla Costituzione. [...] Rispetto a ciò è di grande utilità, ai fini del sindacato dell'eventuale irragionevolezza del legislatore, conoscere le implicazioni finanziarie di una determinata scelta e dell'eventuale modifica conseguente a una pronunzia d'incostituzionalità. Un onere insostenibile, infatti, renderebbe in pratica la pronunzia come *inutiliter data*». Così A. BALDASSARRE, *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, cit., pp. 23-24.

¹²⁷ T. GROPPI, *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, cit., p. 171 ss.

¹²⁸ Si veda di nuovo A. BALDASSARRE, *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, cit., p. 24.

¹²⁹ Di questo avviso A. RUGGERI, *Dialogo tra le Corti, tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione del linguaggio costituzionale*, in C. MARAZZINI, A. MASTROMARINO, A. RUGGERI, *La lingua della Costituzione, la lingua nella Costituzione*, Napoli, 2018, p. 105.

¹³⁰ Sul punto cfr. M. KOWALSKI, *International Refugee Law and Judicial Dialogue from*

cetti quali “persecuzione politica”, “alternativa di fuga” o “paese sicuro” induce le Corti ad attingere alla giurisprudenza comparata il significato da attribuire a tali formule¹³¹. Capita, inoltre, che i riferimenti a decisioni di altri giudici riguardi «*factual determinations of situations in the country of origin concerned*»¹³².

Quanto alla giustizia costituzionale, un simile utilizzo della comparazione rileva soprattutto in relazione alle «questioni micidiali»¹³³ del biodiritto (si pensi ad esempio alla nozione di embrione), in presenza delle quali è opinione diffusa che «il giudice non può essere lasciato solo con se stesso»¹³⁴. Più specificatamente, sempre più spesso soprattutto in materia di inizio e fine-vita, «la prospettiva della comparazione è divenuta strumento di ridefinizione semantica di istituti [...] nonché metodo di lavoro basilico [...] per il giudice che maneggia i diritti della persona e le scelte che questa compie. Comparazione che non costituisce orpello ornamentale destinato ad abbellire e rendere dotte le decisioni del giudice, ma piuttosto criterio ermeneutico capace di giocare un ruolo di sostanza pieno ed importante quando il giudice è chiamato ad interpretare il quadro normativo»¹³⁵.

Non è facile valutare se e in quale misura la Corte costituzionale italiana si avvantaggi di questo tipo di dialogo. Nondimeno, alcune assonanze argomentative permettono di non escludere che ciò avvenga¹³⁶. Interessante in questa prospettiva è mettere a paragone la già citata sent. cost. n. 162/2014, che ha aperto alla possibilità di praticare nelle strutture sanitarie italiane la procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, e la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso SH e

the Polish Perspective, in A. WYROZUMSKA (a cura di), *Transnational Judicial Dialogue on International Law in Central and Eastern Europe*, Łódź, 2017, p. 365 ss.

¹³¹ *Ibidem*, p. 367.

¹³² *Ibidem*, p. 367.

¹³³ A. RUGGERI, *Dialogo tra le Corti, tutela dei diritti fondamentali ed evoluzione del linguaggio costituzionale*, cit., p. 105.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ R. CONTI, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in *Giustiziainsieme.it*, 27 gennaio 2019.

¹³⁶ Per un maggiore approfondimento di questo aspetto, cfr. G. RAGONE, *Valutazioni e fatti scientifici tra ragionevolezza e proporzionalità: brevi note sul ragionamento giuridico della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 285 ss.

altri c. Austria. Pur senza confondere «l'identità degli schemi argomentativi»¹³⁷ delle due giurisdizioni, è possibile individuare una certa affinità nel modo in cui entrambe le Corti hanno dato rilievo al tema dei rischi per la salute derivanti dalla fecondazione eterologa.

Nell'ambito del caso SH, vertente su di una legge austriaca in tema di PMA ritenuta in contrasto con gli artt. 8 e 14 della CEDU, la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata una prima volta nell'aprile 2010 e poi, una seconda, nella forma della Grande Camera, l'anno successivo¹³⁸, innescando un vivace dibattito dottrinale¹³⁹. Per ciò che qui interessa, soprattutto nella prima sentenza i giudici di Strasburgo offrono alcune considerazioni circa il ruolo della scienza medica nel processo normativo. In particolare, la Corte afferma «che i rischi connessi alle nuove tecniche in un settore delicato quale è quello della procreazione medicalmente assistita devono essere seriamente considerati e che il primo compito del legislatore interno è di accertare questi rischi»¹⁴⁰. In un secondo passaggio, dopo aver valorizzato il fatto che il legislatore austriaco aveva posto alcune limitazioni alla pratica della PMA al fine di «evitare rischi alla salute non necessari»¹⁴¹, la sentenza sottolinea però come sia stato commesso un errore nella valutazione dei suddetti rischi, dal momento che i timori relativi alla nocività degli effetti della fecondazione eterologa non si sarebbero potuti considerare – allo stato delle acquisizioni scientifiche –

¹³⁷ Cfr. G. ROMEO, *La comparazione degli argomenti in tema di diritti: le trasformazioni del giudizio di ragionevolezza*, in *DPCE*, n. 2/2017, p. 281.

¹³⁸ Cfr. SH e altri contro Austria, n. 57813/00, Prima Sezione, decisione del 1° aprile 2010 e Grande Camera, decisione del 3 novembre 2011.

¹³⁹ Sul caso, *ex multis*, cfr. L. VIOLINI, *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quad. cost.*, n. 3/2010, p. 632 ss.; B. VIMERCATI, A. OSTI, *Le limitazioni alla procreazione medicalmente assistita: ragionevoli scelte legislative o illegittime interferenze dello Stato?*, in A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA (a cura di), *Desafios para los derechos de la persona ante el siglo XXI: vida y ciencia*, Cizur Menor, 2013, p. 155 ss.; C. GRABENWATER, B. KRAUSKOPF, *Sh and others v. Austria: a larger margin of appreciation in complex field of law*, in *Quad. cost.*, n. 1/2012, p. 155 ss.; S. CATALANO, *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*, in *Riv. AIC*, 2 luglio 2010.

¹⁴⁰ Par. 76.

¹⁴¹ Par. 78.

più minacciosi di quelli legati alle pratiche di fecondazione omologa. La conclusione non è supportata da un'analisi svolta in proprio; infatti, la Corte sembra dedurre la non eccessiva pericolosità della pratica medica dal mero fatto che all'epoca della decisione solo tre Stati contraenti ponevano un divieto totale di PMA eterologa. In altre parole dal consenso giuridico sull'accessibilità a tali tecniche viene desunta l'esistenza di un consenso anche scientifico circa l'assenza di seri rischi per la salute. Pochi anni dopo tale sentenza, la Corte costituzionale italiana giunge, come si è visto, a simili conclusioni, anch'essa senza l'esperimento di indagini istruttorie formali. Nella sent. cost. n. 162/2014, la Corte, *inter alia*, individua infatti quale profilo di irragionevolezza insito nel divieto di eterologa sancito dalla l. n. 40/2004 il fatto che il legislatore abbia sovrastimato gli effetti negativi che dalla liberalizzazione della suddetta pratica possono prodursi sulla salute di donatori e donatari di gameti. L'argomento è esattamente lo stesso presentato dalla prima Sezione della Corte EDU nel 2010, secondo cui «in caso di fecondazione in vitro omologa il rischio corso dalla donna da cui gli ovuli vengono adottati s[ono] gli stessi»¹⁴² che si corrono in caso di fecondazione eterologa. Dal momento che nessuna istruttoria è stata formalmente condotta dalla nostra Corte per giungere a simili considerazioni è lecito avanzare l'ipotesi che, più che su fatti notori, essa in qualche misura, si sia “appoggiata” sulle affermazioni fatte dalla Corte di Strasburgo.

5. *Le parti dinanzi alla Corte, i terzi intervenienti e i supplenti degli amici curiae prima della riforma delle Norme Integrative del 2020.*

Il ruolo che possono svolgere le parti nell'istruire i giudici su elementi di fatto rilevanti per la decisione è, ad oggi, articolato ed eterogeneo, seppur non davvero incisivo¹⁴³. Per lo più, dalla prassi emerge come il regime delle prove non sia influenzato dall'iniziativa delle parti¹⁴⁴ e ciò appa-

¹⁴² Par. 78.

¹⁴³ T. GROPPI, *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, cit., p. 151 ss.

¹⁴⁴ M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, n. 3/2019, p. 321 ss.

re coerente con il fatto che, più in generale¹⁴⁵, dal momento che il giudizio costituzionale è considerato principalmente “obiettivo”¹⁴⁶, la presenza della parte privata «non risulta necessaria ai fini non solo dello svolgimento, ma anche della conclusione del processo costituzionale»¹⁴⁷.

Nel caso del giudizio incidentale, entro venti giorni dall'avvenuta notifica dell'ordinanza di remissione, le parti del procedimento principale (ed anche il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Presidente della Giunta regionale) «possono esaminare gli atti nella cancelleria e presentare le loro deduzioni»¹⁴⁸ sui fatti esposti, così costituendosi in giudizio. «Nello stesso termine possono essere prodotti nuovi documenti relativi al giudizio di legittimità costituzionale»¹⁴⁹ ed essere presentate prove precostituite. Qualora le parti si siano in tal modo costituite, il Presidente della Consulta convoca la Corte per la discussione in udienza pubblica. Fino al dodicesimo giorno libero prima dell'udienza «è ammesso il deposito nella cancelleria della Corte di memorie illustrative»¹⁵⁰. È usuale che, nell'imminenza dell'udienza, le parti depositino uno scritto difensivo che «può avere diverse funzioni»: tra le altre, esso può servire «per dare atto di circostanze di fatto [...] rilevanti per l'oggetto del giudizio»¹⁵¹.

Giunti all'udienza, i difensori delle parti hanno facoltà, seppur succintamente, di esporre i motivi delle conclusioni e, se interrogati dal Presidente o dal relatore, di fornire specifici approfondimenti circa «i punti più importanti» della discussione¹⁵², senza tuttavia poter replicare alle ar-

¹⁴⁵ Sulla generale irrilevanza delle parti nel sindacato di costituzionalità in via incidentale, cfr. R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., *passim*.

¹⁴⁶ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 176. Secondo l'Autore, il processo costituzionale è principalmente “di diritto obiettivo” «in quanto costruito prevalentemente sull'interesse all'eliminazione della legge incostituzionale». Tuttavia, in diversi momenti del giudizio incidentale, emergono alcuni tratti tipici del «processo “di parti”».

¹⁴⁷ M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit.

¹⁴⁸ Cfr. art. 25, commi 2 e 3, l. n. 87/1953.

¹⁴⁹ Cfr. art. 3 N.I.

¹⁵⁰ Cfr. art. 10 N.I.

¹⁵¹ G. FALCON, *La Corte costituzionale italiana e i suoi utenti*, cit., p. 129.

¹⁵² Cfr. art. 17 N.I. La richiesta agli avvocati di pronunciarsi su punti specifici «non

gomentazioni di controparte. Inoltre, è prassi consolidata che le parti approfittino dell'udienza pubblica anche per depositare ulteriori atti e documenti.

Nel caso di mancata costituzione delle parti, oppure nell'ipotesi di pronostico di manifesta infondatezza della questione¹⁵³, il Presidente convoca i giudici della Consulta in Camera di consiglio. In questa evenienza, la possibilità che le parti contribuiscano a fornire elementi di fatto alla Corte è assai limitata: se da un lato «è ben vero che, anche nel caso di convocazione della Corte in camera di consiglio, i soggetti costituiti [...] possono presentare memorie illustrative, ai sensi dell'art. 10 N.I.», dall'altro «ben può accadere che tali soggetti dedichino gran parte delle loro memorie difensive a motivare la necessità di rinviare la questione alla pubblica udienza»¹⁵⁴. In ogni caso, sia che abbia avuto luogo l'udienza pubblica sia che la strada prescelta sia stata quella della Camera di consiglio, terminata la fase della discussione, le parti restano estranee alle ulteriori fasi del processo.

Teoricamente, il loro contributo all'istruzione probatoria della Corte può andare oltre l'allegazione e la presentazione di elementi fattuali: sebbene non sia previsto espressamente, le parti possono dare impulso, tramite istanza, all'esperimento dei poteri istruttori formali della Consulta. Come ricordato in un recente scritto di Marilisa D'Amico¹⁵⁵, si registrano infatti nella giurisprudenza costituzionale taluni isolati e risalenti casi in cui la Corte ha acconsentito ad utilizzare i poteri conoscitivi proprio su richiesta di parte¹⁵⁶. Molto più spesso, però, è accaduto che la Corte,

è frequente. Se fosse frequente, non sarebbe male che gli avvocati – ovviamente tutti allo stesso modo – fossero preavvertiti della opportunità di chiarire tali aspetti» (G. FALCON, *La Corte costituzionale italiana e i suoi utenti*, cit., p. 131).

¹⁵³ Si legge in T. GROPPI, *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, cit., pp. 158-159 che nella prassi, a partire dagli anni '80, è andata accentuandosi la tendenza ad un uso esteso della Camera di consiglio per accelerare lo smaltimento dell'arretrato. «Oggi, a conclusione di questa evoluzione, la convocazione della Corte in Camera di consiglio può avvenire per: a) "pronostico" di manifesta infondatezza; b) "pronostico" di manifesta inammissibilità; c) mancata costituzione delle parti del processo *a quo*».

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 161.

¹⁵⁵ M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit.

¹⁵⁶ È questo il caso dell'ord. n. 61/1959, la quale venne pronunciata dalla Corte a se-

in capo alla quale non esiste alcun obbligo di risposta, si rifiutasse di dar luogo agli accertamenti istruttori richiesti dalle parti.

Particolarmente rilevante è il diniego opposto dalla Consulta alla richiesta istruttoria avanzata nel giudizio che ha condotto alla sent. cost. n. 207/1983. Una delle parti costituitesi in giudizio aveva domandato ai giudici costituzionali di acquisire un parere emesso dall'Ufficio legislativo del Ministero di grazia e giustizia riguardo all'equivalenza tra due tipologie di abilitazioni professionali. Nel caso specifico, il dubbio di legittimità costituzionale, in relazione all'art. 33 Cost., verteva su di una disposizione normativa che non prevedeva la necessità dell'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio professionale anche nei confronti degli abilitati all'insegnamento della ragioneria negli istituti tecnici commerciali. La Corte ha motivato il rigetto della richiesta di acquisizione del parere ministeriale affermando che «una domanda del genere non può essere accolta, dal momento che i mezzi istruttori utilizzabili nei giudizi sulla legittimità costituzionale delle leggi, in applicazione dell'art. 13, l. n. 87/1953 e dell'art. 12 delle Norme Integrative del 16 marzo 1956, giovano allo scopo di conoscere dati od elementi di fatto, non già per stabilire in qual modo si debba interpretare la disciplina impugnata». Oltre che per la nettezza del rifiuto, l'affermazione merita rilievo perché costituisce una – seppur apodittica – rara indicazione della Corte sulla finalità dei poteri istruttori, de-

guito della richiesta di una delle parti di integrare l'acquisizione documentale già ottenuta per il tramite una precedente istruttoria esperita *ex officio* (ord. cost. n. 75/1958). Anche all'esito delle risultanze così raccolte, la Consulta pronunciò in seguito la sent. cost. n. 15/1960.

Cfr. altresì la sent. cost. n. 33/1961, dove si afferma che: «Questa Corte, avvalendosi dei poteri istruttori previsti dagli artt. 13 della l. 11 marzo 1953, n. 87, e 12 delle Norme integrative e *in accoglimento di istanza in proposito avanzata dalla difesa delle parti private*, ha ritenuto opportuno, sospesa ogni pronuncia sulle questioni di causa, acquisire i documenti relativi ai procedimenti di espropriazione nei confronti delle sorelle Caterina ed Eleonora Ricasoli Firidolfi, ivi compresi tutti gli atti concernenti la dichiarazione di esonero; ed all'uopo, con ordinanza 10 giugno 1960, n. 42 ha disposto che l'Ente per la colonizzazione della Maremma toscano-laziale e il Ministero dell'agricoltura e delle foreste depositassero nella cancelleria della Corte i documenti di cui sopra».

Da ultimo, rileva l'ordinanza istruttoria letta in udienza il 16 maggio 1979 che ha preceduto la sent. cost. n. 92/1981. In quella circostanza l'attivazione del potere istruttorio giunse come conseguenza della richiesta in tal senso mossa dall'Avvocatura dello Stato.

scritti come inidonei all'acquisizioni di opinioni.

Altro interessante caso di diniego delle richieste istruttorie di parte è offerto dalla sent. cost. n. 84/2016, con cui il Giudice delle leggi ha rigettato la questione di legittimità costituzionale relativa al divieto ricerca scientifica sugli embrioni umani stabilito dall'art. 13, commi 1 e 3 della l. n. 40/2004. Qui la Corte ha rigettato la richiesta di ammissione di prova orale avanzata da alcune parti, finalizzata a «dare voce agli scienziati»¹⁵⁷, non tanto però sulla base di una non necessità o non opportunità di tale intervento ma in virtù di un vizio procedurale, dal momento che esse si erano costituite tardivamente. Da parte sua, invece, l'Avvocatura di Stato aveva contestato la richiesta istruttoria asserendo che, nella specie, non sussistessero «i presupposti per una attività istruttoria né in generale, né in particolare con riferimento a quella specificamente richiesta, poiché in ogni caso, i nominativi indicati della citata istanza di parte sono quelli di studiosi che hanno scritto sull'argomento e i cui contributi scientifici (definiti dalla dottrina “microverità scientifiche”) possono essere facilmente acquisiti e considerati nell'ambito della consueta attività preparatoria da parte degli Uffici della Corte»¹⁵⁸.

Come notato in dottrina, fondando il diniego sulla tardività della costituzione, la Corte sembra essersi dimenticata che, essendo i poteri istruttori formali esperibili *ex officio*, se lo avesse ritenuto utile ai fine della decisione, avrebbe potuto comunque accogliere il suggerimento e attivarli in via autonoma, indipendentemente dall'ammissibilità dell'istanza di parte¹⁵⁹. Questa vicenda, in cui la richiesta di attivazione del potere istruttorio proveniva in particolare da un'associazione che aveva chiesto di intervenire in giudizio per aderire alla prospettazione del giudice *a quo*, ritenendosi a ciò legittimata in ragione dei suoi obiettivi statutari¹⁶⁰, offre la

¹⁵⁷ Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2016, p. 172.

¹⁵⁸ Cfr. *R.i.F.* 9.

¹⁵⁹ Cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, cit., p. 179.

¹⁶⁰ Si trattava dell'Associazione Vox – Osservatorio italiano sui Diritti, la quale ha tra i propri obiettivi statutari quello di aiutare le persone a conoscere, difendere e rivendicare i propri diritti.

cifra della marginalità del ruolo assunto – anche a fini istruttori – dagli «altri soggetti» che, *ex art. 4, comma 3, N.I.*, possono intervenire nel solo giudizio in via incidentale¹⁶¹.

A quest'ultimo riguardo è bene ricordare come, fino a poco tempo prima della riforma delle N.I. del 2020, la giurisprudenza costituzionale sia stata costante nell'affermare che soggetti terzi, diversi rispetto alle parti del processo *a quo*, possono eccezionalmente essere ammessi al giudizio¹⁶². Tale eccezionalità veniva riscontrata «nel caso di giudizio direttamente incidente su posizioni giuridiche soggettive, quando non vi sia la possibilità per i titolari delle medesime posizioni di difenderle come parti nel processo stesso, è stata, così, ammessa la costituzione nel giudizio incidentale di legittimità della parte non costituita nel giudizio *a quo*, quando: a) viene sollevata una questione dalla cui risoluzione dipende l'intervento in questo giudizio del soggetto che ha chiesto di costituirsi nel processo costituzionale (sent. n. 429 del 1991); b) l'interesse a stare nel giudizio di costituzionalità sorge dall'ordinanza di rimessione, con la quale la stessa Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale di fronte a sé medesima (sent. n. 20 del 1982); c) l'interesse di cui è titolare il soggetto, pur se formalmente esterno rispetto ad un giudizio cautelare, inerisca immediatamente al rapporto sostanziale, rispetto al quale – con riguardo alla concreta formulazione da parte del giudice rimettente della questione di costituzionalità – un'eventuale pronuncia di accoglimento eserciterebbe una influenza diretta, tale da produrre un pregiudizio irrimediabile della posizione soggettiva fatta valere. Se, in tali casi, non si ammettesse la costituzione, si darebbe luogo ad un giudizio direttamente incidente su situazioni soggettive, senza la possibilità per i titolari di difenderle come parti nel processo stesso (sent. n. 314 del 1992)»¹⁶³.

Pertanto, per valutare la possibilità di apertura del contraddittorio nei confronti delle parti non costituite, è stato necessario che la Corte svol-

¹⁶¹ Per ciò che concerne il giudizio in via principale, è consolidato l'orientamento della Corte volto ad escludere l'ammissibilità di soggetti diversi dalla parte ricorrente e dal titolare della potestà legislativa il cui esercizio sia oggetto di contestazione (*ex plurimis*, cfr. sent. cost. nn. 265, 129, 103, 80, 59, 51/2006 e nn. 469, 383 e 336/2005).

¹⁶² Vedi in particolare le sent. cost. nn. 20/1982, 429/1991 e 314/1992.

¹⁶³ Cfr. sent. cost. n. 315/1992, par. 2 del *Considerato in diritto*.

gesse «una indagine caso per caso dei fatti del processo *a quo*»¹⁶⁴ e degli elementi fattuali addotti dai terzi per motivare il proprio intervento. Ciò ha costituito canale d'ingresso in Corte per un ventaglio assai ampio di fatti e ha permesso che soggetti privati o pubblici, interessati ad un certo esito del giudizio di legittimità, utilizzassero la richiesta d'intervento – pur non essendo titolari di posizioni giuridiche soggettive rilevanti – per presentare alla Consulta atti e memorie contenenti informazioni che hanno finito con l'essere indiretto strumento di istruzione dei giudici costituzionali.

Questa prassi ha trovato attuazione sino all'autunno del 2018. Fino a quel momento, infatti, lo schema processuale consentiva la presentazione di memorie di parte che, anche nell'ipotesi (sovente) in cui la Corte dichiarava inammissibile l'intervento, erano ormai entrate nell'orizzonte della Corte¹⁶⁵. In particolare, quanto agli atti scritti presentati da soggetti non legittimati, «la cancelleria non [poteva] che accoglierli e collocarli nel fascicolo, in vista del trattamento che i giudici vorranno dare ad essi»¹⁶⁶. Quanto, invece, alle argomentazioni orali, di cui il soggetto interveniente dispone unicamente per sostenere la propria ammissibilità¹⁶⁷, non era infrequente che esse si trasformassero in vere e proprie argomentazioni sul merito del caso, «e ciò tanto più quanto più è certo che il proprio intervento sarà giudicato inammissibile – e che dunque non vale la pena di sprecare il tempo nel tentativo impossibile di convincere la Corte del contrario»¹⁶⁸. Dunque, proprio nell'opportunità di fornire alla Corte dati e informazioni in assenza di contraddittorio¹⁶⁹, poteva cogliersi la ragione

¹⁶⁴ Cfr. F. BENELLI, *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, cit., p. 131.

¹⁶⁵ Similmente R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., p. 7. Ivi si afferma che il ruolo formalmente riconosciuto all'*amicus curiae* nel giudizio dinanzi alla Consulta è semplicemente «costituito da soggetti che chiedono di intervenire costituendosi in giudizio, e a cui la Corte risponde negativamente, pur acquisendo di fatto le memorie».

¹⁶⁶ G. FALCON, *La Corte costituzionale italiana e i suoi utenti*, cit., p. 132.

¹⁶⁷ La Corte, per prassi, può ammettere la parte ad argomentare sulla sua ammissibilità in camera di consiglio, ovvero in udienza.

¹⁶⁸ G. FALCON, *La Corte costituzionale italiana e i suoi utenti*, cit., p. 132.

¹⁶⁹ Per lungo tempo, anche grazie alle poche indicazioni contenute al Capo I delle Norme Integrative, anche i documenti depositati dai terzi che intendano costituirsi sono stati semplicemente trasmessi dal cancelliere al giudice relatore.

delle frequenti richieste “di ingresso” rivolte al giudice costituzionale, anche in palese assenza dei requisiti indispensabili.

Interessante a riguardo è quanto avvenuto in occasione del nutrito contenzioso Stato-Regioni dei primi anni 2000 in materia di elettrosmog: sebbene si fosse in presenza di procedimenti in via principale (ove l'ammissione di soggetti diversi dalla parte ricorrente e dal titolare della potestà legislativa il cui esercizio sia oggetto di contestazione è pacificamente esclusa), accadeva che spiegassero richiesta d'intervento in giudizio le principali società di telefonia mobile operanti in Italia¹⁷⁰. Considerato che, in tutti i casi, la Consulta ha dichiarato inammissibile tali interventi, è possibile ritenere come il ripetersi dei tentativi da parte delle medesime società fosse giustificato dalla possibilità di utilizzare il deposito delle memorie e la discussione per l'ammissione quale vettore per portare alla conoscenza dei giudici costituzionali fatti ed argomenti utili alla definizione dei giudizi in corso.

La prassi appena descritta che, in una qualche misura ha a lungo supplito alla mancanza nel nostro sistema di giustizia costituzionale dell'*amicus curiae*, è stata arginata dall'intervento del Presidente Giorgio Lattanzi. Con una lettera del 21 novembre 2018 indirizzata alla cancelleria della Corte, il Presidente ha ordinato che, da quel momento, al terzo fosse concesso unicamente di rappresentare le proprie argomentazioni a sostegno della sua richiesta d'intervento. Solo in un secondo ed eventuale momento sarebbe stata possibile la trattazione in camera di consiglio dell'ammissibilità dell'intervento¹⁷¹.

Rimanendo in tema di prassi che si sono sviluppate probabilmente anche in conseguenza dell'impossibilità per la Corte di ricevere *amicus curiae* *briefs*, occorre fare riferimento a due ulteriori canali di cognizione. In prima istanza bisogna considerare i contributi presentati di propria sponte – e in assenza di qualsiasi quadro normativo – da esperti di discipline specifiche: «report, dati, relazioni, articoli, *memorandum* che pervengono spontaneamente da studiosi o istituzioni sono sempre tenuti in conside-

¹⁷⁰ Cfr. tra le altre, le sent. cost. nn. 336/2005, 103/2006, 450/2006.

¹⁷¹ Sulla vicenda cfr. A. RUGGERI, *Nota minima a riguardo di una proceduralizzazione anomala dell'intervento del terzo nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta Online*, 2018, III, p. 616 ss.

razione dai giudici»¹⁷². In secondo luogo, un certo ruolo è giocato dalla dottrina¹⁷³ e dalla realizzazione di seminari di studio su questioni specifiche. Si pensi, ad esempio, ai c.d. “Seminari preventivi ferraresi – *Amicus Curiae*”¹⁷⁴, dedicati all’approfondimento di un caso pendente davanti alla Corte costituzionale e volti a favorire una migliore collaborazione tra dottrina e giurisdizione costituzionale¹⁷⁵. Il medesimo scopo caratterizza i seminari di approfondimento organizzati dalla stessa Corte costituzionale, costituzionale, su problematiche nuove o particolarmente difficili. Come è stato detto, «finora, si è trattato per lo più di un confronto con esponenti della cultura giuridica, [... ma] nulla impedirebbe alla Corte di interloquire con medici, scienziati o altri esperti»¹⁷⁶.

Per quanto utili allo scopo di aiutare la Corte ad assumere decisioni con maggiore consapevolezza dell’attuazione pratica delle disposizioni contestate¹⁷⁷ e una migliore rappresentazione degli interessi sottesi, le vie ora descritte rimangono vettori informali di conoscenze che, certo, entrano nell’orizzonte conoscitivo dei giudici costituzionali ma non è detto che trovino rilievo nell’argomentazione che sottende alla decisione finale.

¹⁷² M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 12.

¹⁷³ Della stessa opinione D. TEGA, *La dottrina come amica curiae. L'esperienza della Corte costituzionale italiana*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina. Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Napoli, 2015, p. 105 ss.

¹⁷⁴ Sul punto si veda quanto riferito in S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Milano, 2015, p. 174.

¹⁷⁵ Cfr. www.amicuscuriae.it.

¹⁷⁶ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 12.

¹⁷⁷ E. CATELANI, *Il ruolo del giudice a quo e dell'ordinanza di rimessione nella determinazione del contraddittorio nel giudizio incidentale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 137.

6. *Le strade che erano state prospettate dalla dottrina: tra proposte di modifiche normative e inviti a scelte coraggiose.*

Alla luce di quanto descritto, si comprende perché, da tempo, parte della dottrina ha suggerito l'opportunità di un ripensamento dell'istruttoria costituzionale. A parere di chi scrive, vi sono tre ordini di ragioni che, più di altri, rendevano necessario un cambiamento. *In primis*, come si è cercato di mettere in luce, i fatti sono sempre più parte integrante della motivazione delle sentenze della Corte e, pertanto, una maggiore trasparenza degli impianti argomentativi e una più solida garanzia per le parti in causa circa i processi sottesi alla loro acquisizione si riflette su una più piena legittimazione del giudice costituzionale. *In secundis*, si condivide l'idea secondo cui «il carattere “bifronte” del nostro organo di giustizia costituzionale, [...] teso alla ricerca della garanzia tanto dei diritti soggettivi che del diritto obiettivo, non nega affatto l'esistenza e la validità delle regole processuali»¹⁷⁸. Tra esse, in particolare, il principio del contraddittorio che, per la sua fundamentalità, deve trovare albergo anche in relazione all'istruttoria. In terzo luogo, la riflessione sui poteri istruttori è resa necessaria dal crescere dalla complessità delle questioni sottoposte al vaglio della Corte costituzionale.

Prima di verificare come e in che misura la recente riforma delle N.I. abbia risposto alle tre esigenze segnalate, preme dare conto di quali prospettive fossero state suggerite in letteratura al fine di «rompere la solitudine dell'interprete dinanzi a questioni di costituzionalità complesse (giuridicamente) e delicate (politicamente)»¹⁷⁹. Le principali proposte emerse in dottrina possono suddividersi in due macro categorie: da un lato, quelle insistenti su una maggiore regolamentazione dei poteri istruttori esperibili *ex officio* dalla Corte e, dall'altro, quelle che ruotano attorno all'ampliamento del contraddittorio e al ruolo delle parti e dei terzi intervenienti.

¹⁷⁸ L. CALIFANO, *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, cit., p. 11. Sul punto cfr. altresì R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale e il suo processo*, cit., p. 1096, secondo il quale, il rispetto delle regole processuali è garanzia del valore della prevedibilità, per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che sarà il comportamento processuale della Corte.

¹⁷⁹ L. CASSETTI, *Quanto contano la conoscenza e l'accertamento dei “fatti” per la Corte costituzionale?*, cit., p. 285.

6.1. *L'alternativa tra il mantenimento di un modello inquisitorio (...).*

Tra le più significative proposte di revisione della disciplina dei poteri conoscitivi della Corte favorevoli al mantenimento di un'impostazione inquisitoria della fase istruttoria, in rispetto del principio della ricerca ufficiale della verità, si segnala innanzitutto quella suggerita da Tania Gropi nel 1997¹⁸⁰.

Muovendo dalla considerazione che la ritrosia della Corte rispetto all'utilizzo dei propri poteri formali non sarebbe dovuta al disinteresse verso i fatti, quanto piuttosto alla circostanza che essa si ritiene libera di «acquisire gli elementi di fatto quando e come vuole»¹⁸¹, l'Autrice ha suggerito di intervenire normativamente per limitare tale discrezionalità della Corte, quantomeno in relazione all'*an* dell'istruttoria, ossia alla possibilità di scegliere se svolgerla o meno. La proposta, volta ad ottenere istruttorie più trasparenti (e più frequenti), era dunque intesa a modificare le norme vigenti «attraverso la definizione della nozione dei fatti notori, per i quali non è richiesta un'istruttoria formalizzata [...]; oppure, tramite la individuazione, per via di definizione o di enumerazione, degli elementi che debbono essere acquisiti in maniera formalizzata»¹⁸².

Nella direzione di una maggiore trasparenza ed istituzionalizzazione di ciò che già avviene nella prassi, si è poi sviluppata l'idea della previsione «nelle norme integrative di ordinanze istruttorie non solo collegiali ma anche del singolo giudice relatore, in maniera tale da coniugare l'esistenza indubitabile di informazioni e documenti con quella di una maggiore pubblicità dell'attività istruttoria»¹⁸³.

Circa, invece, la questione dell'individuazione dei soggetti da interpellarsi, è stato suggerito di prevedere la possibilità per la Corte di richiedere pareri a personalità dotate di particolari competenze¹⁸⁴, paragonabili a dei

¹⁸⁰ T. GROPPi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 257.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 258.

¹⁸² *Ibidem*, p. 260.

¹⁸³ Cfr. G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte*, cit. p. 446.

¹⁸⁴ T. GROPPi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 261.

“consulenti d’ufficio” siano essi soggetti singoli, ovvero enti o istituzioni. Suggestioni in tal senso sono emerse nel contesto del dibattito, cui si è già fatto riferimento, circa l’opportunità della ricostituzione di un ufficio presso la Corte per la documentazione degli oneri finanziari e delle decisioni.

Non sulle Norme Integrative, bensì direttamente sull’art. 13 della l. n. 87/1953, intendeva incidere il disegno di legge A.S. n. 1952, presentato dall’on. Lanzillotta e altri, in materia di istruttoria e trasparenza dei giudizi di legittimità costituzionale¹⁸⁵. L’articolato, presentato in Senato all’indomani della discussa sent. cost. n. 70/2015, proponeva l’aggiunta di un secondo comma all’art. 13, nel quale si sarebbe esplicitato che la Corte, oltre all’audizione di testimoni e al richiamo di atti e documenti, potesse disporre altresì di ordinanze istruttorie, fornendo in questo modo all’ordinanza istruttoria un duplice ancoraggio normativo esplicito, essendo espressamente menzionata solo all’art. 12 N.I. Il disegno di legge riconosceva inoltre alla Corte la facoltà di chiedere all’Ufficio parlamentare di bilancio di redigere una relazione sugli effetti finanziari dell’eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni oggetto dell’istanza o del ricorso, laddove maggiori oneri o minori entrate per la finanza pubblica potessero derivare dalla soluzione della questione di legittimità costituzionale. Di tale facoltà la Corte avrebbe potuto avvalersi anche su richiesta dell’Avvocatura generale dello Stato o del rappresentante della Regione eventualmente interessata.

La proposta Lanzillotta non era, invero, foriera di innovazioni radicali rispetto alle norme vigenti¹⁸⁶. Piuttosto, avrebbe reso più esplicito un quadro normativo di cui si è già avuto modo di sottolineare la laconicità.

Di ben altra innovatività fu l’ipotesi avanzata da Augusto Cerri, per la verità enunciata con scetticismo dallo stesso Autore, di affidare l’attività istruttoria della Corte ad una figura come il Pubblico Ministero, «allo scopo di dialettizzare un potere che, concentrato nell’organo decidente, ri-

¹⁸⁵ Assegnato alle commissioni I (Affari Costituzionali) e V (Bilancio) in sede referente l’8 luglio 2015, del disegno di legge in parola non è mai iniziato l’esame.

¹⁸⁶ Almeno con riguardo ai poteri istruttori. Altro è a dirsi rispetto alla proposta, avanzata nel medesimo disegno di legge, di dotare la Corte dello strumento dell’opinione dissenziente, considerato tradizionalmente estraneo alla nostra tradizione giuridica. Sul punto sia consentito rinviare a N. ZANON, G. RAGONE (a cura di), *The Dissenting Opinion*, Milano, 2019.

schierebbe di alterare la sua imparzialità»¹⁸⁷. Se, per un verso, prevedere un PM in Corte non appare essenziale «in quanto l'imparzialità del giudice non è messa in discussione dalla possibilità di indagare autonomamente i “fatti”»¹⁸⁸; per contro, la rilevata necessità di “dialettizzare” sembra ancor oggi fortemente sentita. Proprio a questa necessità ambivano a dare risposta alcune proposte di seguito elencate e analizzate.

6.2. (Segue): e soluzioni volte a realizzare una maggiore dialettica probatoria.

La realizzazione di una maggiore dialettica probatoria poteva essere perseguita, anche prima della riforma del 2020, senza che fosse necessario intervenire normativamente sul processo costituzionale¹⁸⁹.

Una prima via percorribile in questo senso avrebbe richiesto di riconoscere alle parti il diritto, direttamente discendente dagli artt. 24, comma 1 e 111, comma 2, Cost., di essere sentite sui documenti e gli atti acquisiti dal giudice relatore¹⁹⁰.

Una seconda strada era quella di interpretare la facoltà di disporre l'audizione di testimoni, prevista dall'art. 13, l. n. 53/1987, come facoltà per la Corte di indire udienze conoscitive a cui invitare le organizzazioni rappresentative di interessi diffusi rilevanti al fine della decisione, «senza aprire formalmente il contraddittorio accreditando diritti di intervento la cui dilatazione sarebbe inevitabile e incontrollabile»¹⁹¹.

Inoltre, senza riformare le N.I., si sarebbe potuto consentire agli enti esponenziali di depositare memorie e osservazioni, senza acquisire la qua-

¹⁸⁷ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., p. 1360.

¹⁸⁸ T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 263.

¹⁸⁹ Si è, tuttavia, del parere che l'intervento normativo fosse la scelta più opportuna, imponendo alla Corte una coerenza comportamentale pro futuro che eventuali innovazioni per via di prassi non avrebbero assicurato.

¹⁹⁰ Di questo avviso sono J. LUTHER, *Intervento*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, cit., p. 362 e, nello stesso volume M. CHIAVARIO, *Intervento*, p. 363.

¹⁹¹ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., p. 7, nota 18.

lità di parte, secondo la soluzione elaborata in via pretoria per il giudizio sull'ammissibilità dei referendum abrogativi¹⁹². Come rilevato da Marcenò, si sarebbe inoltre potuta dare «esplicita previsione nelle norme regolamentari [...] di una soluzione cui la Corte ricorre già in via di fatto quando, pur formalmente non ammettendo tali soggetti nel processo costituzionale, dà conto nel *Ritenuto in fatto* delle proprie pronunce delle rispettive memorie (palesando così che queste ultime hanno, in qualche misura, contribuito ad arricchire il materiale posto a disposizione della Corte ai fini della decisione)»¹⁹³.

Una revisione e un ampliamento delle Norme Integrative sarebbero state – e sono ancora – necessarie ove si condivida l'assunto secondo cui «nel processo costituzionale, il coinvolgimento delle parti costituite nella formazione della prova scientifica dovrebbe essere anticipato fino a consentire di segnalare o integrare la lista di tecnici o scienziati, di società scientifiche, nazionali e internazionali, e di associazioni qualificate da audire o dei documenti da acquisire»¹⁹⁴. Lo stesso è a dirsi se si ritenga che la valorizzazione del ruolo delle parti nella fase istruttoria debba passare per l'attribuzione esplicita ad esse della facoltà di presentare *pareri pro veritate*¹⁹⁵ ovvero del «diritto di richiedere mezzi istruttori, salva la facoltà per la Corte di non concederli con provvedimento motivato, [... o ancora del] diritto di interrogare e contro-interrogare i testimoni»¹⁹⁶.

Da ultimo si segnala come, già prima che la Corte aprisse formalmente agli *amici curiae*, in letteratura si era fatta strada l'idea che nel giudizio di costituzionalità vi fosse spazio per l'ammissibilità di contributi prove-

¹⁹² A. COSSIRI, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2016, p. 772.

¹⁹³ V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit., p. 398.

¹⁹⁴ A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., p. 209.

¹⁹⁵ E. MALFATTI, *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., p. 10.

¹⁹⁶ Cfr. F. CAPORILLI, P.P. SABATELLI, G.M. SBRANA, *Il contraddittorio nei giudizi in via incidentale e principale*, cit., p. 102.

nienti da soggetti portatori d'interessi collettivi¹⁹⁷ ovvero di enti investiti di «speciali compiti applicativi di quella norma su cui la Corte decide, differenziati dai compiti di altri soggetti dell'ordinamento»¹⁹⁸.

7. *La riforma delle Norme Integrative del gennaio 2020 e le sue ripercussioni sull'istruttoria costituzionale.*

La Corte costituzionale non è rimasta sorda al dibattito che si è ricostruito e, nel dicembre del 2018, ha promosso un seminario di studi presso Palazzo della Consulta, invitando autorevoli voci del panorama dottrinale a confrontarsi su: "Interventi di terzi e *amici curiae* nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre Corti nazionali e sovranazionali"¹⁹⁹.

La scelta dell'argomento lasciava trasparire una certa propensione della Corte verso l'adozione di soluzioni volte a favorire una maggiore dialettica processuale. Di ciò si è avuto conferma quando, l'11 gennaio 2020, sul sito istituzionale della Consulta è stato pubblicato un comunicato stampa significativamente intitolato "La Corte si apre all'ascolto della società civile"²⁰⁰. Il documento riassumeva il contenuto di una delibera di pochi giorni precedente con cui la Corte ha integrato, con innovazioni di enorme rilievo²⁰¹, il regolamento che disciplina le modalità di svolgimento dei

¹⁹⁷ Sul punto cfr. le interessanti di riflessioni di F. CAPORILLI, P.P. SABATELLI, G.M. SBRANA, *Il contraddittorio nei giudizi in via incidentale e principale*, cit., p. 106.

¹⁹⁸ V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, in V. ANGIOLINI, (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 22.

¹⁹⁹ Alcuni degli interventi di quel seminario sono stati pubblicati sul n. 2/2019 della rivista Quaderni Costituzionali. Ci si riferisce a A. PUGIOTTO, *Per un'autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, p. 361 ss.; T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale "aperto"? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, cit.; V. MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, cit.

²⁰⁰ Cfr. Comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale dell'11 gennaio 2020: <https://www.cortecostituzionale.it/comunicatiAttualita.do>.

²⁰¹ Tra i primissimi commenti, cfr. L. VIOLINI, *Consulta/Apre alla società civile: così l'aiuto di tutti aiuta a giudicare meglio*, in *IlSussidiario.net*, 14 gennaio 2020; T. GROPPI,

giudizi di cui all'art. 134 Cost., ossia le Norme Integrative²⁰².

Tre sono le principali modificazioni introdotte dalla delibera²⁰³. La prima concerne l'intervento dei terzi nel giudizio in via incidentale. La Corte, positivizzando un approdo giurisprudenziale da qualche tempo consolidato²⁰⁴, ha stabilito che i soggetti terzi potranno chiedere di intervenire, purché risultino essere soggetti titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio²⁰⁵ (art. 4, comma 7). Nel caso in cui costoro intendano prendere visione e trarre copia degli atti processuali, dovranno depositare contestualmente all'atto di intervento apposita istanza di fissazione anticipata e separata della sola questione concernente l'ammissibilità dello stesso (art. 4-*bis*, comma 1)²⁰⁶.

