



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Scuola Dottorale di Ateneo
Graduate School**

**Dottorato di ricerca
in Diritto, Mercato e Persona (già Diritto Europeo dei contratti civili,
commerciali e del lavoro)
Ciclo XXVIII
Anno di discussione 2016**

**Evidenze scientifiche e dati empirici nel sindacato di
costituzionalità delle leggi.**

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA: IUS/08
**Tesi di Dottorato della Dott.ssa GIADA RAGONE
matricola 955980**

**Coordinatore del Dottorato: Prof.ssa CARMELA CAMARDI
Tutore del Dottorando: Prof. ANDREA PIN
Co-tutore del Dottorando: Prof.ssa LORENZA VIOLINI**

Esame finale anno accademico 2014-2015

Alla mia famiglia,
agli amici milanesi, veneziani e tedeschi.

«La difficoltà sta nel fatto che le “verità” della moderna visione scientifica del mondo, benché dimostrabili in formule matematiche e messe alla prova nella tecnologia, non si prestano più all’espressione normale del discorso e del pensiero.

Proprio mentre queste “verità” vengono affermate in forma concettuale e coerente, le proposizioni che le esprimono non saranno “forse sprovviste di senso come quella di un ‘cerchio triangolare’, ma certamente molto più di quella di un ‘leone alato’” (Erwin Schrödinger)»

H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*

«Legatevi all’uomo che guarda fuori dalla finestra
e tenta di capire il mondo»

G. K. Chesterton, *Uomo Vivo*

INDICE

INTRODUZIONE

1. Premessa: quale scienza e quale diritto	p. 6
2. Le origini del rapporto tra fatti extra-giuridici e giudizio sulle leggi	p. 11
3. Giudici scienziati?	p. 14
4. La presunta oggettività della scienza	p. 17
5. Il terzo elemento	p. 20
6. Le leggi davanti al tribunale della scienza	p. 25

CAPITOLO 1

LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA E I "FATTI"

1. L'accertamento dei "fatti"	p. 30
1.1 La normativa dei poteri istruttori della Corte costituzionale italiana	p. 33
1.2 Nella Prassi: l'uso dell'ordinanza istruttoria	p. 39
1.3 Altre "vie" d'ingresso del fatto	p. 44
2. ... (segue) e la loro rilevanza	p. 51
3. L'inversa sorte di fatti e istruttoria formale	p. 56
4. Appendice: elenco delle ordinanze istruttorie successive al 1996	p. 58

CAPITOLO 2

DATO SCIENTIFICO, RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ

1. Cos'è la ragionevolezza	p. 67
1.1. Ragionevolezza vs proporzionalità	p. 71

2. La c.d. “ragionevolezza scientifica”	p. 73
3. Fatto-presupposto e fatto-effetto	p. 75
4. Sindacato di ragionevolezza esterno come controllo di correttezza procedurale. La Corte, giudice delle leggi o arbitro delle scienze	p. 77
4.1 Il ruolo degli organi tecnico-scientifici	p. 79
5. La più recente giurisprudenza costituzionale in materie scientifiche. E’ possibile individuare un trend univoco?	p. 83
6. La “proporzionalità scientifica” nel ragionamento giuridico della Corte Europea dei diritti dell’uomo. Spunti di comparazione	p. 96
6.1 Margine d’apprezzamento <i>vs consensus</i> giuridico	p. 102
6.2 Margine d’apprezzamento <i>vs</i> consenso scientifico	p. 104
6.3 Peculiarità e analogie	p. 107
7. La scienza nel ragionamento giuridico della Consulta. Qualche osservazione conclusiva	p. 111

CAPITOLO 3

“DIE WELT DES SOLLEN UND DIE WELT DES SEIN”

1. Il mito di un sindacato astratto	p. 118
2. Premesse e conseguenze. C’è dato e dato	p. 121
3. A quale scienza dovrebbe rivolgersi una Corte costituzionale?	p. 127
4. La scienza a cui si rivolge il legislatore	p. 133
5. Conclusioni	p. 135

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Sommario: 1. Premessa: quale scienza e quale diritto – 2. Le origini del rapporto tra fatti extra-giuridici e giudizio sulle leggi – 3. Giudici scienziati? – 4. La presunta oggettività della scienza – 5. Il terzo elemento – 6. Le leggi davanti al tribunale della scienza.