In secondo luogo, il novello art. 4-*ter* ha aperto alla possibilità che, nei

Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza, in *LaVoce.info*, 17 gennaio 2020; P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi.it*, n. 2/2020, p. IV ss.; S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *SistemaPenale.it*, 23 gennaio 2020; A.M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritticomparati.it*, 23 gennaio 2020; A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, cit.; M.C. GRISOLIA, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020.

²⁰² Cfr. Modificazioni alle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» approvate con delibera dell'8 gennaio 2020 (*G.U.* n. 17 del 22 gennaio 2020).

²⁰³ Altre modifiche minori hanno interessato gli artt. 16, comma 2, 23, 24, comma 4 e 25, comma 4.

²⁰⁴ Approdo giurisprudenziale di cui si trova traccia, ad esempio, nelle sent. cost. n. 13/2019, n. 217 e n. 180/2018, nonché nelle ordinanze di cui alle sent. cost. n. 141/2019, n. 194/2018, n. 29/2017, n. 286 e n. 243/2016. Per questo, secondo S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, cit., l'allargamento ai terzi sarebbe una modifica «di carattere ricognitivo, più che innovativo».

²⁰⁵ Non bastando, invece, un interesse semplicemente inerente alla questione di costituzionalità, come emerge anche dall'ord. cost. n. 37/2020 che ha dichiarato ammissibile (sulla base delle nuove N.I.) l'intervento in giudizio del Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti.

²⁰⁶ La disposizione codifica quanto già accadeva a seguito della lettera alla cancelleria del Presidente Lattanzi del novembre 2018, di cui si è detto *supra*.

giudizi di legittimità costituzionale, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione, siano ammessi alla presentazione dei c.d. *amicus briefs*, ossia brevi opinioni scritte (massimo 25.000 caratteri) finalizzate ad offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio. Come è stato rilevato in alcuni tra i primi commenti²⁰⁷, agli *amici curiae* (che non possono essere singoli individui) è stato accordato uno statuto processuale diverso da quello dei terzi intervenienti poiché differente è la *ratio* alla base del loro coinvolgimento. Nel caso di coloro che rappresentino un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio, la facoltà di intervenire in giudizio risponde ad esigenze di garanzia del giusto processo e del diritto di difesa. Quanto invece agli *amici curiae*, che possono esclusivamente depositare la propria memoria, la partecipazione «non è fondata sul diritto di difesa, ma su una facoltà accordata dal collegio in ragione del contributo che essi possono apportare al giudizio»²⁰⁸.

L'ultima innovazione derivante dalla delibera del gennaio 2020 tocca il Capo delle N.I. dedicato alla regolamentazione dei poteri istruttori, specificando che è consentito alla Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, disporre con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama²⁰⁹ in apposita adunanza in camera di consiglio, alla quale possono assistere le parti costituite (art. 14-*bis*, comma 1).

Formalmente, solo quest'ultima disposizione ha inciso sulla disciplina dell'istruttoria. Ma non v'è dubbio che anche le altre due novità possano avere importanti ripercussioni in questo ambito, «ampliando in modo significativo il novero dei soggetti in grado di offrire il loro apporto di conoscenza sia sulle questioni giuridiche sia sugli elementi fattuali relativi alle

²⁰⁷ Cfr. in particolare A.M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amici curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritticomparati.it*, 23 gennaio 2020.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ In M. CARTABIA, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019. Relazione annuale*, 28 aprile 2020, p. 3 si chiarisce che l'audizione è rivolta a esperti di "altre discipline", con ciò escludendo che la Corte intendesse aprire alla convocazione di giuristi.

decisioni del massimo organo di giustizia costituzionale»²¹⁰.

Questo vale per l'intervento dei terzi, dal momento che, sebbene il ruolo delle parti nell'istruttoria appaia ancora marginale, essi possono comunque partecipare, attraverso gli atti processuali, a rappresentare quella «sostanza delle cose»²¹¹ sottesa al giudizio di costituzionalità cui la Corte si dimostra molto attenta. L'istituzionalizzazione di questi interventi può portare, poi, oltre che ad un generale ampliamento del contraddittorio, ad un arricchimento della dialettica nella fase istruttoria formale: si pensi, in particolare, allo svolgimento delle audizioni degli esperti di chiara fama, nel corso delle quali, previa autorizzazione del Presidente della Corte, anche le parti possono formulare domande.

Ma il discorso vale, a maggior ragione, per gli *amici curiae*²¹², la cui figura è stata codificata al precipuo scopo di offrire «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessi-

²¹⁰ L. VIOLINI, *Accesso alla Corte Costituzionale: quale ruolo per gli enti di Terzo settore*, in *Vita.it*, 5 febbraio 2020.

²¹¹ L'espressione è quella utilizzata in sent. cost. n. 141/2019. In questa occasione la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità sollevate su alcune disposizioni della l. 20 febbraio 1958, n. 75 (Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui), in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 25, comma 2, 27 e 41 Cost. Nell'argomentare la propria decisione, la Corte ha ritenuto di dover considerare anche la «sostanza delle cose», ossia il fatto che la prostituzione, pur potendo essere esercitata anche da persone che la trovino gratificante, «trova alla sua radice, nella larghissima maggioranza dei casi, fattori che condizionano e limitano la libertà di autodeterminazione dell'individuo». Come rileva B. LIBERALI, *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 3/2019, p. 1676: la Corte si appoggia ad un riferimento statistico, definito addirittura come «inconfutabile», «pur in assenza di una (quantomeno formale ed espressa) vera e propria istruttoria sul punto e senza indicare nella motivazione alcun riferimento a elaborazioni statistiche di riconosciuti istituti di ricerca». Più in generale sul rilievo del contesto storico-sociale nella pronuncia, cfr. F. POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la "sostanza delle cose"*, in *Riv. AIC*, n. 2/2020, p. 266 ss.

²¹² *Contra* M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove Norme Integrative*, cit., p. 406. Secondo l'Autore è lecito dubitare che il novello istituto possa servire allo scopo di acquisire strumenti di conoscenza, poiché nelle poche battute a disposizione degli amici è difficile articolare un ragionamento accurato su questioni complesse.

tà»²¹³. Elementi (tra cui fatti, dati e opinioni) «derivanti dalla loro esperienza “sul campo”, soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell’applicazione delle norme»²¹⁴ oggetto di sindacato²¹⁵. Ci si può, pertanto, aspettare che «per tale via possono pervenire alla Corte studi e ricerche di soggetti competenti che possano arricchire la documentazione di cui essa dispone»²¹⁶.

La funzione istruttoria degli “amici della corte” potrebbe rivelarsi dunque tutt’altro che marginale, come è accaduto negli Stati Uniti²¹⁷. In questo contesto, a partire da un determinato momento storico, gli *amici curiae* hanno iniziato a giocare un ruolo decisivo nella produzione di fatti extra-giuridici al punto che, nel caso dei giudizi dinanzi alla Corte Suprema, la considerazione degli *expert amicus briefs* ha supplito quasi completamente al mancato ricorso a *Court appointed expert witness*, imponendosi come principale canale di *judicial notice*²¹⁸.

L’intervento riformatore della Corte ha quindi soprattutto inteso creare le condizioni perché sempre più informazioni, per il tramite di interlocutori esterni, raggiungano il collegio dei giudici. Questo scopo è stato perseguito tramite un “triplo binario”²¹⁹: il primo, l’intervento dei terzi

²¹³ Art. 4-ter, comma 3, N.I.

²¹⁴ Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2019, p. 4.

²¹⁵ Critico sulla necessità per la Corte di ricorrere a tal fine agli *amici curiae* è P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull’amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta Online*, n. 1/2019, p. 121. L’Autore si chiede retoricamente se la Corte non abbia modo di avere comunque presenti le ulteriori ricadute concrete della legislazione che è chiamata a sindacare.

²¹⁶ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell’intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 11.

²¹⁷ Lo si vedrà, *infra*, al capitolo 4.

²¹⁸ Per un’interessante definizione di “*judicial notice*” cfr. A.N. ANCHETA, *Scientific Evidence and Equal Protection of the Law*, cit., p. 131: «*the procedure by which a court can recognize facts, usually ones of common knowledge, that it can take into consideration without requiring evidence to be introduced to establish the facts. In other words, judicial notice allows courts to accept facts as given, thus bypassing the usual evidentiary rules*».

²¹⁹ Soluzione alternativa a quella del “doppio binario” di cui si parla in T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, cit., p. 384.

interessati che, pur principalmente realizzato per rispondere all'esigenza di garantire un più ampio diritto di difesa, si presenta altresì idoneo ad arricchire il panorama delle vie d'accesso del fatto in Corte; il secondo, l'istituto dell'*amicus curiae*, la cui cifra caratteristica è quella di offrire un contributo che è al contempo «argomentativo-collaborativo-partecipativo»²²⁰; il terzo, la facoltà di convocare esperti di chiara fama, che affina gli strumenti istruttori utilizzabili *ex officio* dal Giudice delle leggi.

Se questo è vero, la riforma delle N.I. del gennaio 2020 deve essere letta, al di là dei singoli dettagli processuali, in un orizzonte più ampio, che coinvolge la definizione stessa del compito del Giudice delle leggi. Del resto, «occorre tenere presente che le Norme integrative riflettono la concezione della Corte costituzionale sul processo costituzionale, espressa con un atto normativo»²²¹. Una Corte che, in tante occasioni, ha mostrato di non porre più in essere un mero confronto astratto tra la norma costituzionale che si presume violata e il testo normativo su cui insiste il dubbio di costituzionalità. Al contrario, «questo “confronto”, cuore del giudizio di costituzionalità, si è già arricchito in molte importanti sentenze di riferimenti ai fatti, alle conoscenze scientifiche, ai progressi della scienza e della tecnica, alle acquisizioni della sociologia e della psicologia, alle regole dell'economia e della scienza delle finanze, segno di un raggio di azione che si è andato ampliando e che ha reso scelte compiute dalla Corte sempre più aperte ai segni dei tempi»²²². L'esito della consapevolezza di questo mutamento è un adeguamento degli strumenti processuali che consenta una più ampia rappresentazione degli elementi fattuali in questione.

8. *Il caso paradigmatico dell'istruttoria scientifica e l'opportunità di focalizzare l'attenzione sull'ambito medico-terapeutico.*

Perché la discussione sull'istruttoria che qui si sta svolgendo non rischi di risultare solo teorica e per poter, con maggiori elementi, cogliere fino a

²²⁰ *Ibidem*, p. 384.

²²¹ R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, cit., p. 49.

²²² L. VIOLINI, *Accesso alla Corte Costituzionale: quale ruolo per gli enti di Terzo settore*, cit.

che punto l'irruzione del fatto nel giudizio sulla legge imponga di riflettere su limiti e sulle potenzialità del momento istruttorio, nel prossimo capitolo ci si focalizzerà sull'analisi della giurisprudenza costituzionale in un settore fortemente caratterizzato dal ricorso all'autorità dell'esperienza come quello della regolamentazione delle pratiche medico-terapeutiche.

Nel fare questa scelta di campo non ci si può, peraltro, esimere dal riconoscere che, apparentemente, un ambito come quello prescelto possa sembrare tra i meno indicati. Infatti, è proprio in relazione all'istruttoria scientifica, e all'ambito medico-terapeutico in particolare, che alcune delle più note obiezioni al ricorso all'istruttoria si esasperano. Questo vale, innanzitutto, per l'argomento incentrato sull'inopportuna compressione della libertà decisionale della Corte: non pare del tutto infondato il timore che, in ambiti connotati da alto tecnicismo, la decisione della Corte, anche per legittima incapacità di confutazione, si appiattisca su ciò che la risultanza tecnico-scientifica (talora parziale ed opinabile) suggerisce e che l'elemento scientifico non sia adeguatamente integrato con quello costituzionale e valoriale. In questa direzione sembra andare la preoccupazione del giudice Cartabia, la quale, ipotizzando che la Corte si trovi a giudicare una legge avente ad oggetto una terapia sperimentale, ha tenuto a sottolineare come, ferma la necessità per i giudici di conoscerne l'efficacia e la bontà, «altre considerazioni possono e debbono entrare nel suo giudizio e orientarne la decisione. Questo margine di libertà di giudizio è da preservare»²²³.

Inoltre, non può negarsi che parlare di strumenti processuali volti all'accertamento del fatto possa sembrare inopportuno se riferito al mondo della medicina e della scienza, ove incertezze e controversie sono tutt'altro che estranee. Utopico sarebbe pensare che la comunità dei medici e degli scienziati sia capace di «*speaking truth to power*»²²⁴, e che i suoi appartenenti siano «portavoce neutrali di un sapere oggettivo da offrire alla valutazione giuridica e alla decisione politica»²²⁵. Una simile fiducia nel-

²²³ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 11.

²²⁴ A. WILDAVSKY, *Speaking Truth to Power*, Boston, 1979.

²²⁵ M. TALLACCHINI, *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 340.

l'oggettività della scienza sarebbe mal riposta²²⁶. E ciò, in primo luogo, perché non è facile trovare settori scientifici, a partire dalla medicina, nei quali non vi siano posizioni e questioni scientifiche controverse ossia «casi di incertezza scientifica o di alta complessità tecnologica»²²⁷, in relazione ai quali «gli scienziati non concordano sul modo di interpretare certi fatti o sulle conseguenze che se ne possono trarre»²²⁸. Tali considerazioni epistemologiche, d'altro canto, non impediscono affatto di riflettere sui poteri istruttori in un ambito come quello medico-terapeutico

Anzitutto, per le ragioni che si sono dette in apertura del presente capitolo, quello delle questioni tecnico-scientifiche è un *case study* ideale per dimostrare quanto il nostro processo costituzionale necessiti di un ammodernamento della fase istruttoria che gli consenta di adeguarsi alla concretezza da tempo assunta dal sindacato di legittimità e di resistere «alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo»²²⁹. In particolare, è proprio dinanzi all'acuirsi della complessità tecnica e scientifica delle questioni da decidere che il Giudice delle leggi è massimamente legittimato a rivolgersi a soggetti esterni competenti, ricorrendo ai propri poteri conoscitivi.

Inoltre, proprio un settore in cui l'istruttoria può essere finalizzata ad ottenere interpretazioni di dati o letture di fatti (anziché semplici atti documentali), appare più idoneo a valutare se e in che misura gli strumenti processuali di cui si è recentemente dotata la Corte siano potenzialmente adeguati a superare alcuni dei tradizionali limiti dei poteri istruttori. E, tra

²²⁶ Del resto, come ricorda Augusto Cerri: «il sapere scientifico [...] non è mai propriamente “verificato”, sibbene solo “non falsificato” e, dunque, risulta costantemente problematico. [...] Il sapere scientifico conduce ad avvalorare ipotesi, quando esse abbiano superato un certo insieme di prove di falsificazione; [Ma] quante prove? Quali prove? Quando e come si può esser ragionevolmente sicuri che l'esito positivo di un esperimento (ovvero la resistenza dell'ipotesi ad una prova di falsificazione) non è dipeso da fattori casuali o da fattori concomitanti?» (A. CERRI, *Diritto-scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in G. COMANDE, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit., p. 367).

²²⁷ L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, cit., p. 8.

²²⁸ *Ibidem*, p. 16.

²²⁹ T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, cit., p. 371 ss.

questi, si segnala in particolare una certa «resistenza all'apprezzamento istruttorio»²³⁰ dei *legislative facts* che vanno «dalle questioni scientificamente controverse alle implicazioni economico-finanziarie delle sentenze di spesa»²³¹, la quale deriva da una loro «intrinseca labilità»²³² e dalla circostanza che «detti fatti appaiono costitutivamente intessuti di connotazioni valutative scaturenti dall'esercizio della discrezionalità legislativa»²³³.

Da un certo punto di vista, si potrebbe obiettare che la scelta che qui si opera sia troppo selettiva: le considerazioni sul significato e sul ruolo dell'istruttoria quando oggetto di cognizione sono le opinioni espresse dalla comunità scientifica circa l'efficacia di una certa terapia ovvero i rischi legati ad una determinata pratica riproduttiva non possono, *sic et simpliciter*, essere estese alle ipotesi in cui i poteri conoscitivi sono utilizzati per accertare il numero di lavoratori stagionali presenti in Italia o dei canali a disposizione per la trasmissione delle emittenti televisive o, ancora, dei cespiti inseriti in un bilancio regionale. In questo secondo caso, la Corte si troverà a poter fondare il proprio ragionamento anche sulla base di fatti – pur con qualche approssimazione – certi mentre nell'altro potrà, al più, confrontarsi con un'opinione maggioritaria. In una ipotesi, il Giudice delle leggi saprà di doversi rivolgere a soggetti facilmente identificabili, poiché depositari dei dati che chiede (per lo più Ministeri o altri enti statali) e la sua richiesta si risolverà in un ordine di produzione documentale; nell'altra, la Corte dovrà porsi il problema dell'identificazione degli interlocutori più adeguati per ottenere gli elementi necessari alla decisione, cimentandosi nell'elaborazione di quesiti specifici e articolati.

Per contro, si ritiene, invece, che l'ambito prescelto conduca a conclusioni massimamente inclusive: se è possibile ipotizzare soluzioni *de iure condendo* che siano auspicabili per il caso dell'istruttoria medico-scientifica, *a fortiori* lo saranno per tutti gli altri casi in cui “il fatto” presenti minori difficoltà di accertamento.

²³⁰ G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra “modelli” processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, cit. p. 300.

²³¹ *Ibidem*.

²³² *Ibidem*.

²³³ *Ibidem*.

CAPITOLO 3

LE QUESTIONI SCIENTIFICHE NEL SINDACATO DI COSTITUZIONALITÀ: IL CASO DELLA GIURISPRUDENZA IN AMBITO MEDICO-TERAPEUTICO

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'esigenza di un cambiamento manifestata dalla Corte costituzionale. – 2. L'intensificarsi dell'intervento del Giudice delle leggi in ambito medico-terapeutico su questioni scientificamente controverse. – 2.1. La scienza assente: la giurisprudenza medico-terapeutica più "astratta". – 2.2. La scienza comparsa: quando la Corte esprime opinioni medico-scientifiche ma non le utilizza per giudicare la legittimità costituzionale delle norme. – 2.3. La scienza protagonista: la fondatezza scientifica dell'intervento legislativo in ambito medico come sinonimo di legittimità costituzionale. – 2.3.1. Controllo estrinseco di ragionevolezza scientifica, ossia sindacato sull'*iter* legislativo. – 2.3.2. Controllo intrinseco di ragionevolezza scientifica, ossia sindacato sul merito delle posizioni scientifiche accolte dalle scelte legislative impugnate. – 2.4. La scienza antagonista: tra ragionevolezza e precauzione. – 3. La – costante – mancata attivazione dei poteri istruttori e il possibile cambio di rotta a seguito della riforma alle Norme Integrative. – 4. Alcune considerazioni critiche. – 4.1. Scienza e discrezionalità legislativa.

1. *Introduzione: l'esigenza di un cambiamento manifestata dalla Corte costituzionale.*

Uno dei principali argomenti a favore di un ripensamento e di una valorizzazione dei poteri istruttori è quello della crescente complessità, anche sotto il profilo tecnico e scientifico, delle questioni sottoposte alla Corte costituzionale. La necessità di individuare la maniera più adeguata per

«rompere la solitudine dell'interprete dinanzi a questioni di costituzionalità complesse»¹ è stata messa chiaramente in luce anche da alcuni giudici costituzionali: in particolare, ci si riferisce a quanto affermato in anni recenti dai giudici Nicolò Zanon² e Marta Cartabia³. Il primo ha richiamato la dottrina alla necessità di riflettere sull'opportunità di adottare una «scelta coraggiosa e di principio, nel senso dell'apertura del contraddittorio a forme di acquisizione di dati diversi da quelli forniti liberamente dalle parti, e ricercate d'ufficio»⁴, soprattutto in presenza di casi che chiamano in causa questioni scientifiche od etiche assai controverse. La seconda, muovendo dalla considerazione che di fronte agli interrogativi introdotti dallo sviluppo della scienza e della tecnologia la Corte non possa trincerarsi dietro il famoso brocardo *iudex peritus peritorum*, ha suggerito che le parti costituite utilizzino le proprie memorie e gli atti processuali per informare i giudici «anche sugli aspetti più tecnici»⁵.

Passando dalle parole ai fatti, la Corte costituzionale è intervenuta sulle N.I. con delibera dell'8 gennaio 2020, apportando significative innovazioni proprio in tema di istruttoria, intervento dei terzi e ruolo delle parti. Tra queste, la novità che sembra maggiormente destinata a sostenere l'istruttoria della Corte in ambito scientifico è la possibilità, introdotta dall'art. 14-*bis*, di convocare esperti di chiara fama da interrogare, in camera di consiglio e alla presenza delle parti, su questioni specifiche.

Come ricordato, in linea teorica, tale facoltà era già ammessa (o quanto meno non era esclusa) dal tenore delle fonti primarie in tema di istruttoria costituzionale⁶ e, in particolare, all'art. 13 della l. n. 87/1953 ove si

¹ L. CASSETTI, *Quanto contano la conoscenza e l'accertamento dei "fatti" per la Corte costituzionale?*, cit., p. 285.

² N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, cit., p. 15 ss.

³ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 9 ss.

⁴ N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, cit., p. 16.

⁵ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 11.

⁶ In questo senso anche Valerio Onida (cfr. R. CONTI, *La Corte costituzionale aperta alla società civile. Intervista a Valerio Onida e Vladimiro Zagrebelsky*, cit.): «la Corte poteva già "acquisire informazioni": nella nuova norma si precisa il riferimento al fatto che si trat-

afferma che la Corte ha la facoltà di disporre l'audizione di testimoni. Se pochi anni dopo l'emanazione della suddetta legge, autorevolissima dottrina⁷ aveva sostenuto che «alle indagini della Corte non esiste alcun limite: non sussistono limiti quindi neanche per le deposizioni dei testimoni»⁸, la prassi ha, però, dimostrato come la generica apertura dell'art. 13 all'audizione di testimoni non abbia consentito alle audizioni di esperti di trovare spazio nel processo costituzionale.

Nell'attesa di poter osservare quale incidenza avranno le descritte innovazioni processuali nel concreto della giurisprudenza costituzionale, si può tentare di scavare più a fondo sulle ragioni che hanno condotto il Giudice delle leggi ad alludere «esplicitamente alla circostanza che talora la risposta ai problemi prospettati [nel sindacato di costituzionalità] può dipendere anche da dati tecnico-scientifici o dalla loro interpretazione»⁹. Questa scelta, che sicuramente deve essere letta alla luce del più ampio fenomeno di rilievo del fatto nel sindacato di costituzionalità di cui si è dato conto nelle pagine precedenti, necessita di essere considerata congiuntamente al peso delle acquisizioni scientifiche nel ragionamento giuridico della Consulta.

Il tema della scienza come presupposto delle decisioni della Corte costituzionale è noto e frequentato¹⁰. Fino ad oggi, però, le oscillazioni della giurisprudenza costituzionale hanno portato a mettere in dubbio «che presso la Corte costituzionale italiana si sia formata una “dottrina” in materia di rapporti tra discrezionalità legislativa e saperi scientifici»¹¹. Il re-

ti di informazioni attinenti a “specifiche discipline». Cfr. altresì P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, cit., p. 121. L'Autore, prima delle modificazioni intervenute sulle N.I., sosteneva già che l'art. 13 della l. n. 87/1953 potesse consentire alla Corte di convocare soggetti esterni agli interessi implicati nella controversia e dotati di una conoscenza diretta delle questioni sottese al giudizio.

⁷ Cfr. A.M. SANDULLI, *La giustizia costituzionale in Italia*, cit., p. 23.

⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁹ V. ONIDA, in R. CONTI, *La Corte costituzionale aperta alla società civile*, cit.

¹⁰ Così R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., p. 1.

¹¹ A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio Gianfranco Mor sul diritto regionale*, Milano, 2009, p. 73.

cente intervento normativo della Consulta, affinando gli strumenti formalmente a disposizione dei giudici per entrare a conoscenza di acquisizioni e cognizioni scientifiche, sembra destinato a cambiare le cose. Al fine di mettere a fuoco il giudizio sul significato di questa importante modifica, risulta particolarmente rilevante riandare ai seguenti interrogativi:

Quale spazio ha il sapere scientifico nelle valutazioni dei giudici costituzionali?

A che condizioni le cosiddette *scientific evidence* possono fungere da parametro per valutare la legittimità (o la ragionevolezza) della limitazione di un diritto fondamentale?

Quando le questioni sottese al giudizio sono scientificamente controverse, la Corte attribuisce loro un peso minore nell'ambito delle tecniche di scrutinio prescelte e in sede di motivazione della sentenza?

Per offrire una risposta a simili quesiti, è di seguito proposta un'analisi della giurisprudenza della Corte in un ambito indubbiamente connotato da complessità tecnica e scientifica, ossia la materia medico-terapeutica. Verificare che peso e che incidenza abbiano avuto sino ad oggi opinioni ed acquisizioni scientifiche (come ad esempio valutazioni sull'efficacia terapeutica di determinati trattamenti) nello scrutinio di costituzionalità consentirà di mettere in luce possibili rischi e vantaggi derivanti dal ricorso alle testimonianze di esperti, nonché ai contributi degli *amici curiae* e delle parti, sugli aspetti tecnici sottesi al sindacato di legittimità costituzionale.

2. *L'intensificarsi dell'intervento del Giudice delle leggi in ambito medico-terapeutico su questioni scientificamente controverse.*

«È appena il caso di ricordare che questa Corte non è chiamata a pronunciarsi, in alcun modo, circa gli effetti e l'efficacia terapeutica di [un] trattamento. [...] Non è chiamata, né potrebbe esserlo, a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici»¹².

¹² Sent. cost. n. 185/1998, *C.i.D.* 8.

Queste affermazioni sono estrapolate dalla nota sent. cost. n. 185/1998, ossia la prima pronuncia della Corte costituzionale sul caso del “Multi-trattamento Di Bella” (MDB)¹³. Con questa decisione, originata nell’ambito di una vicenda che è stata per anni al centro dell’attenzione mediatica¹⁴, la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del d.l. n. 23/1998, convertito in l. n. 94/1998, recante disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico. L’incostituzionalità viziava il decreto legge nella parte in cui non prevedeva l’erogazione a carico del servizio sanitario nazionale a favore di coloro che versassero in condizioni di insufficienti disponibilità economiche delle sostanze indicate dal dottor Luigi Di Bella come curative di patologie tumorali e per le quali era in corso una sperimentazione. Secondo la Corte, in questo modo, la disciplina realizzava una «indebita doppia via»¹⁵, distinguendo tra soggetti che ricevevano gratuitamente le sostanze previste dal MDB (in

¹³ Ad essa sono seguite le sent. cost. nn. 121/1999 e 188/2000.

¹⁴ All’epoca dei fatti si era diffuso un certo *fumus* di efficacia terapeutica, quanto meno a scopi palliativi, della somatostatina, elemento principale della terapia proposta dal dott. Di Bella. Tuttavia asserzioni in tal senso non erano sostenute da adeguate verifiche scientifiche e la sperimentazione condotta nelle sedi appropriate si è conclusa con l’accertamento della totale inefficacia del MDB. Ciò determinò l’impossibilità della sua somministrazione gratuita tramite servizio sanitario nazionale. A fronte di quest’esito, all’ora pretore di Lecce (sezione distaccata di Maglie) ordinò che fossero disposti nuovi accertamenti tecnici sulla terapia. Il Governo sollevò allora conflitto tra poteri dinanzi alla Corte costituzionale, affermando che non spettasse alla magistratura il riesame delle valutazioni scientifiche effettuate in sede di sperimentazione da soggetti incaricati dalla Pubblica Amministrazione. Con la sent. cost. n. 121/1999, la Consulta ha risolto il conflitto a favore del Governo annullando l’ordinanza pretorile.

Per una ricostruzione più dettagliata del caso del MDB cfr. L. SIMONETTI, *La scienza in tribunale*, Roma, 2018, p. 21 ss. Sulle problematiche di rilievo costituzionale, *ex multis*, cfr. A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul “caso Di Bella”*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1528 ss.; T. GROPPI, *Corte costituzionale tra “fatto legislativo” e “fatto sociale”*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2798 ss.; M. CONTE, *Conseguenze dell’intervento della Corte costituzionale sul c.d. “caso di Bella”: come salvare capra e cavoli*, in *Dir. fam. e pers.*, n. 4/1998, p. 1524 ss.; E. BRUTI LIBERATI (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell’amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici. Riflessioni a margine del caso Di Bella*, Milano, 2003.

¹⁵ A. ANZON, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul “caso Di Bella”*, cit., p. 1529.

quanto coinvolti nella sperimentazione) e altri soggetti, anch'essi pazienti oncologici ma non ammessi alla sperimentazione, che potevano accedervi solo a pagamento (seppur a prezzi ribassati)¹⁶.

Le sostanze in questione, *in primis* la somatostatina, erano ancora in fase di sperimentazione quando la sentenza fu pronunciata e, all'esito delle verifiche successivamente condotte dai massimi esperti italiani di oncologia, risultarono del tutto inefficaci per la cura del cancro. Non sapremo mai come la Consulta avrebbe deciso se il caso fosse giunto in Corte all'esito delle indagini sperimentali. Sappiamo però che la Corte, in assenza di evidenze scientifiche sull'efficacia terapeutica delle sostanze impiegate nella MDB e mancando le condizioni per qualificarle come farmaci, ha comunque ritenuto lesivo del diritto costituzionale alla salute il fatto che esse non fossero erogate a spese del servizio sanitario nazionale. La legittima pretesa di accedere gratuitamente a farmaci innovativi che, sebbene non ancora opportunamente validati, avevano fama di non implausibile efficacia, è stata fatta derivare da un «fatto sociale legislativo»¹⁷ ossia la circostanza che il legislatore ha autorizzato l'accesso al metodo Di Bella anche per i pazienti estranei alla sperimentazione. Ciò, nell'opinione della Corte, ha creato un'aspettativa degna di tutela, a prescindere da un riscontro oggettivo sull'utilità della terapia. È interessante notare come questa pronuncia ha prodotto un effetto paradossale, quello cioè di affermare la propria estraneità rispetto alla valutazione dei fatti (scientifici) e, al contempo – come è stato acutamente rilevato¹⁸ – di riqualificare la stessa “legge” a livello di “fatto” (sociale legislativo); in altre parole, pur espressamente negando che i fatti scientifici siano oggetto del giudizio costituzionale, deve poi necessariamente rivolgersi alla categoria del fatto per dare una soluzione (peraltro non del tutto convincente) alla controversia.

¹⁶ In singoli ed eccezionali casi, sotto responsabilità del medico curante e con sottoscrizione di consenso informato circa la sperimentalità della terapia.

¹⁷ Cfr. T. GROPPI, *Corte costituzionale tra “fatto legislativo” e “fatto sociale”*, cit., p. 2802. L'Autrice, molto opportunamente, chiarisce come non vi sia coincidenza di contenuto tra il concetto di “fatto legislativo” e la categoria dei “*legislative facts*” di cui, in questa sede, si è data definizione al capitolo 1.

¹⁸ *Ibidem*, p. 2803.

Da allora (come era peraltro successo anche in precedenza¹⁹), in numerose occasioni alla Corte è stato chiesto di pronunciarsi circa la legittimità costituzionale di leggi o atti aventi forza di legge regolanti il ricorso a farmaci, terapie, trattamenti, profilassi e altre pratiche mediche. Si pensi alle sentenze riguardanti l'impiego di terapie elettroconvulsivanti²⁰, la somministrazione di sostanze psicotrope a bambini ed adolescenti²¹, l'introduzione dell'obbligo di polisonnografia per gli autotrasportatori²², la procreazione medicalmente assistita²³, il trattamento "Stamina"²⁴, le modificazioni dei caratteri sessuali²⁵, l'indennizzo per danni derivanti dalla somministrazione di farmaci²⁶ e, naturalmente, le vaccinazioni²⁷.

Si tratta di una giurisprudenza molto eterogenea, nell'ambito della quale in alcune ipotesi il dubbio di legittimità costituzionale verteva su disposizioni prescrittive tali tecniche, in altre su norme che ne vieta(va)no o condiziona(va)no l'accesso mentre, in altre ancora, la Corte ha dovuto giudicare in merito alle eventuali conseguenze giuridiche derivanti dal ricorso a specifiche pratiche mediche (come nel caso della rettifica anagrafica del sesso a seguito di interventi farmacologici e chirurgici sui caratteri sessuali o del risarcimento del danno da vaccinazione o assunzione di farmaci). Usando un criterio molto estensivo, può ricomprendersi in questa categoria giurisprudenziale anche la sent. cost. n. 242/2019 sul c.d. caso Cappato che, pur non vertendo direttamente su norme regolanti pratiche

¹⁹Tra le sentenze più interessanti in ambito medico-terapeutico precedenti al caso Di Bella, cfr. la n. 161/1985 in tema "sindrome transessuale", la n. 559/1987 in materia di cure termali, la n. 216/1988 sull'uso di apparecchiature diagnostiche elettromagnetiche e radianti, la n. 132/1992 relativa all'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomelitica e la n. 61/1997 riguardante le trasfusioni di sangue.

²⁰Sent. cost. nn. 282/2002 e 338/2003.

²¹Sent. cost. nn. 438/2008 e 253/2009.

²²Sent. cost. n. 9/2009.

²³Sent. cost. nn. 151/2009, 162/2014, 96/2015, 229/2015 e 84/2016.

²⁴Sent. cost. n. 274/2014.

²⁵Sent. cost. nn. 221/2015 e 180/2017.

²⁶Sent. cost. n. 55/2019.

²⁷Della nutrita giurisprudenza costituzionale in tema di vaccini, si ricordano, in tempi recenti, le pronunce nn. 268/2017, 5/2018, 137/2019 e 186/2019.

mediche, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'assoluto divieto di aiuto al suicidio *ex art. 580 c.p.*, riferendosi all'ipotesi in cui l'aspirante suicida si identifichi in una persona affetta da una patologia irreversibile, la quale sia tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale²⁸. Una situazione che la sentenza definisce "inimmaginabile" all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta, ma portata «sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia»²⁹ nel contesto della pratica terapeutica.

Tra i molti profili che permettono di operare distinzioni all'interno di questo ampio gruppo di pronunce, s'intende qui proporre dei distinguo sulla base della parte interpretata dalla scienza nelle motivazioni e nelle argomentazioni addotte dalla Corte, tenendo conto che, nei diversi ruoli assunti, la scienza può essere presente in forma di richiami a opinioni mediche e acquisizioni scientifiche, ovvero di affermazioni «circa gli effetti e l'efficacia terapeutica di [un] trattamento»³⁰ o, infine, intesa quale parametro per valutare l'adeguatezza della valutazione alla base dell'intervento legislativo.

Applicando questo criterio è possibile classificare la giurisprudenza presa in considerazione in quattro categorie: appartengo alla prima quelle statuizioni in cui la scienza è assente nell'*iter* argomentativo; alla seconda, le sentenze in cui la scienza compare sulla scena ma non è dirimente ai fini della decisione; alla terza, le pronunce in cui, invece, la scienza è protagonista nel ragionamento giuridico; e, da ultimo, rientrano nella quarta categoria quelle sentenze in cui la scienza gioca un ruolo contraddittorio, quasi antagonista di se stessa, come spesso accade nelle decisioni ispirate al principio di precauzione.

2.1. *La scienza assente: la giurisprudenza medico-terapeutica più "astratta".*

Nel primo gruppo di sentenze, troviamo decisioni in cui la Corte,

²⁸ Oltre che soggetta a sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili e capace di prendere decisioni libere e consapevoli.

²⁹ Sent. cost. n. 242/2019, *C.i.D.* 2.3.

³⁰ Sent. cost. n. 185/1998.

sebbene giudichi questioni che afferiscono al mondo della medicina e delle pratiche terapeutiche, non necessita di fare alcun riferimento a opinioni o a “fatti scientifici” di qualsivoglia genere per decidere ed argomentare la propria statuizione.

Esempi significativi di questo filone sono le sent. cost. nn. 438/2008 e 253/2009, entrambe originate da ricorsi in via principale: con queste decisioni la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di due leggi, rispettivamente della Regione Piemonte³¹ e della Provincia autonoma di Trento³², nella parte in cui subordinavano la realizzazione di trattamenti con sostanze psicotrope su bambini e adolescenti al consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto dei genitori. La Corte, in entrambi i casi, ha poggiato la propria decisione sul riconoscimento di un diritto costituzionale al consenso informato riconducibile ai principi fondamentali in materia di tutela della salute e, in quanto tale, escluso dalla sfera di competenza legislativa delle Regioni *ex art.* 117, comma 3. Una volta chiarito questo aspetto e risolto il conflitto di competenze, per la Consulta non assume alcun rilievo ai fini della decisione un giudizio sul tipo di trattamento per il quale le normative impugnate richiedevano il consenso censurato. Valutazioni sul merito della pratica medica sono assenti sia nella sent. cost. n. 438/2008, sia nella di poco successiva sentenza del 2009, sebbene – in questo secondo caso – la Provincia autonoma di Trento, tra gli argomenti presentati per difendere la propria scelta legislativa, avesse obiettato che l'assunzione di sostanze psicotrope va considerata una modalità attuativa della terapia della sindrome da iperattività e deficit di attenzione, per la quale l'Agenzia Italiana del Farmaco già prevedeva il consenso informato³³.

³¹ Legge Regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 (Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti).

³² Legge della Provincia autonoma di Trento 6 maggio 2008, n. 4 (Disposizioni in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini e adolescenti).

³³ La Corte, peraltro, nemmeno si pronuncia sull'argomentazione dell'Avvocatura dello Stato, secondo cui l'introduzione del consenso informato violerebbe «anche il principio secondo il quale l'arte medica è libera e incomprimibile, poiché la disciplina impugnata sostituisce, per mezzo del consenso informato, le valutazioni che deve compiere il medico con la volontà dei genitori o del tutore del paziente i quali, privi delle necessarie conoscenze, scelgono il trattamento cui quest'ultimo deve essere sottoposto. La difesa era-

Di questa prima categoria di sentenze in ambito medico, per così dire “insensibili” alla considerazione di fatti scientifici, fa parte altresì la pronuncia n. 9/2009. In questa occasione, lo Stato aveva chiesto ai giudici costituzionali di censurare alcune disposizioni di una legge abruzzese³⁴, la quale, per ridurre gli incidenti provocati da narcolessia e disturbi analoghi, imponeva ai conducenti di mezzi pesanti, che fossero residenti in Abruzzo, il duplice obbligo di sottoporsi all’esame del sonno (polisonnografia) e di esibire alle forze dell’ordine preposte ai controlli stradali il referto medico attestante l’esito favorevole di tale esame, che costituiva altresì autorizzazione alla prosecuzione dell’attività.

Il ricorso muoveva, *inter alia*, dalle seguenti considerazioni: a) «in base alle informazioni aggiornate e metodologicamente convalidate dalla letteratura medica, nazionale ed internazionale, l’effettuazione del solo esame polisunnografico non sarebbe sufficiente ad attestare una correlazione certa tra eventuali alterazioni da esso rilevate e i colpi di sonno»; b) le disposizioni della legge regionale, «prescindendo dai principi fondamentali rinvenibili nel sistema della legislazione statale vigente, che non prevedono che l’effettuazione di tale esame sia presupposto necessario per la conduzione di autoveicoli, si presentano come una scelta legislativa autonoma, non fondata su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti».

La Corte ha taciuto completamente su queste doglianze e, ritenendo ogni altra censura assorbita, si è limitata a dichiarare l’incostituzionalità delle disposizioni impugnate per violazione dell’art. 120 Cost., il quale vieta alle Regioni di interporre ostacoli alla libera circolazione di persone e cose tra le Regioni stesse, nonché di limitare, in qualunque parte del territorio nazionale, l’esercizio del diritto al lavoro.

Questo genere di sentenze ci mostra una Corte dedita ad un sindacato di legittimità costituzionale tendente all’astrattezza, ove, ragionando *pro*

riale osserva, infatti, che l’arte medica deve conformarsi unicamente a quelle scelte del legislatore statale che, frutto di valutazioni tecnico scientifiche assunte da appositi organismi, permettono la fruizione di uguali trattamenti sanitari su tutto il territorio nazionale, scelte tra le quali rientra il consenso informato, quale principio fondamentale in materia di tutela della salute».

³⁴ Legge della Regione Abruzzo del 25 ottobre 2007, n. 35 (Disposizioni in materia di programmazione e prevenzione sanitaria).

futuro, non sembra trovare spazio la necessità di ricorrere ad audizioni di esperti o ad altri mezzi istruttori. In senso contrario, ci si può chiedere se, avendo formalmente a disposizione nuovi canali conoscitivi, assisteremo ad un mutamento della giurisprudenza, nella direzione di una maggiore considerazione di elementi empirici, anche in casi in cui essi, per vero, non sono indispensabili alla decisione.

In controtendenza rispetto all'evoluzione giurisprudenziale che si è descritta al capitolo 1, quando si è parlato dell'ascesa del fatto nel giudizio di costituzionalità, simili pronunce si caratterizzano per la mancanza di considerazione degli elementi fattuali (ed in particolare delle acquisizioni scientifiche) posti a base delle scelte legislative impugnate: quello che compie qui la Corte è un raffronto tra sintagmi normativi che «si colloca a un livello piuttosto “astratto” e comunque conchiuso all'interno dei confini del mondo giuridico»³⁵. Per un verso si potrebbe ritenere che ad aver determinato l'insensibilità alla considerazione di elementi fattuali e tecnico-scientifici sia stata l'origine dei questi casi: si tratta, infatti, di ricorsi in via principale, ove alla Corte è chiesto di pronunciarsi sul riparto di competenze tra Stato e Regioni, non essendo invece denunciate presunte violazioni dell'art. 3 in relazione all'irragionevolezza della legislazione impugnata sotto il profilo scientifico. Tuttavia, come si vedrà ai paragrafi successivi, esistono altri casi di ricorsi in via d'azione risolti dalla Consulta tramite percorsi argomentativi fortemente orientati a considerazioni di natura scientifica.

2.2. La scienza comparsa: quando la Corte esprime opinioni medico-scientifiche ma non le utilizza per giudicare la legittimità costituzionale delle norme.

La seconda categoria di sentenze comprende quelle decisioni in cui il Giudice delle leggi riporta o esprime giudizi in merito all'efficacia terapeutica o alla adeguatezza scientifica di determinate pratiche ma non utilizza tali asserzioni per motivare e giustificare la propria decisione: i “fatti

³⁵M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 10.

scientifici” – *rectius* le opinioni scientifiche – non sono parte integrante del tipo di scrutinio posto in essere e, come comparse secondarie di una sceneggiatura, sembrano non avere peso nel ragionamento giuridico della Corte.

È questo il caso, ad esempio, della sent. cost. n. 55/2019, riguardante l’indennizzo statale a favore di soggetti le cui madri abbiano assunto il farmaco talidomide in gravidanza e, proprio a causa di tale assunzione, siano stati danneggiati da complicanze di tipo irreversibile. Nello specifico, ad essere sospettata di illegittimità costituzionale, per violazione dell’art. 3 Cost., era una norma del d.l. n. 113/2016³⁶. Quest’ultimo prevedeva infatti che, in caso di riscontrato danneggiamento, ai nati negli anni in cui il talidomide non era presente sul mercato italiano (e le cui madri, ciò non di meno, lo avevano utilizzato) venisse riconosciuto il beneficio con una decorrenza di molto posteriore rispetto a quella individuata per coloro che erano nati negli anni di commercializzazione e validità del farmaco³⁷.

La Corte, rilevato che la ragione della diversa delimitazione temporale della decorrenza del beneficio era esclusivamente di ordine finanziario³⁸ e che ad essere disciplinate in modo differente erano due situazioni del tutto identiche, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma da cui derivava una «differenza di trattamento priva di giustificazione, e perciò lesiva dell’art. 3 Cost.»³⁹.

³⁶ L’art. 21-ter, comma 1, del d.l. 24 giugno 2016, n. 113 (Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio), convertito, con modificazioni, nella l. 7 agosto 2016, n. 160.

³⁷ Prima dell’intervento legislativo del 2016, l’indennizzo per danni da talidomide era concesso ai soli nati nel periodo di effettiva commercializzazione del farmaco in Italia (cioè dal 1959 al 1962), nonché ai nati nel triennio in cui, pur non essendo più in commercio, esso aveva ancora validità (cioè tra il 1962 e il 1965). Restavano esclusi sia i nati nel 1966, a prescindere dal fatto che fossero o meno stati concepiti nel 1965; sia i nati nell’anno 1958, le cui madri potevano aver assunto il farmaco a seguito di un eventuale ingresso in territorio italiano dai mercati stranieri, in virtù della sua registrazione operata in data 2 aprile 1958, ai sensi dell’art. 162 del r.d. 27 luglio 1934, n. 1265 (Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie). Il d.l. n. 113/2016 ha sanato tale lacuna ma operando un’illegittima diversità di trattamento tra le categorie di beneficiari.

³⁸ Cfr. *C.i.D.* 5.3.

³⁹ *C.i.D.* 5.3.

L'affermazione secondo cui si trattava di "situazioni del tutto identiche", è stata vergata dalla Corte nella pronuncia senza bisogno di fare riferimento alle evidenze scientifiche che avevano condotto il legislatore a predisporre per le due categorie di soggetti l'indennizzo: l'identità delle situazioni, infatti, non veniva argomentata in relazione al nesso di causalità tra l'assunzione del talidomide e le gravi menomazioni riportate da entrambi i gruppi. Per il Giudice delle leggi è stato sufficiente rimandare alla stessa lettera della disposizione censurata che riconosceva l'identità delle situazioni: innanzitutto, essa affermava che quelle con decorrenza diversificata non erano due distinte provvidenze, ma lo stesso indennizzo. In secondo luogo, rilevava che le due categorie di individui ammessi allo stesso beneficio si trovano in condizioni identiche «al cospetto delle vicende relative alla commercializzazione in Italia del farmaco talidomide e del relativo ruolo delle autorità sanitarie»⁴⁰.

Se la decisione della Corte non è quindi sostenuta dalla considerazione di fatti scientifici, nondimeno, la sentenza non sembra ad essi del tutto impermeabile, soprattutto in quel passaggio della decisione in cui si esplicita che l'effetto teratogeno del talidomide è ormai scientificamente accertato⁴¹. Tale osservazione ha peraltro un effetto assai limitato. Essa serve infatti alla Corte, in punto di rilevanza, solo per collocare il ricorrente del processo principale nel novero dei soggetti cui si applica la disposizione censurata: di questi si riferisce infatti che, nato nel 1958, presenta malformazione congenita dell'arto superiore sinistro, seguita all'assunzione del farmaco antinausea da parte materna che, per l'appunto, è noto portasse a simili menomazioni.

La marginalità di quest'ultima rilevazione nell'economia del ragionamento giuridico della Corte porta a svolgere, per casi simili, le medesime considerazioni che si sono avanzate in relazione alla prima categoria di sentenze, circa la non necessità di ricorrere a testimonianze di esperti o pareri scritti. D'altro canto, non può escludersi che in futuro, potendosi riferire a fonti eventualmente citate negli *amicus briefs*, la Corte deciderà di corredare di citazioni o altri riferimenti scientifici anche fatti marginali per lo svolgimento del proprio percorso argomentativo e fatti notori come l'effetto teratogeno del talidomide.

⁴⁰ *C.i.D.* 5.2.

⁴¹ *C.i.D.* 3.

2.3. *La scienza protagonista: la fondatezza scientifica dell'intervento legislativo in ambito medico come sinonimo di legittimità costituzionale.*

Al terzo gruppo di pronunce appartengono quelle sentenze in cui la Corte ha sindacato la ragionevolezza delle norme poste al suo vaglio, facendo riferimento *inter alia* all'adeguatezza scientifica dei presupposti su cui esse poggiano e, talvolta, contrariamente a quanto affermato nella sent. cost. n. 185/1998, sostituendo «il proprio giudizio alle valutazioni» del legislatore.

Il sindacato di ragionevolezza, «per la sua vocazione tendenzialmente totalizzante, [...] fa valere, accanto a istanze di razionalità rispetto al valore, problemi di adeguatezza rispetto al fatto»⁴². E proprio la valutazione dell'appropriatezza del mezzo predisposto tramite atto legislativo rispetto a circostanze fattuali caratterizza quella *species* di sindacato di ragionevolezza che viene indicato con la locuzione “ragionevolezza scientifica”⁴³. Si è già riportato come, secondo la Consulta, il sindacato di razionalità debba svolgersi anche «tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»⁴⁴; ebbene, nella giurisprudenza costituzionale tra le circostanze e limitazioni prese in considerazione hanno trovato nel tempo grande spazio anche conoscenze ed evidenze scientifiche.

Un iniziale inquadramento di questo tipo di scrutinio è individuabile

⁴²V. G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, cit., p. 23.

⁴³Sul concetto di “ragionevolezza scientifica” cfr. anche S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2009, p. 817 ss.; Id., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità scientifica in ambito medico-scientifico*, in *Forum Quad. cost.*, 16 giugno 2014; ID., *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2015, p. 271 ss.; C. CASONATO, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, 2016, p. 25 ss.

Di «sindacato di ragionevolezza scientificamente orientato» parla poi A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare*. cit., p. 19 ss.

⁴⁴Come recita la sent. cost. n. 1130/1988.

nelle righe della decisione n. 114/1998⁴⁵, nella quale – per la prima volta – la Corte afferma esplicitamente che in capo al legislatore corre l’obbligo di prendere in considerazione in termini coerenti i dati scientifici su cui basa la propria opzione normativa⁴⁶. A ciò è aggiunto che, nei casi in cui la scelta legislativa oggetto del suo sindacato «si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i *sicuri riferimenti scientifici*»⁴⁷, la Corte può giungere ad una dichiarazione di incostituzionalità per violazione del principio di ragionevolezza. E tuttavia, perché si possa pervenire ad una tale declaratoria, «occorre che i dati sui quali la legge riposa siano *incontrovertibilmente erronei* o raggiungano un tale livello di *indeterminatezza* da non consentire in alcun modo una interpretazione razionale da parte del giudice»⁴⁸. Nel caso di specie la Consulta ha dichiarato infondata la questione, la quale verteva sul diverso trattamento riservato dal codice penale alla circostanza dell’abitudine nell’ubriacatezza e nell’uso di stupefacenti rispetto a quella della cronica intossicazione da alcool o droghe, proprio poiché non reputò incontrovertibilmente erronei i dati scientifici alla base di quella distinzione. «La Corte, dopo aver esaminato le più avanzate posizioni della dottrina psichiatrica e medico-legale, nonché di quella penalistica, ha preso atto dell’assenza di una “base sicura” della disciplina legislativa impugnata»⁴⁹, e proprio questa mancanza di riferimenti scientifici certi le ha impedito di ritenere incontrovertibilmente irragionevole la valutazione operata dal legislatore.

Il criterio della “incontrovertibile erroneità”, così come quello della “in-

⁴⁵ Come riporta G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 204: «Le censure del giudice *a quo* si incentravano sulla presunta assenza di un fondamento scientifico di questa distinzione; al riguardo, nell’atto introduttivo del giudizio venivano riportate sia le risultanze di una perizia disposta nel corso del processo che le più recenti acquisizioni della scienza medica».

⁴⁶ Prima di allora era, comunque, già accaduto in numerose evenienze che la Corte facesse riferimento ad acquisizioni scientifiche nelle sue motivazioni. Come rileva, P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009, p. 591 ss., simili riferimenti sono rintracciabili nella giurisprudenza costituzionale sin dagli anni ’60.

⁴⁷ Sent. cost. n. 114/1998.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Così G. D’AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 204.

determinatezza” estrema, echeggiano quella “manifesta irrazionalità” che, a partire dalla sent. cost. n. 180/1982, è stata indicata dalla Corte costituzionale quale condizione in presenza della quale è permesso al Giudice delle leggi contestare la valutazione operata dal legislatore, nella sua discrezionalità, dei presupposti fattuali della norma oggetto di sindacato. In un certo senso, si potrebbe affermare che la sent. cost. n. 114/1998 declina il criterio stabilito dalla sentenza del 1982 allo specifico caso delle basi scientifiche delle disposizioni legislative. Ne discende che la Corte può dichiarare l’incostituzionalità per difetto di ragionevolezza sia qualora ravvisi che i presupposti empirici di una disposizione normativa siano manifestamente irrazionali, sia quando i presupposti consistano in dati scientifici e la Corte ne rilevi l’incontrovertibile erroneità.

Posto questo principio, molto rimane da chiarire sulle modalità con cui la Corte possa giungere a riconoscere la fallacia dei riferimenti scientifici delle scelte del legislatore. L’analisi della giurisprudenza permette di individuare due principali strade⁵⁰ percorse dal Giudice delle leggi per giudicare l’adeguatezza scientifica di un’opzione normativa e, dunque, per porre in essere uno scrutinio di ragionevolezza scientifica.

La prima, che possiamo definire via del controllo intrinseco, prevede che la Corte entri nel merito delle valutazioni scientifiche alla base delle scelte legislative, attingendo a propria volta alle specifiche materie per verificare, attraverso il metodo caratteristico di ciascuna disciplina, l’esattezza dei presupposti che costituiscono il fondamento della norma impugnata. Un esempio di questa applicazione del sindacato di ragionevolezza scientifica è offerto dalla sent. cost. n. 83/2015. Con questa decisione, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di una norma del T.U. sulle imposte su produzioni e consumi, la quale sottoponeva ad una tassazione elevata la commercializzazione di prodotti che, pur non contenendo nicotina, sono idonei a sostituire il consumo dei tabacchi. Considerato che

⁵⁰ Le quali presentano punti di chiara «assonanza con altre collaudate dinamiche della giurisprudenza costituzionale. Ciò vale, ad esempio, per il sindacato sul modo di esercizio del potere nei conflitti di attribuzione, ove la Corte procede a un’attenta distinzione tra forme di sindacato “interno” e “per linee esterne” (ovvero tra un controllo sul merito delle scelte incriminate e sulla palese arbitrarietà di talune prese di posizione)» (P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 596).

«la comunità scientifica non ha ancora raggiunto alcun prevalente consenso intorno alla dannosità dei prodotti in questione»⁵¹, la Corte, applicando il principio di precauzione, avrebbe forse potuto salvare una scelta legislativa che, di fatto, aveva l'effetto di disincentivare sostanze di dubbia innocuità per la salute⁵². Viceversa, i giudici costituzionali hanno ritenuto illegittima la scelta legislativa indubbiata sostenendo che, «mentre il regime fiscale dell'accisa con riferimento al mercato dei tabacchi, trova la sua giustificazione nel disfavore nei confronti di un *bene riconosciuto come gravemente nocivo per la salute* e del quale si cerca di scoraggiare il consumo, tale *presupposto* non è ravvisabile in relazione al commercio di prodotti contenenti "altre sostanze", diverse dalla nicotina, idonee a sostituire il consumo del tabacco». Pertanto, sulla base della constatazione – in vero opinabile – che le sostanze diverse dalla nicotina non siano nocive, la Corte ha ritenuto intrinsecamente irrazionale, poiché priva di fondamento scientifico, la scelta di assoggettare ad un'aliquota significativa i prodotti utilizzati nel fumo elettronico. Tra le altre criticità che tale argomento solleva, preme sottolineare come difficilmente possa ritenersi che in questo caso si fosse dinanzi ad una valutazione legislativa di incontrovertibile erroneità come dimostra il fatto che, ad oggi, il dibattito scientifico sulla nocività dei succedanei della nicotina è tutt'altro che sopito.

Venendo alla seconda strada, quella del controllo estrinseco, essa comporta per la Corte di verificare che, nel corso dell'*iter legis*, il legislatore abbia svolto indagini scientifiche adeguate e, di conseguenza, abbia agito tenendo conto anche delle circostanze e limitazioni suggerite dal mondo delle scienze. Con riferimento a questa tipologia di controllo, è di particolare rilievo la già citata sent. cost. n. 85/2013 sul caso Ilva, nella quale la Corte ha convenuto che la chiusura dello stabilimento tarantino non

⁵¹ D. SERVETTI, *Ragionevolezza dell'imposta sulle sigarette elettroniche, principio di precauzione e scienza privata del giudice costituzionale. Nota alla sentenza della Corte n. 83 del 2015*, in *Riv. AIC*, n. 4/2015, p. 11.

⁵² A tale esito è, peraltro, pervenuta in seguito la sent. cost. n. 240/2017, secondo cui «la finalità secondaria di tutela della salute propria dell'imposta di consumo, che già di per sé giustifica l'imposizione sui prodotti nicotinici, legittima anche l'eventuale effetto di disincentivo, in nome del principio di precauzione, nei confronti di prodotti che potrebbero costituire un tramite verso il tabacco».

fosse indispensabile per tutelare la salubrità dell'ambiente circostante e, di conseguenza, la salute dei lavoratori e dei cittadini residenti nelle aree circostanti. Il bilanciamento realizzato dalla normativa impugnata tra le esigenze di tutela dell'ambiente e i confliggenti interessi costituzionali (inclusi il diritto al lavoro e all'attività produttiva), veniva considerato ragionevole in quanto erano stati recepiti criteri di protezione ambientale assai stringenti, avuto riguardo all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili. L'argomento su cui si fonda la sentenza per affermare che la disciplina indubbiata ha adeguate basi tecnico-scientifiche non emerge da un'indagine condotta in proprio⁵³, bensì dalla circostanza giuridicamente connotata che all'acciaieria fosse stata accordata l'Autorizzazione integrata ambientale dalle competenti autorità amministrative. E come la sentenza chiarisce, «il procedimento che culmina nel rilascio dell'AIA, con le sue caratteristiche di partecipazione e di pubblicità, rappresenta lo strumento attraverso il quale si perviene, nella previsione del legislatore, all'individuazione del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi, che derivano dall'attività oggetto dell'autorizzazione»⁵⁴. Non v'è, quindi, alcuna valutazione di merito da parte della Corte, bensì la constatazione che la procedura seguita per l'emanazione della normativa oggetto di sindacato fosse tale da escluderne una manifesta irrazionalità.

Sebbene la via del controllo estrinseco sia la più battuta nella giurisprudenza costituzionale vertente su questioni tecnico-scientifiche, è al contempo possibile rintracciare esempi di entrambe le tipologie di sindacato ora descritte⁵⁵. Non fa eccezione la giurisprudenza della Corte in materia

⁵³ La Corte, in questo caso, è stata molto risoluta nell'affermare che «non rientra nelle attribuzioni del giudice una sorta di “riesame del riesame” circa il merito dell'AIA, sul presupposto – come sembra emergere dalle considerazioni del rimettente [...] – che le prescrizioni dettate dall'autorità competente siano insufficienti e sicuramente inefficaci nel futuro. In altre parole, le opinioni del giudice, anche se fondate su particolari interpretazioni dei dati tecnici a sua disposizione, non possono sostituirsi alle valutazioni dell'amministrazione sulla tutela dell'ambiente, rispetto alla futura attività di un'azienda, attribuendo in partenza una qualificazione negativa alle condizioni poste per l'esercizio dell'attività stessa, e neppure ancora verificate nella loro concreta efficacia» (*C.i.D.* 10.3).

⁵⁴ Sent. cost. n. 85/2013.

⁵⁵ Per una panoramica più ampia e maggiori riferimenti giurisprudenziali a riguardo, P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, cit., n. 3/2009,

medico-terapeutica, come dimostrano le pronunce che saranno di seguito prese in considerazione.

2.3.1. *Controllo estrinseco di ragionevolezza scientifica, ossia sindacato sull'iter legislativo.*

Non solo su un piano generale nella storia della giustizia costituzionale italiana⁵⁶, ma anche nella più circoscritta giurisprudenza afferente a pratiche mediche e terapeutiche, vale la considerazione per cui la via del controllo estrinseco è la soluzione più frequentemente adottata. Applicazione esemplare di questa forma di sindacato è la sent. cost. n. 282/2002 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale marchigiana nella quale si vietava in via precauzionale, ritenendoli particolarmente invasivi e lesivi del diritto all'integrità psicofisica degli individui, il c.d. elettroshock e i trattamenti ad esso assimilabili. Al di là dei profili relativi al conflitto di competenze tra Stato e Regione⁵⁷, i quali – pur rimasti in secondo piano in motivazione – sono poi risultati determinanti ai fini della dichiarazione di incostituzionalità⁵⁸, al fondo della questione di legittimi-

p. 591 ss. Sia altresì consentito rimandare a G. RAGONE, *Scienza e diritto nell'argomentazione della Corte costituzionale*, cit., p. 14 ss.

⁵⁶ In tal senso A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 529.

⁵⁷ Per i quali, *ex multis*, si rinvia a L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, p. 1450 ss.; A. D'ATENA, *La Consulta parla... e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2002, p. 2028 ss.; D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3/2002, p. 2030 ss.; Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, cit., p. 685 ss.; A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 15 ss.; A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, cit., p. 51 ss.; R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., p. 9 ss.; B. PEZZINI, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti, salute*, Padova, 2007, p. 211 ss.

⁵⁸ Come sottolinea A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, cit., pp. 52-53, «dopo aver richiamato in motivazione la questione delle risultanze tecniche e dopo aver chiamato in cau-

tà aleggiava il dubbio sull'adeguatezza della terapia elettroconvulsivante per la cura dei pazienti psichiatrici⁵⁹. A riguardo la sentenza ha, anzitutto, affermato che un intervento legislativo che entri nel merito delle scelte terapeutiche presuppone una accurata verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali in materia. Una simile verifica – ha precisato la Corte – dovrebbe avvenire per il tramite di approfondite indagini le quali, nel caso di specie, non erano state compiute. E proprio la mancanza di un'adeguata istruttoria da parte del legislatore marchigiano ha quindi indotto il Giudice delle leggi a valutare come arbitraria la decisione di vietare sul territorio regionale la terapia elettroconvulsivante e la lobotomia prefrontale⁶⁰.

La Corte non si è qui addentrata nello specifico delle valutazioni operate dal legislatore e neppure ne ha sottolineato le intrinseche incoerenze o illogicità; l'arbitrarietà della scelta e la sua ascientificità sono dedotte dall'*iter* seguito per giungere al divieto, ossia «una procedura del cui avvio sembra responsabile l'opinione pubblica [...] e non un “accertamento attuato o recepito dal legislatore circa gli effetti delle pratiche terapeutiche considerate”»⁶¹.

Così facendo, il Giudice delle leggi ha indicato al legislatore un vincolo procedimentale⁶², quasi la necessità di seguire un procedimento legislativo aggravato, senza il rispetto del quale ogni scelta legislativa⁶³ in ambito medico apparirà illegittima. Il requisito consiste nella realizzazione di un serio dialogo tra il legislatore e gli organi dotati di competenze scientifi-

sa la libertà del medico nella scelta delle cure, l'incostituzionalità della legge viene dichiarata per violazione del limite dei principi, intesi nella loro originaria funzione unificante».

⁵⁹ L'attenzione a questo aspetto viene giustificata dalla Corte sulla base del fatto che la preferibilità di cure appropriate e di qualità è funzionale alla tutela di uno dei parametri costituzionali in quell'occasione invocati – ossia il diritto alla salute *ex art.* 32 Cost.

⁶⁰ L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare*, cit., p. 1457.

⁶¹ *Ibidem*, p. 1458.

⁶² O “modale” come lo definisce A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 20.

⁶³ La pronuncia in questione si rivolge al legislatore regionale ma si condivide l'opinione che essa «si chiude con una ridefinizione molto restrittiva dei poteri legislativi *tout court*, di qualsiasi autorità politica siano espressione» (R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., p. 9).

che che, si presuppone, avrà come risultato un prodotto normativo adeguato allo stato attuale delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali.

Un'indicazione non dissimile era già stata offerta dalla Corte costituzionale nella sent. cost. n. 185/1998. Quella decisione «ha esplicitamente statuito una mutua relazione tra potere legislativo ed *expertise* scientifica, relazione che deve tradursi in meccanismi decisionali condivisi»⁶⁴. Il che «ha comportato senza dubbio una mutazione qualitativa all'interno della tradizionale linea argomentativa della Corte, in quanto in essa viene espressamente dichiarata l'essenziale rilevanza che assumono gli organi tecnico-scientifici all'interno del processo legislativo»⁶⁵.

La sent. cost. n. 282/2002 si è spinta oltre simili dichiarazioni: in dottrina⁶⁶ si è detto che, in questa occasione, la Corte ha operato un controllo sul corretto esercizio della potestà di normazione primaria, consistente «nella verifica della completa acquisizione degli elementi di fatto giustificanti una determinata opzione legislativa»⁶⁷, nel quale sono ravvisabili «parametri propri del giudizio amministrativo»⁶⁸ e, in particolare, l'eccesso di potere. Come la medesima dottrina chiarisce, pur non essendo affatto pacifica l'attitudine della Corte a sindacare le leggi sul versante dell'eccesso di potere⁶⁹, in un'evenienza come quella in esame il modo in cui è stato condotto il processo legislativo diviene «parte del controllo di costituzionalità, attraverso lo scrutinio di ragionevolezza scientifica, ponendosi quale ulteriore elemento di valutazione del tradizionale oggetto costituito dal prodotto di tale procedimento, le norme contenute nella legislazione ordinaria»⁷⁰.

⁶⁴ S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 823.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 823.

⁶⁶ Q. CAMERLENGO, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, cit., p. 696.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 697.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 697.

⁶⁹ Cfr. G. MIGNEMI, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1995, p. 167 ss.

⁷⁰ S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 835.

Tutto da chiarire rimane, poi, come debba emergere dall'atto legislativo il tipo di accertamenti tecnici svolti dal legislatore in dialogo con gli organi dotati delle opportune competenze. Dal tenore della sentenza n. 282 potrebbe ritenersi sufficiente che questo aspetto sia desumibile dai lavori preparatori, senza giungere all'estremo di ritenere che sussista in questi casi un obbligo di motivazione delle leggi che si basano su acquisizioni medico-scientifiche⁷¹. In entrambe le eventualità, in sede di sindacato di costituzionalità, difficilmente risulterebbe necessario interpellare scienziati o acquisire pareri di esperti, potendosi la valutazione basare, in un caso, sugli atti di causa e, nell'altro, su dati relativi all'*iter legis* che sono di pubblico dominio o che, al limite, possono essere ottenuti tramite ordinanza istruttoria.

Negli anni a seguire la Corte si è ulteriormente espressa sui metodi che rendono adeguato il procedimento legislativo in ambito medico. In linea con la sentenza del 2002 si pone la di poco successiva sent. cost. n. 338/2003, anch'essa in materia di terapia elettroconvulsivante, lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psichirurgia. Con tale pronuncia, la Consulta ha giudicato inadeguata la decisione del legislatore piemontese di vietare le suddette pratiche, in quanto il divieto era sorretto dalle opinioni espresse da una non meglio precisata comunità scientifica regionale. La Corte ha così modo di tornare sul tema della necessità di un dialogo con organi di rilievo nazionale o sovranazionale, come richiesto anche dalla sentenza dell'anno precedente, sottolineando come non si possa «certo ammettere [...] un vincolo, in una sola Regione, a rispettare indicazioni provenienti da un solo settore, territorialmente circoscritto, della comunità scientifica»⁷².

Nel solco di questo filone giurisprudenziale possono collocarsi anche sentenze come le nn. 271/2008 e 8/2011, in tema di farmaci equivalenti, dove la sottolineatura della necessità che le scelte in ambito medico-terapeutico scaturiscano dal confronto con specifici organi tecnici amministrativi giunge fino a suggerire una preferenza per lo strumento ammini-

⁷¹ Sul punto cfr. A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, cit., p. 61.

⁷² Cfr. sent. cost. n. 338/2003.

strativo rispetto a quello legislativo⁷³. E ciò in quanto «lo strumento legislativo non darebbe, soprattutto ai privati, quelle garanzie di acquisizione e ponderazione delle valutazioni tecniche che sono invece implicite nel procedimento amministrativo»⁷⁴. È, inoltre, interessante notare che, come la sent. cost. n. 338/2003 obiettava al legislatore regionale di aver fatto affidamento sulle opinioni espresse dalla comunità scientifica locale, nella sent. cost. n. 8/2011, «ciò che viene contestato alla norma regionale è [...] l'elusione del ruolo che la legislazione statale attribuisce all'AIFA nella materia considerata, "sostituita" in sostanza dalla Commissione regionale del farmaco, cui spetta di decidere i criteri direttivi per l'utilizzo "fuori indicazione" dei farmaci»⁷⁵. Di nuovo la Consulta, anche per esigenze di uniformità di prestazioni sul territorio nazionale, torna quindi a manifestare una esplicita preferenza per autorità tecniche di rilievo, almeno, nazionale.

Da ultimo, preme segnalare il monito rivolto al legislatore nella sent. cost. n. 96/2015, ove l'invito ad un agire scientificamente informato non si limita al momento dell'emanazione dell'intervento normativo ma si estende nel tempo sotto forma di un onere di adeguamento alle acquisizioni mediche in costante aggiornamento. La sentenza ha dato accoglimento alla questione di legittimità costituzionale sugli artt. 1, commi 1 e 2, e 4, comma 1, della l. n. 40/2004, nella parte in cui non consentono il ricor-

⁷³ Cfr. in particolare la sent. cost. n. 271/2008, *C.i.D.* 3: «Nel caso di specie, l'esercizio da parte della Regione del potere di escludere in tutto o in parte la rimborsabilità dei farmaci è configurato dal legislatore statale come il punto di arrivo di uno speciale procedimento amministrativo, in particolare caratterizzato dal determinante ruolo valutativo di un apposito organo tecnico nazionale sulla base dei criteri determinati dal legislatore statale. [...] Sostituire con un atto legislativo quanto può essere realizzato dalla Regione mediante un apposito provvedimento amministrativo rappresenta quindi una violazione di quanto espressamente determinato dal legislatore statale nell'ambito di una materia di sua esclusiva competenza (nel caso di specie, secondo quanto previsto nel secondo comma, lettera m), dell'art. 117 della Costituzione) ed è quindi contrario al dettato costituzionale».

⁷⁴ A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni*, cit., p. 75.

⁷⁵ A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 33.

so alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Tale esclusione è stata giudicata irragionevole e contraria agli artt. 3 e 32 Cost. in quanto «con palese antinomia normativa [...], il nostro ordinamento consente, comunque, a tali coppie di perseguire l'obiettivo di procreare un figlio non affetto dalla specifica patologia ereditaria di cui sono portatrici, attraverso la, innegabilmente più traumatica, modalità della interruzione volontaria (anche reiterata) di gravidanze naturali»⁷⁶. A giudizio della Corte, il *vulnus* così arrecato alla salute donna non sembrerebbe trovare «un positivo contrappeso, in termini di bilanciamento, in una esigenza di tutela del nascituro, il quale sarebbe comunque sottoposto all'aborto». Nonostante la loro gravidanza, non s'intende ora porre l'attenzione su simili affermazioni, che meriterebbero autonoma trattazione. Ai fini del tema qui esaminato assume, invece, maggior rilievo un'osservazione secondaria della Corte. In chiusura, la sentenza afferma che è compito del legislatore «introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili»⁷⁷. In altre parole, la Corte invita il legislatore ad aggiornare periodicamente l'elenco delle coppie idonee ad accedere al «diritto ad un figlio sano», tenendo conto delle possibilità che il progresso scientifico sarà in grado di offrire in tal senso. Si individua pertanto nella scienza un limite alla «libertà della politica legislativa»⁷⁸, al cui progredire deve corrispondere un aggiornamento della regolazione della materia *de qua*.

L'*excursus* qui proposto consente di estrapolare in maniera organica le indicazioni di metodo alle quali, attraverso la sua giurisprudenza, la Corte costituzionale ha invitato il legislatore (sia esso regionale o statale) a conformarsi ogni qual volta intenda intervenire nella materia medico-terapeutica:

- a) in primo luogo, il legislatore è tenuto a fondare la propria scelta nor-

⁷⁶ C.i.D. 9.

⁷⁷ C.i.D. 10.

⁷⁸ A. MORRONE, Ubi scientia ibi iura. *A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum Quad. cost.*, 11 giugno 2014, p. 6.

mativa su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti;

b) in secondo luogo, occorre individuare come propri interlocutori organi di rilievo nazionale e sovranazionale, non essendo sufficienti opinioni espresse da comunità scientifiche regionali;

c) in terzo luogo, bisogna evitare di sostituire con atto legislativo ciò che può essere perseguito tramite provvedimento amministrativo;

d) infine, è d'uopo porre l'accento sul fatto che il dialogo con le autorità scientifiche non vada instaurato *una tantum* ma debba proseguire ai fini dell'aggiornamento della normativa emanata.

Questo elenco di indicazioni metodologiche deve inoltre essere collocato nella cornice della “regola di fondo”⁷⁹ che deve ispirare il legislatore nella assunzione della decisione politica attinente a tematiche afferenti all'ambito medico-terapeutico ossia quella del rispetto dell'autonomia dell'arte medica. Sancito nella sent. cost. n. 282/2002, questo ulteriore (ma primario) vincolo cui soggiace la discrezionalità legislativa in ambito medico-terapeutico è stato recentemente ribadito e chiarito dalla sent. cost. n. 169/2017, dove si è insistito sul collegamento del divieto con il carattere personalistico ontologicamente proprio della pratica medica. La Consulta ha infatti affermato che, «sullo specifico argomento dei limiti alla discrezionalità legislativa in tema di esercizio dell'arte medica, la giurisprudenza di questa Corte appare assolutamente congruente [...]: è stato più volte affermato il “carattere personalistico” delle cure sanitarie, sicché la previsione legislativa non può precludere al medico la possibilità di valutare, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, il singolo caso sottoposto alle sue cure, individuando di volta in volta la terapia ritenuta più idonea ad assicurare la tutela della salute del paziente». Questo accento posto dalla giurisprudenza costituzionale sulla autonomia dell'*ars* medica e sulla necessità di un continuo aggiornamento da valutare anche caso per caso alla luce delle mutevoli risultante scientifiche proprio di questo settore, hanno contribuito a ritagliare uno spazio esiguo

⁷⁹ *C.i.D.* 4: «Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano [...] un altro punto di incrocio dei principi di questa materia».

alla discrezionalità legislativa nell'ambito medico-terapeutico, anche attraverso quelle pronunce in cui sia stato condotto un controllo esterno di ragionevolezza scientifica.

2.3.2. Controllo intrinseco di ragionevolezza scientifica, ossia sindacato sul merito delle posizioni scientifiche accolte dalle scelte legislative impugnate.

Differente dall'approccio procedurale che caratterizza il controllo estrinseco di ragionevolezza scientifica è l'ipotesi in cui il giudizio di costituzionalità si svolga anche per il tramite di un sindacato, nel merito, dei fondamenti scientifici dell'atto normativo impugnato. Le pronunce in cui emerge questo tipo di scrutinio sono, pertanto, caratterizzate dalla presenza di opinioni ed affermazioni di natura medico-scientifica a supporto del giudizio sulla legittimità delle disposizioni impugnate⁸⁰.

Un caso risalente, ma particolarmente esemplificativo, è costituito dalla sent. cost. n. 559/1987, la quale ha sancito l'illegittimità costituzionale di una disposizione⁸¹ che negava la possibilità di concedere congedi straordinari ai lavoratori per sottoporsi a cure termali. Secondo parte remittente, la norma in questione contrastava con gli artt. 32, comma 1 e 36, comma 3, Cost., in quanto poneva il lavoratore dinanzi all'alternativa di non sottoporsi alle cure, con ciò sacrificando il diritto alla salute, oppure di sottoporvisi durante le proprie ferie, con ciò ledendo il diritto garantito dalla seconda delle disposizioni costituzionali invocate. La Corte ritiene che la questione sia fondata e incentra la propria argomentazione sul presupposto, evidentemente non tenuto in sufficiente considerazione dal legislatore, che le cure termali ed idroponiche sono vere e proprie terapie, utili a combattere malattie di una certa serietà. Entrando nel merito di considerazioni sull'efficacia terapeutica di questo genere di cure e della loro idoneità ad essere considerate vere e proprie pratiche terapeutiche, la

⁸⁰ Per descrivere il modo in cui, in questi casi, la Corte si relaziona con le acquisizioni scientifiche per giudicare l'esercizio della discrezionalità legislativa, in dottrina si è fatto riferimento al concetto di "relazionalità cognitiva" (cfr. C. DI COSTANZO, A. SIMONCINI, *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *Biollaw Journal, Special Issue*, n. 2/2019, p. 209).

⁸¹ Art. 1, comma 1, lett. a), ultimo alinea, del d.l. 25 gennaio 1982, n. 16, nel testo sostituito con l'articolo unico della l. 25 marzo 1982, n. 98.

Corte afferma che: «la crenoterapia è generalmente ritenuta strumento efficace di intervento – pur se nel quadro di un più ampio piano di cure e con funzione complementare rispetto ad altri mezzi terapeutici – su una serie di situazioni morbose, con funzione preventiva, di cura specialistica e riabilitativa. Essa non è in genere indicata – quando non controindicata – nelle affezioni acute, ma può positivamente operare rispetto a numerose affezioni a carattere cronico o recidivante, o nella fase di remissione del processo morboso, per agevolarne l'andamento e consolidarne gli esiti, o a fini di rallentamento o di arresto di un processo morboso, o per impedire complicazioni aggravanti o ricadute, o più in generale – in via riabilitativa per il pieno o parziale ripristino della funzionalità di organi lesi dalla malattia»⁸².

È interessante notare come le affermazioni riportate contrastino nettamente con l'indicazione che, qualche anno dopo, la Corte avrebbe dato, nella prima sentenza Di Bella⁸³, a riguardo della propria estraneità rispetto a valutazioni circa gli effetti e l'efficacia di trattamenti terapeutici. Nel caso in esame, infatti, la Corte si pronuncia su efficacia (e controindicazioni) delle cure termali ricorrendo a tecnicismi propri della scienza medica, lasciando al lettore l'impressione che, per vie informali⁸⁴, siano stati consultati medici ed esperti. E tali asserzioni – in un certo senso – concorrono ad integrare il parametro di costituzionalità. La Corte ravvisa, infatti, una violazione dell'art. 32 Cost., ossia del diritto alla salute, in quanto la pratica il cui esercizio è disincentivato dalla legge impugnata è – diversamente da quanto il legislatore deve aver valutato – efficace nella cura di certe malattie e, di conseguenza, idonea a tutelare la salute. E, pertanto, è proprio l'affermazione di tale idoneità terapeutica che fonda in modo compiuto la violazione del diritto alla salute dei lavoratori, violazione che assai difficilmente si sarebbe potuta accertare solo sulla base di parametri normativi astrattamente considerati.

Questo impiego di asserzioni scientifiche nel ragionamento giuridico della Corte non rappresenta un caso isolato e, anzi, se ne trova traccia in

⁸² *C.i.D.* 3.

⁸³ Sent. cost. n. 185/1998.

⁸⁴ Non essendone dato conto in alcun punto della sentenza di specifiche fonti di cognizione e non rivenendosi in essa riferimenti ad eventuali ordinanze istruttorie.

diverse pronunce anche successive. Tra esse possono annoverarsi alcune tra le decisioni più dibattute dell'ultimo decennio: ci riferisce, in particolare, ad alcune delle sentenze intervenute sulla l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita⁸⁵, alla pronuncia sul c.d. caso Stamina e alla più recente giurisprudenza in tema di vaccinazioni.

a) *La procreazione medicalmente assistita.*

Con la sent. cost. n. 151/2009 la Corte ha dichiarato l'illegittimità della legge sulla procreazione assistita, nella parte in cui poneva l'obbligo di creazione di un numero massimo di tre embrioni destinati ad un unico e contemporaneo impianto⁸⁶. Il sindacato sull'inadeguatezza scientifica dell'intervento legislativo ha qui costituito il cuore della argomentazione dei giudici costituzionali. La sentenza ha infatti censurato la scelta legislativa, anzitutto, perché «non riconosce al medico la possibilità di una valutazione, sulla base delle più aggiornate e accreditate conoscenze tecnico-scientifiche, del singolo caso sottoposto al trattamento, con conseguente individuazione, di volta in volta, del limite numerico di embrioni da impiantare, ritenuto idoneo ad assicurare un serio tentativo di procreazione assistita». Se in questa affermazione può leggersi l'eco di quella «regola di fondo» dell'autonomia dell'arte medica che già era stata stabilita a chiare lettere nella sent. cost. n. 282/2002, è pur vero che la Consulta vi aggiunge una notazione significativa per quanto riguarda gli aspetti che rendono, dal punto di vista scientifico, irragionevoli le scelte compiute dal legislatore. Ciò che è oggetto di critica è in particolare l'indicazione di un numero prestabilito di embrioni dal momento che la rigidità quantitativa stabilita normativamente contrasta con la variabilità – insita nelle pratiche di PMA – delle possibilità di successo, che mutano in relazione sia

⁸⁵ La più recente pronuncia della Corte sulla l. n. 40/2004 è la sent. cost. n. 221/2019 che ha rigettato la q.l.c. relativa al divieto di accesso alla PMA per le coppie omosessuali. Sul punto cfr. L. DEL CORONA, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio cost.*, n. 2/2020, p. 227 ss.

⁸⁶ Ciò ha, di conseguenza, introdotto una deroga al principio generale di divieto di crioconservazione di cui al comma 1 dell'art. 14 della l. n. 40/2004.

alle caratteristiche degli embrioni, sia alle condizioni soggettive delle donne che si sottopongono alla procedura di procreazione medicalmente assistita, sia, infine, all'età delle stesse, il cui progressivo avanzare riduce gradualmente le probabilità di una gravidanza. Il Giudice costituzionale deduce da tali considerazioni di carattere medico che, in molti casi, il limite posto al suo vaglio sia tale da compromettere significativamente le possibilità di successo delle pratiche procreative, il che finisce col «favorire – rendendo necessario il ricorso alla reiterazione di cicli di stimolazione ovarica – [...] l'aumento dei rischi di insorgenza di patologie che a tale iperstimolazione sono collegate». Nessuna di queste asserzioni è sostenuta dal richiamo ad opinioni di esperti o autorità nell'ambito medico; scorrendo il testo della sentenza ci si avvede infatti di come in un unico e isolato passaggio si dia conto del fatto che, in uno dei giudizi *a quibus*, «i ricorrenti avevano acquisito relazioni mediche, che avevano evidenziato la possibilità di creazione di embrioni affetti da patologie pari al cinquanta per cento, sicché, nella specie, il numero di embrioni necessari ad assicurare una adeguata percentuale di successo era pari a sei». L'assenza di un qualsivoglia riferimento ad alcuna ordinanza istruttoria formale, lascia quindi aperte due opzioni: è possibile che la Corte abbia proceduto attivando una istruttoria in via informale come è ugualmente possibile che i giudici abbiano ritenute notorie le considerazioni riportate senza indugiare su una istruttoria neppure informale.

Altro esempio emblematico di sindacato di adeguatezza scientifica che determina la decisione della Corte è offerto dalla sent. cost. n. 162/2014 attraverso la quale si è aperto alla possibilità di praticare nelle strutture sanitarie italiane tecniche di PMA eterologa, ossia di fecondazione ottenuta tramite l'utilizzo di gameti donati da soggetti terzi rispetto alla coppia che eserciterà la patria potestà sul nascituro. A detta della Corte, l'assoluto divieto di simile pratica non individuava «un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze»⁸⁷, poiché il divieto contestato, pur motivato da esigenze di protezione della persona nata dalla fecondazione eterologa, risultava «privo di adeguato fondamento costituzionale in quanto esso contraddirebbe l'incoercibile diritto ad avere figli insieme al dirit-

⁸⁷ Cfr. sent. cost. n. 162/2014.

to alla salute»⁸⁸. Ciò che ha condotto i giudici alla declaratoria di incostituzionalità non è stata però solo la problematica afferente allo squilibrio tra interessi confliggenti quanto la sussistenza di ulteriori profili di irragionevolezza⁸⁹. Tra gli elementi che hanno concorso all'esito del sindacato costituzionale si pensi a quello relativo all'impari trattamento tra coppie con problemi di infertilità – superabili tramite tecniche di PMA omologa – e coppie totalmente sterili⁹⁰ ma soprattutto, per quel che qui rileva, ad altri due profili che possono ritenersi, *latu sensu*, *science-based*.

Il primo è inerente alla concezione di diritto alla salute emergente dalla scelta legislativa contestata e che la Corte reputa “scientificamente inadeguata”. Il legislatore viene infatti rimproverato di non aver tenuto nella giusta considerazione l'idoneità e strumentalità delle tecniche di procreazione eterologa a garantire la tutela del diritto alla salute psichica dei soggetti che non potrebbero divenire genitori se non ricorrendo a questa specifica tecnica di procreazione assistita. In questo modo, il legislatore avrebbe agito in contraddizione con l'obbligo che gli corre di basarsi sulle evoluzioni dell'arte medica «anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica». L'argomentazione del Giudice delle leggi sembra così specchio della applicazione di uno specifico test: se un'opzione legislativa non offre tutela ad ogni aspetto della salute degli individui (ivi compresa la salute psichica), pur in presenza di tecniche medico-scientifiche che potrebbero preservarla (nel caso di specie, la fecondazione eterologa che, aumentando quantitativamente le possibilità per le coppie sterili di ottenere un figlio, gioverebbe anche alla loro salute mentale), tale scelta sarà da considerarsi scientificamente irragionevole. Sebbene la sent. cost. n. 162/2014 riprenda testualmente le affermazioni a suo tempo già proposte nella pronuncia Di Bella e nella

⁸⁸ Così L. VIOLINI, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, cit., p. 9.