1. Premessa: quale scienza e quale diritto.

Tra le molte sfide che le nostre società giuridiche contemporanee sono chiamate ad affrontare, una delle più complesse e allo stesso tempo stimolanti riguarda il coinvolgimento della scienza con il diritto. Il rapporto tra questi due poli si declina in molteplici sfaccettature¹ che la dottrina giuridica – nazionale ed internazionale – ha analizzato e scandagliato con metodi e letture tra i più disparati². Affrontando il tema già intorno alla metà degli anni ottanta, Franco Ledda³ scriveva: «Nulla impedisce di pensare che la tecnica – o, in molti casi, la scienza di riferimento – fornisca “materiali” direttamente utilizzabili, ed anzi necessari, per la costruzione di concetti giuridici; più in generale, sembra non manifestamente inattendibile l’ipotesi che il diritto faccia propria la normatività inerente a questa o quella tecnica traducendola per ciò stesso in normatività giuridica». Sempre il medesimo Autore⁴ vedeva poi nell’ancoraggio a solide basi scientifiche la risposta al bisogno di ragionevolezza che caratterizza le scelte del legislatore. Egli affermava

¹ Come si legge in TALLACHINI M., *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alla decisioni science-based*, in COMANDÈ G. – PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 339, «le norme che regolano attività e prodotti della scienza, l’intervento giuridico che utilizza un background di conoscenze specialistiche, i concetti e le qualificazioni giuridiche la cui definizione dipende da nozioni scientifiche, sono ormai sparse in ogni branca dell’ordinamento».

² Qualsiasi pretesa di esaustività nell’elencare autori ed opere (anche solo in ambito italiano) dedicate al rapporto scienza-diritto sarebbe fallace in partenza. Per una panoramica ampia e autorevole, si veda, *ex plurimis*, l’opera in sei volumi diretta da RODOTÀ S. e ZATTI P.: *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010-2012.

³ LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 387.

⁴ LEDDA F., *op. cit.*, p. 389-390.

infatti che: «La pretesa di razionalità, quando si tratti di problemi che coinvolgono la rilevanza causale di determinati fatti, può realizzarsi a propria propria volta solo attraverso l'applicazione delle tecniche che in un momento storico determinato sono sorrette dal comune consenso o suffragate dalle acquisizioni della scienza: in rapporto allo scopo perseguito perseguito dall'ordinamento, rispondente a una esigenza di giustizia, qualunque qualunque soluzione non conforme a quelle tecniche risulterebbe arbitraria e arbitraria e quindi ingiusta proprio perché irrazionale. La razionalità non si si identifica con la giustizia; ma non è certo necessario risalire ad una "naturalis "naturalis ratio" per dimostrare che la irrazionalità di questa o quella prescrizione, rispetto al fine prescelto sulla base d'un giudizio di valore, contraddice la esigenza o la pretesa di giustizia che si vorrebbe ricondurre al senso stesso del diritto».

In maniera alquanto brachilogica, si possono individuare due macro-categorie di interconnessioni tra scienza e diritto⁵. La prima riguarda il modo in cui il diritto disciplina la scienza: regolamentazione di pratiche scientifiche, limiti alla ricerca, brevetti e licenze dei prodotti della scienza etc. La seconda concerne il processo per cui parametri e verità acquisite con il metodo scientifico incidono sul ragionamento giuridico riguardante il processo decisionale legislativo o giudiziario, ovvero i mutamenti che il diritto subisce al procedere dell'evoluzione scientifica: nascita di nuove discipline giuridiche (*in primis* il c.d. biodiritto⁶),

⁵ In CALABRESI G., *Scienza e diritto: alcune annotazioni preliminari*, in COMANDÈ G. - PONZANELLI G. (a cura di), *op. cit.*, p. 4 ss. vengono individuate tre esempi di rapporti tra la scienza e il diritto, solo a titolo esemplificativo e senza cercare «di dire quale è il più importante di questi». Il primo «si ha quando innovazioni scientifiche arrivano a cambiare il significato di una particolare legge o, addirittura, di tutto un sistema di leggi. Ossia, si verifica un'invenzione e tutto un sistema di leggi (o una legge in particolare) subisce, conseguentemente, un profondo mutamento e finisce per disciplinare una realtà in modo completamente diverso» (p. 4). La seconda ipotesi è legata «alla definizione, scientifico e legale, di un concetto, di uno *status* a cui si dà lo stesso nome, o per il quale si usano le stesse parole, senza, però, che si possenga lo stesso significato e la stessa funzione nel diritto e nella scienza» (p. 6). «Nel terzo esempio viene presa in considerazione la scienza come ragione per operare cambiamenti illegali. [...] Pensate in futuro che cosa potrebbe succedere, per esempio, se le donne potessero aver figli alla stessa età elevata dei maschi. Tutti i discorsi [in tema di filiazione *ndr*] si aprirebbero di nuovo come conseguenza di questa novità.» (p. 9-10).

⁶ Con questo termine ci si riferisce a quel settore giuridico che, all'interno delle differenti branche del diritto, concerne questioni bioetiche. Come il prefisso «bio» suggerisce,

insorgere di nuove pretese e diritti da parte degli individui, assunzione da parte del diritto di ulteriori concetti scientifici, trasformazione dei paradigmi in base ai quali attribuire responsabilità etc.

Prima che, all'interno di questo vasto orizzonte, si proceda alla circoscrizione dell'oggetto della presente ricerca, è necessaria una premessa terminologica: occorre innanzitutto chiarire cosa s'intenda in questa sede quando si utilizza la parola «scienza».

Con questo termine generalmente si fa riferimento ad un ventaglio ampio di discipline: è scienza la medicina, la fisica, la biologia, anche l'economia, la statistica, la sociologia etc. «La stessa idea di scientifica è profondamente condizionata dal diverso accostamento alla nei paesi di lingua tedesca, il vocabolo *wissenschaft* allude ad ogni discorso rigoroso; nel resto dell'Europa continentale si tende ad indicare con il "scienza" ogni dottrina basata su elementi controllabili, ancorché privi di confermabilità empirica; nella lingua inglese la parola *science* designa tradizionalmente solo le discipline ove sia decisivo il ruolo di osservazione ed esperimento. Alla luce di questa schematizzazione, il mondo tedesco è legittimato a considerare scienza la psico-analisi, che nell'Europa continentale extragermanica non viene considerata tale, in assenza di controlli ripetibili, mentre, all'estremo opposto potrebbero in linea di principio, sollevarsi dubbi sulla scientificità di alcuni esperimenti mentali della fisica teoretica, in ragione della insuscettibilità di controllo empirico»⁷. Se poi si concordasse nel ritenere che il minimo comun denominatore di tutte le scienze sia l'esistenza di specifiche garanzie di validità delle stesse⁸, allora non si potrebbe non considerare anche il diritto una vera e propria scienza: anch'esso «si fonda sull'esistenza di garanzie di validità dello stesso che, in minima parte, sono codificate, ma che, per la gran parte, sono presupposte»⁹. Chiaramente non è questa la

oggetto per eccellenza degli studi di *biolaw* sono le tematiche relative alla vita (al suo inizio, al suo fine, alla sua qualità) e al modo in cui la scienza incide su di essa.

⁷ Cfr. LICCI G., *Le immagini di scienza criticamente presupposte nella teorizzazione della causalità giuspenalistica*, in COMANDÈ G. - PONZANELLI G. (a cura di), *op. cit.*, p. 91.