⁸⁹ «Il vizio che inficia il divieto di eterologa, dunque, sta tutto nella teoria della ragionevolezza» (A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, cit., p. 2).

⁹⁰ Sul punto si veda C. CASONATO, *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 17 giugno 2014: «Il problema di fondo su cui è intervenuta la Corte è quindi riassumibile nella formula secondo cui per accedere alla PMA era necessario essere sterili sì, ma non troppo».

sent. cost. n. 282/2002, ribadendo la necessità che un intervento normativo in materia medica tenga conto delle evidenze e delle conoscenze espresse dall'*expertise* medico-scientifica, non è possibile affermare che il Giudice delle leggi stia qui solo suggerendo nuovamente un onere procedurale al legislatore⁹¹. Nella pronuncia che ha sancito l'incostituzionalità del divieto di PMA di tipo eterologo, infatti, «la libertà della politica legislativa trova un limite ulteriore nella scienza [...] ben oltre quanto già previsto nei precedenti»⁹².

Il secondo profilo di inadeguatezza scientifica del divieto di eterologa attiene, lo si è già visto, all'eccessiva prudenza che, secondo la sent. cost. n. 162/2014, il legislatore avrebbe mostrato rispetto agli effetti negativi che dalla liberalizzazione di tale pratica possono prodursi sulla salute dei futuri donatori e donatari di gameti. Secondo la Corte, porre un veto assoluto a tale tecnica significa ignorare che essa, come indicano «notorie risultanze della scienza medica», non appare particolarmente rischiosa. In questo modo, però, la Consulta è incorsa in un difetto di incoerenza con quanto affermato nella precedente sent. cost. n. 151/2009 a proposito della stimolazione ovarica. Questa pratica, eseguita sia nel caso di fecondazione omologa (sulla futura gestante), sia nel caso di eterologa (sulla donatrice di ovuli), se nella pronuncia del 2009 viene guardata con sospetto e posta in stretta connessione con l'insorgere di patologie, in quella del 2014 viene considerata unitamente alla donazione di spermatozoi come pratica che non comporta «rischi per la salute dei donanti [...] eccedenti la normale alea insita in qualsiasi pratica terapeutica, purché eseguita all'interno di

⁹¹ Diversamente S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza?*, cit., p. 2. Ivi si afferma che la sent. cost. n. 162/2014 rappresenterebbe «l'atto di definitiva emersione» della dimensione del principio di ragionevolezza già delineata nelle sentenze costituzionali del 1998 e del 2002. Eppure, a parere di chi scrive, in quest'ultima decisione, non solo la Corte compie un'operazione ulteriore rispetto a quanto fatto nelle precedenti occasioni, ma neppure pone un significativo accento sulla mancata consultazione di organismi dotati di autorità tecnico/scientifica. Se si esclude il richiamo della nozione di diritto alla salute sancita dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, non v'è traccia dell'*expertise* scientifica nel cuore dell'argomentazione della Consulta. Piuttosto si ribadisce che, «in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico».

⁹² V. A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, p. 6.

strutture operanti sotto i rigorosi controlli delle autorità, nell'osservanza dei protocolli elaborati dagli organismi specializzati a ciò deputati».

Le sentenze appena esaminate appartengono ad un filone della giurisprudenza in ambito medico che, con tutta evidenza, appare più problematico delle categorie esaminate ai paragrafi precedenti e merita specifiche riflessioni sia relativamente alla mutazione della Corte costituzionale a giudice del fatto, sia quanto alle modalità di attuazione dell'istruttoria per l'acquisizione delle opinioni mediche espresse. I due aspetti sono inscindibilmente legati perché se è vero che il rilievo dei fatti, nella specifica accezione dei fatti scientifici, nel ragionamento giuridico della Corte conduce all'esigenza di riflettere sull'istruttoria, vale anche l'inverso: la circostanza che la Corte abbia aperto alla possibilità di ricevere pareri in forma scritta su materie specifiche e si sia riservata la potestà di udire esperti, impone di chiedersi se la Corte abbia così manifestato l'intenzione di "istituzionalizzare" quel che pronunce come quelle appena esaminate dimostrano, ossia la sua attitudine a giudicare i fatti, percorrendo una strada che lambisce il crinale del controllo sul merito delle scelte legislative.

b) *Il caso "Stamina"*.

Un commento a sé stante merita la sent. cost. n. 274/2014, con la quale la Corte costituzionale si è pronunciata sul c.d. caso Stamina⁹³. Per

⁹³ Sull'*affaire* "Stamina Foundation" cfr. G. D'AMICO, *Il volto compassionevole del diritto e la dura scientia. A proposito del "metodo Stamina"*, in *Quad. cost.*, n. 2/2013, p. 420 ss.; ID., *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Forum Quad. cost.*, 1° febbraio 2015; ID., *"Funziona! Non vi basta?". A proposito delle conclusioni dell'indagine conoscitiva del Senato della Repubblica sul c.d. caso Stamina*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2016, p. 297 ss.; C. NARDOCCI, *Caso "Stamina": la Corte rimette ordine tra scienza e diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, p. 160 ss.; D. PARIS, *I rischi di una giurisprudenza "compassionevole". Riflessioni sull'operato della magistratura nel caso Stamina*, in *Forum Quad. cost.*, 31 luglio 2015; ID., *Il caso Stamina fra indipendenza della magistratura e governo dei giudici. Riflessioni a margine di una delibera del CSM*, in *Riv. it. medica legale*, n. 3/2016, p. 1321 ss.; G. SERENO, *Il caso Stamina all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio cost.*, n. 1/2015; M. TOMASI, *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della "vicenda Stamina"*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, n. 1/2013, p. 83 ss.; P. VERONESI, *Al crocevia del "Caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2015, p. 91 ss.;

molti aspetti, la vicenda in questione ricorda il precedente “Di Bella”: anche in questa evenienza, infatti, la Corte è stata chiamata a giudicare la conformità a Costituzione di una norma che operava una diversità di trattamento tra soggetti parimenti desiderosi di accedere ad un protocollo non convalidato secondo gli opportuni standard di sperimentazione. In questa seconda occasione, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 del d.l. 25 marzo 2013, n. 24 (Disposizioni urgenti in materia sanitaria), che escludeva dalla possibilità di sottoporre al “trattamento Stamina” i pazienti che ne avessero fatto richiesta dopo l’entrata in vigore del decreto medesimo.

Il metodo in questione consisteva in una terapia giudicata di carente fondamento scientifico⁹⁴, «la quale utilizza e manipola cellule staminali di tipo mesenchimale per curare gravissime patologie neurologiche»⁹⁵. In mancanza di sperimentazione, tale metodo – oltre che in alcune strutture private – è stato praticato, a carico del Servizio Sanitario Nazionale, in un ospedale pubblico, gli Spedali Civili di Brescia. Dopo una lunga e controversa vicenda giudiziaria e politica⁹⁶, acquisito il parere negativo dell’Agenzia Italiana del Farmaco e di due Comitati d’esperti⁹⁷, il governo è

⁹⁴ L’ultimo verdetto ad averlo stabilito è stata la relazione dell’indagine conoscitiva svolta dalla 12^a Commissione permanente (Igiene e sanità) del Senato e presentata il 18 febbraio 2015. Cfr. <http://www.senato.it/leg17/3687?indagine=38>.

⁹⁵ Così P. VERONESI, *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, cit., p. 1.

⁹⁶ Per la cronistoria del caso Stamina precedente all’emanazione della sent. cost. n. 274/2014, si rimanda al seguente link: www.biodiritto.org/index.php/novita/news/item/330-dossier-staminali.

⁹⁷ Come si legge in G. D’AMICO, *Caso “Stamina”: la “lotta per la salute”*, cit., p. 1 «La relazione finale prodotta da un nuovo Comitato scientifico (dopo che la nomina del primo era stata annullata dal Tar Lazio) in data 2 ottobre 2014 e il conseguente decreto del direttore generale del Ministero della Salute del 4 novembre 2014 hanno sancito l’impossibilità di proseguire la sperimentazione. In particolare, il Comitato scientifico ha affermato che “i metodi Stamina non soddisfano i requisiti per la definizione [delle cellule staminali mesenchimali] come ‘agenti terapeutici’” e che “i protocolli Stamina proposti non soddisfano i requisiti di base per una sperimentazione clinica”, negando, di conseguenza, che sussistano «le condizioni per l’avvio di una sperimentazione con il cosiddetto metodo Stamina con particolare riferimento alla sicurezza del paziente”. Non v’è dubbio che si tratti di una bocciatura senza appello».

intervenuto con un decreto d'urgenza (convertito dalla l. n. 57/2013) volto ad impedire che nuovi soggetti, diversi dai pazienti già sottoposti da tempo alla cura, potessero ricorrere alla stessa.

Proprio sulla differenza di trattamento tra le due categorie di pazienti è stata chiamata a pronunciarsi la Consulta. Come anticipato, essa ha escluso che si fosse in presenza di una violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* Il legislatore, infatti, avrebbe preso la legittima decisione di vietare l'accesso a un protocollo ritenuto inefficace nelle opportune sedi e, tuttavia, altrettanto legittimamente, avrebbe previsto un'eccezione alla regola per i pazienti in corso di trattamento, tenuto conto del contesto anomalo e in nome del principio di "continuità terapeutica".

Come si legge nella sentenza, «irragionevole sarebbe l'estensione indiscriminata di siffatta, temporalmente circoscritta, deroga» ad altri soggetti, in quanto per costoro non sussisterebbero «[l]e circostanze peculiari ed eccezionali che hanno indotto il legislatore a non interrompere il trattamento con cellule staminali nei confronti dei pazienti che di fatto l'avevano già avviato». Ancora una volta, la Corte sembra qui dare spazio ad un "fatto sociale", consistente nell'avvenuto avviamento del trattamento, anche a detrimento di un fatto scientifico quale l'inutilità della terapia.

La sentenza in parola è interessante per il discorso generale che si sta conducendo, in quanto essa ritorna sul rapporto tra ragionevolezza scientifica della legislazione e opinioni espresse dalla comunità degli scienziati ma lo fa secondo uno schema del tutto peculiare. Tale schema emerge chiaramente quando la Corte, continuando ad argomentare l'irragionevolezza di un'estensione indiscriminata della terapia Stamina, asserisce che, «allo stato, la sussistenza delle condizioni per la prosecuzione della sperimentazione prevista dalla legge censurata risulta esclusa dal decreto del Ministero della salute adottato, *sulla base della relazione dell'apposito comitato scientifico*, il 4 novembre 2014, nelle more del presente giudizio»⁹⁸. Poiché dunque, è stato accertato che non esiste alcuna divergenza di opinioni scientifiche sull'utilità della terapia, la quale anzi, potrebbe persino rivelarsi

⁹⁸ *C.i.D.*, p. 6, corsivo aggiunto. Sul punto si veda G. SERENO, *Il caso Stamina all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, cit., p. 8.

dannosa⁹⁹, la Corte “salva” una scelta legislativa che, diversamente, si sarebbe potuta ritenere discriminatoria ovvero ingiustamente sfavorevole nei confronti di quei malati che hanno fatto richiesta di sottoporsi al trattamento in oggetto più tardi di altri.

A fronte del peso dato al parere negativo degli esperti, potrebbe forse risultare incoerente che la Corte non si sia spinta fino a giudicare irragionevole la prosecuzione della terapia sui pazienti di lunga data così come potrebbe apparire insufficiente a superare una simile critica la sola invocazione del “principio di continuità terapeutica”. Ragionando sul perché di una tale omissione, è stato sostenuto come «banalmente, (...) non era questo il *petitum* dell’ordinanza di rimessione»¹⁰⁰ anche se forse, in questo caso, *il self restraint* del Giudice delle leggi è più il frutto della consapevole decisione di non «andare al di là della sua [...] tendenza a presumere l’adeguatezza delle decisioni legislative in materia scientifica»¹⁰¹ assecondando una tendenza, rilevata in dottrina¹⁰² già negli anni ’80 a riguardo delle valutazioni legislative degli elementi di fatto in generale, la quale, come visto, ha però subito nel tempo vistose oscillazioni.

c) *Gli obblighi vaccinali.*

Nella disamina degli orizzonti di concretezza raggiunti dal sindacato di costituzionalità, «svariatissimi»¹⁰³ sono i motivi per i quali il Giudice costituzionale può interessarsi ai *legislative facts*. Tutte le ipotesi prese in considerazione al capitolo 1 valgono, naturalmente, anche per quel particolare tipo di fatti costituito dalle acquisizioni dell’arte medica, le quali possono, per esempio, venire in rilievo in quanto fatto presupposto alla scelta normativa ovvero in quanto obiettivo che la legge realizza.

⁹⁹ Cfr. P. VERONESI, *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, cit., p. 13.

¹⁰⁰ Così G. D’AMICO, *Caso “Stamina”: la “lotta per la salute”*, cit., p. 3.

¹⁰¹ Cfr. P. VERONESI, *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, cit., p. 14.

¹⁰² In M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1060 si parla di «presunzione *iuris tantum* di adeguatezza» che «salterà se sarà mostrata la fattuale inconsistenza di quei dati».

¹⁰³ *Ibidem*, p. 1066.

Nella sent. cost. n. 5/2018 in tema di vaccinazioni obbligatorie, il rapporto tra acquisizioni medico-scientifiche e sindacato di costituzionalità emerge in relazione a molteplici profili¹⁰⁴ tra i quali merita particolare attenzione quello concernente l'esistenza dei presupposti della necessità e urgenza del d.l. n. 73/2017 (poi convertito in l. n. 119/2017) che ha introdotto nuovi obblighi vaccinali per minori sino a 16 anni. Secondo parte ricorrente, i presupposti per la decretazione d'urgenza non sussistevano dal momento che: 1) il decreto legge sarebbe stato emanato in assenza di una reale emergenza sanitaria; 2) in termini di coperture vaccinali, l'obiettivo del 95 per cento perseguito dal decreto rappresenterebbe una soglia ottimale, ma non critica, per il conseguimento della cosiddetta "immunità di gregge"; 3) l'epidemia di morbillo manifestatasi in Italia nel 2017 non determinerebbe alcun allarme e, comunque, il sopraggiunto obbligo vaccinale sarebbe inidoneo a contrastarla.

La Corte dichiara infondata la questione, sconfessando a uno a uno i giudizi espressi dal remittente, utilizzando a tal fine «una pluralità di indici intrinseci ed estrinseci: titolo, preambolo, contenuto e *ratio* del decreto legge, relazione illustrativa del disegno di legge di conversione, lavori parlamentari». Particolare rilievo è dato al parere rilasciato dall'Ufficio regionale europeo dell'OMS nel corso dell'istruttoria legislativa compiuta sul disegno di legge di conversione. Su invito della Commissione permanente del Senato "Igiene e sanità", quest'ultimo aveva infatti sottolineato l'importanza dell'obbligo vaccinale, nonché l'utilità del controllo della storia vaccinale dei bambini al momento dell'iscrizione scolastica espresso, a fortiori a fronte della «preoccupazione per la situazione italiana corrente, con riguardo alle malattie prevenibili mediante vaccino e, in particolare, al morbillo, nonché alla tendenza delle coperture vaccinali a ristagnare o regredire».

Gli elementi presi in considerazione consentono alla Corte di affermare che il Governo, prima, e il Parlamento, poi, non avessero ecceduto i limiti dell'ampio margine di discrezionalità loro spettante nel valutare i presupposti di straordinaria necessità e urgenza, ai sensi dell'art. 77, comma

¹⁰⁴ Per un'approfondita analisi della sentenza si rimanda a B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *Biolaw Journal*, n. 3/2019, p. 115 ss.

2, Cost. Nello specifico, la Corte stabilisce che: 1) «la copertura vaccinale è strumento di prevenzione e richiede di essere messa in opera indipendentemente da una crisi epidemica in atto»; 2) «è opinabile il rilievo secondo cui la soglia del 95 per cento dovrebbe considerarsi ottimale e non critica: una tale distinzione non sembra avere riscontro in alcuno degli atti di indirizzo delle competenti istituzioni nazionali e internazionali»; 3) «per quanto poi riguarda l'epidemia di morbillo dell'anno 2017, il fatto che essa colpisca specialmente una certa fascia (adulta) della popolazione non contraddice l'opportunità di incrementare la profilassi nella popolazione in età evolutiva, sia per la protezione di quest'ultima, sia per invertire la tendenza al calo delle coperture».

2.4. *La scienza antagonista: tra ragionevolezza e precauzione.*

Molte delle sentenze che si sono prese in considerazione nei paragrafi precedenti sono state oggetto di studio da parte della dottrina che si è occupata del principio di precauzione. Una attenzione che si giustifica anche alla luce del fatto che quest'ultimo incarna un principio che, pur nell'incertezza dei suoi confini, impone di adottare misure a tutela dei beni vita, salute e ambiente¹⁰⁵ quando vi sia il dubbio, alimentato da incertezza scientifica¹⁰⁶, che tali beni siano posti sotto minaccia.

Un aspetto singolare del principio di precauzione è il suo connaturato

¹⁰⁵ Secondo taluni sarebbe sufficiente fare riferimento al bene ambiente, intendendosi per "ambiente" tutto ciò che riguarda la vita di ogni essere vivente sul Pianeta Terra. Sul punto cfr. S. ZORZETTO, *Concetto di rischio e principio di precauzione (I parte). L'approccio precauzionale nei confronti dei rischi delle moderne società tecnologiche al vaglio del senso comune e della storia e nella sua dimensione etico-filosofica*, in *Sintesi Dialettica*, 19 ottobre 2012.

¹⁰⁶ Tale indicazione rischia, peraltro, di risultare estremamente vaga e inadeguata a tracciare il campo di applicazione del principio. Infatti, come si nota in M. TALLACCHINI, *Sicurezza e responsabilità in tempi di crisi*, in *Riv. dir. alimentare*, n. 1/2012, pp. 4-5, «l'incertezza intrinseca del sapere scientifico contemporaneo non dipende unicamente dall'aumento delle situazioni di rischio o di imprevedibilità connesse al procedere della conoscenza, ma dall'intrinseca incompiutezza e indeterminazione della scienza rispetto alla necessità di definizione delle scelte sociali, delle politiche pubbliche, delle decisioni giuridiche».

complesso e contraddittorio rapporto con la scienza. Da una parte, considerando che il principale presupposto per la sua invocazione, che lo distingue dall'attiguo principio di prevenzione o dell'azione preventiva¹⁰⁷, è la presenza di incertezza scientifica, paradossalmente quello di precauzione è un principio altamente ascientifico. Discendente dalla c.d. *Ignoranztheorie*¹⁰⁸, l'approccio precauzionale impone alla pubblica autorità di prescrivere o vietare determinate condotte dentro una condizione di non conoscenza e, quindi, in assenza di una chiara rappresentazione dei presupposti empirici idonei a fondare quello specifico intervento¹⁰⁹. Si innescia in questo modo una sorta di antagonismo o, per lo meno, «una situazione di conflitto con il metodo scientifico»¹¹⁰, dal momento che la concretizzazione del principio in una peculiare circostanza potrebbe suggerire la limitazione o la messa al bando di pratiche, agenti, fenomeni o attività che la scienza non ha provato essere pericolosi.

Per altro verso, una volta che sia stata assunta la decisione politica di intervenire a fronte dell'esistenza di un potenziale rischio a danno di beni ritenuti di particolare rilievo, l'applicazione del principio di precauzione ri-

¹⁰⁷ Cfr. M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, p. 174 ss.; cfr. altresì M. GROS, G. SERGES, *Il principio di precauzione dinanzi al giudice amministrativo francese*, in *Dir. e Soc.*, n. 4/2013, p. 710: il «c.d. "principio di prevenzione" [...] invece muove dalla pretesa di una "certezza scientifica" – concetto di per sé piuttosto fumoso [...], allorché in realtà può parlarsi, al limite, di una minore incertezza, ma non certo di una certezza – per la quale si possono conoscere quali danni potrebbero prodursi, ma non se effettivamente tali danni si produrranno».

¹⁰⁸ Come si ricorda in S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, p. 154, la suddetta teoria richiede che, in mancanza di conoscenze scientifiche circa possibili conseguenze dannose di attività ritenute pericolose, vengano poste in essere misure capaci di ridurre al minimo le minacce, facendo ricorso alle migliori tecniche disponibili.

¹⁰⁹ «Per questo la dottrina si è espressa talvolta in termini estremamente critici sulla compatibilità del principio» anche con alcuni principio irrinunciabili della scienza giuridica, «come la certezza del diritto e il principio di legalità» (A. ZEI, *Principio di precauzione*, in *Dig. disc. gius.*, 2008, p. 688).

¹¹⁰ P. VECCHIA, *La scienza e il principio di precauzione: il caso dei campi elettromagnetici*, in *Analysis*, n. 1/2001, p. 2.

chiede che le autorità deputate all'adozione delle adeguate misure entrino in dialogo e si confrontino con tecnici e scienziati che forniscano loro possibili alternative d'intervento. Ed è proprio questa sua peculiarità che rende il principio di precauzione e la relativa (scarna) giurisprudenza costituzionale un interessante punto di osservazione delle tematiche qui toccate.

Sebbene il termine "precauzione" sia pressoché totalmente assente nella giurisprudenza costituzionale antecedente al 2002¹¹¹, si possono individuare, prima di tale data e successivamente alla stessa, pronunce in cui la Corte valuta interventi legislativi precauzionali ovvero sentenze poggianti su di un atteggiamento o un «ragionamento di precauzione»¹¹². Due, in particolare, sono i principali impieghi del principio di precauzione da parte della Corte costituzionale¹¹³: nella soluzione di conflitti d'attribuzione Stato-Regioni e nella valutazione sulla ragionevolezza del bilanciamento operato dalla disciplina vagliata della Consulta tra contrapposti diritti e interessi (spesso salute e ambiente, da una parte, contro libertà d'iniziativa economica¹¹⁴ e libertà di ricerca¹¹⁵, dall'altra). Nel primo caso, la Corte valuta la legittimità di norme ultimamente ispirate al principio

¹¹¹ Prima dell'ord. cost. n. 182/2002 che, in qualche misura, può essere considerata di rilievo per lo studio del principio di precauzione, le uniche due pronunce in cui la "precauzione" è menzionata sono la sent. cost. n. 57/1957 (che, tuttavia, nulla ha a che fare con l'applicazione del principio in esame) e la sent. cost. n. 4/2000, che parla dell'applicazione della museruola ai furetti come di atto di precauzione che permette di considerare tali animali come strumenti ausiliari ai cacciatori.

¹¹² Tra le pronunce che la dottrina ha ritenuto rilevanti per lo studio del principio di precauzione, anche a prescindere da un esplicito riferimento ad esso, si segnalano le seguenti sent. cost.: 399/1996, 185/1998, 121/1999, 351/1999, 382/1999, 282/2002, 307/2003, 338/2003, 166/2004, 135/2005, 406/2005, 116/2006, 104 e 105/2008, 235/2009, 248/2009, 85/2013, 83/2015, 84/2016, 267/2016, 98/2017, 170/2017, 232/2017, 240/2017. Sull'opportunità di riferirsi al "ragionamento di precauzione", cfr. S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 160.

¹¹³ Similmente cfr. G. DI COSIMO, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 25/2006. Secondo l'Autore, nella giurisprudenza costituzionale tre sono gli "utilizzi processuali" del principio di precauzione: verifiche in ordine al principio, tecnica del bilanciamento d'interessi e riparto di competenza fra legge statale e regionale.

¹¹⁴ Cfr. sent. cost. n. 116/2006.

¹¹⁵ Cfr. sent. cost. n. 166/2004.

di precauzione mentre nel secondo l'impiego del principio di precauzione rileva nel ragionamento giuridico della Corte costituzionale, ossia all'interno della valutazione circa la ragionevolezza¹¹⁶ del bilanciamento operato dal legislatore poiché spesso «il principio di precauzione opera come strumento che aiuta ad individuare il punto di equilibrio fra i principi in contrasto»¹¹⁷.

In quest'ultima evenienza, la casistica più rilevante svela una Corte tendenzialmente propensa ad avallare scelte legislative che impongono la contrazione di interessi di rilievo costituzionale a scopo precauzionale solo a condizione che esse siano supportate da opinioni scientifiche (anche non pacificamente condivise)¹¹⁸. Se, da un lato, tale condizione appare giustificata dalla necessità di evitare letture eccessivamente radicali del principio di precauzione; d'altro canto, essa solleva un quesito particolarmente delicato, relativo al ruolo della Corte stessa ossia se, in sede di sindacato di legittimità, essa debba disporre verifiche atte a constatare la plausibilità scientifica o meno dell'esistenza del rischio posto alla base dell'intervento normativo impugnato.

Ci si trova così di fronte, analizzando le sentenze della Corte costituzionale, una giurisprudenza ondivaga dalla quale non è possibile ricavare un unico e costante *trend*. La Consulta, infatti, in alcune decisioni semplicemente non affronta l'interrogativo circa la reale sussistenza di presupposti scientifici che legittimino l'intervento normativo: è il caso di alcune

¹¹⁶ Del resto, se si definisce il principio di precauzione come principio in base al quale, anche in caso di incertezza scientifica, la decisione di gestione del rischio «deve essere supportata da un'adeguata istruttoria volta a far emergere il rischio probabile e deve, in ogni caso, essere proporzionata, non si può non pervenire alla conclusione che si tratti di un principio [...] collegato con il principio (istituzionale) di ragionevolezza» (cfr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005, pp. 180-181).

¹¹⁷ R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018, p. 182.

¹¹⁸ Un esempio a contrario è offerto da sent. cost. n. 407/2002 poiché «dalle parole della sentenza potrebbe evincersi (l'errata) conclusione che una legislazione regionale possa, senza alcuna esplicita istruttoria (e quindi arbitrariamente), fissare limiti più rigorosi di quella statale» (F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, cit., p. 240).

note pronunce in materia di influenza ovina e Ogm. In altre, come nel caso della sent. n. 282/2002, si limita a controllare che, a monte dell'atto legislativo, vi sia un'adeguata istruttoria, proficuamente condotta in dialogo con organi dotati di *expertise* tecnico-scientifica. In altre ancora, infine, i giudici non si fermano ad un livello di indagine procedurale ma entrano nel merito della valutazione circa la fondatezza scientifica della scelta legislativa. Rileva, in questo senso, la citata sent. n. 83/2015 sui succedanei della nicotina in occasione della quale il sindacato della Consulta sembra assumere i tratti di un giudizio di "ragionevolezza" scientifica¹¹⁹, spingendosi nella verifica della correttezza scientifica dei presupposti empirici su cui poggia la scelta normativa.

3. *La – costante – mancata attivazione dei poteri istruttori e il possibile cambio di rotta a seguito della riforma alle Norme Integrative.*

Oltre all'attinenza all'ambito medico-terapeutico, un unico altro aspetto accomuna l'eterogeneo spaccato di giurisprudenza analizzato in questo capitolo: nessuna delle sentenze citate è stata preceduta da un'ordinanza istruttoria su questioni scientifiche. A prescindere dal rilievo assunto nel ragionamento della Corte da considerazioni di tipo tecnico (in alcuni casi irrilevanti ma in altri decisive), a prescindere dalla presenza negli atti di causa di dettagliate informazioni e dati extra-giuridici, ed indipendentemente dal gradiente di complessità ed opinabilità delle tesi mediche esposte, la Corte, con la sua astensione, ha permesso una «pressoché totale sterilizzazione dei suoi poteri istruttori»¹²⁰.

Vari autori hanno compreso e giustificato questa costante, dubitando che spettasse alla Corte farsi carico di un'istruttoria su simili profili. Si richiami in particolare Augusto Cerri, il quale affermò che fosse compito della Corte costituzionale italiana (come di quella tedesca) sindacare «la

¹¹⁹ In termini simili R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, cit., p. 191, secondo cui la portata del principio di precauzione nelle valutazioni sul bilanciamento finisce per identificarsi con un giudizio di ragionevolezza delle scelte del legislatore.

¹²⁰ P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 595.

Unsachlichkeit quando la norma legislativa muove da presupposti contrari alla comune esperienza: non anche quando solo un'analisi scientifica può rivelare l'infondatezza dei presupposti medesimi»¹²¹. Similmente, si è sostenuto che il «sindacato sui presupposti scientifici delle scelte legislative sia ammesso solo in ipotesi residuali ed estreme»¹²² tanto che, nella maggior parte dei casi, «non se ne avverte il bisogno, essendo sufficiente il richiamo a massime d'esperienza o (talvolta) a non dichiarate conoscenze amicali»¹²³.

I diversi esempi qui riportati aiutano però ad indugiare e riflettere sul fatto che tali giustificazioni siano state spesso smentite dalla stessa giurisprudenza costituzionale e, in ogni caso, che non siano del tutto sufficienti a spiegare l'assenza di istruttorie scientifiche. Basta tornare al caso della sent. cost. n. 559/1987 sulle cure termali per vedere come sia la Corte, talvolta, a sviluppare il proprio argomentare attingendo a nozioni mediche settoriali, tutt'altro che notorie o appartenenti alla comune esperienza.

Nemmeno può considerarsi più del tutto vero che l'assenza di istruttorie scientifiche dipenda dal fatto che «altrimenti il giudice delle leggi finirebbe con il diventare ciò che – [...] sembra – non vuole diventare: e cioè un giudice del fatto, come è la Corte Suprema»¹²⁴. Sulla concretizzazione del sindacato di costituzionalità si è già detto molto e l'attitudine crescente del Giudice delle leggi a divenire giudice del fatto ha trovato forte riscontro nella casistica esaminata, soprattutto in relazione al sindacato intrinseco di ragionevolezza scientifica. Se questo non sembrasse ancora sufficiente a dimostrare la propensione della Corte a valutare nel merito i presupposti fattuali e scientifici delle leggi impugnate, la prova definitiva sarebbe comunque data dalla riforma delle Norme Integrative appena portata a termine con la quale, *inter alia*, i Giudici costituzionali si sono espressamente riservati la possibilità di ottenere informazioni su specifiche

¹²¹ A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1353, nota 54.

¹²² P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 595-596.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, cit., p. 73.

discipline tramite la convocazione di esperti.

Viene allora da chiedersi se la resistenza della Corte ad utilizzare l'ordinanza istruttoria non sia dovuta ad una inadeguatezza di tale strumento a fungere da canale per opinioni, tesi ed acquisizioni scientifiche, soprattutto ricordando come i rari impieghi dell'ordinanza *ex art.* 12 N.I. siano sempre consistiti in richieste di ostensioni documentali, rivolte ad enti pubblici. A ben riflettere, l'ordinanza istruttoria appare per lo più idonea se gli elementi di cui la Corte necessita sono atti e documenti esistenti e facilmente individuabili. Più complesso è, invece, il caso di valutazioni, opinioni, tesi o acquisizioni potenzialmente controverse¹²⁵. In questa evenienza, è forse più difficile pensare alla formulazione di richieste scritte, a seguito delle quali la Corte (e le parti) non abbiano alcuna possibilità di replica ovvero di ulteriore specificazione dei quesiti. Se questa è la ragione della totale assenza di istruttorie scientifiche, non v'è dubbio che riforma alle Norme Integrative del 2020 promette una netta inversione di rotta. Ma se davvero ci attende una nuova stagione dell'istruttoria costituzionale, nella quale la voce della scienza avrà uno spazio inedito, nuove sono anche le sfide che la Corte si troverà ad affrontare. Occorrerà elaborare criteri per l'individuazione degli esperti con cui interloquire; decidere in base a quali *standard* dare credito alle ricostruzioni e alle tesi proposte e – in caso di risultati contrastanti – dotarsi di strumenti per discernere; comprende come il parere degli scienziati inciderà in motivazione e, soprattutto, fino a che punto la Corte debba ritenersi ad esso vincolata.

4. *Alcune considerazioni critiche.*

Sulle questioni appena evocate, si rifletterà *infra* al capitolo 4, a partire dalla comparazione con l'esperienza della Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale da lungo tempo ha elaborato una dottrina sulle modalità con cui le Corti statunitensi devono decidere sull'ammissibilità di *experts testimonies*, e si avvantaggia dei contributi scientifici che le derivano dagli *amicus briefs*. Ora, prescindendo dagli sviluppi sul piano dell'istruttoria,

¹²⁵ cfr. L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, cit.

appare opportuno svolgere alcune considerazioni sulle dinamiche dello scrutinio di ragionevolezza emerse nella giurisprudenza analizzata. Ciò che si è tentato di mettere in luce è come la scelta di mutuare tale tecnica di ragionamento giuridico nel dirimere questioni inerenti a materie legislative *science-based*, oltre a non potersi ricondurre ad un univoco schema di giudizio, apre a problematiche assolutamente peculiari, che incrociano importanti tematiche del costituzionalismo: il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore e il significato dell'art. 28 della l. n. 87/1953, il ruolo degli organi dotati di competenze tecnico-scientifiche, la proliferazione delle pretese e dei diritti al progredire dell'innovazione scientifica (ne sono esempi, su tutti, i menzionati diritto alla genitorialità o all'autodeterminazione terapeutica).

Del resto, è chiaro che «il problema del rilievo del fatto nel giudizio sulle leggi è in larga misura il problema della politicità e della discrezionalità delle scelte della Corte. Questo, soprattutto nel caso della verifica dei fatti “presupposti” dal legislatore»¹²⁶.

4.1. *Scienza e discrezionalità legislativa.*

Allo stato dell'arte, la giurisprudenza costituzionale ha ricavato uno spazio esiguo alla discrezionalità del legislatore nell'ambito medico-terapeutico. Ciò emerge sia nelle ipotesi in cui il sindacato di ragionevolezza scientifica consiste nella verifica dell'avvenuto dialogo tra legislatore ed esperti nel corso dell'*iter legis*, sia quando essa si concretizza nella valutazione dell'adeguatezza del fondamento scientifico del prodotto legislativo.

Secondo una parte della dottrina, questa contrazione dello spazio di decisione politica è giustificata, anzitutto, dal fatto che «in questioni biomediche o scientifiche in genere l'autonomia degli organi competenti deve essere salvaguardata e non può costituire un oggetto sul quale il legislatore può sovrapporre o, addirittura, imporre una propria decisione»¹²⁷.

¹²⁶ M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1071.

¹²⁷ Così A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, cit., p. 63.

Un secondo argomento è, poi, connesso alla necessità che le scelte politiche siano sostenute da tre forme di legittimazione¹²⁸: oltre a quella costituzionale e a quella democratica, anche da quella scientifica la quale, a differenza della legittimazione democratica (che costituisce una legittimazione “dal basso”), è da considerarsi una legittimazione “dall’alto” o “meta-democratica”. In base a questa lettura, a conferire legittimazione alle decisioni politiche in ambito medico-scientifico non sarebbe solo il rispetto dei canali della democrazia rappresentativa e dei principi costituzionali, ma anche la coerenza – nei contenuti – con le micro-verità che la scienza è in grado di offrire. Di conseguenza, chi¹²⁹ individua nelle acquisizioni scientifiche un sicuro limite alla discrezionalità legislativa¹³⁰, ritiene che «il dato scientifico s’impone e diventa un elemento imprescindibile, anche nel giudizio di costituzionalità, al fine di valutare la ragionevolezza delle scelte legislative ovvero la correttezza del bilanciamento tra i diversi diritti e interessi in gioco»¹³¹.

Se è in parte condivisibile l’accento posto sull’esigenza che le scelte le-

¹²⁸ A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello stato costituzionale contemporaneo*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, cit., pp. 572-573.

¹²⁹ V. *ex plurimis* G. VACCARI, *Diritto, scienza e costituzione. Tutela della salute e rilievo del dato scientifico nelle giurisprudenze costituzionali*, in AA.VV., *Forum di Biodiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Trento, 2009; C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2014; S. PENASA, *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

¹³⁰ Da ciò consegue il veto «al legislatore d’intervenire ponendo limitazioni arbitrarie in settori, come ad esempio quello medico, nei quali entrano in gioco i diritti fondamentali» (così G. VACCARI, *Diritto, scienza e costituzione. Tutela della salute e rilievo del dato scientifico nelle giurisprudenze costituzionali*, cit., p. 109). Ergo, come si diceva in commento alla sent. cost. n. 162/2014, al legislatore non sarebbe lecito impedire il ricorso ad una tecnica (come la fecondazione eterologa) con cui la scienza pretende di poter tutelare un aspetto della salute dei consociati (quella mentale, ad esempio) o, quanto meno, rispetto alla quale l’opinione scientifica maggioritaria ritiene che non comporta rischi «eccedenti la normale alea» (cfr. sent. cost. 9 aprile 2014).

¹³¹ Cfr. G. VACCARI, *Diritto, scienza e costituzione. Tutela della salute e rilievo del dato scientifico nelle giurisprudenze costituzionali*, cit., p. 121.

gislative non appaiano in contrasto con acquisizioni scientifiche pacificamente condivise, per contro si concorda pienamente sul fatto che «i modi di svolgimento di questa giusta e raffinata ipotesi teorica sono molto complicati e imprevedibili negli esiti»¹³².

Un primo aspetto di complessità concerne il ruolo che la comunità scientifica è chiamata a svolgere nell'elaborazione della legislazione in ambito medico-terapeutico. In questa prospettiva, la sent. cost. n. 282/2002 ha suggerito un vincolo procedurale al legislatore che si appresti a regolamentare pratiche mediche, consistente nell'instaurazione di un dialogo con organi dotati di *expertise* tecnico-scientifica. Una simile impostazione ricalca quella dei processi di *decision-making* tipici della amministrazione del rischio¹³³, articolati in diverse fasi che hanno come protagonisti in prima battuta i c.d. *risk assessors*¹³⁴ e, successivamente, i *risk managers*¹³⁵. Si legge, infatti, nella sentenza del 2002 che la regolazione di pratiche fondate su dati scientifici deve basarsi su conoscenze «acquisite tramite isti-

¹³² A. D'ALOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 18.

¹³³ Si pensi ad esempio alla procedura di autorizzazione dei prodotti geneticamente modificati posta in essere dall'Unione Europea, la quale si basa sul dialogo tra l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA), che offre il proprio parere scientifico, e la Commissione UE che, sulla base dell'opinione dell'EFSA, decide se autorizzare o meno un singolo prodotto Ogm. Per una più completa ricostruzione della procedura e delle problematiche ad essa connesse cfr. G. RAGONE, *The GMO Authorization Procedure in Eu: Inclusivity, Access to Justice and Participation in Decision-Making*, in *Dir. pubb. eur. Rass. Online*, n. 2/2019, p. 280 ss.

¹³⁴ «*Risk assessment involves a scientific determination of the relationship between causes and effects. [...] In the presence of [...] scientific uncertainty, risk assessment often proceeds by choosing from among the alternative accounts that remain scientifically plausible once all of the available scientific information has been considered*». (V.R. WALKER, *Keeping the WTO from becoming the "World Trans-science Organization": scientific uncertainty, science policy, and factfinding in the growth hormones dispute*, in *Cornell International Law Journal*, n. 31/1998, p. 256).

¹³⁵ «*Risk managers decide what, if anything, to do about risk, by employing: (1) the results of risk assessment; (2) scientific information about the costs, benefits, and casual consequences of management choices, and (3) value judgments about societal goals and objectives*». (V.R. WALKER, *Keeping the WTO from becoming the "World Trans-science Organization"*, cit., p. 256).

tuzioni e organismi – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli *organi tecnico-scientifici*. Da un certo punto di vista, il monito ad avvalersi della consulenza di esperti e scienziati (le cui opinioni, una volta ottenute, non possono certo essere del tutto ignorate), oltre a porre un fermo argine alla discrezionalità del decisore politico, apre all'orizzonte di una «forma di governo “*science conscious*”»¹³⁶. Se è così, occorre però allora interrogarsi su quali siano i canali e le modalità più adeguate a garantire una “rappresentanza scientifica”¹³⁷ presso le sedi decisionali. Un apporto in questa direzione è fornito dalla scienza giuridica comparatistica che ha analizzato i principali modelli di partecipazione alla produzione legislativa da parte del mondo degli scienziati, individuando, ad esempio, i modelli di *expertise participation*, di *extra-parliamentary sites for deliberation/consultation* e di *decision-making procedural criteria*¹³⁸.

Naturalmente, quella della medicina e della scienza «non è una dimensione per cui si possa chiedere una rappresentanza nelle forme conosciute per gli interessi di natura in senso lato politica, delineando piuttosto [...] un insieme di dati e di risultati di varia attendibilità che devono sì influenzare le scelte politiche ma nel senso di un più circoscritto obbligo di considerazione variamente vincolante»¹³⁹. Questo rende «del tutto comprensibile che il costituzionalismo non abbia generato ad esempio, forme di “multicameralismo” inclusive di una rappresentanza specifica della dimensione scientifica»¹⁴⁰.

Proprio l'eterogeneità dei dati offerti della scienza e le difficoltà che il decisore politico, inevitabilmente, incontra nel valutare le opinioni degli esperti introducono al secondo elemento di complessità. Sebbene sin dal-

¹³⁶ C. CASONATO, *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, cit., p. 194.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 194.

¹³⁸ Per un'approfondita analisi dei suddetti modelli, applicati ai processi di legislazione in materia di ricerca sugli embrioni nei principali paesi europei, si veda S. PENASA, *The need for a procedural approach to human embryonic stem cell research: an emerging regulatory model within Eu*, in *Dilemata*, n. 7/2011, pp. 39-55.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 194.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 194.

le origini del pensiero moderno «la riflessione filosofica ha individuato nello statuto della scienza le basi di neutralità, oggettività e certezza che sembravano irrimediabilmente assenti nei sistemi politici e giuridici»¹⁴¹, nella pratica non v'è ambito della scienza (ivi compresa la medicina) in cui il metodo scientifico abbia dimostrato di poter offrire alle scienze sociali e al diritto conoscenze del tutto oggettive e scevre da giudizi di valori o opinioni soggettive¹⁴². Stanti queste premesse, insorgono cruciali quesiti, come quelli sollevati da Mangia: «Quali dovrebbero essere i saperi che condizionano il legislatore in quella attività di opposte esigenze e opposti diritti che comunque la Corte – già nella sent. n. 282/2002 – continua a riconoscergli come sua dimensione naturale? [...] Con quali criteri si dovrebbero distinguere, all'interno di ciascuno di questi, le opinioni vincolanti dalle opinioni minoritarie?»¹⁴³.

Lo stesso modello di *risk management*, già evocato, incontra il limite della incertezza intrinseca del sapere scientifico contemporaneo¹⁴⁴, la quale, oltre che dal crescere delle situazioni di rischio connesse al procedere dello sviluppo tecnologico, dipende «dall'intrinseca incompiutezza e indeterminazione della scienza rispetto alla necessità di definizione delle scelte sociali, delle politiche pubbliche, delle decisioni giuridiche»¹⁴⁵.