⁸ Cfr. la voce «Scienza» curata da Giovanni Fornero in ABBAGNANO N., *Dizionario di Filosofia. III edizione*, Torino, 2006, p. 961: il termine scienza indica «una conoscenza che includa, in modo o misura qualsiasi, una garanzia della propria validità».

sede ideale per provare a offrire risposta alla domanda filosofica relativa a cosa sia scienza e a quali discipline, invece, non debbano considerarsi tali. Ciò che sembra, tuttavia, improrogabile è chiarire che le scienze cui si farà riferimento in proseguo di trattazione sono quelle appartenenti alla famiglia delle *hard sciences*¹⁰ e delle *Naturwissenschaften*, ossia delle scienze tendenzialmente rivolte a fenomeni quantitativi e matematizzabili. La precisazione è indispensabile poiché, come sarà meglio chiarito nel capitolo conclusivo¹¹, le asserzioni raggiunte non potranno non risentire delle specifiche caratteristiche delle scienze cui si è scelto di riferirsi e non hanno alcuna pretesa di estendersi in maniera esaustiva a tutte le materie che astrattamente potrebbero considerarsi scienza. Nulla esclude, d'altro canto, che alcune considerazioni di ordine generale siano idonee ad essere trasferite anche in altri settori.

Svolta tale premessa, è possibile limitare l'ambito d'interazione tra scienza e diritto che si considererà. Anche il termine «diritto» è di grande portata e investe differenti aspetti della vita dei consociati: diritto è la prerogativa che il singolo può vantare nei confronti di altri soggetti, l'insieme delle leggi dell'ordinamento giuridico di riferimento ma anche l'attività posta in essere da enti amministrativi, da giudici nazionali, internazionali e "sovrnazionali" e così via.

In questa sede s'intende esaminare quel particolare aspetto del rapporto tra scienza e diritto che riguarda l'impiego di dati empirici, acquisizioni legate al progresso tecnologico ed evidenze scientifiche all'interno del sindacato di legittimità delle leggi.

Il ricorso alla scienza da parte dei giudici è fenomeno studiato in numerosi settori del diritto: lo è in ambito penale¹², civile¹³, amministrativo¹⁴ etc.

⁹ Così D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, p. 10.

¹⁰ Concetto che la filosofia della scienza suole porre in contrapposizione con le *soft sciences*, ampia categoria ove trovano collocazione le scienze sociali, le discipline umanistiche e la stessa scienza giuridica.

¹¹ Cfr. Capitolo 3, par. §2.

¹² In questa materia si vedano tra gli altri STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2000; FIANDACA G., *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in www.dirittoequationipubbliche.org; LICCI G., *Op. cit.*; CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 1193 ss.

Il tema della rilevanza dei dati scientifici è noto soprattutto con riguardo ai giudizi di merito, «ove la tentazione di delegare alle scienze “certe” ciò che il giudice non ritiene di poter decidere sulla base dei soli strumenti giuridici costituisce ormai un problema di grande rilievo»¹⁵. Ciò non di meno, come si avrà modo di mostrare, il riferimento a dati empirici ed evidenze scientifiche è spesso rintracciabile anche all'interno del ragionamento giuridico delle Corti che si occupano di valutare la legittimità delle leggi e delle scelte poste in essere dal legislatore. Il fenomeno ha avuto e continua ad avere dimensioni rilevanti negli Stati Uniti. Tuttavia non manca casistica anche in ambito europeo, sia al livello dei singoli ordinamenti nazionali¹⁶, sia a livello sovrastatale¹⁷: la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che, nel giudicare se le ragioni addotte dalle autorità nazionali per giustificare un'opzione legislativa siano coerenti e sufficienti, essa deve verificare che le loro decisioni siano basate «su una valutazione accettabile dei fatti pertinenti»¹⁸, valutazione che non esclude riferimenti a standard tecnico/scientifici.

¹³ Cfr. per tutti TARUFFO A., *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 2002; LOMBARDO L., *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 1083 ss

¹⁴ Qui si vedano per esempio TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, 2004, p. 439 ss.; VIOLINI L., *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1986.

¹⁵ Così BIN R., *La Corte e la scienza*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, p. 1.