Questo vale anche e soprattutto per la regolamentazione dell'arte medica: «sullo sfondo delle opzioni terapeutiche e delle procedure scientifiche, delle opportunità cliniche o sperimentali, c'è un contesto di interessi e di principi fondamentali sui quali è il legislatore, gli organi di garanzia costituzionale, ciascuno per la sua parte e con le sue competenze, a potere (e dovere) effettuare le operazioni di mediazione, la selezione interpretativa, il bilanciamento tra gli interessi in gioco»¹⁴⁶. Le operazioni di bilan-

¹⁴¹ M. TALLACCHINI, *Sicurezze e responsabilità in tempi di crisi*, in *Riv. dir. alimentare*, n. 1/2012, p. 1.

¹⁴² *Ibidem*, p. 1.

¹⁴³ A. MANGIA, *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, cit., p. 67.

¹⁴⁴ M. TALLACCHINI, *Sicurezze e responsabilità in tempi di crisi*, cit., p. 4.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 4.

¹⁴⁶ A. D'ALLOIA, *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 27.

ciamento consistono nella ponderazione di beni giuridici, talvolta di rilievo costituzionale, che si trovano in posizione di conflitto reciproco. Molto spesso il legislatore, dovendo scegliere se dare prevalenza agli uni o agli altri, effettua valutazioni esprimibili in termini di costi-benefici ed accorda preferenze agli uni o agli altri sulla scorta di valutazioni politiche dentro uno spazio di discrezione che non può non essergli riservato.

Paradigmatica in questo senso la vicenda giuridica degli obblighi vaccinali. L'evoluzione scientifica ha consentito di raggiungere un livello di sicurezza vaccinale elevatissimo e i dati dimostrano come l'imposizione legislativa di obblighi vaccinali sia idonea a realizzare la c.d. copertura di gregge, con evidente vantaggio per la tutela della salute del singolo e della collettività. Sulla scorta di tali valutazioni, il legislatore italiano ha deciso di aumentare il numero delle vaccinazioni obbligatorie per i minorenni. Tuttavia, mentre per il caso dei bambini in età pre-scolare, l'effettuazione dei vaccini è requisito di ammissione alla scuola dell'infanzia, la presentazione della documentazione vaccinale non è condizione di accesso alla scuola elementare. Una decisione, in certa misura a-scientifica, che è stata dettata dalla necessità di non ledere un altro fondamentale diritto ossia il diritto all'istruzione e allo studio nei gradi superiori alla scuola dell'infanzia.

Qualora si riducesse o azzerasse questo spazio di decisione politico-discrezionale, anche in contraddizione con le evidenze scientifiche, si correbbe il rischio di una deriva scienziata, dove «non è la persona umana disegnata dalla Costituzione a definire il recinto delle libertà fondamentali, ma sono la scienza e la tecnica, con le potenzialità ad esse collegate, a tracciare lo spazio di libertà consentito all'individuo. In questo modo, non è solo la politica legislativa a essere limitata [...], ma l'idea costituzionale di persona umana ad esserne condizionata, venendo riformulata *more scientifico*, dato che i suoi connotati giuridicamente rilevanti possono venire tracciati sulla base di evidenze scientifiche di volta in volta disponibili»¹⁴⁷.

In estrema sintesi, se per un verso si condivide la necessità che, così come suggerito dalla giurisprudenza costituzionale, il legislatore tenga nel dovuto conto le acquisizioni scientifiche che riguardano le materie che si trova a regolare, altrettanto chiara sembra risultare l'esigenza di ricavare al

¹⁴⁷ A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, cit., p. 69.

legislatore un certo margine di discrezionalità nella valutazione e nella considerazione degli strumenti che la scienza gli offre.

Lo stesso atteggiamento di rispetto di autonomia della scienza e, al contempo, di libertà ultima da essa è opportuno che caratterizzi non solo l'attività del decisore pubblico ma anche l'operato della Corte costituzionale nella realizzazione del sindacato di ragionevolezza scientifica. Sulla necessità di fare un passo indietro di fronte alla voce della scienza (e all'autonomia degli organi tecnico-scientifici), un'interessante indicazione emerge del *self-restraint* mostrato in occasione della sent. cost. n. 121/1999, prima, e nella n. 188/2000¹⁴⁸, poi. In tale circostanza, la Corte rifiutò di pronunciare una sentenza additiva che assicurasse l'erogazione gratuita di alcuni farmaci facenti parte del MDB a pazienti affetti da patologie tumorali diverse da quelle indicate dalla Commissione oncologica nazionale. Non intese, infatti, «produrre effetti invasivi delle competenze riservate agli organi tecnico-scientifici della sanità: organi di cui va ribadito il ruolo essenziale, come già si è fatto nella sentenza n. 185/1998, in cui si ricorda come questa Corte non possa sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'essa è delle attribuzioni e delle responsabilità che a detti organi competono».

Da ultimo, sia che si aderisca all'impostazione per cui le evidenze scientifiche rappresentano sicuro limite alla discrezionalità del legislatore, sia che si opti per posizioni meno deferenti nei confronti della scienza, una volta che si ammetta la possibilità per il Giudice delle leggi di valutare la ragionevolezza scientifica delle scelte del legislatore, non si può non riscontrare l'esigenza di rigore e trasparenza nell'attività istruttoria della Corte costituzionale¹⁴⁹. Quando infatti delle micro-verità scientifiche finiscono

¹⁴⁸ Si tratta della pronuncia che ha definito i giudizi di legittimità costituzionale sull'art. 1 del d.l. 16 giugno 1998, n. 186 (Disposizioni urgenti per l'erogazione gratuita di medicinali antitumorali in corso di sperimentazione clinica, in attuazione della sentenza della Corte costituzionale n. 185 del 26 maggio 1998), convertito, con modificazioni, nella l. 30 luglio 1998, n. 257, e dell'allegato n. 1 ivi richiamato.

¹⁴⁹ Come nota M. LUCIANI, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, cit., p. 1071: «In questo quadro, non si potrebbe escludere a priori che il ricorso all'istruttoria offra qualche pur modesta garanzia (e lo potrebbe meglio, se le istruttorie fossero chiaramente motivate) nei confronti di possibili

con divenire parametro di costituzionalità nel giudizio sulla legge¹⁵⁰, il problema non è solo quello della falsificabilità di tali asserzioni. Il nodo di fondo resta quello dell'adeguatezza delle motivazioni e delle argomentazioni impiegate a supporto degli elementi (fatti o interpretazioni) scientifici impiegati nella decisione; «tutto anche alla luce del fatto che, ogniqualvolta il riferimento a dati scientifici o tecnici si fa precario, il giudice ricorre a giudizi di valore»¹⁵¹. Tale esigenza, naturalmente, diviene più acuta, quanto più si propenda per un modello di controllo intensivo delle valutazioni tecnico scientifiche compiute dal legislatore: «quando il tribunale costituzionale è chiamato a fondare la sua decisione su valutazioni di fatti “scientifici” di dati, cioè, la cui conoscenza è riservata ad una cerchia ristretta di soggetti, ... [a costoro] deve, giocoforza, fare ricorso la Corte»¹⁵². A questo livello si pone una delle principali sfide della odierna giustizia costituzionale che metterà alla prova l'adeguatezza o meno delle vie di accesso del fatto anche scientifico introdotte della revisione delle Norme Integrative.

sconfinamenti della Corte, almeno perché consente a tutti di accertare l'intento che ha mosso il giudice costituzionale e la sua corrispondenza alle compatibilità del sistema».

¹⁵⁰ V. G. D'AMICO, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 450.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 452.

¹⁵² *Ibidem*, p. 444.

CAPITOLO 4

TESTIMONI E AMICI ESPERTI: LUCI E OMBRE NEL PARAGONE CON L'ESPERIENZA STATUNITENSE

SOMMARIO: 1. Introduzione: le ragioni della scelta del sistema statunitense. – 2. L'individuazione degli esperti: le problematiche sottese all'art. 14-*bis* N.I. e l'elaborazione dei criteri di ammissibilità dei “testimoni esperti” negli Stati Uniti. – 2.1. I test giurisprudenziali applicabili alle *expert witnesses* dalle *trial Courts*. – 3. «*The haphazard way constitutional facts come to the Court's attention*»: la Corte Suprema e gli *amici curiae* come surrogati di *expert testimonies*. – 3.1. Gli *amicus briefs* dinanzi alla Corte Suprema. – 3.2 Gli *amicus briefs* come veicolo di conoscenze tecnico-scientifiche. – 3.2.1. Aspetti problematici. – 4. Suggestimenti *de iure condendo*: sì agli amici, *sed cum iudicio*.

1. *Introduzione: le ragioni della scelta del sistema statunitense.*

Nel percorso sin qui compiuto si è dato conto delle principali ragioni per cui, da tempo, si riteneva opportuno che i poteri istruttori della Consulta venissero ripensati. In particolare, l'analisi della giurisprudenza costituzionale in ambito medico-terapeutico, condotta al capitolo precedente, ha messo in luce come il riferimento a cognizioni extragiuridiche – i c.d. *legislative facts* – permea ampiamente il controllo di legittimità costituzionale. E questa tendenza che, nel contesto del sindacato di ragionevolezza e proporzionalità, vede la Corte costituzionale ricorrere talvolta a conoscenze scientifiche come perno, se non parametro, del proprio ragionamento giuridico, non può che condurre a richiedere una maggiore trasparenza del momento istruttorio rispetto a quanto si sia ad oggi verificato.

Le direzioni verso le quali una revisione dei poteri conoscitivi della Corte poteva evolvere erano, come si è ripercorso al capitolo 2, molteplici e la

comparazione con altre giurisdizioni offriva vari ed interessanti spunti di riflessione. Tuttavia, l'alternativa che principalmente si poneva era tra prediligere un modello istruttorio, in linea con la tradizione inquisitoria del processo costituzionale italiano, che rafforzasse i poteri esperibili *ex officio* dalla Corte, ovvero considerare la possibilità di una riforma che consentisse una più ampia partecipazione ed una qualche forma di contraddittorio nel momento probatorio.

Nella prima ipotesi, un modello di riferimento poteva essere quello tedesco, il quale si caratterizza per il formale riconoscimento di strutturati poteri istruttori al *Bundesverfassungsgericht* (si pensi alla facoltà per i giudici di convocare testimoni ed esperti, ovvero alla possibilità richiedere il contributo di altri organi costituzionali come autorità amministrative o altre Corti¹), che si accompagna ad un preciso inquadramento dei limiti entro i quali è ammissibile un controllo sulla discrezionalità legislativa². Non si può, infatti, evitare di mettere in relazione l'ampio strumentario istruttorio del giudice costituzionale tedesco con l'elaborazione, risalente agli anni '70³, dei tre livelli di pervasività di controllo consentiti al Tribunale costituzionale sui presupposti fattuali di una scelta normativa⁴; e soprattutto con lo sviluppo di un preciso test di proporzionalità (*Verhältnismä-*

¹ Cfr. gli artt. 22, 26, 27, 28 e 29 del *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (BVerfGG). I poteri istruttori del Tribunale costituzionale federale tedesco, improntati al principio dell'*Untersuchungsgrundsatz*, si distinguono a seconda dei diversi tipi di giudizio. Sul punto cfr. M. D'AMICO, *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, cit., p. 321 ss.

² G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra "modelli" processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, in M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., p. 306 ss.

³ Ci si riferisce alla nota pronuncia del Tribunale Costituzionale del 1976 in tema di cogestione (*BVerfGE*, 50, 290).

⁴ I tre gradi di scrutinio muovono, in ordine crescente, da *Evidenzkontrolle* a *Vertretbarkeitskontrolle* a *intensivierte inhaltliche Kontrolle*. Quest'ultimo grado di controllo è spiegato quando «le soluzioni normative, condizionate dalla scienza e dalla tecnologia, finiscano coll'incidere su valori costituzionali fondamentali» (Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso agli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, p. 180). Sul punto si veda altresì G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino, 2002, p. 393 ss.

ßigkeitsgrundsatz) che offre esplicito riscontro sul piano argomentativo del peso che le considerazioni in concreto e gli elementi assunti tramite istruttoria assumono nel ragionamento giuridico della Corte⁵.

Quanto, invece, ai modelli che riconoscono alle parti (e a soggetti esterni)⁶ un ruolo decisivo nel reperimento e nella presentazione alle Corti di elementi fattuali, *legislative facts* e dati tecnico-scientifici, gli Stati Uniti rappresentano indubbiamente un paradigma a cui guardare. Ciò è dimostrato, in particolare, dalla straordinaria diffusione dell'istituto dell'*amicus curiae*. Di questa figura si dirà, *infra*, più ampiamente ma preme sin qui sottolineare come, tra le tante funzioni che “gli amici della Corte” possono svolgere, affatto marginale è quella di veicoli di conoscenze tecnico-scientifiche e di specifiche *expertise*.

Ora che i poteri processuali della Corte costituzionale sono stati modificati, non è facile dire se l'esempio statunitense sia quello che più di altri ha influenzato la riforma delle N.I. del gennaio 2020. Potrebbe far propendere per un giudizio in quest'ultimo senso il fatto che il Giudice delle leggi abbia aperto agli *amici curiae*. Ma questi, così come le audizioni di esperti recentemente ammesse, sono strumenti di cui sono dotate varie altre giurisdizioni nazionali e sovranazionali⁷. Basti, tra i molti esempi, pensare all'importante ruolo degli *amici curiae* per la Corte europea dei dirit-

⁵ *Ex multis*, cfr. D. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, cit., p. 46 ss. Si veda altresì, *supra* al capitolo 1, quanto detto sul rapporto tra *legislative facts* e sindacato di proporzionalità.

⁶ Come mette in luce T. GROPPi, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, cit., p. 374, nell'ampia categoria dei “soggetti esterni” (ossia diversi dalle parti processuali) posso essere ricompresi sia i terzi intervenienti, sia gli *amici curiae*.

⁷ Per un'ampia panoramica a riguardo, v. N. SANDULLI (a cura di), *Dottrina straniera e comparata. Numero speciale sull'amicus curiae*, in *Servizio Studi della Corte costituzionale (area di diritto comparato)*, Roma, 1990; P. PASSAGLIA (a cura di), *L'intervento dei terzi nei giudizi di costituzionalità concreti*, in *Servizio Studi della Corte costituzionale (area di diritto comparato)*, Roma, 2016; e ID. (a cura di), *L'intervento dei terzi nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Servizio Studi della Corte costituzionale (area di diritto comparato)*, Roma, 2018. Più recentemente cfr. altresì T. GROPPi, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, cit., p. 374 ss.

ti dell'uomo⁸ o alla facoltà riconosciuta ai giudici del *Bundesverfassungsgericht*⁹ di consultare terzi competenti su questioni rilevanti per il giudizio¹⁰, o ancora alla possibilità consentita dal Regolamento interno del *Conseil constitutionnel* francese di effettuare audizioni di docenti universitari per esigenze istruttorie¹¹. Inoltre, come si chiarirà a breve, la riforma operata dai giudici costituzionali italiani conduce a meccanismi di *judicial factual inquiry* solo in parte paragonabili a quelli utilizzati negli Stati Uniti. E, del resto, la circostanza che la riforma del gennaio 2020 abbia introdotto, contemporaneamente, uno strumento istruttorio a disposizione del giudice (le audizioni di esperti) e un istituto di grande apertura alla società civile (l'*amicus briefs*) porta a ritenere che tra le due grandi alternative possibili, la Corte abbia optato per una scelta ibrida¹².

Cionondimeno, appare interessante soffermarsi sul sistema statunitense per la ricchezza della riflessione sviluppatasi in quel contesto e che, per molti versi, può orientare la scrittura delle pagine future della storia dell'istruttoria costituzionale italiana. Questo vale sicuramente per il ricorso alle testimonianze di esperti su aspetti tecnico-scientifici: non è un caso che il c.d. *Daubert test*, standard di validazione delle opinioni e delle prove scientifiche utilizzato da giurisdizioni di diversi ordinamenti nel mondo, abbia avuto origine in seno alla giurisprudenza della Corte Suprema¹³.

⁸ V. art. 36, 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 44, 3 del regolamento di procedura della Corte che offrono la possibilità di prendere parte al giudizio a «ogni altra persona interessata diversa dal ricorrente». Più in generale sui poteri istruttori della Corte EDU, cfr. M. D'AMICO, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 24 ss.

⁹ Cfr. art. 27a della *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*.

¹⁰ Per un interessante contributo sull'utilizzo di questo istituto, v. H. MESSMER, *Hasschischverbot und Gleichbehandlung*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 3/1970, p. 80 ss.

¹¹ Sul punto cfr. P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, cit., pp. 121-122.

¹² *Contra* si potrebbe sostenere che, nell'intenzione della Corte, l'apertura agli *amici curiae* non abbia direttamente a che fare con esigenze di rinnovamento dei poteri istruttori e che, dunque, la riforma operata sia da inquadrarsi principalmente come inquisitoria. Tuttavia, al di là dell'intenzione autentica, di fatto l'apertura realizzata verso la civiltà civile non può che ripercuotersi anche sul momento istruttorio, come si vedrà meglio *infra*.

¹³ V. G. EYAL, *The Crisis of Expertise*, cit., p. 18.

Ma lo stesso e ancor di più è a dirsi rispetto agli *amici curiae*, che negli Stati Uniti contribuiscono alla decisione dei casi sin dal 1821¹⁴ e che hanno dato luogo ad «un laboratorio così vitale e prismatico da illuminare le più varie dinamiche che si dispiegano intorno a un utilizzo articolato di questo istituto»¹⁵. Tra queste dinamiche, una di particolare interesse è il ricorso agli *amicus briefs* come vettori di *non-legal data* e *legislative facts*, nonché come strumento *for educating Judges* su elementi tecnici e scientifici non presentati all'interno delle memorie di parte e degli atti di causa (*records*).

Tale funzione degli amici della Corte e delle loro allegazioni, ossia quella di surrogati di istruttoria tecnico-scientifica, è fatta tradizionalmente risalire all'inizio del '900 e, secondo alcuni autori¹⁶, deve la propria fortuna a quella memoria, ricca di riferimenti empirici ed elementi sociologici, presentata dall'avvocato Brandeis nel caso *Muller v. Oregon* (1908), che si è analizzato al capitolo 1. Invero in quel giudizio, l'avvocato Brandeis rappresentava lo Stato dell'Oregon e, pertanto, non poteva ritenersi tecnicamente un *amicus curiae*. Tuttavia, «*Brandeis' role was essentially that of amicus curiae*»¹⁷. Tale memoria ha inciso in modo significativo sul pensiero giuridici, introducendo la Corte ad un uso massiccio di dati fattuali ed empirici che appare in piena controtendenza rispetto al formalismo giuridico dominante all'epoca¹⁸.

¹⁴ Cfr. S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, 1963, p. 700. Si trattava del celebre caso *Green v. Biddle* e il primo *friend-of-the-court* fu Henry Clay. All'epoca, invero, il ricorso agli *amicus briefs* era ancora lungi dal trovare formale riconoscimento (basti pensare che fino al 1939 la Corte Suprema non lo prevedeva nelle proprie *Rules*) e s'introdusse, quindi, per via di prassi.

¹⁵ Cfr. B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, p. 121. L'Autrice individua cinque principali ragioni che hanno condotto ad un tale sviluppo dell'*amicus curiae* negli USA. Tra esse, si segnalano in particolare la vastità delle fonti del diritto statunitense e della letteratura giuridica (che rende necessario l'aiuto degli amici per individuare le fonti opportune per giudicare il singolo caso), nonché la «ONGizzazione della società» (p. 115 e pp. 119-120).

¹⁶ *Ex multis*, cfr. M.E. DORO, *The Brandeis Brief*, in *Vanderbilt Law Review*, n. 11/1958, p. 789-790 e E. MARGOLIS, *Beyond Brandeis: Exploring the Uses of Non-Legal Materials in Appellate Briefs*, in *University of San Francisco Law Review*, vol. 34, 2000, p. 197 ss.

¹⁷ S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, cit., p. 708.

¹⁸ A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1171.

La dottrina americana¹⁹ che si è focalizzata sull'utilizzo dei contributi "amicali" come vettori di conoscenze scientifiche ha posto in luce rischi, problematiche ma anche vantaggi e suggerimenti che contribuiscono al dibattito teorico sul contributo della scienza al giudizio di costituzionalità e, dunque, possono indirizzare la nostra Corte costituzionale nella concreta attuazione delle novità recentemente introdotte, con specifico riguardo alle potenzialità "istruttorie" degli *amici curiae*.

2. *L'individuazione degli esperti: le problematiche sottese all'art. 14-bis N.I. e l'elaborazione dei criteri di ammissibilità dei "testimoni esperti" negli Stati Uniti.*

Come già ricordato in precedenza, l'art. 14-bis N.I., consente alla nostra Corte costituzionale di disporre con ordinanza l'audizione di esperti di chiara fama per ottenere informazioni attinenti a specifiche discipline. A circa un mese di distanza dall'entrata in vigore della suddetta disposizione, la Corte ne ha fatto applicazione, per la prima volta, convocando un professore ordinario di economia delle aziende e delle amministrazioni pubbliche ed un *ex* sottosegretario di Stato del Ministero dell'economia e delle finanze, nel contesto del giudizio di costituzionalità sull'introduzione delle c.d. POER (posizioni organizzative di elevata responsabilità) all'interno delle Agenzie fiscali²⁰. Dalle comunicazioni ufficiali della Corte si apprende che scopo di tale audizione, da svolgersi in camera di consiglio e alla presenza delle parti, fosse «quello di acquisire ulteriori e specifiche informazioni in relazione alle esigenze organizzative delle Agenzie fiscali, alle mansioni assegnate al personale e alle modalità di selezione dello stes-

¹⁹ Cfr. in particolare M. RUSTAD, T. KOENIG, *The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs*, in *North Carolina Law Review*, n. 1/1993, p. 91 ss.; S. TAI, *Friendly Science: Medical, Scientific, and Technical Amici before the Supreme Court*, in *Washington University Law Quarterly*, n. 78/2000, p. 789 ss.; A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit.

²⁰ Cfr. Il Comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale del 28 febbraio 2020, "Agenzie fiscali: la Consulta convoca due esperti sulle POER e restituisce gli atti al giudice sulle POT": https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20200228114819.pdf

so»²¹, quello di «valutare presupposti e ricadute organizzative dell'introduzione delle POER»²², nonché – se ne può dedurre – di ponderare l'impatto di una possibile sentenza di accoglimento. Nulla è stato dichiarato rispetto alle ragioni che hanno condotto ad individuare proprio in quelle due personalità gli esperti più idonei a fornire le informazioni necessarie, ma non si esclude che dei criteri di selezione sia dato conto nel testo dell'ordinanza di convocazione che risulta depositata ma non è pubblica.

Questo primo esperimento di audizione di esperti sembra rispettare l'impostazione tradizionalmente inquisitoria dei poteri istruttori della nostra Corte costituzionale, ricalcando in qualche misura il modello offerto dalle consulenze tecniche uniche (CTU) impiegate nei giudizi di merito²³. Depongono a favore di questa lettura vari indizi: anzitutto la decisione di convocare gli esperti è scaturita da un'esigenza conoscitiva proveniente dalla Corte e non su richiesta di parte; in secondo luogo, l'individuazione dei soggetti ritenuti più idonei a fornire specifiche informazioni è avvenuta a discrezione del collegio dei giudici; da ultimo, è stato comunicato che (conformemente a quanto previsto dalle N.I.) nel corso della deposizione degli esperti, pur alla presenza delle parti, spetterà anzitutto alla Corte formulare quesiti²⁴. Le parti possono rivolgere agli esperti do-

²¹ *Ibidem*, p. 1.

²² *Ibidem*, p. 1.

²³ Non si tratta, tuttavia, di istituti del tutto paragonabili dal momento che, solitamente, nei sistemi processuali che prevedono la figura del consulente tecnico o del perito nominato dal giudice, è data anche alla parti la possibilità di presentare a propria volta dei consulenti che possano contraddire la CTU (similmente S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, cit.). Inoltre, tutto da verificare nella prassi applicativa è se la testimonianza resa dell'esperto di chiara fama sarà tenuta in considerazione nelle motivazioni della Corte come avviene nel caso dei periti e dei consulenti processuali.

²⁴ «Il 23 marzo 2020 [data prorogata al 27 maggio 2020 a seguito delle misure di contenimento dell'epidemia da SARS-CoV-2], in camera di consiglio, i due esperti saranno ascoltati dal collegio, in presenza delle parti del processo. La Presidente Marta Cartabia, il relatore Nicolò Zanon e gli altri giudici costituzionali potranno rivolgere loro domande per valutare presupposti e ricadute organizzative dell'introduzione delle POER» (cfr. Il Comunicato dell'Ufficio stampa della Corte costituzionale del 28 febbraio 2020, cit., p. 1).

mande solo previa autorizzazione del Presidente della Consulta²⁵.

La centralità della Corte nel ricorso all'audizione degli esperti solleva delicate problematiche soprattutto in relazione alla grande discrezionalità di cui essa gode nella scelta dei soggetti da convocare. Si tratta, con tutta evidenza, di una scelta non neutrale²⁶ («la stessa selezione dell'*expertise* dipende da una precomprensione già maturata, il cui processo formativo resta inaccessibile dall'esterno»²⁷), che potrà essere oggetto di divisioni all'interno dello stesso collegio giudicante²⁸. In particolare, nel caso in cui la Corte intenda acquisire pareri scientifici, essa si dovrà confrontare con la difficoltà di selezionare tra rappresentanti di diverse scuole di pensiero²⁹ e, in un secondo momento, con quella di ponderare il grado di affidabilità delle opinioni raccolte.

Proprio rispetto a questi aspetti, preziose indicazioni possono trarsi dal mondo statunitense dove le *expert testimonies* costituiscono il principale canale di acquisizione di elementi tecnico-scientifici nel panorama delle prove ammissibili nel corso dei *trials*.

Sebbene anche i giudici americani possano avvantaggiarsi di esperti convocati *ex officio*, generalmente l'individuazione degli *expert witnesses* è lasciata alle parti. Ai giudici spetta però l'importante decisione sull'ammissibilità dei soggetti selezionati.

A livello federale esistono diverse fonti normative che indicano alle Corti in base a quali criteri un testimone possa essere considerato esperto e, di conseguenza, ammesso a fornire il proprio contributo nel corso di un *trial*. Inoltre, come si vedrà, la stessa Corte Suprema ha elaborato per via giurisprudenziale precise indicazioni cui le *lower Courts* devono attenersi.

Quanto alle regole codificate, un riferimento fondamentale è costitui-

²⁵ V. art. 14-*bis*, comma 1, N.I.

²⁶ Cfr. N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, cit., p. 16.

²⁷ M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove Norme Integrative*, cit., p. 417.

²⁸ Le N.I. non indicano un limite massimo di esperti convocabili, il che induce a ritenere che in caso di divisioni tra i giudici potranno essere convocati a Corte ben più di due esperti per la medesima causa.

²⁹ Sul punto cfr. anche C. TANI, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Lacostituzione.info*, 18 febbraio 2020, p. 4.

to dalla *Rule 702* delle *Federal Rules of Evidence*, che considera “esperti” i testimoni in ragione di conoscenze, capacità, esperienza, formazione ed istruzione. La loro testimonianza è ammissibile a patto che: a) le conoscenze tecniche, scientifiche o di altra natura di cui dispongono siano di aiuto nella comprensione delle prove o nella ricostruzione dei fatti; b) si basino su fatti o dati sufficienti; c) la testimonianza sia il prodotto di principi e metodi affidabili; e d) abbiano applicato principi e metodi affidabili all’analisi dei fatti di causa.

Varie altre fonti, riferite a specifici contesti processuali, aggiungono ulteriori requisiti, a dimostrazione del tentativo, compiuto a più livelli nel sistema statunitense, di individuare precisi *standard* di ammissibilità delle testimonianze di esperti. Si prendano in considerazione le *Federal Rules of Civil Procedure*, le quali sanciscono, anzitutto, che quando le parti sottopongono ai giudici i nomi degli esperti che s’intendono far testimoniare è necessario che indichino se offrono un compenso per tale consulenza. In questa ipotesi, deve essere presentata alla Corte una relazione che indichi i seguenti elementi: «(i) una dichiarazione completa di tutte le opinioni che il consulente fornirà e le loro basi e ragioni; (ii) i fatti o i dati presi in considerazione dal consulente per formare le sue opinioni; (iii) ogni documento che verrà usato per riassumere o supportare le sue opinioni; (iv) le qualifiche del consulente comprensive di una lista di tutte le pubblicazioni da lui scritte nei 10 anni precedenti; (v) una lista di tutti gli altri giudizi in cui, nei 4 anni precedenti, egli è stato sentito a titolo di consulente direttamente nel corso di un *trial* o tramite *deposition*; e (vi) una dichiarazione di quanto gli è dovuto come corrispettivo per lo studio e la consulenza sul caso»³⁰. Tra i requisiti elencati appaiono di particolare interesse l’indicazione del compenso e, soprattutto, quegli indici³¹ che sono volti a dimostrare l’*expertise* della persona convocata.

Questi dati rispondono ad un’esigenza che, indubbiamente, non può che essere avvertita anche dalla Corte costituzionale italiana, ossia quella di dar voce a soggetti che siano il più possibile disinteressati e attendibili. Se,

³⁰ Cfr. la *Rule 26(a)* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, come tradotta in C.M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall’esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Milano, 2019, p. 81.

³¹ In particolare i punti (iv) e (v).

nel caso italiano, il fatto che la convocazione provenga direttamente dalla Consulta rende irrilevante la regola sulla trasparenza del compenso, appare invece interessante, *mutatis mutandis*, considerare la possibilità di predeterminare requisiti che gli esperti “di chiara fama” debbono possedere per essere ritenuti tali, così da orientare la loro selezione da parte della Corte³². Può trattarsi di condizioni generiche, come quelle contenute nella richiamata Regola 702, che sostanzialmente si limita a richiedere un nesso tra il bagaglio conoscitivo dell’esperto e il caso da giudicare, nonché la garanzia che egli si serva di metodi affidabili per l’acquisizione dei dati che presenta. Ma può trattarsi, altresì, di indicazioni più specifiche, legate al *curriculum vitae* degli esperti, come nel caso della richiesta di elencare le pubblicazioni del perito fatta dalle *Federal Rules of Civil Procedure*. Questa seconda opzione, se da un lato risponde allo scopo di una più rigorosa selettività e dunque offre maggiori garanzie circa l’*expertise* del testimone, per contro presenta il limite della difficoltà d’individuazione di astratti criteri applicabili ad ogni categoria di esperto. Perché ciò si comprenda è sufficiente riconsiderare la prima volta in cui un’audizione di esperti è stata richiesta dalla Corte costituzionale, ossia in occasione del giudizio sulle POER: in quel caso, il tipo di conoscenza necessaria alla decisione della Corte non era prettamente teorico-scientifico e, dunque, sarebbe stato inadeguato ipotizzare di selezionare gli esperti solo (o principalmente) sulla base delle loro pubblicazioni scientifiche.

In ogni caso, sarebbe auspicabile che la Corte espliciti nell’ordinanza di convocazione, nella maniera più dettagliata possibile, le ragioni della scelta dei soggetti indicati mettendo in rilievo la relazione tra la loro *expertise* e le informazioni utili alla decisione della questione di costituzionalità.

2.1. *I test giurisprudenziali applicabili alle expert witnesses dalle trial Courts.*

Oltre all’individuazione di criteri di selezione degli esperti, la valuta-

³² Dell’idea che sia necessario sviluppare una prudente prassi applicativa quanto ai criteri nella scelta degli esperti da convocarsi è anche P. RIDOLA, *La Corte si apre all’ascolto della società civile*, cit., p. VIII.

zione dell'attendibilità di opinioni – magari discordanti – espresse da periti di un determinato settore, senza avere gli opportuni strumenti e la formazione idonea, è uno dei compiti più complessi cui i membri di una Corte possono essere chiamati. Di conseguenza, come emerge anche dalla letteratura nell'ambito dei c.d. *Science and Technology Studies* (STS)³³, l'individuazione di criteri di validazione delle teorie scientifiche presentate dinanzi alle Corti è un nodo non facile da sciogliere.

Negli Stati Uniti il problema è noto e dibattuto da quasi un secolo e, per via giurisprudenziale, sono stati conati test di validazione applicabili in maniera quanto più standardizzata a tutte le tipologie di teorie e acquisizioni che la scienza, *latu sensu*, offre.

Nel 1923, decidendo la causa *Frye v. United States*, la Corte d'Appello del distretto della Columbia ha enunciato il criterio della opinione generalmente accettata dalla comunità scientifica. In questo caso era stato richiesto ai giudici di secondo grado se fosse legittima la scelta fatta dalla Corte di prime cure di non ammettere l'utilizzo a scopi probatori del "polygraph test", un esame della verità basato sulla registrazione di alcuni indici fisiologici – quali ad esempio la pressione sanguigna, le pulsazioni e la respirazione – che avrebbero dovuto saggiare la veridicità delle affermazioni dell'imputato. La Corte d'Appello del *District of Columbia*, interrogata la comunità scientifica competente, decise per l'inammissibilità del test perché non risultava «sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs»³⁴. L'importanza così attribuita a ciò che è già sufficientemente consolidato ha aperto la strada

³³ Come chiarito in M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 2/2012, p. 318: «Gli STS sono l'esito multiforme e interdisciplinare di interessi e ricerche nati negli scorsi anni sessanta in seguito a – e talora in diretto collegamento con – gli scritti di Thomas Kuhn e la svolta della *Sociology of Scientific Knowledge* (SSK), quali catalizzatori di visioni che considerano i fatti scientifici come il prodotto di ricerche anche socialmente condizionate, piuttosto che come oggettive rappresentazioni della natura. Questa generale consapevolezza sugli aspetti di "costruzione sociale" della conoscenza si è dispersa in molti rivoli disciplinari. Pur accusati, spesso con riduttive interpretazioni, di antisecolarismo, alcuni approcci STS – e certamente il lavoro di Jasanoff – mirano ad una comprensione delle dinamiche sottili tra scienza e società, più che a forme di antirealismo scientifico».

³⁴ *Frye v. United States* (1923), p. 1014.

al diffondersi della dottrina del *precedential relevance*: una prova scientifica poteva essere ammessa solo se era già stata dichiarata ammissibile in precedenti processi ovvero se la sua affidabilità aveva ottenuto generale riconoscimento da parte della comunità degli scienziati.

Il c.d. *Frye Standard* è stato impiegato per settant'anni, fino a che non è intervenuta la pronuncia *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* (1993) della Corte Suprema, che ha fornito un nuovo test, enucleando degli indicatori specifici «*for admitting expert scientific testimony in a federal trial*»³⁵. La differenza principale tra i due test è che *Frye* chiede al giudice di verificare se attorno ad una certa prova scientifica – che non sia già stata utilizzata in altri processi – vi sia generale accettazione da parte della comunità scientifica (consentendogli solo in caso positivo di ammetterla), mentre *Daubert* impone al giudice di valutare autonomamente se la testimonianza proposta rispetti criteri di scientificità, utilizzando parametri quanto più oggettivi.

La pronuncia *Daubert* ha posto fine ad una controversia instaurata dai familiari di Jason Daubert ed Eric Schuller, due bambini nati con gravi malformazioni. Secondo i ricorrenti, dette malformazioni erano state causate dall'assunzione da parte materna del *Benedectin*, un farmaco per la nausea gravidica prodotto dalla *Merrell Dow Pharmaceuticals*. Nel corso del processo di primo grado, davanti ad una Corte statale della California, la casa farmaceutica presentò l'*affidavit* di un fisico ed epidemiologo che, basandosi sulla letteratura esistente (30 studi pubblicati), esclude che potesse esserci una correlazione tra l'assunzione del farmaco in gravidanza e le menomazioni presentatesi nei neonati. In risposta, le parti ricorrenti chiesero di ammettere le testimonianze di un gruppo di esperti, «*each of whom also possessed impressive credentials*»³⁶, che, pur non confessando l'analisi della lettura fatta dal perito di controparte, presentarono i risultati di un'analisi condotta in proprio, in vitro e in vivo su cavie, la quale, viceversa, dimostrava l'esistenza di un nesso tra malformazioni e *Benedectin*. La Corte californiana, applicando il *Frye test*, decise per l'inammissibilità dei risultati così ottenuti: infatti, a differenza delle tesi espone nella letteratura cita-

³⁵ Cfr. p. 582 della sentenza *Daubert*.

³⁶ La sentenza della Corte Suprema, a p. 583, riporta in nota i tratti salienti dei *curricula* di alcuni degli esperti interpellati.

ta dalla *Merrell Dow Pharmaceuticals*, gli esiti dell'analisi laboratoriale non potevano considerarsi generalmente condivisi dalla comunità degli scienziati. A simili conclusioni giunse anche la Corte d'Appello del IX circuito, sottolineando il metodo decisamente innovativo impiegato per condurre i test sul farmaco, il quale non era stato sottoposto ad alcuna ri-analisi. Il caso arrivò, poi, alla Corte Suprema degli Stati Uniti, la quale accettò di riesaminarlo, constatato che, in generale, esisteva un forte disallineamento tra le Corti statunitensi nello stabilire i criteri di ammissione delle testimonianze di esperti.

La sentenza *Daubert* ha, anzitutto, chiarito che il *Frye test* era ormai da considerarsi superato poiché prevedeva requisiti più stringenti di quelli richiesti dalle regole probatorie stabilite del legislatore federale nel 1975. In particolare, nella già richiamata *Rule 702* non era affatto richiesto che la tesi scientifica dovesse già aver ottenuto accettazione o applicazione in altri giudizi. La Corte ne ha, pertanto, dedotto che: «*that austere standard, absent from, and incompatible with, the Federal Rules of Evidence, should not be applied in federal trials*»³⁷.

Svolte queste premesse, la Corte ha indicato, senza pretesa di esautività, una serie di criteri che da quel momento avrebbero dovuto guidare il giudice nella scelta sull'ammettere una testimonianza scientifica, anche fondata su tesi non ancora generalmente accolte. Tra i requisiti suggeriti dalla sentenza troviamo: la falsificabilità della tecnica o dell'ipotesi scientifica (essa deve essere testabile e verificabile tramite rilievi sperimentali ripetibili); la conoscibilità e la ponderabilità del margine di errore; l'esistenza e il rispetto di precise metodologie per ottenere i risultati presentati. La sentenza fa anche riferimento all'opportunità che la tesi sia stata pubblicata a seguito di *peer review* ma lascia aperta la possibilità di ammettere testimonianze su teorie che non lo siano ancora state, ad esempio perché molto recenti o legate ad un settore di nicchia. Lo stesso vale per il criterio dell'accettazione generale che, come criterio facoltativo, può continuare ad essere considerato dalle Corti, ma non è più di per sé dirimente. In sintesi, come autorevolmente affermato, questa decisione ha stabilito «una serie di canoni che devono presiedere alla decisione del giudice, esplicitamente basati sulla metascienza falsificazioni-

³⁷ Cfr. sent. *Daubert* p. 589.

sta di Popper [...]. Ciò sembra fare del giudice il “guardiano” dell’ammissibilità delle prove scientifiche che lo slega dall’*ipse dixit* dell’esperto»³⁸.

Successivamente, con il caso *Kumho Tire Co v. Carmichael*³⁹ (1999), la Corte Suprema ha stabilito che i criteri di validazione enunciati in *Daubert* sono passibili di essere applicati a qualunque ramo del sapere specialistico (e non solo alle scienze tradizionalmente considerate “esatte”) giacché non è possibile tracciare una chiara divisione tra diversi tipi di conoscenza.

Sebbene la *Daubert doctrine* abbia trovato vasta applicazione presso le Corti statunitensi, molti sono i limiti che, negli anni, sono stati ad essa contestati. Tra le sue principali debolezze è stato sostenuto che il test non offra opportune garanzie di attendibilità «rispetto a nuove prove scientifiche, come quelle legate alla genetica comportamentale e alle neuroscienze»⁴⁰, e soprattutto non sia adeguato a vagliare teorie proprie delle nuove scienze sociali. In particolare, non di poco conto è il rischio che la formale presenza degli indicatori richiesti ammanti di oggettività scientifica teorie intrinsecamente legate all’impostazione valoriale, politica e culturale di chi le ha prodotte. In questo senso, «un significativo esempio [...] è la sentenza *Perry v. Schwarzenegger*⁴¹» del 2010: in questa circostanza la Corte distrettuale della California si è pronunciata sull’incostituzionalità del divieto di matrimonio tra individui del medesimo sesso, ritenendo che per la decisione potesse essere utile ammettere e prendere in considerazione acquisizioni proprie delle «scienze che studiano il matrimonio»⁴², le quali, inevitabilmente, muovono da criteri etico-politici difficilmente oggettivabili.

Queste criticità non hanno privato il *Daubert test* di una fortuna nota e indiscutibile. Nel tempo si è sviluppato⁴³ e ha trovato accoglimento

³⁸ Lo rileva R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., p. 3.

³⁹ La pronuncia è intervenuta a seguito della causa intentata dal conducente di un veicolo prodotto dalla *Kumho Tire Co.* contro quest’ultima. Il ricorrente riteneva che all’origine di un grave incidente in cui era stato coinvolto vi fosse un difetto di produzione del mezzo trasporto.

⁴⁰ Così M. TALLACCHINI, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, cit., p. 324.

⁴¹ *Ibidem*, p. 324.

⁴² *Ibidem*, p. 324.

⁴³ Sul *Daubert test* come oggi interpretato nella giurisprudenza statunitense più recente, cfr. C.M. MASIERI, *Linee guida e responsabilità civile del medico*, cit., p. 124.

– con gli opportuni adattamenti – in diverse giurisdizioni lontane dal mondo americano. In Italia, ad esempio, è stato esplicitamente richiamato e valorizzato dalla Suprema Corte di Cassazione Penale in occasione della celebre sentenza Cozzini⁴⁴, in tema di responsabilità per morte da inalazione da amianto⁴⁵.

Sul fronte della giustizia costituzionale italiana è pressoché inesistente un dibattito sui criteri di attendibilità delle opinioni scientifiche che la Corte dovrebbe impiegare nello svolgere le proprie istruttorie⁴⁶. Il che è probabilmente dovuto alla prolungata «mancanza di un adeguato “diritto probatorio”»⁴⁷ nel giudizio di costituzionalità e all’assenza, sino ad oggi, del ricorso ad audizioni di esperti. Questo, tuttavia, non esclude che ora, a seguito dell’apertura dal giudizio costituzionale alle voci degli esperti, le suggestioni provenienti dalla dottrina *Daubert* e il contributo teorico che essa offre in relazione al problema dell’epistemologia nell’audizione di scienziati possano, in qualche misura, suggerire alla Corte costituzionale italiana l’opportunità di elaborare propri criteri di validazione delle opinioni scientifiche poste alla sua attenzione.

3. «The haphazard way constitutional facts come to the Court’s attention»: *la Corte Suprema e gli amici curiae come surrogati di expert testimonies.*

Abbiamo visto che nei *federal trials* statunitensi, le Corti, per acquisire dati ed elementi di caratura tecnico-scientifica, possono attingere alle te-

⁴⁴ Sez. IV, 13 dicembre 2010, 17 settembre 2010, n. 43786.