¹⁶ Un'attenzione speciale a riguardo merita la giurisprudenza costituzionale tedesca. Cfr. YOWELL P., *Empirical research in rights-based judicial review of legislation*, in HUBER P.M. – ZIEGLER K. (a cura di), *Current problems in the protection of human rights. Perspectives from Germany and the UK*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p.182 ss.; PETERSON N., *Avoiding the common-wisdom fallacy: the role of social sciences in constitutional adjudication*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p. 307.

¹⁷ Dell'utilizzo di dati scientifici nel ragionamento giuridico della Corte EDU tratta 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 www.forumcostituzionale.it, 3 aprile 2013.

¹⁸ Cfr. *Makhmudov v. Russia* (2008), par. § 65.

In alcune significative circostanze¹⁹, anche la Corte costituzionale italiana si è cimentata in giudizi coinvolgenti conoscenze scientifiche e parametri empirici. Il che giustifica un interesse all'argomento anche da parte della dottrina giuridica italiana.

2. Le origini del rapporto tra fatti extra-giuridici e giudizio sulle leggi

Il ricorso a fatti meta-giuridici e a dati empirici per giudicare la legge 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»²⁰: essa viene utilizzata dalla dalle parti coinvolte in un processo e consiste nel sottoporre ai giudici studi, ricerche ed anche leggi scientifiche che avvalorino o neghino (a seconda dell'interesse di cui si è portatori) la ragionevolezza della normativa da applicarsi al loro caso concreto, misurata in termini di bontà degli effetti pratici ad essa connessi.

¹⁹ In proseguo di trattazione saranno analizzate, ad esempio, le sent. Cost. nn. 225 e 226/1974 (monopolio televisivo); 991/1988 (razionalizzazione della pesca in Sicilia) ; 185/1998 e 188/2000 (c.d. caso di Bella); 282/2002 (elettroshock); 151/2009 (fecondazione assistita), 85/2013 (c.d. caso Ilva), 162/2014 (fecondazione eterologa), 274/2014 (c.d. caso Stamina), 83/2015 (sigarette elettroniche), 96/2015 (diagnosi preimpianto embrionale) e 113/2015 (autovelox).

Sull'approccio della Corte costituzionale italiana al mondo della scienza, si vede *ex plurimis* BIN R., *La Corte e la scienza*, *op. cit.*, p. 6: «I dati della scienza fanno capolino nella giurisprudenza costituzionale soprattutto nel giudizio sulla verosimiglianza delle relazioni causali ipotetiche e le relative prognosi che sorreggono la disciplina legislativa oggetto di giudizio. [...] Non mancano anche casi di leggi recenti di cui la Corte ha contestato i presupposti scientifici. Molto spesso, in questi casi, la Corte colpisce fattispecie legislative troppo rigide attraverso dispositivi formulati in modo da renderle più flessibili, così che possa essere consentito al giudice di formulare la regola del caso concreto sulla base di valutazione tecnico-scientifiche più adeguate».

²⁰ Le origini del *Brandeis Brief* sono ben ricostruite in YOWELL P., *Empirical research in rights-based judicial review of legislation*, *op.cit.* Si veda in particolare il par. §2, *The origin of balancing tests in the United States*, p. 157 ss.

La vicenda è trattata anche in PETERSEN N., *Avoiding the common-wisdom fallacy: the role of social sciences in constitutional adjudication*, *op. cit.*, p. 294-295.

Il nome di questa tecnica argomentativa deriva da quello dell'avvocato Louis Brandeis²¹ che tra i primi vi fece ricorso. Era il 1908 quando la Corte Suprema si trovò a decidere il caso *Muller v. Oregon*²² 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 da essa 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; 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, *reports* sulle di lavoro nelle fabbriche, statistiche delle agenzie governative del lavoro Corte, persuasa dalle argomentazioni della difesa, salvò la legge

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*²⁴ - davvero analogo che, tuttavia, fu risolto in maniera opposta²⁵. 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. Qui i giudici supremi ritennero che la normativa fosse

²¹ Nel corso della sua carriera, Brandeis fu anche giudice della Corte Suprema tra il 1916 e il 1939.

²² Cort. Supr. 208 U.S. 412 (1908).

²³ Cfr. 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.