⁴⁵ In argomento, *ex multis*, C. CONTI, *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il “discorso sul metodo”*, in *Dir. e proc. pen.*, n. 6/2019, p. 848 ss.; L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale: gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007.

⁴⁶ Seppur con qualche eccezione. Cfr. ad es. G. SILVESTRI, *Scienza e conoscenza: due premesse per l’indipendenza del giudice*, in *Dir. pubb.*, n. 2/2004, pp. 411-426. Ivi l’Autore sostiene che di fronte a fatti che, per essere accertati, richiedono l’impiego di metodi scientifici di analisi, il giudice potrà attingere alle idee/prassi/teorie comunemente accettate dalla comunità scientifica.

⁴⁷ V. L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, cit., p. 1159.

stimonianze di esperti, il cui contenuto è valutato sulla base del *Daubert test* e di quanto previsto dalle *Federal Rules of Evidence* sulle prove scientifiche⁴⁸. Per questo può ritenersi che le «*trial Courts educate themselves on medicine, social science, and empirical data in a way that still preserves the ability to spot holes and sniff out unreliability*»⁴⁹.

Il discorso muta, però, per quanto riguarda le Corti di grado superiore. Superata la fase del *trial*, le prove ammissibili sono già state acquisite e messe agli atti⁵⁰, e ulteriori *factual inquiries* non sono sostenute da un dettagliato diritto probatorio. Il che non esclude affatto che le Corti superiori e, per ciò che qui più rileva, la Corte Suprema degli Stati Uniti vengano comunque rese edotte per varie vie e impieghino nelle proprie decisioni acquisizioni, fatti e dati nuovi rispetto a quelli presentati nei *records* di causa e dalle parti. Questo vale sia per gli *adjudicative facts*, che secondo la Regola 201 delle *Federal Rules of Evidence* – quando sono fatti di comune conoscenza – possono essere dati per noti e presi in considerazione ai fini della decisione senza bisogno di particolari procedure probatorie; sia per i *legislative facts* che, invece, sono esplicitamente esclusi dalla regola del *judicial notice* di cui alla *Rule 201*⁵¹.

Pertanto, anche nel panorama statunitense, similmente a quanto si è detto ai capitoli precedenti a proposito della giustizia costituzionale italiana, si verifica un paradosso: la Corte Suprema «*emphasize facts but de-emphasize conventional fact-finding reliability checks*»⁵².

Diversi autori hanno criticato «*the haphazard way constitutional facts come to the [Supreme] Court's attention*»⁵³, in contrasto con la sistematicità

⁴⁸ Cfr. in particolare la *Fed. Rul. of Ev.* n. 702.

⁴⁹ A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1807. *Contra*, si segnala la dura critica di Peter W. Huber circa l'affidabilità delle opinioni scientifiche che vengono prese in considerazione nell'ambito delle *expert testimonies* (P.W. HUBER, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, New York, 1991).

⁵⁰ A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1807.

⁵¹ Cfr. A.N. ANCHETA, *Scientific Evidence and Equal Protection of the Law*, cit., pp. 131-132.

⁵² A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1802.

⁵³ Queste le parole del Professor Faigman all'esito di una serie di interviste a tre giudici – Stephen Breyer, Sandra Day O' Connor e John Paul Stevens – della Corte Su-

e la trasparenza impiegate per le acquisizioni probatorie nel contenzioso ordinario. Non solo, infatti, non esistono specifiche regole che disciplinino il processo di *fact-finding* della Corte Suprema, ma nemmeno è prassi che essa utilizzi particolari standard di validazione delle teorie scientifiche⁵⁴.

Tra i principali canali conoscitivi a disposizione dei giudici supremi statunitensi vi sono gli atti di causa (i c.d. *trial records*), che sono molto utili per gli *adjudicative facts*, le istruttorie svolte in proprio dai singoli giudici⁵⁵ e, soprattutto per quanto concerne i *legislative facts*, oltre ai *Brandeis briefs* presentati dalle parti⁵⁶, un ruolo di spicco è giocato dagli *amici curiae*⁵⁷.

Sebbene, astrattamente, non sia esclusa la possibilità di ottenere la testimonianza di *court-appointed expert*⁵⁸, di fatto si tratta di uno strumento

prema degli Stati Uniti (cfr. D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice: The Supreme Court's 200-Year Struggle to Integrate Science and the Law*, cit., p. 358). L'espressione "*constitutional facts*" si riferisce ad una sottocategoria del genere *legislative facts*. Essa è stata coniata dallo stesso Faigman che la definisce come segue: «*those facts identified as being relevant either to the establishment of a constitutional rule or reviewable under an established constitutional law*» (D.L. FAIGMAN, *Normative Constitutional Fact-Finding: Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 3/1991, p. 546, nota 18).

Sull'assenza di rigore nell'assunzione di *legislative facts* da parte della Corte Suprema si veda, altresì, A.N. ANCHETA, *Scientific Evidence and Equal Protection of the Law*, cit., p. 126 ss.; M. RUSTAD, T. KOENIG, *The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs*, cit., pp. 94-95; e B. GOROD, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, in *Duke Law Journal*, n. 1/2011, p. 1 ss. Quest'ultima ha sostenuto, in particolare, che «*some of the most significant cases the Supreme Court decides [...] rely upon "facts" that have not been subjected to rigorous adversarial testing*» (p. 1).

⁵⁴ D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice. The Supreme Court's 200-years struggle to integrate science and the law*, cit., p. 358.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 358.

⁵⁶ Come si è visto al capitolo 1, la celebre memoria dell'avvocato *Brandeis* ha inaugurato una tecnica argomentativa diffusa tra le parti processuali e consistente nel tentare di persuadere la Corte più sul piano delle risultanze empiriche che su quello delle argomentazioni giuridiche. Per questo, ancora oggi, le memorie di parte che fanno massiccio ricorso ad argomentazioni extragiuridiche sono indicate con il nome di *Brandeis briefs*.

⁵⁷ V. di nuovo A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1759.

⁵⁸ D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice. The Supreme Court's 200-years struggle to integrate science and the law*, cit., p. 360 riporta come, in una occasione, la Corte si sia av-

percepito dai giudici supremi come «*highly unusual*»⁵⁹, in maniera non dissimile da quanto visto in relazione alle *trial courts*. A differenza di quanto accade dinanzi a queste ultime, tuttavia, presso la Corte Suprema non sono nemmeno auditi esperti nominati dalle parti. E se ciò si giustifica per la circostanza che «*constitutional facts, and the scientific research that sheds light on those facts, have an uncertain role at the Supreme Court*»⁶⁰, questo non significa che i giudici supremi siano sordi alle opinioni espresse da esperti e scienziati, ovvero che le loro sentenze ne siano impermeabili⁶¹. Al contrario, accade sovente che tra “gli amici della Corte” vi siano esperti, scienziati e periti i cui contributi vengono citati nelle opinioni dei giudici supremi, nello stesso modo in cui le *trial Courts* fanno riferimento alle testimonianze di esperti.

Questa surrogazione non è priva di aspetti problematici: su tutti, aleggia il rischio di trattare le opinioni scientifiche contenute negli *amicus briefs* «*without any limits on the evidence these experts can bring*»⁶². Per meglio comprendere tali criticità, le quali potrebbero indubbiamente presentarsi anche nel processo costituzionale italiano recentemente apertosi agli *amici curiae*, è necessario offrire alcune coordinate sul ruolo di questi soggetti dinanzi alla Corte Suprema degli USA.

3.1. *Gli amicus briefs dinanzi alla Corte Suprema.*

Nella prassi statunitense, si chiamano *amicus briefs* i documenti presentati alle Corti da soggetti diversi delle parti processuali, ossia dai co-

valsa – seppur a limitati fini – del supporto di un esperto informatico indipendente chiamato a spiegare il funzionamento dei software ideati per proteggere i minorenni dall’accesso alla pornografia in Internet.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 360.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 363.

⁶¹ Anzi: «*When cases have required assessing multiple interests and various costs and benefits in a balancing test, the Court can turn to constitutional facts, including scientific evidence, to inform and support its judgments*» (così A.N. ANCHETA, *Scientific Evidence and Equal Protection of the Law*, cit., p. 124). Diversi esempi di giudizi *science based* della Corte Suprema, oltre a quelli citati al presente capitolo, sono menzionati al capitolo 1.

⁶² A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1808.

siddetti *amici curiae*, i quali possono ad esempio essere «*special interest organizations, parties in similar cases, government agencies, affected individuals, law professors in specialized fields*⁶³, and various levels of bar associations»⁶⁴.

Come nel caso italiano, gli *amici curiae* sono figure che si collocano «sullo spartiacque tra parte e partecipazione»⁶⁵: non sono parti ma partecipano al processo offrendo alla Corte un contributo di conoscenza.

Nella pressoché totalità dei casi, gli *amici* presentano le proprie opinioni spontaneamente⁶⁶, senza che sia la Corte a sollecitare il loro contributo. Il che ha condotto molti commentatori a parlare di «amicizia interessata»⁶⁷ e ad inquadrare l'*amicus curiae* americano come istituto più adatto «ad integrare il contraddittorio e a riflettere la dialettica presente nella società»⁶⁸ che non a svolgere la sua originaria funzione di portatore neutrale di informazioni. Bisogna ricordare infatti che, nel diritto romano, ambito nel quale si hanno le prime testimonianze di *amici curiae*⁶⁹, i *consiliiari* erano esperti invitati direttamente dai magistrati ad esprimere saggi

⁶³ Sul ruolo dei professori di diritto come *amici curiae*, v. R.H. FALLON, *Scholars' Briefs and the Vocation of a Law Professor*, in *Journal of Legal Analysis*, n. 1/2012, p. 223 ss.

⁶⁴ S. TAI, *Friendly Science: Medical, Scientific, and Technical Amici before the Supreme Court*, cit., p. 794.

⁶⁵ R. ROMBOLI, *L'intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, cit., p. 2613. Cfr. altresì A. CERRI, *Azione, difesa, partecipazione nel giudizio incidentale*, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, p. 257.

⁶⁶ Come, però, ricorda T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, cit., p. 378 negli Stati Uniti gli *amici* possono intervenire sia per propria iniziativa sia su invito della Corte.

⁶⁷ Cfr. ad es. P. BIANCHI, *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4750 ss.

⁶⁸ F. CAPORILLI, P.P. SABATELLI, G.M. SBRANA, *Il contraddittorio nei giudizi in via incidentale e principale*, cit., p. 106.

⁶⁹ Come segnala S.C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2010, p. 11: «*The evidence for the Roman origins of the amicus curiae is strong. It can be traced to the early third century when the consilium and the jurists played an important part in all aspects of Roman life*».

Sul punto cfr. anche B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, cit., p. 109.

consigli, svolgendo in certa misura l'attività oggi condotta dagli assistenti di studio dei giudici o dagli esperti convocabili *ex officio*. Similmente, presso le Corti inglesi medievali⁷⁰ erano presenti dei giuristi, *serjeants-at-law*, che, pur presentandosi di propria sponte, offrivano informazioni ai giudici senza aver alcun interesse nella controversia, al solo fine di contribuire ad una migliore soluzione del caso⁷¹.

Negli Stati Uniti, viceversa, come dimostra un'interessante ricerca empirica di carattere storico svolta da Banner⁷², sin dai primi tempi della loro comparsa e poi progressivamente (in parte in connessione con l'affermarsi dell'attività di *lobbying* presso il Congresso degli Stati Uniti⁷³), *amici* della Corte Suprema sono diventati dei soggetti portatori di un interesse proprio nella causa. Costoro, più che dalla volontà di offrire un obiettivo apporto conoscitivo ai giudici, sono per lo più mossi dall'intento di orientare la Corte verso una soluzione loro favorevole⁷⁴, o favorevole a una delle parti (risultando così più *amici partium* che *amici curiae*).

Oggigiorno, nella maggior parte⁷⁵ dei giudizi instaurati dinanzi alla Corte Suprema vengono allegate molteplici memorie amicali su iniziativa di diversi proponenti, con varie ed eterogenee finalità: mettere in luce un

⁷⁰ L'utilizzo del termine *amicus curie* nel contesto inglese è fatto risalire al XV secolo (B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, cit., p. 107). Tuttavia, secondo alcuni autori, figure ad esso paragonabili sono rintracciabili sin dal XIV o addirittura XIII secolo (S.C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, cit., p. 18).

⁷¹ S.C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, cit., p. 18.

⁷² Cfr. S. BANNER, *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and their Friends, 1790-1890*, in *20 Constitutional Commentary*, 2003, p. 111 ss.

⁷³ Come sottolineano A.O. LARSEN, N. DEVINS, *The Amicus Machine*, in *Virginia Law Review Association*, 2016, p. 1903.

⁷⁴ Per una visione molto critica circa questa evoluzione cfr. L. SANDSTROM SIMARD, *An Empirical Study of Amicus Curiae in Federal Court: A Fine Balance of Access, Efficiency, and Adversarialism*, in *The Review of Litigation*, n. 27/2008, p. 674: «*The emergence of the public law model and its maturation ... created a ripe environment for interested non-parties to weigh in on the development of policy through the courts; the amicus brief provided the tool to accomplish this goal*».

⁷⁵ Nel 2016 è stato calcolato che, nei *terms* dei due anni precedenti (2013/2014 e 2014/2015), i casi in cui sono stati presentati *amicus briefs* rappresentavano, rispettivamente, il 96% e il 98% dei giudizi totali (A.O. LARSEN, N. DEVINS, *The Amicus Machine*, cit., p. 1911).

precedente utile alla decisione⁷⁶, sostenere un argomento giuridico tra quelli presentati dalle parti ovvero suggerirne uno nuovo, sottolineare l'impatto e le implicazioni di una certa normativa per uno specifico settore della società civile, mostrare alla Corte l'esistenza di consenso o dissenso politico verso una determinata soluzione, e così via⁷⁷.

La regola n. 37 delle *Rules of the Supreme Court of the United States*⁷⁸ offre le indicazioni necessarie agli *amici curiae* per presentare i propri *briefs*⁷⁹. Essa afferma, anzitutto, che ad essere visti con favore, in quanto possono rivelarsi di notevole aiuto per il lavoro della Corte, sono i *briefs* che portano all'attenzione dei giudici questioni non ancora messe in luce dalle parti. Viceversa, un *amicus brief* che non risponde a questo scopo è d'intralcio ai giudici e la sua allegazione è vista con sfavore⁸⁰.

La Corte Suprema inserì questo chiarimento nelle proprie regole nel 1990, dopo che, nel corso di un giudizio concernente l'interruzione di

⁷⁶In argomento, cfr. A. PIN, F. GENOVA, *The Duty to Disclose Adverse Precedents. The Spirit of the Common Law and Its Enemies*, in *Yale Journal of International Law*, n. 2/2019, p. 239 ss. Gli autori sottolineano come, considerato il rilievo del principio dello *stare decisis* in sistemi di *common law* come quello statunitense, il contributo degli *amici curiae* può rivelarsi di grande utilità quando serva a presentare alle Corti precedenti non menzionati dalle parti, magari perché potenzialmente svantaggiosi ai fini della decisione finale. Sulla funzione di *oral Shepardizing* degli *amici* cfr. anche S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, cit., p. 695 e P.M. COLLINS jr., *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, 2008, p. 38.

⁷⁷A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1758. Per un'interessante classificazione dei possibili utilizzi degli *amicus briefs*, cfr. B.J. ENNIS, *Effective Amicus Briefs*, in *Catholic University Law Review*, n. 3/1984, p. 603 ss. Una dettagliata rassegna delle funzioni degli *amici* è offerta, altresì, in R.W. SIMPSON, M.R. VASALY, *The Amicus Brief: How to be a Good Friend of the Court*, Chicago, 2004, p. 38-39.

⁷⁸Ampiamente modificate nel 2018, le nuove *Rules* per i giudizi dinanzi alla Corte Suprema USA sono entrate in vigore il 1° luglio 2019 e sono disponibili al seguente link: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>.

⁷⁹Cfr. *Rule 37*, "Brief for an Amicus Curiae". Si vedano altresì le linee guida per l'allegazione di *amicus briefs* pubblicate sul sito della Corte Suprema nell'ottobre 2019, "Memorandum to those intending to file an amicus curiae brief in the Supreme Court of the United States": <https://www.supremecourt.gov/casehandl/AmicusGuide2019.pdf>.

⁸⁰«An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored» (*Rule 37*, par. 1).

gravidanza⁸¹, ricevette ben 78 opinioni amicali. Tuttavia, la capacità dissuasiva di tale monito è molto debole, soprattutto in presenza di questioni eticamente controverse. Dimostrazione ne è il caso *Obergefell v. Hodges*⁸², deciso dalla Corte Suprema nel 2015, in tema di matrimonio omosessuale, nel corso del quale sono stati presentati 147 *amicus curiae briefs*.

In alcune evenienze, specificamente individuate, è necessario che le parti esprimano il loro consenso alla presentazione delle memorie e che ne sia dato conto all'interno del documento⁸³. Qualora questo consenso venga negato, gli *amici* possono, comunque, indirizzare una mozione diretta alla Corte per l'ammissione⁸⁴. In ogni caso, le parti devono essere sempre messe a conoscenza, secondo le tempistiche indicate dalla *Rule 37*, della presentazione delle memorie.

Quanto alla forma dei *briefs*, le norme specificano che nella prima pagina del testo del documento deve essere dichiarato se alla redazione, parziale o totale, della memoria ha partecipato un avvocato di una delle parti e se questi (o la parte medesima) ha finanziato la preparazione o la presentazione del testo. È, inoltre, richiesto che siano identificati tutti i soggetti, diversi dall'*amicus curiae*, i suoi membri o collaboratori, che abbiano dato un contributo economico⁸⁵.

Sebbene i giudici supremi sappiano di non aver quasi mai a che fare con pareri assolutamente disinteressati⁸⁶, è comunque importante per lo-

⁸¹ S.C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, cit., p. 370. Si trattava del caso *Webster v. Reproductive Health Services*, (1989).

⁸² *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

⁸³ «An *amicus curiae* brief submitted before the Court's consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ, may be filed if it reflects that the written consent of all parties as been provided, or if the Court grants leave to file» *Rule 37*, par. 2. Cfr. Altresì par. 3 e 4.

⁸⁴ La Corte ha, tuttavia, specificato che «Such a motion is not favored» (*Rule 37*, par. 2b).

⁸⁵ *Rule 37*, par. 6. Sono esclusi da tale *disclosure* i *briefs* presentati dai soggetti pubblici elencati al par. 4 della *Rule 37*.

⁸⁶ «Nonpartisan help, provided by people unaffected by the facts of the case or by experts, has never disappeared from the legal scene for good. But this type of intervention of people who are uninterested in the dispute has become secondary» (così A. PIN, F. GENOVA, *The Duty to Disclose Adverse Precedents*, cit., p. 271).

ro sapere chi commissioni le redazioni degli *amicus briefs* che vengono presentati e se si tratti di soggetti legati alle parti processuali.

D'altro canto, la consapevolezza della frequente mancanza di neutralità degli *amici* non sembra costituire un deterrente per i giudici supremi nell'accoglimento delle loro memorie: forse a causa dell'ampia discrezionalità di cui la Corte gode nel decidere se prendere in considerazione o meno i contributi amicali⁸⁷, o per rispetto del loro ruolo di rappresentanza di parti della società che viceversa non avrebbero voce, essa ha sempre dimostrato una grande apertura e disponibilità verso questo genere di allegazioni⁸⁸, a prescindere dall'effettivo gradiente di disinteresse dei proponenti.

Inoltre, un fattore che può risultare decisivo per spiegare la benevolenza della Corte verso le memorie degli *amici* è la sua crescente necessità di informazioni esorbitanti la sfera del sapere giuridico. Come si è già accennato, la propensione della Corte Suprema ad argomentare le proprie decisioni citando fonti non giuridiche e dati fattuali deve farsi risalire all'alba del XX secolo, con la nascita del *Brandeis Brief*⁸⁹ ed ha segnato fortemente la giurisprudenza successiva⁹⁰. Autorevoli commentatori ben hanno messo in evidenza quanto, negli Stati Uniti, «*Constitutional law is rife with ... empirical propositions*»⁹¹, e molte, fondamentali, sentenze della Corte Suprema sono fortemente caratterizzate dal riferimento a *legislative facts*⁹²: si pensi solo a *Roe v. Wade*, celeberrima pronuncia in tema di

⁸⁷ I giudici non hanno obblighi verso gli *amici*: se la loro memoria non è utile alla decisione, semplicemente la ignorano. Così H.A. ANDERSON, *Frenemies of the Court: the Many Faces of Amicus Curiae*, in *WU Law Digital Commons*, 2015, p. 364.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 364.

⁸⁹ Cfr. A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., pp. 1776-1777.

⁹⁰ A proposito del «*legal realist movement*» affermatosi negli Stati Uniti a inizio '900, cfr. M. RUSTAD, T. KOENIG, *The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs*, cit., p. 101. Si veda altresì D. ELLIOT, *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, in *Columbia Law Review*, 1985, p. 91 ss.

⁹¹ D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice. The Supreme Court's 200-years struggle to integrate science and the law*, cit., p. X.

⁹² Sul punto v. A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1777 ss. e soprattutto l'intera opera di D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice. The Supreme Court's 200-years struggle to integrate science and the law*, cit.

aborto, che individua nel concetto – scientifico – di “*viability*”, ossia il momento della gestazione in cui un feto è in grado di sopravvivere all'esterno del grembo materno, il termine oltre il quale è permesso agli Stati di proibire l'interruzione di gravidanza⁹³. A queste considerazioni si somma il fatto che, grazie anche alla rivoluzione digitale permessa dalla diffusione di internet, i dati e le informazioni a disposizione degli individui sono aumentati esponenzialmente negli anni. Il che, anche nel mondo del diritto, ha agevolato la tendenza a sostenere le proprie argomentazioni con teorie, opinioni ed elementi empirici tra i più disparati⁹⁴. Da questa propensione non sembrerebbe essere stata esclusa nemmeno la più importante Corte degli Stati Uniti.

In assenza di strutturate procedure di *fact-finding*, la Corte Suprema ha trovato proprio negli *amicus curiae briefs* lo strumento che, più di altri e senza eccessivi vincoli, le consente di ottenere l'ampio ventaglio di informazioni e fatti extragiuridici di cui necessita per argomentare le proprie decisioni: «*Supreme Court Justices, like the rest of us, seem to be craving more factual information, and the amicus briefs are stepping in to fill the void*»⁹⁵. Tale funzione degli “amici della corte” è stata, negli anni, particolarmente sfruttata in occasione di decisioni che richiedevano il sostegno di conoscenze tecniche, scientifiche e specialistiche⁹⁶.

3.2. *Gli amicus briefs come veicolo di conoscenze tecnico-scientifiche.*

Le critiche sull'assenza di neutralità degli *amicus briefs* e sull'amicizia scarsamente disinteressata dei loro proponenti riguardano tutti i tipi di utilizzo di tali allegazioni. Tuttavia, è stato notato⁹⁷ come la dottrina tenda a guardare con minore diffidenza gli *amici* che forniscono alla Corte co-

⁹³ Per un'analisi sintetica dei contenuti della sentenza, cfr. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La costituzione democratica*, Torino, 2000, p. 105 ss.

⁹⁴ A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1776.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 1777.

⁹⁶ Puntuali riferimenti giurisprudenziali sono offerti, ad esempio, in B. GOROD, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, cit., p. 1 ss.

⁹⁷ A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1761.

noscenze tecniche e nozioni specialistiche in ambito medico e scientifico⁹⁸. Anche dall'interno della Corte ne è stata sottolineata la peculiare utilità per il lavoro dei giudici: in particolare, Justice Stephen Breyer, in più occasioni⁹⁹, ha affermato che essi svolgono una funzione insostituibile nell'istruire i giudici su questioni tecniche potenzialmente rilevanti, migliorando così la qualità delle decisioni della Corte. Similmente Justice Alito, oltre ad aver sostenuto che l'idea per cui l'*amicus curiae* debba essere imparziale è diventata obsoleta da tempo, ha specificato che questo strumento offre un aiuto di grande rilievo alla Corte, «*providing special expertise, explaining the impact of the decision on an industry, or making arguments that are too far-reaching to be advanced by the parties*»¹⁰⁰.

Effettivamente gli *amicus briefs* che apportano conoscenze specialistiche colmano un vuoto evidente: dal momento che, come si è detto, i giudici supremi non si avvalgono mai della testimonianza di esperti, la comunità scientifica è assolutamente sottorappresentata nel processo dinnanzi alla massima Corte. E, ciò nonostante, vi è un'innequivocabile tendenza della stessa ad impiegare argomenti fattuali, anche e soprattutto quando si oc-

⁹⁸ Tra le voci più favorevoli al ricorso a questo tipo di *amici curiae*, cfr. S. TAI, *Friendly Science: Medical, Scientific, and Technical Amici before the Supreme Court*, cit., *passim*. In particolare, l'Autrice sostiene che «*there are two reasons why the scientific and technical amici participation is important when the Supreme Court adjudicates in technical and scientific areas. First, the information and expertise – especially regarding the scientific process as well as particular scientific facts – provided by scientific and technical amici are necessary for the Court to appreciate fully the consequences at stake in a particular case. Second, the information and their expertise are necessary for the public to contextualize the Court's rulings*» (p. 792).

⁹⁹ Cfr. ad es. S. BREYER, *The Interdependence of Science and Law*, in *Judicature*, n. 1/1998, p. 24 ss. e ID., *Science in Court*, in *The Washington Post*, 19 febbraio 1998.

¹⁰⁰ V. R.W. SIMPSON, M.R. VASALY, *The Amicus Brief: How to be a Good Friend of the Court*, cit., p. 38.

Oltre a Justice Alito e Justice Breyer, indubbiamente uno dei più convinti sostenitori della partecipazione degli *amici* come surrogati di *expert witnesses*, può citarsi l'esempio di Justice Stevens. Questi, pur avendo una posizione più cauta a riguardo, ha lodato gli «*extraordinarily helpful briefs from amici*» e le ricerche in essi riportate, presentati nella soluzione di un caso in tema di *affirmative action* coinvolgente l'Università del Michigan (cfr. D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice. The Supreme Court's 200-years struggle to integrate science and the law*, cit., p. 359).

cupa di materie connotate da alto tasso di tecnicismo. Pertanto, esclusi gli elementi raccolti nei gradi giudiziali precedenti, nonché le ricerche che i singoli giudici possono commissionare autonomamente, si deve ritenere che siano principalmente le *amicus expertise* ad alimentare e sostenere le numerose argomentazioni empiriche ed extragiuridiche della Corte. Ciò, peraltro, trapela dal cospicuo numero di citazione e riferimenti alle memorie amicali rinvenibili nelle sentenze¹⁰¹.

Acclarato, dunque, che gli *amicus briefs* rappresentano per la Corte Suprema una porta d'accesso privilegiata per la voce della scienza, sorgono delicati e complessi quesiti, tra cui: «*who should the Court trust to represent science? [...] Should the Court evaluate on its own the methodologies of the scientific opinions presented by amici? Should only the institutional organizations be allowed to present the position of a scientific field as an amicus?*»¹⁰².

3.2.1. *Aspetti problematici.*

Tra le questioni maggiormente problematiche discendenti dall'impiego degli *amicus briefs* come fonti di cognizione di elementi scientifici se ne segnalano tre in particolare: la prima attiene alla quantità di elementi e dati, spesso contrastanti tra loro, che è presentata alla Corte e che costringe quest'ultima a dover individuare, tra le tante, le informazioni e le fonti più attendibili; la seconda concerne l'assenza di contraddittorio sulle allegazioni amicali; l'ultima riguarda l'uso, ampiamente discrezionale, che la Corte può fare delle argomentazioni scientifiche offerte dagli *amici*.

In generale, uno dei principali limiti del ricorso agli *amici curiae* è che essi sono portatori di una «ipertrofia informativa che travolge i giudici, una valanga [...] nella quale è difficile per gli assistenti dei giudici distinguere il grano dal loglio»¹⁰³. E tale complessità non può che acuirsi quando il contributo offerto dalle allegazioni amicali è di natura tecnico-scientifica,

¹⁰¹ È stato calcolato che, nell'arco temporale 2008/2013, il 20% delle citazioni di *amicus curiae briefs* presenti nella giurisprudenza della Corte Suprema contengono *legislative facts* o supportano asserzioni empiriche, tecniche o scientifiche (cfr. A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1778).

¹⁰² A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1798.

¹⁰³ Così B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, cit., p. 116.

ponendo la Corte nella difficile posizione di dover di vagliare diverse tesi – e diverse fonti – e preferirne alcune anziché altre sulla base di non specificati criteri. Della delicatezza di una simile operazione si è già detto, *supra*, a proposito dei test di validazione delle teorie scientifiche elaborate dalla stessa giurisprudenza: se, da un lato, non può chiedersi al collegio dei giudici di valutare l'adeguatezza scientifica delle opinioni sottoposte alla loro attenzione, dall'altro non si può nemmeno condividere l'idea che le loro decisioni possano acriticamente poggiarsi su qualsiasi teoria presentata come scientifica.

Standard come il *Frye* o il *Daubert*, pensati per vagliare le testimonianze di esperti, non sono applicati, né potrebbero facilmente esserlo, alle tesi presentate negli *amicus briefs*. Qui non si tratta, infatti, di decidere se una specifica testimonianza scientifica possa essere ammessa, bensì di vagliare numerose opinioni, espresse da soggetti che – sebbene non parti – sono spesso “partigiani”¹⁰⁴. La Corte viene posta dinanzi a teorie e contributi che possono riguardare aspetti diversi di un problema ed essere espressi, *inter alia*, all'interno di memorie che contengono al contempo argomentazioni giuridiche ed extragiuridiche. Inoltre, a differenza degli esperti chiamati a testimoniare, gli *amici curiae*, soprattutto quando sono persone giuridiche, non hanno un *curriculum vitae* con pubblicazioni da presentare e per i giudici è ancor più difficile comprendere chi è davvero esperto della materia e chi no.

Di conseguenza, accade spesso che, all'interno della medesima Corte, non si raggiunga un'opinione univoca sui contributi amicali che, più di altri, debbano essere considerati fonti attendibili. Ed infatti è stata notata una correlazione tra proliferazione degli *amicus briefs* e incremento di *dissenting opinions*¹⁰⁵, dove – tra gli altri elementi di dissenso – emerge una tendenza a citare *amici* diversi da quelli menzionati nell'opinione di maggioranza. Il che impone di riflettere sulla adeguatezza e legittimazione di quei giudizi che, più che su di un piano giuridico, tentano di poggiarsi su

¹⁰⁴ Sul punto si veda la tagliente critica di M. RUSTAD, T. KOENIG, *The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs*, cit., p. 91 ss. circa «*the way partisan organizations distort empirical social science research in amicus briefs*».

¹⁰⁵ B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, cit., p. 124.

argomenti fattuali e tecnico-scientifici: in ultima analisi finiscono per basarsi su argomentazioni scientifiche rivali, sulla scorta di ignoti criteri di discernimento¹⁰⁶. Talvolta, peraltro, i contributi amicali che i giudici decidono di preferire non menzionano le fonti a cui hanno attinto o non ne menzionano di accessibili e verificabili. Pertanto si verifica che i giudici indichino i *briefs* medesimi come unica fonte del dato o dell'informazione riportata dalla sentenza¹⁰⁷. È questa una pratica molto rischiosa: se il giudice può accontentarsi di quello che l'*amicus* gli suggerisce, senza che nemmeno sia necessario che quest'ultimo dia conto degli studi e delle fonti prese in considerazione, diventa quasi impossibile distinguere contributi amicali basati su seri studi e ricerche da memorie che ammantano di scientificità e tecnicismo argomenti privi di qualunque fondamento.

Da ultimo, quand'anche gli *amicus briefs* indichino con chiarezza la fonte delle acquisizioni presentate alla Corte, non può richiedersi a quest'ultima una verifica dettagliata di tutti i riferimenti letterari e scientifici potenzialmente menzionati: non è detto che abbia le competenze per farlo e, in ogni caso, non ne avrebbe il tempo¹⁰⁸. Pertanto, nemmeno in questa evenienza, che pur presenta maggiori garanzie di affidabilità, si è al riparo dalla possibilità che si prendano per buoni «*empirical findings [that ...] have the aura of social science but do not follow the scientific truth-seeking norms that regulate valid research*»¹⁰⁹, ovvero posizioni minoritarie e/o superate dalla comunità scientifica di riferimento.

Agli *amici curiae briefs*, inoltre, non sono facilmente applicabili le ga-

¹⁰⁶ Un caso interessante di dissenso basato su di una diversa considerazione degli studi a disposizione della Corte è offerto dalla *dissenting opinion* di Justice Scalia in occasione della sentenza *United States v. Virginia* (1996). L'opinione di maggioranza, redatta dal giudice Ginsburg, ha posto fine all'esclusione delle donne del *Virginia Military Institute*, facendo riferimento anche a ricerche dimostranti il successo delle donne nella carriera militare. Secondo Scalia a queste ricerche era stato dato troppo rilievo, mentre non si erano sufficientemente considerati altri studi che ponevano in luce importanti differenze tra uomini e donne nello sviluppo.

¹⁰⁷ A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1784 ss.

¹⁰⁸ Al di là di generali esigenze di economia processuale, va ricordato che la Corte Suprema ha come scadenza per le proprie decisioni dei *term* prestabiliti.

¹⁰⁹ M. RUSTAD, T. KOENIG, *The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs*, cit., p. 91.

ranzie tipiche dell'*adversary method*¹¹⁰. Queste memorie sono presentate alla Corte Suprema quando ormai le prove e le testimonianze dei consulenti di parte sono già state raccolte nei precedenti gradi di giudizio e l'unico strumento di smentita o chiarimento rimasto a disposizione delle parti sono le loro repliche. Tuttavia, quasi mai nei documenti presentati alla Corte Suprema, gli avvocati di parte controbattono o si confrontano con le asserzioni sostenute dagli amici. Questo per almeno due ordini di ragioni. *In primis*, «*in another time, when amicus participation was low and legislative facts were less important to the Court's decisions, it was perhaps perfectly reasonable to rely on the advocates to police the factual acuthorities presented to the Court. Now, however, the amicus machine is too big, and the field of possible authorities is too vast for the parties to be able to keep up*»¹¹¹. A ciò si aggiunge il fatto che, disponendo le parti di un numero limitato di battute¹¹², è plausibile che preferiscano utilizzarle per rispondere alle argomentazioni di controparte, anziché alle allegazioni amicali che potrebbero anche non essere prese in considerazione dalla Corte.

Proprio la possibilità lasciata ai giudici di ignorare *amicus briefs*, magari anche autorevoli e ben documentati, senza necessità di motivarlo, introduce ad una delle critiche più aspre mosse dalla dottrina nei confronti dell'impiego dei contributi degli "amici esperti". Ci si riferisce alla tesi secondo cui i giudici farebbero un uso pretestuoso dei contributi amicali, a mero scopo retorico, selezionando al loro interno quelli che meglio permettono di sostenere ciò che hanno già deciso a priori, con un'attenta opera di *cherry-picking*¹¹³. L'utilizzo di selezionati argomenti fondati su elementi empirici, fattuali e tecnico-scientifici acquisiti grazie agli *amici curiae*, in ultima analisi, permetterebbe ai giudici di mascherare dietro «*legalistic window dressing*»¹¹⁴ decisioni prese su tutt'altri presupposti. Pertanto, gli elementi portati in luce dai contributi degli *amici*, lungi dal

¹¹⁰ Sulla mancata applicazione dell'*adversary method* agli *amicus curiae briefs*, cfr. B. GOROD, *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, cit., p. 35 ss.

¹¹¹ A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., pp. 1801-1802.

¹¹² Cfr. la *Rule 33* per i procedimenti davanti alla Corte Suprema.

¹¹³ A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1816.

¹¹⁴ B. LEITER, *In Praise of Realism (and against "Nonsense" Jurisprudence)*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 110, 2012 p. 885.

contribuire ad un processo decisionale più completo e accurato, sarebbero semplici orpelli argomentativi a disposizione della Corte: «*if the facts did not support the desired result, then, as with original intent or precedent, the Court would distinguish or discount their relevance*»¹¹⁵.

Si tratta di una visione molto severa dell'istituto in esame e del suo utilizzo. Certamente la possibilità per i giudici supremi di scegliere quali casi giudicare, combinata alla libertà di decidere di quali *amicus briefs* tenere conto, offre loro un ampio potere. Per contro, che la Corte abbia, in qualche misura, mano libera nella considerazione delle allegazioni amicali è uno spazio di libertà insacrificabile. E questo perché, come si è visto ragionando più in generale sui limiti dell'istruttoria costituzionale, è ben possibile che «l'emergere di evidenze istruttorie e fattuali si [presti] a convalidare una decisione legislativa comunque lesiva di un principio costituzionale»¹¹⁶. In tal caso, è più che legittimo che la Corte possa decidere, nel bilanciamento con altri interessi, di relativizzare il peso di quegli elementi e, nell'ipotesi in cui tali risultanze provengano da “amici interessati” e siano acquisiti in assenza di contraddittorio, scelga di non considerarli affatto.

Piuttosto, maggiori garanzie e più specifici limiti sono necessari una volta che la Corte abbia deciso di prendere in considerazione le acquisizioni e i dati pervenuti tramite determinati *amicus briefs*. Il paragrafo successivo delinea alcune possibili strade.

4. *Suggerimenti de iure condendo: sì agli amici, sed cum iudicio.*

Le criticità messe in luce rispetto all'esperienza statunitense inducono a prendere in considerazione alcuni correttivi che, se applicati nel conte-

¹¹⁵ D.L. FAIGMAN, *Laboratory of Justice. The Supreme Court's 200-years struggle to integrate science and the law*, cit., pp. 97-98.

¹¹⁶ G. REPETTO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale tra “modelli” processuali e discrezionalità del legislatore. Problemi e spunti di riflessione a partire dall'esperienza tedesca*, cit., p. 305. L'Autore, riferendosi alla giustizia costituzionale italiana, fa riferimento ai casi in cui l'analisi dell'impatto economico-finanziario di un accoglimento pieno consiglierebbero l'annullamento di una disposizione comunque lesiva di diritti individuali.

sto italiano, potrebbero condurre ad una più virtuosa prassi nel ricorso all'*amicus curiae*.

Anzitutto, per evitare che anche da noi la Corte venga investita di una mole eccessiva di informazioni e contributi amicali, con le difficoltà di discernimento che ne conseguono, è opportuno che si individuino dei criteri di ammissibilità soggettivi e oggettivi¹¹⁷.

La formulazione testuale dell'art. 4-ter N.I., il quale definisce gli *amici* come formazioni sociali senza scopo di lucro e soggetti istituzionali «portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità», esclude i singoli ma non sembra di per sé sufficiente ad impedire «un uso pletorico dell'istituto»¹¹⁸. Come autorevolmente suggerito¹¹⁹, si può immaginare che la Corte costituzionale (*rectius* il suo Presidente¹²⁰) selezioni gli *amicus briefs* che provengono da soggetti particolarmente competenti nell'ambito su cui verte il caso da decidersi¹²¹, ovvero da enti i cui scopi statuari siano rilevanti rispetto alla soluzione delle questioni¹²². Non

¹¹⁷ Sul punto, appare di grande interesse quanto recentemente suggerito da T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, cit., p. 385.

¹¹⁸ P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, cit., p. VIII. La formulazione è sufficientemente ampia da includere anche partiti politici e sindacati (cfr. a riguardo M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove Norme Integrative*, cit., p. 412).

¹¹⁹ T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, cit., p. 385.

¹²⁰ Il comma 3 dell'art. 4-ter ci dice, infatti, che le opinioni amicali vengono ammesse tramite decreto del Presidente della Corte, sentito il giudice relatore. Secondo Luciani (M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove Norme Integrative*, cit., p. 411), il fatto che la decisione di ammettere le *opiniones* degli amici sia affidata al Presidente conduce ad «una sovraesposizione della sua figura che non è da salutare con favore nell'era della personalizzazione, che conosce repentine esaltazioni e non meno repentine *damnationes* delle figure individuali». Inoltre ne trae svantaggio la Corte nel suo complesso «non solo perché l'opinione pubblica sarà portata a identificarla sempre più con il suo Presidente, nelle congiunture favorevoli e in quella negative, ma anche perché è alla Corte, nella sua collegialità, che la decisione finale del caso deve essere imputata».

¹²¹ Soggetti che attestino di essere investiti di «speciali compiti applicativi di quella norma su cui la Corte decide» (così V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 22).

¹²² Sulla necessità che la Corte, per il tramite delle esperienze, giunga nel tempo a de-

basterebbe, dunque, che un'ipotetica associazione o ONG si dichiari portatrice di interessi che rilevano, in qualche misura, rispetto al caso presentato alla Corte; servirebbe, altresì, che il suo statuto dimostri attinenza tra la sua attività e il giudizio pendente, ovvero che la propria missione e ambito d'azione siano tali da far presumere una certa competenza circa la materia in discussione e/o conoscenza dell'ambito di applicazione della legge sottoposta al vaglio della Consulta. Naturalmente non si tratterebbe di un filtro particolarmente stretto; esso, quantomeno, permetterebbe di escludere memorie provenienti da soggetti che solo difficilmente sarebbero in grado di coadiuvare l'operato della Corte.

Venendo, invece, ai requisiti oggettivi, l'art. 4-ter, comma 3 dichiara ammissibili le sole «opinioni che offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità». Sarebbe forse auspicabile che la Corte affini ulteriormente i contorni di tale requisito, invitando alla presentazione delle sole opinioni che presentino elementi o argomenti nuovi rispetto a quanto già messo in luce dalle parti, in maniera non dissimile da quanto richiede la Regola 37.1 delle *Rules* per i procedimenti dinanzi alla Corte Suprema.

Un secondo suggerimento per un più proficuo e trasparente utilizzo degli *amicus briefs* proviene dalla dottrina statunitense¹²³ e propone, «*in the spirit of Daubert*»¹²⁴, che tali memorie, o quanto meno quelle che svolgono funzione istruttoria, contengano specifiche e dettagliate informazioni circa la metodologia che ha condotto ad ottenere i dati e gli elementi presentati, i finanziamenti impiegati per il loro raggiungimento e, soprattutto, le fonti alle quali si è attinto (che debbono essere accessibili e verificabili). In questo modo, peraltro, la sentenza che poggiasse in parte sui

limitare ulteriormente lo *status* dei soggetti sociali legittimati a presentare *amicus briefs*, cfr. F. CLEMENTI, *Amici Curiae? A proposito delle recenti "Modificazioni alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"*, cit. L'Autore rileva, infatti, come «le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi, godono come è noto di un *favor* così grande nel nostro ordinamento tale da far ricomprendere all'interno di questa dizione pressoché tutti gli attori sociali, quasi senza distinzione alcuna».

¹²³ Cfr. A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, cit., p. 1811 ss.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 1811.

dati prodotti da un determinato *brief* potrebbe citare direttamente la fonte dei medesimi.

Da ultimo si è dell'idea che, per permettere una valutazione più attenta e scrupolosa delle opinioni amicali di caratura tecnico-scientifica, la Corte costituzionale debba muoversi verso l'adozione di un meccanismo misto in cui gli *amici curiae* non sostituiscono il ruolo degli esperti (come avviene dinanzi alla Corte Suprema USA) ma offrano loro, per così dire, terreno di discussione. Immaginiamo che, in futuro prossimo, si verifichi anche nel panorama italiano che le allegazioni amicali contengano *factual evidence* o tesi scientifiche che, pur appearing rilevanti per la soluzione del caso, la Corte non è in grado di valutare per mancanza di competenza tecnica. Ecco che qui può giungere in soccorso la possibilità offerta dall'art. 14-*bis* N.I., ossia la convocazione di esperti di chiara fama¹²⁵. Si tratta di una potenzialità del nuovo istituto diversa da – e che andrebbe ad aggiungersi a – quella dispiegata nell'unica occasione sinora verificatasi. Nel giudizio relativo alle POER, la convocazione degli esperti è avvenuta per comprendere l'"amministrazione vivente" (e forse mandare un messaggio al legislatore¹²⁶) in cui trova applicazione la disciplina indubbiata. In tale veste, l'esperto è dunque un individuo che, conoscendo il *background* e la situazione di fatto regolata dalla norma che ha sollevato dubbi

¹²⁵ Nulla osterebbe sotto il profilo della scansione temporale del processo, dal momento che gli *amici curiae* debbono presentare le proprie opinioni in una fase sicuramente antecedente a quella eventualmente riservata alla camera di consiglio con gli esperti.

¹²⁶ Difficilmente se la Corte non sospettasse la fondatezza della questione di costituzionalità si preoccuperebbe di comprendere approfonditamente l'impatto della norma indubbiata. Cogliendo questo atteggiamento, il legislatore potrebbe trarre vantaggio dalla dilazione delle tempistiche processuali dovute all'audizione degli esperti per porre rimedio, prima che intervenga un'eventuale sentenza di accoglimento, agli aspetti più critici della legge oggetto di sindacato. Inoltre, come rilevato dal Presidente emerito Valerio Onida, «la convocazione e la presenza di esperti con i quali sia i Giudici che le parti interloquiscono possono favorire un parziale "disvelamento", in una camera di consiglio aperta alle parti che precede quella decisoria, degli "itinerari" su cui la Corte si avvia per adottare la propria decisione» (cfr. R. CONTI, *La Corte costituzionale aperta alla società civile. Intervista a Valerio Onida e Vladimiro Zagrebelsky*, in *Giustiziainsieme.it*, 4 aprile 2020).

Più in generale, sul possibile utilizzo dei poteri istruttori a fini monitori, cfr. G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., pp. 235-237.

di costituzionalità, può aiutare la Corte ad avere un quadro più preciso della realtà e a valutare gli effetti di una possibile pronuncia di accoglimento.

In questa sede si suggerisce una funzione ulteriore, ossia che gli esperti siano chiamati ad esprimersi sulla fondatezza, o almeno sulla plausibilità, di un'affermazione portata alla conoscenza della Corte tramite un *amicus briefs*, e ritenuta, potenzialmente, decisiva per giungere a decisione. In questo modo i giudici costituzionali, avuta l'occasione tramite gli *amici* di mettere a fuoco quali possano essere i profili scientificamente o tecnicamente rilevanti per la decisione del caso, potrebbero in un secondo momento interrogare degli esperti su aspetti dubbi, problematici o che necessitano di integrazione.

L'uso combinato¹²⁷ dell'istituto disciplinato dall'art. 14-*bis* N.I. e di

¹²⁷ In dottrina è stata recentemente avanzata una diversa ipotesi di congiunzione tra l'apertura agli *amici curiae* e agli esperti. Si è, infatti, suggerito che l'*amicus curiae* possa segnalare alla Corte l'opportunità di audire una particolare categoria di esperti dotati di specifiche conoscenze ovvero un determinato esperto di chiara fama: «Si tratterebbe, in ogni caso, di una possibilità informale di segnalazione ovviamente non vincolante per la Corte, che potrà decidere di darle seguito o di ignorarla» (A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio cost.*, n. 2/2020, p. 22). La *ratio* sarebbe quella di rendere maggiormente partecipata la fase di selezione degli esperti da convocare, attualmente esclusivamente lasciata alla discrezione dei giudici costituzionali.

A parere di chi scrive, questa funzione dell'*amicus curiae*, quale indicatore di esperti, potrebbe rivelarsi molto utile, soprattutto in casi in cui la materia interessata dalla decisione della Corte sia un settore particolarmente di nicchia, all'interno del quale non sia agevole per i giudici individuare esperti di chiara fama. Tuttavia, alla luce delle considerazioni che si sono sin qui svolte circa la necessità di operare un vaglio quanto più scrupoloso sui contributi specialistici degli *amici curiae*, si ritiene che, laddove la Corte ritenga opportuno approfondire le tesi presentate negli *amicus briefs*, inviti a testimoniare – anche – esperti diversi rispetto a quelli eventualmente suggeriti dai medesimi *amici*. Viceversa il meccanismo misto che in questa sede si auspica perderebbe di efficacia, dal momento che gli esperti interpellati per giudicare le tesi sottoposte mancherebbero di requisiti di terzietà e, dunque, non fungerebbero da contrappeso come si auspica. A quest'ultimo riguardo rileva l'osservazione di Ruggeri, secondo cui: è opportuno «avvalersi del contributo che può essere offerto dagli esperti, non soltanto per l'utilità in sé che può aversene (che non richiede, ovviamente, di essere qui rimarcata) ma anche per il fatto che esso può valere a compensare o, diciamo pure, a riequilibrare la componente "politica" insita nella partecipazione di esponenti della società civile», per il tramite di *amicus briefs* (A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, cit.).

quello *ex art. 4-ter* permetterebbe, inoltre, di sopperire in parte all'assenza di contraddittorio sulle allegazioni degli *amici*. Il processo costituzionale italiano, lo si è visto, manca in generale di una reale dialettica tra le parti in fase probatoria. Tuttavia, nel momento in cui la Corte disponesse delle audizioni di esperti, in presenza delle parti, per discutere degli aspetti più tecnici delle allegazioni amicali ritenute più rilevanti per la decisione, potrebbe soppesare le *amicus expertise* attraverso il confronto con diverse voci, seppure con il limite già sottolineato del filtro delle domande svolto dal Presidente della Corte, di cui all'ultimo periodo dell'art. 14-*bis*, comma 1¹²⁸.

Naturalmente vale qui quanto già detto circa i test elaborati dalla Corte Suprema e, in particolare, al *Frye standard*: l'idea per cui la Corte si possa avvalere dell'opinione di membri della comunità scientifica di riferimento, ossia degli esperti di chiara fama, per giudicare l'attendibilità di una tesi non deve portare ad esiti di eccessiva deferenza verso la voce della scienza, per cui l'*ipse dixit* dell'esperto diviene dogma insuperabile.

Piuttosto, dato per condiviso che per i giudici costituzionali «è meglio sapere che non sapere»¹²⁹ e dunque ben venga la possibilità prendere in considerazione elementi conoscitivi offerti anche tramite gli *amici curiae*, l'attuazione del meccanismo misto può in parte limitare «i possibili inconvenienti derivanti da dati inattendibili, parziali, o addirittura non veritieri»¹³⁰ presentati nei *briefs* degli *amici* che, non deve sottovalutarsi, al momento sono soggetti che si possono presentare spontaneamente senza dover dimostrare alcuna competenza specifica. Una volta, poi, che la Corte

¹²⁸ Molto critico sulle garanzie di trasparenza e partecipazione riservate dalle nuove N.I. all'audizione di esperti è A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, cit., p. 19. L'Autore sottolinea, *inter alia*, come la scelta di sentire gli esperti in camera di consiglio anziché in udienza sia discutibile poiché «la discussione in camera di consiglio può non essere verbalizzata o verbalizzata solo succintamente e può trasparire nelle motivazioni della sentenza con più o meno evidenza a seconda del rilievo che vorranno assegnare il relatore e il collegio, volta per volta e discrezionalmente. La sede dell'udienza pubblica, per sua natura, si sarebbe prestata meglio a garantire la trasparenza democratica dell'interlocuzione con gli esperti».

¹²⁹ N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, cit., p. 16.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 16.

abbia audito gli esperti sulle informazioni che riteneva di suo interesse tra quelle presentate dagli *amici*, è bene che possa liberamente scegliere se quanto così acquisito possa fondare parte della decisione e del percorso argomentativo. Naturalmente, il fatto di rendere oggetto di un'audizione il contenuto di un *amicus briefs* strappa quest'ultimo dall'ombra in cui, teoricamente, potrebbero rimanere tutti i contributi amicali, per portarlo in un cono di luce molto vicino a quello delle risultanze di un'istruttoria formale. Il che, in qualche misura, dovrà riflettersi anche nelle motivazioni della sentenza. Tuttavia il vaglio degli esperti servirebbe per consentire alla Corte, con maggiori elementi, di decidere se e quanto fare affidamento sull'aiuto di certi *amici*.

Si potrebbe obiettare che questa soluzione non esclude quel rischio che la dottrina statunitense ha duramente denunciato, ossia che i giudici possano arbitrariamente decidere di servirsi o meno dei contributi amicali, a seconda degli esiti (più o meno graditi) che da essi emergono. Ciò non di meno, lasciare loro questo spazio di libertà è essenziale perché, come ricordato da Silvestri, «a tutti gli elementi di conoscenza acquisiti con metodi in ipotesi scrupolosi [... il giudice] dovrà aggiungere il fattore imponderabile della sua “coscienza”, che dovrà svolgere rispetto alla “scienza” una funzione supplementare e moderatrice»¹³¹.

Inoltre, come si è più volte ribadito nel corso della presente trattazione, è fondamentale che la voce della scienza venga trattata secondo la sua natura: un'autorità affatto monolitica, al cui interno è possibile – ma non sempre agevole – rinvenire micro-verità. In un'epoca in cui, sempre più, si parla di «*crisis of expertise*»¹³² sarebbe anacronistico, oltre che costituzionalmente discutibile, pensare che il giudizio della Corte debba essere indissolubilmente legato alle evidenze che la comunità scientifica è in grado di offrire, tramite i nuovi canali di accesso che il processo di legittimità costituzionale permette, siano essi gli *amici curiae* o le testimonianze di esperti di chiara fama.

Allo stato dell'arte non è possibile prevedere se, davvero, come avviene

¹³¹ . G. SILVESTRI, *Scienza e conoscenza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, cit., p. 436.

¹³² Sul punto si rimanda all'interessante e approfondita opera di G. EYAL, *The Crisis of Expertise*, cit.

negli Stati Uniti, le allegazioni amicali diverranno vettori privilegiati di istruttoria scientifica per la Corte costituzionale. Non sembra, però, affrettato considerare i correttivi e le ipotesi pocanzi avanzate. È, peraltro, del tutto plausibile che questo istituto possa fungere da strumento di pressione esterna per l'identificazione e l'ammissione di quegli elementi fattuali che sempre di più rilevano nel sindacato di costituzionalità e, in particolare, nei test di ragionevolezza e proporzionalità. In altre parole, l'apertura agli *amici curiae briefs* potrebbe avere come conseguenza un'ulteriore «*empirische Wende*»¹³³, ossia una spinta verso l'empirismo argomentativo della Corte, esattamente come è accaduto con il *Brandeis briefs* nell'esperienza statunitense.

Se così fosse, si renderebbe ancor più necessario, anche alle luci delle ragioni che si sono analizzate al capitolo precedente, che si proceda ad una standardizzazione dei passaggi dei test impiegati dal Giudice delle leggi, come avviene ad esempio nel caso dello scrutinio di proporzionalità proprio del modello costituzionale tedesco¹³⁴, e, in definitiva, si delineino con maggiore chiarezza le modalità e le condizioni in presenza delle quali è lecito che la Corte valuti i presupposti fattuali su cui poggiano le scelte discrezionalmente operate dal legislatore¹³⁵.

¹³³ Secondo la felice espressione di N. PETERSEN, *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, cit., p. 435 ss.

¹³⁴ Per quanto l'elaborazione di moduli decisori standardizzati sia solo un passo in più di un procedere per approssimazioni verso la soluzione di un problema difficilmente risolvibile. Lo sottolinea fermamente con riferimento al sistema tedesco G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, cit. L'Autore, da un lato, riconosce che «la riflessione della Corte costituzionale tedesca sulle proprie tecniche di decisione è, in comparazione con altre Corti europee, assai evoluta, e lo sforzo di razionalizzazione dei propri protocolli di giudizio notevole, come dimostra con particolare evidenza la vicenda del controllo di *Verhältnismäßigkeit*, le cui fasi applicative sono state accuratamente ricostruite, così da dare vita alla strutturazione di un vero e proprio test di giudizio». D'altro canto, è molto critico sulla «ineliminabile ambiguità del *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* e la sua ritrosia ad essere inquadrato in schemi argomentativi ed applicativi rigidi, nonostante gli sforzi della giurisprudenza costituzionale e la abbondante elaborazione teorica sul punto».

¹³⁵ Si veda, in proposito, quanto già sostenuto al paragrafo conclusivo del capitolo 3.

NOTE CONCLUSIVE

SOMMARIO: 1. Il ricorso alla fattualità: una scelta non sempre obbligata. – 2. La Corte e le sfide della complessità tecnico-scientifica: la necessità di individuare opportune forme di dialogo tra argomentazioni giuridiche e dati scientifici. – 3. Il ricorso ad un sindacato estrinseco di ragionevolezza scientifica come via per sottrarre la Corte dall'onere di svolgere valutazioni tecnico-scientifiche. – 4. Quando la via del sindacato intrinseco di ragionevolezza scientifica richiede il dispiego di strumenti istruttori formali, in ottica collaborativa. – 5. I nodi irrisolti dell'istruttoria scientifica e alcuni possibili correttivi.

1. *Il ricorso alla fattualità: una scelta non sempre obbligata.*

La presente trattazione ha messo in luce come, nel sindacato di costituzionalità, non sia sufficiente ragionare in termini astratti i quali, come è stato icasticamente detto, *finiscono per servire ben poco*¹; ad una soluzione equilibrata e corretta del caso soccorre spesso un'integrazione nel ragionamento giuridico di elementi fattuali, che si legano in modo non sempre facilmente districabile alla pura argomentazione teorica. «*Die Welt des Sollen auf der einen und die des Seins auf der anderen [sind] in der Praxis [...] beide aber oft miteinander vermischt*»², senza che tra le due dimensioni argomentative vi sia una linea di cesura chiaramente delineata.

Ciò si coglie, in particolare, quando il Giudice costituzionale spinge il proprio sindacato sino ai presupposti fattuali e alle conseguenze pratiche

¹ Così R. BIN, «*Al cuor non si comanda*». *Valori, regole, argomenti e il "caso" nella motivazione delle sentenze costituzionali*, cit., p. 327.

² Il mondo dell'essere – della realtà empirica – e quello del dover essere – delle norme giuridiche – sono spesso, nella pratica, difficilmente scindibili. Così N. PETERSEN, *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, cit., p. 454.

delle norme impugnate, nonché quando oggetto di valutazione sono la ragionevolezza e la proporzionalità di una misura legislativa considerando «le circostanze e le limitazioni concretamente sussistenti»³.

La recente riforma delle Norme Integrative (N.I.) pare preludere ad un ulteriore aumento del rilievo del fatto nel giudizio sulle leggi, dal momento che essa rende esplicita l'intenzione della Corte di avere nel proprio orizzonte di giudizio «informazioni attinenti a specifiche discipline»⁴ ed elementi, non necessariamente giuridici, «utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità»⁵.

La decisione di optare per un sindacato orientato alla fattualità sottostante le disposizioni impugnate non è, tuttavia, sempre indispensabile o, almeno, non è una scelta costantemente seguita. Questo è quanto si è potuto constatare tramite l'analisi della giurisprudenza in ambito medico-terapeutico, che qui si è assunta quale angolo di osservazione privilegiato. Essa ha permesso di rilevare come, soprattutto laddove il presupposto fattuale – che nei casi trattati era di natura scientifica – occupa uno spazio marginale nel ventaglio degli elementi che hanno guidato una determinata opzione legislativa, la decisione della Corte può essere presa anche senza che nell'argomentazione sia dato rilievo a quell'elemento. Lo stesso è a dirsi quando la questione di costituzionalità, pur innestandosi sullo sfondo di una questione scientificamente dubbia, sorge da un conflitto di competenze tra Stato e Regioni. In simili occasioni, non v'è neppure ragione perché la Corte ricorra ai poteri istruttori, indugiando nella ricerca di elementi che non sono indispensabili e dilatando inutilmente le tempistiche processuali.

Ponderare l'adeguatezza dei presupposti fattuali delle norme impugnate è un'esigenza sentita, invece, nelle ipotesi in cui la Corte deve pronunciarsi su di una certa scelta legislativa la cui *ratio* riposa precipuamente (se non esclusivamente) su determinate premesse di fatto o sulla valutazione di specifiche circostanze.

Come osservato in dottrina⁶, considerare i presupposti e le conseguenze

³ Sent. cost. n. 1130/1988.

⁴ Art. 14-*bis*, comma 1.

⁵ Art. 4-*ter*, comma 3.

⁶ L. MENGONI, *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, cit., pp. 1141-1159.

pratiche della legge nel sindacato di legittimità, in alcune evenienze «serve a integrare o a rafforzare la *ratio decidendi* desunta dal confronto del contenuto della legge impugnata con i parametri costituzionali»⁷. E, in altre, «fornisce [persino] il criterio per decidere la necessità o l'idoneità allo scopo di un limite inflitto a un diritto fondamentale della legge impugnata»⁸.

2. *La Corte e le sfide della complessità tecnico-scientifica: la necessità di individuare opportune forme di dialogo tra argomentazioni giuridiche e dati scientifici.*

Lo stile argomentativo della Corte risulta decisivo nell'orientarne l'atteggiamento nei confronti delle circostanze di fatto su cui si innesta una soluzione normativa, come avviene quando la Consulta sviluppa un ragionamento per principi e ragionevolezza. Questo modo di ragionare, spinto dallo sviluppo della razionalità scientifica nelle nostre società, stimola a considerare il contesto concreto che una norma giuridica astratta deve regolare, consentendo alla Corte di giungere a decisioni che tengano in considerazione in maniera più ampia i fattori che caratterizzano il caso sul quale è chiamata a decidere.

Per contro, questo modo d'interpretare il sindacato di costituzionalità rischia di risolversi, ultimamente, in un giudizio sul merito della ponderazione operata dal legislatore finendo, di conseguenza, col «*limitare la libertà della politica legislativa*»⁹. Il che porta ad accrescere l'anima politica della Corte la quale potrebbe essere ulteriormente accentuata proprio grazie alle recenti aperture all'interlocuzione con la società civile¹⁰.

⁷ *Ibidem*, p. 1156.

⁸ *Ibidem*, p. 1157.

⁹ Così A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, cit., p. 116.

¹⁰ Cfr. ad esempio, A. RUGGERI, *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, cit., *passim*. Si vedano altresì M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove Norme Integrative*, cit., p. 423 e A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, www.giurcost.org, 23 marzo 2020, p. 9: «un'eccessiva sproporzione nella capacità delle parti di "attrarre consenso" per le proprie posizioni, so-

Inoltre, l'attenzione della Corte costituzionale alla «sostanza delle cose»¹¹ solleva con rinnovato vigore il problema del metodo interpretativo scelto per conoscere la realtà, che condiziona inevitabilmente l'operato del collegio chiamato a risolvere la questione. È in questo alveo che si pone, nello specifico, la complessa tematica dell'utilizzo del metodo scientifico all'interno del processo costituzionale.

Dalla giurisprudenza costituzionale in ambito medico-terapeutico, pur con le sue vistose oscillazioni, traspare l'ampia considerazione che le affermazioni scientifiche possono trovare nel sindacato sulla legge: l'efficacia di un farmaco o di una terapia, l'idoneità di un trattamento ad essere considerato curativo, la pericolosità di una determinata pratica procreativa, la relazione tra la copertura vaccinale e lo sviluppo dell'immunità di gregge, e così via.

L'utilizzo di argomentazioni che fuoriescono dalla sfera giuridica insieme ad un linguaggio dalle pari caratteristiche sollevano questioni cruciali quanto al metodo con cui la Corte può integrare nel proprio ragionamento giuridico conoscenze e acquisizioni di caratura tecnico-scientifica. È possibile affinare la razionalità giuridica per adeguarla alla razionalità del dato scientifico¹²? Come farlo evitando che, dinanzi alla complessità, prevalga l'interpretazione soggettiva del giudicante sul dato reale? La distanza tra l'approccio giuridico e quello delle scienze dure è significativa per

prattutto ove vengano in considerazione temi socialmente controversi, potrebbe [...] acuire il rischio di una politicizzazione del giudizio di legittimità costituzionale».

¹¹ Così sent. cost. n. 141/2019.

¹² L'interrogativo può essere letto quale specificazione del più ampio quesito sulla necessità di una "svolta empirica" della scienza giuridica, rispetto al quale si rimanda a N. PETERSEN, *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, cit., p. 435 ss. L'Autore ivi afferma che la "svolta empirica" di cui necessita la scienza giuridica non implica un *Paradigmenwechsels*, ossia un cambiamento di paradigma. È giusto che la scienza normativa utilizzi strumenti giuridici, progettati per scopi diversi da quelli utilizzati dalle scienze empiriche. Del resto, gli avvocati e i giuristi non possono contemporaneamente essere esperti di diritto ed eccellenti lettori di statistiche o teorie sperimentali. Questo non esclude, tuttavia, che la *Rechtswissenschaft* abbia bisogno di scienziati, i quali siano in grado di svolgere una funzione di ponte tra il mondo del diritto e quello della scienza e che siano in grado di tradurre all'uno il linguaggio dell'altro. Inoltre, in una prospettiva di lungo periodo, non sarebbe svantaggioso se la formazione dei giuristi offrisse loro una piccola bussola per orientarsi lungo la strada delle questioni empiriche che emergono nella prassi del mondo giuridico.

due ordini di motivazioni: in primo luogo, il ricorso a paradigmi scientifici nell'argomentazione giuridica è reso complesso dalla circostanza che la scienza ontologicamente contrappone alla pretesa ricerca di certezza del diritto il suo procedere per ipotesi approssimative e mutevoli; in secondo luogo, anche superato lo scoglio del raggiungimento di quelle "micro-verità" che, in un preciso momento storico, la scienza è in grado di offrire, resta aperto il problema di distinguere tra proposizioni descrittive – leggi e dati empirici che la scienza permette di conoscere – e proposizioni prescrittive – ciò che il diritto sceglie come opzione preferibile¹³. Non può dimenticarsi, infatti, l'ammonimento insito nella legge di Hume, secondo cui dall'essere non si può ricavare automaticamente il dover essere¹⁴.

Ma, allora, quali sono i possibili correttivi atti ad evitare che, nello specifico contesto del sindacato di costituzionalità, l'ascolto della voce della scienza, anziché condurre a decisioni più consapevoli dei dati di realtà, porti a soluzioni arbitrarie o, ancor peggio, offra argomenti ammantati di scientificità per sostenere retoricamente verdetti assunti su altre basi?

3. *Il ricorso ad un sindacato estrinseco di ragionevolezza scientifica come via per sottrarre la Corte dall'onere di svolgere valutazioni tecnico-scientifiche.*

Il Giudice costituzionale, diversamente da altri giuristi che si debbono misurare con i saperi scientifici (il legislatore, il pubblico amministratore, il magistrato), può sottrarsi al confronto diretto con le valutazioni scientifiche, limitandosi a sindacare i metodi dell'intervento legislativo e a verificare che il legislatore abbia seguito processi decisionali improntati al dialogo con le competenti autorità scientifiche. Di questo *modus operandi*, che abbiamo definito come controllo estrinseco di ragionevolezza scientifica, la Corte costituzionale si è avvantaggiata in più occasioni. Sia suffi-

¹³ Similmente M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, cit., p. 3: «In generale, il ruolo dei fatti esprime la tensione tra *Sein* e *Sollen*; in sede teorica, offre perciò un punto d'osservazione privilegiato circa la soglia oltre la quale il fatto si traduce nel diritto, l'«essere» diventa «dover essere»».

¹⁴ Ci si riferisce al c.d. *Is-ought problem* (cfr. D. HUME, *Trattato sulla natura umana (1739-40)*, in ID., *Opere Filosofiche*, I, Roma-Bari, 1987, p. 496 ss.).

ciente ricordare, tra tutti, il caso della celebre sent. cost. n. 282/2002, in materia di terapie elettroconvulsivanti.

Seguendo questo approccio, quando la Corte giudica disposizioni che presuppongono dati ed elementi acquisibili con l'impiego di metodi scientifici di analisi, il punto non è trovare la modalità con cui è bene che si istruisca la Corte, ma valutare il modo attraverso il quale si è istruito il legislatore. Se la procedura seguita da quest'ultimo appare completa e scrupolosa, la Corte può ritenere scientificamente ragionevole la valutazione a cui egli è pervenuto all'esito dell'*iter legis*. Ne consegue che ad un alto grado di accuratezza dei metodi dell'intervento legislativo in materie di caratura scientifica corrisponde un potere di controllo giudiziario più deferente e meno pervasivo.

Un modello di tal genere sembra particolarmente adeguato per il giudizio su leggi che coinvolgono questioni scientifiche controverse, ossia «casi di incertezza scientifica o di alta complessità tecnologica»¹⁵, al cui riguardo «vigono nella comunità scientifica incertezze o divergenze di opinioni»¹⁶ significative. In simili ipotesi è auspicabile che il *pondus* del dato scientifico nella valutazione delle leggi subisca un deciso ridimensionamento: «è a questo livello infatti che si evidenzia per il giurista che una visione meramente oggettiva, ineluttabile e apodittica della scienza e della tecnica sia da considerarsi quanto meno parziale»¹⁷. Pertanto, il ricorso ad un sindacato estrinseco evita che si creino sovrapposizioni tra pretese evidenze scientifiche e valutazioni politiche o valoriali.

4. *Quando la via del sindacato intrinseco di ragionevolezza scientifica richiede il dispiego di strumenti istruttori formali, in ottica collaborativa.*

Tutt'altra ipotesi è quella in cui la Corte opti per una valutazione nel merito (o intrinseca) dell'adeguatezza scientifica delle norme impugnate, attingendo gli elementi per valutare l'esattezza dei presupposti il fonda-

¹⁵ Cfr. L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse*, cit., p. 8.

¹⁶ *Ibidem*, p. 13.

¹⁷ *Ibidem*, p. 10.

mento delle leggi, direttamente dalle specifiche materie e attraverso il metodo caratteristico di ciascuna disciplina.

In questa evenienza, occorre anzitutto chiarire che ad una diversa complessità e pacificità del dato utile al giudizio della Corte, deve corrispondere un diverso rigore nell'attività istruttoria.

Seppur non rappresentano la maggioranza dei casi, esistono acquisizioni scientifiche, anche proprie dell'arte medica, caratterizzate da un basso gradiente di complessità, le quali possono considerarsi notorie (si pensi all'effetto teratogeno del talidomide a cui si riferisce la sent. cost. n. 55/2019, acclarato da decenni). Il ricorso a questo genere di cognizioni non richiede, neppure nel caso in cui esse fondino un giudizio di irragionevolezza scientifica delle norme sottoposte all'esame della Corte, l'impiego di particolari canali istruttori, essendo sufficienti le conoscenze di cui l'uomo medio è portatore. Inoltre, l'attenzione della Consulta a che le scelte del legislatore non ignorino consolidate acquisizioni scientifiche costituisce un'importante garanzia avverso disposizioni che – talora incidendo su interessi e prerogative fondamentali dell'individuo – siano arbitrarie e palesemente prive di ancoraggio alla realtà.

Il discorso muta se il tipo di conoscenza o le informazioni utili al Giudice delle leggi, oltre ad essere dirimenti nella soluzione del caso, non possano dirsi notorie. Si renderà qui necessario che la Corte dispieghi i propri poteri istruttori formali, non condividendosi la prassi consolidatasi negli anni di riferire in sentenza opinioni e affermazioni assunte per vie informali o attingendo alla scienza privata del giudice.

Per una proficua realizzazione dell'istruttoria costituzionale in ambiti caratterizzati da complessità scientifica sarebbe auspicabile che, preliminarmente, le parti prendessero l'uso di indicare all'interno delle proprie allegazioni quelle acquisizioni dello sviluppo tecnico-scientifico che si presumono rilevanti per la decisione¹⁸.

In questo modo, pur rimanendo prerogativa della Corte la decisione sull'attivazione del potere istruttorio, le parti possono segnalare l'esigenza di approfondire la conoscenza di una certa circostanza o di un certo presupposto scientifico nonché facilitare i giudici nell'individuazione gli even-

¹⁸ In questo senso cfr. M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 12.

tuali quesiti da rivolgere ai soggetti chiamati, tramite ordinanza o convocazione in camera di consiglio, ad offrire il proprio apporto conoscitivo.

Il contributo così offerto dalle parti, senza che si esca dal solco del paradigma inquisitorio, consentirebbe all'istruttoria costituzionale di avvicinarsi ad un modello «strutturalmente collaborativo»¹⁹ o con «fase istruttoria a gestione integrata»²⁰, più rispondente al principio del contraddittorio di cui all'art. 111 Cost.

Un ruolo collaborativo potrebbe, inoltre, essere giocato dagli *amici curiae* che potranno costituire un ulteriore canale per acquisire conoscenze, anche di natura scientifica. Tuttavia, prendendo a maestra l'esperienza della Corte Suprema degli Stati Uniti, per evitare che le allegazioni amicali diventino dei surrogati dell'istruttoria formale, si suggerisce che, come per le parti, il loro ruolo sia quello di portare all'attenzione della Corte elementi, i quali, solo se ritenuti dirimenti, saranno oggetto di successiva indagine conoscitiva.

L'integrazione tra Corte e parti può, da ultimo, trovare espressione nell'ambito dell'istituto introdotto dall'art. 14-*bis* delle N.I.: l'audizione di esperti di chiara fama in camera di consiglio. In questa sede, oltre a potersi confutare o chiarire anche gli elementi eventualmente presentati da *amici curiae* e parti processuali, vi è la possibilità per queste ultime di assistere alla testimonianza degli esperti e di rivolgere loro, a propria volta, dei quesiti.

5. *I nodi irrisolti dell'istruttoria scientifica e alcuni possibili correttivi.*

L'irrompere della figura dell'esperto di chiara fama sulla scena del giudizio di costituzionalità può concorrere ad acuire le problematiche da sempre sottese all'impiego dei poteri istruttori, soprattutto in ambito scientifico. Ci si riferisce, nello specifico, alla difficoltà nell'individuazione degli interlocutori più adeguati²¹ e alla possibilità che le risultanze

¹⁹ G.A. FERRO, *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, cit., p. 76.

²⁰ *Ibidem*, p. 76.

²¹ Cfr. M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, cit., p. 11.

istruttorie vincolino eccessivamente la Corte²².

In relazione al primo aspetto, a pochi mesi dell'entrata in vigore del nuovo istituto, è stato da più parti rilevato come uno dei suoi principali limiti sia quello di non prevedere il coinvolgimento delle parti nella selezione degli esperti²³. La mancanza di cooperazione in questa fase potrebbe però essere compensata dall'enucleazione da parte della Corte di predeterminati criteri astratti che la guidino nella scelta. Può trattarsi di condizioni generiche, come la richiesta dell'esistenza di un nesso tra il bagaglio conoscitivo di cui l'esperto è portatore e il caso da giudicare, o la necessità che si tratti di un soggetto terzo e imparziale. Oppure, possono essere elaborate indicazioni più specifiche, volte a chiarire il concetto di "chiara fama": ad esempio, richiedendo che gli esperti convocati in relazione ad un certo tema vantino pubblicazioni scientifiche sull'argomento. In entrambi i casi, perché sia assicurata maggiore trasparenza sui criteri di selezione, occorrerebbe prevedere uno specifico regime di pubblicità per l'ordinanza di convocazione, nella quale sarebbe bene che venissero esplicitate le ragioni per cui, nel caso concreto, la Corte ha convocato un certo soggetto.

Venendo al rischio di vincolare il giudice all'*ipse dixit* dell'esperto, è chiaro come il fatto che la Corte si avvantaggi del parere degli scienziati possa aprire allo scenario di una delega alla scienza della responsabilità della decisione²⁴. Se l'assenza di istruttorie in ambito scientifico, verificatasi fino ai giorni nostri, ha offerto il fianco a critiche circa l'autoreferenzialità della Corte, la prospettiva che in futuro la Consulta dia luogo a

²² Cfr. a riguardo N. ZANON, *La Corte, i poteri istruttori e la dottrina*, cit., p. 16.

²³ Cfr., ad esempio, A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, cit., p. 9 e A. IANNUZZI, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, cit., *passim*.

²⁴ In argomento cfr. le riflessioni conclusive di C. RAGNI, *Scienza, diritto e giustizia internazionale*, Milano, 2020.

Rispetto al rischio di deferenza verso la scienza mette in guardia anche M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove Norme Integrative*, cit., pp. 415-416. L'Autore chiarisce che «agli scienziati si devono chiedere gli elementi *per* decidere, ma non si può chiedere *di* decidere». Dunque, una cosa è «criticare una sentenza perché non "tiene conto del punto di vista degli scienziati" [...] altra criticarla perché non recepisce interamente quel punto di vista» (nota 68).

istruttorie scientifiche strutturate chiama in gioco l'opposto rischio dell'eccessiva deferenza.

Dinanzi a questa prospettiva emerge, anzitutto, l'esigenza che la Corte elabori dei propri criteri di validazione delle opinioni scientifiche poste alla sua attenzione, che le consentano di decidere fino a che punto attribuire rilevanza alle tesi e alle interpretazioni offerte dagli esperti. È questo il principale suggerimento offerto della giurisprudenza statunitense in tema di *expert testimony* e, in particolare, dalla sentenza *Daubert* della Corte Suprema.

Da ultimo, è opportuno che la Corte resista alla tentazione di dare predominanza alle valutazioni scientifiche (anche acquisite con serietà e trasparenza) nel sindacato sulle leggi, sottraendo terreno a valutazioni etico-politiche di competenza del legislatore, le quali possono basarsi tanto su argomentazioni razionali e utilitaristiche quanto su principi e valori.

Il modo d'intendere il rapporto tra scienza, da un lato, e diritto, dall'altro, può essere infatti variamente configurato: «un primo modo, [...] tende a considerare lecito tutto ciò che è possibile (es. clonazione o qualsiasi nuova frontiera raggiunta dalla scienza e dalla tecnologia), un secondo, invece, ritiene che la scienza debba sottostare a valutazioni extrascientifiche»²⁵. Il che può anche significare che il legislatore ponga in essere scelte limitative della scienza e delle potenzialità di cui essa è capace, in nome di valutazioni di diversa natura. Di questo spazio di discrezionalità legislativa, la Corte non può non tenere considerazione e, proprio come la legge di Hume vieta il salto logico tra proposizioni indicanti l'essere dei fatti (l'essere, *is*, *Sein*) e il dover essere delle proposizioni indicanti valori (il dover essere, *ought*, *Sollen*), così è opportuno che il Giudice delle leggi si astenga dal compiere commistioni tra ciò che è scientificamente discutibile e ciò che è costituzionalmente illegittimo.

²⁵ L. VIOLINI, *I problemi pratici della laicità*, relazione presentata al Convegno Annuale della "Associazione Italiana dei Costituzionalisti", Napoli, 26-27 ottobre 2007, p. 3.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988.
- AINIS M., *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 4/2010.
- ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Francoforte, 1984.
- ANDERSON H.A., *Frenemies of the Court: the Many Faces of Amicus Curiae*, in *WU Law Digital Commons*, 2015, p. 361 ss.
- ANGIOLINI V. (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998.
- ANCHETA A.N., *Scientific Evidence and Equal Protection of the Law*, Piscataway, 2006.
- ANZON A., *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul “caso Di Bella”*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1528 ss.
- ARCONZO G., *Il decreto legge “ad Ilvam” approda alla Corte Costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2013, p. 34.
- ARONSON J.D., *Brain imaging, culpability and the juvenile death penalty*, in *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 13(2), maggio 2007, p. 115 ss.
- BALDASSARRE A., *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1497 ss.
- BALDASSARRE A., *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in P. COSTANZO (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996.
- BANNER S., *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and their Friends, 1790-1890*, in *20 Constitutional Commentary*, 2003, p. 111 ss.
- BARAGGIA A., *La regolamentazione dell'aborto negli Stati Uniti e in Irlanda: due esperienze paradigmatiche*, Torino, 2018.
- BARBARESCHI S., *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Riv. AIC*, n. 2/2020, p. 373 ss.

- BARBISAN B., *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Riv. AIC*, n. 4/2019, p. 107 ss.
- BARTOLE S., *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 575 ss.
- BASEDOW J., *Comparative law and its clients*, in *Max Planck Private Law Research Paper*, n. 14/2, 2014.
- BENELLI F., *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI, *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, p. 125 ss.
- BERGER E., *Gross Error*, in *Washington Law Review*, n. 3/2016, p. 929 ss.
- BERNSTEIN D.E., *Lochner v. New York: a centennial retrospective*, in *Washington University Law Quarterly*, 2005, p. 1487 ss.
- BENVENUTI L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.
- BIANCHI P., *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4750 ss.
- BIANCONI G., *La via d'uscita dalla crisi è nella Carta. Intervista alla Presidente della Corte costituzionale, Marta Cartabia*, in *Corriere della Sera*, 29 aprile 2020.
- BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988.
- BIN R., «*Al cuor non si comanda*». *Valori, regole, argomenti e il "caso" nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 323 ss.
- BIN R., *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 215 ss.
- BINDI E., *La garanzia della Costituzione. Chi custodisce il custode?*, Torino, 2010.
- BINDI E., *Test di ragionevolezza e tecniche decisorie della Corte costituzionale (a margine della dichiarazione d'incostituzionalità della legislazione elettorale)*, in *Ianus*, n. 10/2014, p. 9 ss.
- BOGDANDY A.V., DELLA VALLE S., *Paradigmi dell'ordine*, Torino, 2010.
- BOGNETTI G., *Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte suprema americana*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1994, p. 43 ss.
- BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano. La costituzione democratica*, Torino, 2000.
- BOGNETTI G., *Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Padova, 2002, p. 5 ss.
- BREYER S., *The Interdependence of Science and Law*, in *Judicature*, n. 1/1998, p. 24 ss.

- BREYER S., *Science in Court*, in *The Washington Post*, 19 febbraio 1998.
- BRUNELLI G., PUGIOTTO A., *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del “fatto” nelle decisioni della Corte*, in *Annali dell’Università di Ferrara*, 1995, p. 185 ss.
- BRUTI LIBERATI E. (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell’amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici. Riflessioni a margine del caso Di Bella*, Milano, 2003.
- BUOSO E., FRAENKEL-HABERLE C., *La Germania alla prova del coronavirus tra Stato di diritto e misure emergenziali*, in *Federalismi.it*, n. 20/2020, p. 75 ss.
- CALIFANO L., *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Torino, 2003.
- CAMERLENGO Q., *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 5/2002, p. 685 ss.
- CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2003, p. 1193 ss.
- CAPOGRASSI G., *Opere*, Milano, 1959.
- CASSETTI L., *Quanto contano la conoscenza e l’accertamento dei “fatti” per la Corte costituzionale? Aspetti problematici del giudizio di ragionevolezza nel sindacato sulle leggi in via principale*, in B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, 2012.
- CARLASSARE L., *“Astrattezza” e “concretezza” in un giudizio principale su indirizzo e coordinamento*, in *Giur. cost.*, 1989, p. 1109 ss.
- CARROZZA P., *Il processo costituzionale come processo*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Milano, 1991, p. 70.
- CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007.
- CARTABIA M. (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011.
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, intervento alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 in *www.cortecostituzionale.it*.
- CARTABIA M., *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2014, p. 49 ss.
- CARTABIA M., *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell’intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2017, p. 9 ss.
- CARTABIA M., *Consulta e crisi: bilanciamento tra persone, risorse e comunità*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 novembre 2019.

- CASONATO C., *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali*, 17 giugno 2014.
- CASONATO C., *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2014, p. 179 ss.
- CASONATO C., *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in L. CHIEFFI (a cura di), *La medicina nei tribunali*, Bari, 2016, p. 25 ss.
- CASSESE S., *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Milano, 2015.
- CASSESE S., *Pensioni, le strade possibili della Corte costituzionale*, in *Il Corriere della Sera*, 12 maggio 2015.
- CATALANO S., *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*, in *Riv. AIC*, 2 luglio 2010.
- CATELANI E., *Il ruolo del giudice a quo e dell'ordinanza di rimessione nella determinazione del contraddittorio nel giudizio incidentale*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998, p. 115 ss.
- CECCHETTI M., *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000.
- CELOTTO A., *C'è sempre una prima volta ... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)*, in *Cass. pen.*, n. 10/2007.
- CERRI A., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, I, p. 1335.
- CERRI A., *Azione, difesa, partecipazione nel giudizio incidentale*, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, p. 257 ss.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Padova, 2004.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012.
- CERRINA FERONI G., *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino, 2002.
- CHELI E., *Sulla correzione di errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, p. 303 ss.
- CHELI E., *Scienza, tecnica e diritto: dal modello costituzionale agli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 1/2017.
- CHIAVARIO M., *Ordinanze interlocutorie della Corte costituzionale nei giudizi di legittimità promossi in via incidentale*, in AA.VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, p. 215.
- CIARLO P., *Intervento*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del Diritto Costituzionale*, Padova, 1997, p. 118 ss.
- CLEMENTI F., *Amici Curiae? A proposito delle recenti "Modificazioni alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"*, in *Il Mulino*, 9 marzo 2020.

- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.
- COLLINS P.M. jr., *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, 2008.
- COMANDÈ G., PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004.
- COMAZZETTO G., *Fictio litis e azioni di accertamento del diritto costituzionale di voto dopo la sentenza 35/2017*, in *Forum Quad. cost.*, 21 giugno 2017.
- CONTE M., *Conseguenze dell'intervento della Corte costituzionale sul c.d. "caso di Bella": come salvare capra e cavoli*, in *Dir. fam. e pers.*, n. 4/1998, p. 1524 ss.
- CONTI C., *Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il "discorso sul metodo"*, in *Dir. e proc. pen.*, n. 6/2019, p. 848 ss.
- CONTI G.L., *L'interesse al processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 2000.
- CONTI R., *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in *Giustiziainsieme.it*, 27 gennaio 2019.
- CONTI R., *La Corte costituzionale aperta alla società civile. Intervista a Valerio Onida e Vladimiro Zagrebelsky*, in *Giustiziainsieme.it*, 4 aprile 2020.
- CORBELLINI G., *Scienza, quindi democrazia*, Torino, 2011.
- COSSIRI A., *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 772 ss.
- COSTANZO P. (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996.
- COSTANZO P., *Codice di giustizia costituzionale*, Torino, 2012.
- COSTANZO P., *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta Online*, n. 1/2019, p. 120 ss.
- D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005.
- D'ALOIA A., *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio Gianfranco Mor sul diritto regionale*, Milano, 2009, p. 14 ss.
- D'ALOIA A., *L'(ex) 40*, in *Confronti costituzionali (www.confronticostituzionali.eu)*, 23 giugno 2015.
- D'AMICO G., *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. MALFATTI, R.

- ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002.
- D'AMICO G., "Caso" e "fatti" nella complessiva connotazione della questione di legittimità costituzionale, in AA.VV., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, p. 400 ss.
- D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008.
- D'AMICO G., *Il volto compassionevole del diritto e la dura scientia. A proposito del "metodo Stamina"*, in *Quad. cost.*, n. 2/2013, p. 420 ss.
- D'AMICO G., *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Forum Quad. cost.*, 1 febbraio 2015.
- D'AMICO G., "Funziona! Non vi basta?". A proposito delle conclusioni dell'indagine conoscitiva del Senato della Repubblica sul c.d. caso Stamina, in *Biolaw Journal*, n. 1/2016, p. 297 ss.
- D'AMICO M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991.
- D'AMICO M., *Le zone d'ombra nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, p. 217 ss.
- D'AMICO M., *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2014.
- D'AMICO M., *Le questioni "eticamente sensibili" fra scienza, giudici e legislatore*, in *Forum di Quad. cost.*, 5 novembre 2015.
- D'AMICO M., *Riuscirà la Corte costituzionale a trovare una strada coerente per conoscere i costi delle sue decisioni e modularne gli effetti anche nel tempo?*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, p. 686 ss.
- D'AMICO M., *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *Biolaw Journal*, n. 2/2016, p. 171 ss.
- D'AMICO M., *Scienza e diritto nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, p. 718 ss.
- D'AMICO M., *Le incertezze dell'istruttoria nel giudizio costituzionale*, in *Dir. e Soc.*, n. 3/2019, p. 321 ss.
- D'AMICO M., BIONDI F. (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018.
- D'AMICO M., LIBERALI B., *Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012.
- D'ANDREA P.I., *Diritto, tecnica, economia: brevi note su alcune recenti tendenze della legislazione in materia di tutela della salute e ricerca scientifica*, in *Forum Quad. cost.*, 10 ottobre 2013.

- D'ATENA A., *La Consulta parla... e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2002, p. 2028 ss.
- DAL CANTO F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, p. 145 ss.
- DAVIS K.C., *An approach to problems of evidence in the administrative process*, in *Harvard Law Review*, 1942, p. 402 ss.
- DAVIS K.C., *Judicial Notice*, in *Columbia Law Review*, n. 55/1955.
- DAVIS K.C., *Judicial, legislative, and administrative lawmaking: a proposed research service for the Supreme Court*, in *Minnesota Law Review*, 1986, p. 1 ss.
- DEL CORONA L., *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Osservatorio cost.*, n. 2/2020, p. 227 ss.
- DEMURO G., *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, 2003.
- DEMURO G., *La ricerca scientifica e il diritto alla salute*, in *Riv. AIC*, n. 4/2013, 6 dicembre 2013.
- DE LEONARDIS F., *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano, 2005.
- DEWEY J., *The Public and its Problems*, New York, 1927.
- DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010.
- DI COSIMO G., *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 25/2006.
- DI COSTANZO C., SIMONCINI A., *Il contributo della Corte costituzionale allo sviluppo del biodiritto*, in *Biolaw Journal*, Special Issue n. 2/2019, p. 205 ss.
- DI GENIO G., *Il primato della scienza sul diritto (ma non sui diritti) nella fecondazione assistita*, in *Forum Quad. cost.*, 20 maggio 2009.
- DOLSO G.P., *Prospettive inedite sui poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2017, p. 225 ss.
- DOLSO G.P., *Ancora un tassello nella elaborazione giurisprudenziale del processo costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 1 marzo 2020.
- DORO M.E., *The Brandeis Brief*, in *Vanderbilt Law Review*, n. 11/1958, p. 784 ss.
- DOTHAN S., *The optimal use of comparative law*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, n. 1/2014, p. 21 ss.
- ELLIOT D., *The Evolutionary Tradition in Jurisprudence*, in *Columbia Law Review*, 1985, p. 38 ss.
- ENNIS B.J., *Effective Amicus Briefs*, in *Catholic University Law Review*, n. 3/1984, p. 603 ss.

ERIKSON R.J., SIMON R.J., *The Use of Social Science Data in Supreme Court Decisions*, Urbana, 1998.

EYAL G., *The Crisis of Expertise*, Medford, 2019.

FAIGMAN D.L., *Normative Constitutional Fact-Finding: Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 3/1991, p. 541.

FAIGMAN D.L., *Laboratory of Justice. The Supreme Court's 200-Year Struggle to Integrate Science and the Law*, New York, 2004.

FAIGMAN D.L., *Constitutional fictions: a unified theory of constitutional fact-finding: exploring the empirical component of constitutional facts*, New York, 2008.

FALLON R.H., *Scholars' Briefs and the Vocation of a Law Professor*, in *Journal of Legal Analysis*, n. 1/2012, p. 223 ss.

FERRARI G.F., *Biotechnologie e diritto costituzionale*, in R. FERRARA, I.M. MARINO (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dell'ambiente*, Padova, 2003.

FERRO G.A., *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012.

FIANDACA G., *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche*, in *Dir. e proc. pen.*, in www.dirittoequestionipubbliche.org.

FIERRO M., *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, contributo per il Quaderno predisposto in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 25-26 ottobre 2013 in www.cortecostituzionale.it.

FINOCCHIARO S., *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *SistemaPenale.it*, 23 gennaio 2020.

FORNERO G., voce "Scienza", in N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino, 2006, p. 961 ss.

FRACANZANI M., *Adolfo Ravà fra tecnica del diritto ed etica dello Stato*, 1998.

FRANCESCHELLI V., *Convergenza. La «convergenza» nelle telecomunicazioni e il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Milano, 2009.

GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, n. 6/2019, p. 903 ss.

GALETTA D.U., *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020.

- GIANNINI M.S., *L'illegittimità degli atti e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, p. 39 ss.
- GIANNINI M.S., *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 904 ss.
- GOLAN T., *Laws of Men and Laws of Nature: The History of Scientific Expert*, Harvard, 2004.
- GOLIA A.J., *L'equilibrio di bilancio e le sue corti: considerazioni su legittimazione della Corte dei conti e giudizio incidentale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2019, p. 901 ss.
- GOROD B., *The Adversarial Myth: Appellate Court Extra-Record Factfinding*, in *Duke Law Journal*, n. 1/2011, p. 1 ss.
- GRABENWATER C., KRAUSKOPF B., *Sh and others v. Austria: a larger margin of appreciation in complex field of law*, in *Quad. cost.*, n. 1/2012, p. 155 ss.
- GRASSI S., GRAGNANI A., *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino, 2003, p. 149 ss.
- GRISOLIA M.C., *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020.
- GROPPI T., *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in P. COSTANZO (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, p. 269 ss.
- GROPPI T., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997.
- GROPPI T., *Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2798 ss.
- GROPPI T., *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998, p. 151 ss.
- GROPPI T., *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, p. 371 ss.
- GROPPI T., *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *LaVoce.info*, 17 gennaio 2020.
- GROS M., SERGES G., *Il principio di precauzione dinanzi al giudice amministrativo francese*, in *Dir. e Soc.*, n. 4/2013, pp. 709-758 ss.
- GUELLA F., *Omesso rispetto del principio pattizio ed effettività del sindacato costituzionale: la neutralità della riforma fiscale tra poteri istruttori della Corte e modulazione nel tempo degli effetti di annullamento della legge*, in *Le Regioni*, n. 1-2/2017, p. 193 ss.

- HÄBERLE P., *Diritto e verità*, Torino, 2000.
- HABERMAS J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2013.
- HELLAND E., *The Role of Ideology in Judicial Evaluations of Experts*, in *The Journal of Law and Economics*, n. 4/2019, p. 579 ss.
- HUBER P.W., *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, New York, 1991.
- IANNUZZI A., *Sull'apparente irrilevanza della tecnica nella giurisprudenza costituzionale più recente*, in *Studi parlamentarie di politica costituzionale*, n. 173-174/2011, p. 33 ss.
- IANNUZZI A. (a cura di), *La ricerca scientifica tra possibilità e limiti*, Napoli, 2015.
- IANNUZZI A., *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.
- IANNUZZI A., *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio cost.*, n. 2/2020, p. 13 ss.
- IBRIDO R., *L'argomento sociologico nella giurisprudenza costituzionale in materia di orientamento sessuale. Esperienze e casi*, in *GenIUS*, n. 2/2015, p. 58 ss.
- IRTI N., SEVERINI E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.
- JASANOFF S., *Science at the Bar: Law, Science and Technology in America*, Cambridge, 1995.
- JASANOFF S., *Constitutional moments in governing science and technology*, in *Science and Engineering Ethics*, 2011, p. 621 ss.
- KAYE D.H., *Is proof of statistical significance significant?*, in *Washington Law Review*, 1986, p. 1333.
- KELSEN H., *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981.
- KRISLOV S., *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, 1963, p. 694 ss.
- KOMMERS D., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, 1997.
- KOWALSKI M., *International Refugee Law and Judicial Dialogue from the Polish Perspective*, in A. WYROZUMSKA (a cura di), *Transnational Judicial Dialogue on International Law in Central and Eastern Europe*, Łódź, 2017, p. 365 ss.
- KURLAND P.B., CASPER G. (a cura di), *Brief for defendant in error, Muller v. Oregon*, in ID., *Landmark brief and arguments of the Supreme Court of the United States constitutional law*, Washington DC, 16/1975.

- LA MONACA G., *Il diritto costituzionale alla salute tra norme giuridiche e pratica clinica. La giurisprudenza costituzionale recente: nuove forme di valorizzazione della prassi e della deontologia mediche*, in *Dir. fam. e pers.*, n. 2/2011, p. 974 ss.
- LARSEN A.O., *The trouble with Amicus Facts*, in *Virginia Law Review*, vol. 100, 2014, p. 1757 ss.
- LARSEN A.O., DEVINS N., *The Amicus Machine*, in *Virginia Law Review Association*, 2016, p. 1901.
- LA TORRE M., SPADARO A. (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002.
- LAMARQUE E., *Chi sono gli assistenti di studio dei giudici costituzionali*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1065 ss.
- LAVAGNA C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di C. Esposito*, Padova, 1973, p. 1578 ss.
- LECIS A.M., *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritticomparati.it*, 23 gennaio 2020.
- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 ss.
- LEITER B., *In Praise of Realism (and against "Nonsense" Jurisprudence)*, in *Georgetown Law Journal*, vol. 110, 2012 p. 865 ss.
- LEONE S., *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, p. 223 ss.
- LIBERALI B., *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della grande camera resa contro l'Austria*, in *Riv. AIC*, n. 1/2012.
- LIBERALI B., *Dignità umana e libertà sessuale nella prostituzione libera e consapevole: interpretazione evolutiva o anacronismo legislativo?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 3/2019, p. 1670 ss.
- LIBERALI B., *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *Biolaw Journal*, n. 3/2019, p. 115 ss.
- LIETO S., *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli, 2018.
- LIETO S., PASQUINO P., *Metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, p. 351 ss.
- LOMBARDO L., *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1083 ss.

- LONGO E., PIN A., *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità "in concreto" o realistico?*, in *Forum Quad. cost.*, 24 aprile 2015.
- LONGO E., PIN A., *Dalla 10 alla 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diventa imprevedibile*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, p. 697 ss.
- LUCIANI M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Roma, 1984.
- LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. cost.*, 1987, p. 1045 ss.
- LUCIANI M., *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, p. 391 ss.
- LUCIANI M., *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, www.giurcost.org, 11 aprile 2020.
- LUCIANI M., *L'incognita delle nuove Norme Integrative*, in *Riv. AIC*, n. 2/2020, p. 402 ss.
- LUTHER J., *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in *Dir. e Soc.*, 1993, p. 307 ss.
- LUTHER J., *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. it., disc. pubb.*, XII, Torino, 1997, p. 353 ss.
- LUTHER J., *Ragionevolezza e dignità umana*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Tomo II, Roma, 2007, p. 185.
- MALFATTI E., *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta Online*, n. 2/2015, p. 533 ss.
- MALFATTI E., *Giurisprudenza costituzionale e "questioni tecniche": i poteri istruttori della Corte costituzionale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, www.giurcost.com, 27 gennaio 2020.
- MANGIA A., *Tutela della salute e valutazioni tecniche: un limite al regionalismo? Discrezionalità legislativa e valutazioni tecniche*, in L. VIOLINI (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare. Incontro di studio Gianfranco Mor sul diritto regionale*, Milano, 2009, p. 51 ss.
- MARAZZINI C., MASTROMARINO A., RUGGERI A., *La lingua della Costituzione, la lingua nella Costituzione*, Napoli, 2018.
- MARCENÒ V., *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, p. 393 ss.
- MARGOLIS E., *Beyond Brandeis: Exploring the Uses of Non-Legal Materials in Appellate Briefs*, in *University of San Francisco Law Review*, vol. 34, 2000, p. 197 ss.

- MARRA R., *Max Weber: razionalità formale e razionalità materiale del diritto*, in *Soc. dir.*, n. 2/3, 2015, p. 43 ss.
- MASERA L., *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale: gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007.
- MASIERI C.M., *Linee guida e responsabilità civile del medico. Dall'esperienza americana alla legge Gelli-Bianco*, Milano, 2019.
- MASSA M., *I poteri cautelari nei conflitti di attribuzione*, in *Quad. cost.*, n. 2/2002, p. 255 ss.
- MENGONI L., *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in AA.VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Venezia, 1996, p. 1141 ss.
- MENGONI L., *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, p. 1 ss.
- MESSMER H., *Haschischverbot und Gleichbehandlung*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 3/1970, p. 80 ss.
- MEZZANOTTE C., *Irrilevanza e infondatezza per ragioni formali*, in *Giur. cost.*, n. 1/1977, p. 230 ss.
- MEZZANOTTE C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984.
- MIGNEMI G., *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1995, p. 167 ss.
- MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009.
- MOHAN S.C., *The Amicus Curiae: Friends No More?*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2010, p. 352 ss.
- MONACO G., *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 2016.
- MORANA D., *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3/2002, p. 2030 ss.
- MORRONE A., *Corte costituzionale e ragionevolezza*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Tomo II, Roma, 2007, p. 239 ss.
- MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014.
- MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum Quad. cost.*, 11 giugno 2014.
- MORRONE A., *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015.
- MORRONE A., *Le conseguenze finanziarie della giustizia costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, p. 575 ss.

- NARDOCCI C., *Caso "Stamina": la Corte rimette ordine tra scienza e diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, p. 160 ss.
- ONIDA V., *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in *Riv. AIC*, n. 3/2013.
- PALADIN L., *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Atti del seminario*, svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Milano, 1994, p. 163 ss.
- PARIS D., *La disciplina del prelievo e dell'uso del cordone ombelicale al vaglio del Conseil constitutionnel. Brevi osservazioni a margine della décision n. 2012-249 QPC*, in *Riv. AIC*, n. 3/2012.
- PARIS D., *L'obiezione di coscienza alla pillola del giorno dopo è un diritto?*, in *Blog di DPCE online*, 21 luglio 2015.
- PARIS D., *I rischi di una giurisprudenza "compassionevole". Riflessioni sull'operato della magistratura nel caso Stamina*, in *Forum Quad. cost.*, 31 luglio 2015.
- PARIS D., *Il caso Stamina fra indipendenza della magistratura e governo dei giudici. Riflessioni a margine di una delibera del CSM*, in *Riv. it. medicina legale*, n. 3/2016, p. 1321 ss.
- PASQUINO P., RANDAZZO B. (a cura di), *La giustizia costituzionale italiana e i suoi utenti*, Milano, 2006.
- PASSAGLIA P. (a cura di), *L'intervento dei terzi nei giudizi di costituzionalità concreti*, in *Servizio Studi della Corte costituzionale (area di diritto comparato)*, Roma, 2016.
- PASSAGLIA P. (a cura di), *L'intervento dei terzi nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Servizio Studi della Corte costituzionale (area di diritto comparato)*, Roma, 2018.
- PASTORE F., *Pluralismo dei metodi scientifici e cognizione giurisdizionale*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 1/2020, 43 ss.
- PATRUNO F., *Ancora su Costituzione, diritto alla salute e somministrazione gratuita di farmaci*, in *Giur. cost.*, n. 3/2000, p. 1891 ss.
- PENASA S., *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2009, p. 817 ss.
- PENASA S., *The need for a procedural approach to human embryonic stem cell research: an emerging regulatory model within Eu*, in *Dilemata*, n. 7/2011, p. 39 ss.
- PENASA S., *La Corte europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, in *Forum Quad. cost.*, 3 aprile 2013.

- PENASA S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità scientifica in ambito medico-scientifico*, in *Forum Quad. cost.*, 16 giugno 2014.
- PENASA S., *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2015, p. 271 ss.
- PENASA S., *L'insostenibile debolezza della legge 40: la sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale tra inevitabili illegittimità e moniti "rafforzati"*, in *Forum Quad. cost.*, 8 luglio 2015.
- PENASA S., *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Trento, 2015.
- PETERSEN N., *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, in *Der Staat*, n. 3/2010, p. 435 ss.
- PETERSEN N., *Avoiding the common-wisdom fallacy: the role of social sciences in constitutional adjudication*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013.
- PEZZINI B., *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Cittadinanza, Corti, salute*, Padova, 2007, p. 211 ss.
- PIERANDREI F., *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962.
- PIGNATELLI N., *Il rinvio dell'art. 22 l. n. 87/1953 al r.d. n. 642/1907: l'inutilità del processo amministrativo e l'anacronismo di un processo costituzionale "senza codice"*, in AA.VV., *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 2018, p. 227 ss.
- PIN A. (a cura di), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Napoli, 2015.
- PIN A., *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-covid-19, il vangelo giudiziario e il diritto comparato*, in corso di pubblicazione su DPCE online.
- PIN A., GENOVA F., *The Duty to Disclose Adverse Precedents. The Spirit of the Common Law and Its Enemies*, in *Yale Journal of International Law*, n. 2/2019, p. 239 ss.
- PINELLI C., *Commento all'art. 9*, in AA.VV., *Legge "La Loggia". Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, 2003, p. 180 ss.
- PINARDI R., *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. cost.*, n. 3/2019, p. 1897 ss.
- PISANESCHI A., *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato. Presupposti e processo*, Milano, 1992.

- PIZZETTI F., ZAGREBELSKY G., “*Non manifesta infondatezza*” e “*rilevanza*” nella *instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi*, Milano, 1972.
- PIZZORUSSO A., *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali sui conflitti fra enti*, in *I processi speciali – Studi in onore di V. Andrioli*, Napoli, 1979, p. 298 ss.
- PIZZORUSSO A., *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, 1982, p. 521 ss.
- PIZZORUSSO A., ROMBOLI R. (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, 2002.
- POLITI F., *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un’attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la “sostanza delle cose”*, in *Riv. AIC*, n. 2/2020, p. 266 ss.
- POPPER K.R., *Alles Leben ist Problemlösen: Über Erkenntnis, Geschichte und Politik*, Monaco di Baviera, 1994.
- POST H., *The judgment of the Grand Chamber in Hatton and Others v. the United Kingdom or: What is left of the ‘indirect’ right to a healthy environment?*, in *Non-State Actors and International Law*, n. 4/2004, p. 135 ss.
- PUGIOTTO A., *La “concretezza” nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994, p. 91 ss.
- PUGIOTTO A., *Per un’autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario promosso a Palazzo della Consulta*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, p. 361 ss.
- RAGNI C., *Scienza, diritto e giustizia internazionale*, Milano, 2020.
- RAGONE G., *Scienza e diritto nell’argomentazione della Corte costituzionale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 3/2015.
- RAGONE G., *Il principio di precauzione nella prospettiva del Giudice costituzionale*, in *Biolaw Journal*, Special Issue n. 2/2019, p. 157 ss.
- RAGONE G., *The GMO Authorization Procedure in Eu: Inclusivity, Access to Justice and Participation in Decision-Making*, in *Dir. pubb. eur. Rass. Online*, n. 2/2019, p. 280 ss.
- RAGONE G., *L’attivazione del potere istruttorio tra forme consolidate e scelte innovative. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 197 del 2019*, in *Osservatorio cost.*, n. 1/2020, p. 226 ss.
- RAGONE G., VIMERCATI B., *Neuroscience and end-of-life decisions. New anthropological challenges for constitutional law: «Is Human Nature the only science of man»?*, in *Biolaw Journal*, n. 3/2017, p. 111 ss.
- RANDAZZO B., *Il sindacato sulla ragionevolezza della legge e lo scrutinio di proporzionalità sul margine di apprezzamento riservato allo Stato in rapporto a misure generali aventi natura legislativa. Aspetti problematici del dialogo tra le Corti*,

- contributo per il Quaderno predisposto in occasione della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 25-26 ottobre 2013 disponibile su www.cortecostituzionale.it.
- REDENTI E., *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano, 1967.
- REPETTO G., *La linea più breve tra due punti. La diagnosi preimpianto per le coppie fertili tra divieti irragionevoli e diritto alla salute*, in www.diritticomparati.it, 11 giugno 2015.
- RIDOLA P., *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi.it*, n. 2/2020, p. IV ss.
- RODOTÀ S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Torino, 2006.
- RODOTÀ S., ZATTI P. (dir. da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010-2012.
- ROMAGNOLI M., *The Italian Constitutional Court Opens Up to Hear the Voice of Civil Society*, in *Verfassungsblog.de*, 15 febbraio 2020.
- ROMBOLI R., *L'intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2613 ss.
- ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985.
- ROMBOLI R. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1990.
- ROMBOLI R., *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1090 ss.
- ROMEO G., *La comparazione degli argomenti in tema di diritti: le trasformazioni del giudizio di ragionevolezza*, in *DPCE*, n. 2/2017, p. 281 ss.
- ROVAGNATI A., *La dichiarazione di incostituzionalità della presunzione di compensi fondata sui prelevamenti bancari: luci ed ombre*, in *Rass. trib.*, n. 3/2015, p. 694 ss.
- RUGGERI A., *Storia di un «falso». L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990.
- RUGGERI A., *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Torino, 1994.
- RUGGERI A., *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 1/2011.
- RUGGERI A., *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in *Media Laws*, n. 2/2018.
- RUGGERI A., *Nota minima a riguardo di una procedimentalizzazione anomala dell'intervento del terzo nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta Online*, 2018, III, p. 616 ss.

- RUGGERI A., *La "democratizzazione" del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustiziainsieme.it*, 24 gennaio 2020.
- RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009-2014-2019.
- RUOTOLO M., *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto "sicurezza e immigrazione")*, in *Osservatorio cost.*, n. 3/2018.
- RUSTAD M., KOENIG T., *The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs*, in *North Carolina Law Review*, n. 1/1993, p. 91 ss.
- SAITTA A., *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996.
- SAITTO F., *"Tanto peggio per i fatti". Sipario sulla Presidenza Voßkuhle: il caso Quantitative Easing di fronte al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritticomparati.it*, 7 maggio 2020.
- SALVAGO M., *Il potere cautelare della Corte costituzionale nel giudizio in via d'azione*, in *Federalismi.it*, n. 3/2010.
- SALVEMINI G., *I guardiani del bilancio*, Venezia, 2003.
- SANDEL M.J., *Giustizia*, Milano, 2010.
- SANDSTROM SIMARD L., *An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court: A Fine Balance of Access, Efficiency, and Adversarialism*, in *The Review of Litigation*, n. 27/2008, p. 669 ss.
- SANDULLI A.M., *La giustizia costituzionale in Italia*, Milano, 1961.
- SANDULLI A.M., *Il giudizio sulle leggi. La cognizione della Corte costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 1967.
- SANDULLI N. (a cura di), *Dottrina straniera e comparata. Numero speciale sull'amicus curiae*, in *Servizio Studi della Corte costituzionale (area di diritto comparato)*, Roma, 1990.
- SANTOSUOSSO A., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Padova, 2011.
- SANTOSUOSSO A., GENNARI G., GARAGNA S., ZUCCOTTI M., REDI C.A. (a cura di), *Science, law and the courts in Europe*, Pavia, 2004.
- SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
- SCACCIA G., *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002, p. 409 ss.
- SCACCIA G., *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Tomo II, Roma, 2007.
- SCACCIA G., *Valori e diritto giurisprudenziale*, Relazione al convegno "Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach", Roma, 26 ottobre 2009.

- SCAFFARDI L., FORMICI G., *Vaccini obbligatori e ruolo del diritto. Un tentativo di (ri)composizione della materia partendo dalla più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Biolaw Journal*, n. 1/2020, p. 379 ss.
- SCAGLIARINI S., *La quantificazione degli oneri finanziari delle leggi tra Governo, Parlamento e Corte costituzionale*, Milano, 2006.
- SCHEFOLD D., *Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, p. 128 ss.
- SCHOKKENBROEK J., *The basis and application of the margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of human rights*, in *Human Rights Law Review*, n. 19/1998, p. 35 ss.
- SCHILLACI A., *La "porta stretta": qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla "società civile"*, in *Diritticomparati.it*, 31 gennaio 2020.
- SCUDIERO M., STAIANO S. (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999.
- SERENO G., *Il caso Stamina all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio cost.*, n. 1/2015.
- SERGES G., *Anacronismo legislativo, eguaglianza sostanziale e diritti sociali*, in *Giur. it.*, 2000, p. 684 ss.
- SERGES G., *Il dominio degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità*, in *Dir. e Soc.*, n. 4/2016, p. 603 ss.
- SERVETTI D., *Ragionevolezza dell'imposta sulle sigarette elettroniche, principio di precauzione e scienza privata del giudice costituzionale. Nota alla sentenza della Corte n. 83 del 2015*, in *Riv. AIC*, n. 4/2015.
- SHAPIN S., SCHAFFER S., *Leviathan and the Air-Pump. Hobbes, Boyle and the Experimental Life*, Princeton, 1985.
- SIMPSON R.W., VASALY M.R., *The Amicus Brief: How to be a Good Friend of the Court*, Chicago, 2004.
- SIMONETTI L., *La scienza in tribunale*, Roma, 2018.
- SILVESTRI G., *Scienza e conoscenza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubb.*, n. 2/2004.
- SILVESTRI G., *Covid-19 e Costituzione*, in *www.unicost.eu*, 10 aprile 2020.
- SNEAD O.C., *Una Costituzione bioetica?*, in *Il Sole 24 Ore*, 13 gennaio 2013.
- SPADARO A., *Contributo per una teoria della Costituzione, I, Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994.
- SPERTI A., *Alcune riflessioni sull'apertura della corte alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, *www.giurcost.org*, 23 marzo 2020.

- STAIANO S., *Prospettive di riforma della giustizia costituzionale*, in M. SCUDIERO, S. STAIANO (a cura di), *La riforma della Costituzione nei lavori della Bicamerale*, Napoli, 2000, p. 187 ss.
- STAIANO S., *L'accesso alla Corte costituzionale per far dichiarare l'illegittimità della legge elettorale. Breve nota sull'Ordinanza di remissione della legge elettorale*, in *Nomos*, n. 1/2013, p. 1 ss.
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000.
- TAI S., *Friendly Science: Medical, Scientific, and Technical Amici before the Supreme Court*, in *Washington University Law Quarterly*, n. 78/2000, p. 789 ss.
- TALLACCHINI M., *Giudici, esperti, cittadini. Scienza e diritto tra validità metodologica e credibilità civile*, in B. DE MARCHI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Politiche dell'incertezza, Scienza e Diritto, Politeia*, XIX, 70, 2003, p. 83 ss.
- TALLACCHINI M., *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Riv. fil. dir.*, n. 2/2012.
- TALLACCHINI M., *Sicurezza e responsabilità in tempi di crisi*, in *Riv. dir. alimentare*, n. 1/2012.
- TANI C., *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in *LaCostituzione.info*, 18 febbraio 2020.
- TARUFFO A., *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002.
- TEGA D., *La dottrina come amica curiae. L'esperienza della Corte costituzionale italiana*, in P. PASSAGLIA (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina. Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Napoli, 2015, p. 105 ss.
- TITOMANLIO R., *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018.
- TOMASI M., *Il diritto alla salute fra comprensione del bisogno e ragioni della scienza: note a margine della "vicenda Stamina"*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, n. 1/2013, p. 83 ss.
- TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 439 ss.
- TRUCCO L., *"Sentenza Italicum": la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in *Consulta Online*, 2017, I, p. 149 ss.
- TUCCIARELLI C., *La sentenza n. 282 del 2002 della Corte costituzionale: prime interpretazioni delle disposizioni costituzionali sull'esercizio del potere legislativo delle Regioni*, in *Forum Quad. cost.*, 3 luglio 2002.
- VACCARI G., *Diritto, scienza e costituzione. Tutela della salute e rilievo del dato scientifico nelle giurisprudenze costituzionali*, in AA.VV., *Forum di Biodiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Trento, 2009.

- VANONI L.P., *Argomentazione e principi giuridici: il caso della laicità*, in P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER (a cura di), *Argomentare: per un rapporto ragionevole con la realtà*, Milano, 2017, pp. 257 ss.
- VAPIANA P., *Osservazioni critiche sulla prassi relativa al potere di sospensione delle leggi nei giudizi di costituzionalità in via principale*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 5-6/2010, p. 567 ss.
- VECCHIA P., *La scienza e il principio di precauzione: il caso dei campi elettromagnetici*, in *Analysis*, n. 1/2001.
- VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007.
- VERONESI P., *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009, p. 591 ss.
- VERONESI P., *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2/2015.
- VIMERCATI B., OSTI A., *Le limitazioni alla procreazione medicalmente assistita: ragionevoli scelte legislative o illegittime interferenze dello Stato?*, in A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA (a cura di), *Desafios para los derechos de la persona ante el siglo XXI: vida y ciencia*, Cizur Menor, 2013, p. 155 ss.
- VIOLINI L., *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Pavia, 1986.
- VIOLINI L., *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, p. 975 ss.
- VIOLINI L., *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, p. 1450 ss.
- VIOLINI L., *I problemi pratici della laicità*, relazione presentata al Convegno Annuale della “Associazione Italiana dei Costituzionalisti”, Napoli, 26/27 ottobre 2007, disponibile in: www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- VIOLINI L., *Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile*, in *Quad. cost.*, n. 3/2010, p. 632 ss.
- VIOLINI L., *Scientific evidence and moral values: case law from European Courts*, paper presentato alla XIII Conferenza annuale del «Notre Dame Center For Ethics and Culture», novembre 2013.
- VIOLINI L., *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio cost.*, n. 2/2014.
- VIOLINI L., *Consultal/Apre alla società civile: così l'aiuto di tutti aiuta a giudicare meglio*, in *IlSussidiario.net*, 14 gennaio 2020.

VIOLINI L., *Accesso alla Corte Costituzionale: quale ruolo per gli enti di Terzo settore*, in *Vita.it*, 5 febbraio 2020.

VIOLINI L., *C'è un'alternativa più democratica per gestire l'emergenza*, in *IlSussidiario.net*, 30 aprile 2020.

VOLPE G., *L'ingiustizia delle leggi: studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano, 1977.

WALKER V.R., *Keeping the WTO from becoming the "World Trans-science Organization": scientific uncertainty, science policy, and factfinding in the growth hormones dispute*, in *Cornell International Law Journal*, n. 31/1998, p. 256 ss.

WILDAVSKY A., *Speaking Truth to Power*, Boston, 1979.

WOELK J., *L'emergenza sanitaria da Covid-19 nella Repubblica federale tedesca*, in *www.comparativecovidlaw.it*, 30 aprile 2020.

YOWELL P., *Practical reason and the separation of powers*, DPhil thesis, University College (University of Oxford), 2010.

YOWELL P., *Empirical research in rights-based judicial review of legislation*, in P.M. HUBER, K. ZIEGLER (a cura di), *Current Problems in the Protection of Human Rights – Perspectives from Germany and the UK*, Oxford, 2012.

YOWELL P., *Constitutional Rights and Constitutional Design. Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Oxford, 2018.

ZAGREBELSKY G., *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 611.

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.

ZAGREBELSKY V., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio cost.*, n. 2/2015.

ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, I e II, Bologna, 2018.

ZANON N., *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Riv. AIC*, n. 4/2017.

ZANON N., RAGONE G. (a cura di), *The Dissenting Opinion*, Milano, 2019.

ZICCHITTU P., *Le "zone franche" del potere legislativo*, Torino, 2017.

ZORZETTO S., *Concetto di rischio e principio di precauzione (I parte). L'approccio precauzionale nei confronti dei rischi delle moderne società tecnologiche al vaglio del senso comune e della storia e nella sua dimensione etico-filosofica*, in *Sintesi Dialettica*, 19 ottobre 2012.

Finito di stampare nel mese di giugno 2020
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto pubblico

Per i tipi di Giuffrè

1. VITTORIO ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, 1963, pp. XXII-348.
2. ROBERTO GIANOLIO, *Le occupazioni d'urgenza*, 1963, pp. VII-226.
3. VITTORIO ITALIA, *La denominazione nel diritto pubblico*, 1966, pp. XVII-209.
4. VALERIO ONIDA, *Le leggi di spesa nella Costituzione*, 1969, pp. IV-892.
5. VITTORIO ITALIA, *Gli statuti nel diritto pubblico*. vol. I, *Potestà e norma statutaria*, 1974, pp. XXVI-430.
6. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Il partito politico nella Costituzione italiana*, 1969.
7. PIETRO GIUSEPPE GRASSO, *Il principio nullum crimen sine lege nella Costituzione italiana*, 1972, pp. XII-372.
8. RICCARDO VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, 1971, pp. VIII-636.
9. VITTORIO ITALIA, *Le disposizioni di principio stabilite dal legislatore*, 1970, pp. XVI-366.
10. GIANFRANCO MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, 1970, ristampa 1974, pp. VIII-224.
11. VITTORIO ITALIA, *La deroga nel diritto pubblico*, 1977, pp. XII-257.
12. RICCARDO VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, 1974, pp. VIII-212.
13. GIANFRANCO MOR, *Profili dell'amministrazione regionale*, 1974, pp. VIII-244.
14. ALDO BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, 1974, pp. VIII-404.
15. GUIDO GRECO, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, 1977, pp. IV-406.
16. CARLO EMILIO TRAVERSO, *La tutela costituzionale della persona umana prima della nascita*, 1977, pp. IV-252.
17. ALDO BARDUSCO, *Lo stato regionale italiano*, 1980, pp. IV-252.
18. RICCARDO VILLATA, *«Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, 1980, pp. IV-176.
19. GUIDO GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, 1980, pp. IV-256.
20. MARIA LUISA MAZZONI HONORATI, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale*, 1982, pp. VIII-168.

21. CARLO EMILIO TRAVERSO, *Partito politico e ordinamento costituzionale*, 1983, pp. IV-280.
22. ERMINIO FERRARI, *I servizi sociali*, vol. I, 1986, pp. XVI-276.
23. ENZO BALBONI-FABRIZIO D'ADDABBO-ANTONIO D'ANDREA-GIOVANNI GUIGLIA, *La difficile alternanza. Il sistema parlamentare italiano alla prova (1985-1987)*, 1988, pp. XVI-236.
24. CARLO ENRICO PALIERO-ALDO TRAVI, *La sanzione amministrativa*, 1988, pp. XVI-356.
25. MARCO SICA, *Effettività della tutela giurisdizionale e provvedimenti d'urgenza*, 1991, pp. XII-352.
26. GIOVANNI BOGNETTI, *La cultura giuridica e le facoltà di giurisprudenza a Milano nel secolo ventesimo*, 1991, pp. X-198.
27. SERENA MANZIN MAESTRELLI, *Il partito politico nella giurisprudenza del tribunale costituzionale federale tedesco*, 1991, pp. VIII-156.
28. MARTA CARTABIA, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo*, 1991, pp. VI-138.
29. GIOVANNI BOGNETTI, *Europa in crisi*, 1991, pp. VIII-184.
30. MARILISA D'AMICO, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, 1993, pp. XIV-182.
31. GIOVANNI BOGNETTI, *La costituzione economica italiana. Interpretazione e proposta di riforma*, 1993, pp. X-206.
32. MARILISA D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, 1994, pp. VIII-286.
33. GABRIELLA MANGIONE, *La revisione del Grundgesetz in materia di asilo*, 1994, pp. X-106.
34. GIOVANNI BOGNETTI, *Costituzione, televisione e legge antitrust*, 1996, pp. VI-136.
35. LUCA ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, 1996, pp. XII-446.
36. EUGENIO BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, 1996, pp. X-352.
37. MAURIZIO CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, 1996, pp. VIII-360.
38. MARCO BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, 1997, pp. VIII-242.
39. GIOVANNI BOGNETTI, *Lo stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, 1998, pp. XII-182.
40. MARGHERITA RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, 1998, pp. XII-524.
41. *Norme di correttezza costituzionale, convenzioni ed indirizzo politico*. Atti del Convegno organizzato in ricordo del Prof. Paolo Biscaretti di Ruffia, a cura di Gianfranco Mor, Stefania Ninnati, Quirino Camerlengo e Giulio Enea Vigevani, 1999, pp. VIII-194.
42. GABRIELLA MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, 1999, pp. X-262.
43. ALESSANDRA CONCARO, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, 2000, pp. X-198.
44. MARIA ELENA GENNUSA, *La posizione costituzionale dell'opposizione*, 2000, pp. X-316.
45. LUCA ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, 2000, pp. XII-418.

46. *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*. Atti del Convegno - Milano, 16-17 marzo 2000, a cura di Nicolò Zanon e Francesca Biondi, introduzione di Gustavo Zagrebelsky, 2001, pp. XVI-302.
47. MIRYAM IACOMETTI, *I Presidenti di Assemblea parlamentare*, 2001, pp. X-518.
48. *Studi in onore di Umberto Pototschnig*, voll. I e II, 2002, pp. X-1602.
49. *Le trasformazioni dello stato regionale italiano. In ricordo di Gianfranco Mor*, a cura di Vittorio Angiolini, Lorenza Violini, Nicolò Zanon, 2002, pp. X-488.
50. QUIRINO CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, 2002, pp. XIV-444.
51. GIUSEPPE MONACO, *Pubblico ministero ed obbligatorietà dell'azione penale*, 2003, pp. XIV-412.
52. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel processo amministrativo*, 2004, pp. X-350.
53. FRANCESCO GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, 2004, pp. X-396.
54. STEFANIA NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, 2004, pp. XIV-324.
55. *L'incerto federalismo. Le competenze statali e regionali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di Nicolò Zanon e Alessandra Concaro, 2005, pp. VI-424.
56. *Itinerari di sviluppo del regionalismo italiano*. Primo Incontro di Studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, con la collaborazione di Quirino Camerlengo, 2005, pp. X-590.
57. *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti*. Atti del Convegno internazionale in onore del prof. Valerio Onida - Milano, 15 aprile 2005, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2006, pp. X-192.
58. QUIRINO CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, 2007, pp. X-358.
59. MARCO CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, 2007, pp. XVI-590.
60. MONICA DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, 2007, pp. XIV-306.
61. PAOLO PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, 2007, pp. XVI-698.
62. SARA VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, 2008, pp. XXXII-422.
63. LUCA BERTONAZZI, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica: persistente attualità e problemi irrisolti del principale istituto di amministrazione giustiziale*, 2008, pp. X-324.
64. BARBARA RANDAZZO, *Diversi ed uguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, 2008, pp. XX-456.
65. *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti) - How Constitutional Courts make decisions*. Atti del Convegno internazionale svoltosi a Milano, il 25-26 maggio 2007, a cura di Pasquale Pasquino e Barbara Randazzo, 2009, pp. VIII-232.
66. GIUSEPPE PERICU, *Scritti scelti*, 2009, pp. VI-956.

67. STEFANO CATALANO, *La "presunzione di consonanza". Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, 2010, pp. VIII-392.
68. IRENE PELLIZZONE, *Contributo allo studio sul rinvio presidenziale delle leggi*, 2011, pp. XVIII-318.
69. *Verso il decentramento delle politiche di welfare*. Incontro di studio "Gianfranco Mor" sul diritto regionale, a cura di Lorenza Violini, 2011, pp. VIII-504.
70. MONICA DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, 2011, pp. VIII-208.
71. SARA VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e ambiti*, 2012, pp. X-214.
72. WLADIMIRO TROISE MANGONI, *Il potere sanzionatorio della CONSOB. Profili procedurali e strumentali rispetto alla funzione regolatoria*, 2012, pp. VIII-248.
73. FRANCESCA BIONDI, *Il finanziamento pubblico dei partiti politici. Profili costituzionali*, 2012, pp. XIV-232.
74. BARBARA RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2012, pp. X-270.
75. GIUSEPPE ARCONZO, *Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimento*, 2013, pp. XIV-376.
76. LUCA PIETRO VANONI, *Laicità e libertà di educazione. Il crocifisso nelle aule scolastiche in Italia e in Europa*, 2013, pp. VIII-318.
77. BENEDETTA VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, 2014, pp. X-346.
78. ELISA FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, 2014, pp. XII-412.
79. *Scritti scelti di Giovanni Bognetti*, a cura di Miryam Iacometti, 2015, pp. XXXVI-530.
80. PAOLO PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, con prefazione di Diana-Urania Galetta, 2015, pp. XX-332.
81. *Il controllo preventivo dei trattati dell'Unione europea*. Atti del Convegno tenutosi a Milano il 28 maggio 2014, a cura di Nicolò Zanon, 2015, pp. XII-202.
82. STEFANIA LEONE, *Contributo allo studio dello scioglimento anticipato nel sistema costituzionale*, 2016, pp. X-394.
83. ALESSANDRA OSTI, *Teoria e prassi dell'access to Justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, 2016, pp. X-238.
84. ANNALISA NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, 2016, pp. XLII-450.
85. ANTONIA BARAGGIA, *L'autonomia universitaria nel quadro costituzionale italiano ed europeo. Già e non ancora ...*, 2016, pp. XII-268.
86. SARA VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, 2016, pp. XIII-348.
87. BENEDETTA LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, 2017, pp. XVI-772.

88. FILIPPO ROSSI, *La costruzione giuridica del licenziamento. Legislazione, dottrina e prassi fra XIX e XX secolo*, 2017, pp. X-322.
89. *Il diritto all'acqua*, a cura di Lorenza Violini e Barbara Randazzo, 2017, pp. VI-282.
90. FEDERICO GAFFURI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, 2018, pp. XVI-304.

Per i tipi di Giappichelli

91. GIADA RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, 2020, pp. X-246.