²⁴ Cort. Supr. 198 U.S. 45 (1905).

²⁵ Cfr. BERNSTEIN D. E., *Lochner v. New York: a centennial retrospective*, in *Washington University law quarterly*, 2005, p. 1487 ss.

illegittima. In questo caso la difesa dello Stato non aveva utilizzato riferimenti ad elementi fattuali e statistici, ciò era stato viceversa fatto 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 lo fece presentando una memoria nella quale 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 acclaravano che la riduzione dell'orario di lavoro non avrebbe migliorato le condizioni di vita dei panettieri: solo una riforma sanitaria lo avrebbe potuto fare. 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 legislature 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»²⁶.

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 "le evidenze" opposte dalla difesa dello Stato suggerivano che 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 "evidenze" (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.

I casi che si sono ricostruiti possono essere considerati, a livello globale, *leading cases* delle decisioni di legittimità costituzionale *science-based*. Queste ultime - come si vedrà - godono ormai di ampia fortuna anche dall'altra parte dell'oceano atlantico e, nei capitoli a seguire, l'analisi sarà condotta con specifico

²⁶ V. sent *Lochner v. New York* (1905), par. 59.

riguardo all'uso della scienza da parte Corte costituzionale italiana, salvo qualche cenno comparatistico. Prima di focalizzare l'attenzione all'ordinamento italiano, s'intendono però offrire alcuni iniziali spunti di riflessione di portata generale (che trascendono cioè le peculiarità del nostro sistema costituzionale) sul quesito relativo al ruolo che deve rivestire la scienza nel giudizio sulle leggi, i quali muovono dalla consapevolezza che lo scontro/incontro tra scienza e diritto che si gioca al livello del giudizio delle leggi rappresenta un aspetto specifico del più ampio problema circa «la capacità del diritto di prevalere sulla tecnica o viceversa di quest'ultima sulla scienza giuridica»²⁷.

3. Giudici scienziati?

Il primo aspetto che la tematica in esame richiede di affrontare riguarda la dubbia competenza delle Corti nella lettura di dati non giuridici. I giuristi infatti non possono essere formati come eccellenti interpreti delle norme e, al contempo, buoni statistici o scienziati di laboratorio²⁸. Anche alla luce di questa considerazione, è lecito chiedersi se possa considerarsi «compito del giudice essere arbitro non solo dei conflitti sul "diritto", ma anche di quelli che vertono sulle metodologie scientifiche e i loro risultati»²⁹.

L'interrogativo è da tempo dibattuto in Italia rispetto ai giudizi di merito, dove in soccorso al magistrato è posta la figura del perito. Una pronuncia del 2002 della Corte di Cassazione italiana³⁰ ha definito il rapporto tra l'esperto e il giudice penale, invitando quest'ultimo a giustificare le proprie decisioni anche attraverso il riferimento a leggi scientifiche, senza accettare acriticamente e remissivamente i contributi

²⁷ Cfr. D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, op. cit., p. 10.

²⁸ In questi termini PETERSEN N., *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, in *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, n. 10/2010, p. 18: «Die Normwissenschaft ihr Instrumentarium entsprechend ausgebildet. Juristen können nicht gleichzeitig zu exzellenten Norminterpreten und guten Statistiken oder Experimentatoren ausgebildet werden».

²⁹ Così BIN R., *La Corte e la scienza*, op. cit., p. 3.

³⁰ Si tratta della Sent. S.U. Cass. Del 10 luglio 2002, n. 30328

ricostruttivi e valutativi forniti dal primo. Quali conoscenze e competenze possano permettere al giurisperito di mettere in dubbio e criticare le ricostruzioni ricostruzioni e le valutazioni fatte dallo scienziato non appare chiaro. Secondo Secondo Roberto Bin, una simile indicazione comporta «un mutamento importante nella formazione professionale dei giudici (e degli avvocati stessi), stessi), che certo non devono trasformarsi in scienziati, ma devono essere in grado di capire il loro modo di procedere»³¹. Pertanto non nuocerebbe dare ai dare ai giovani giuristi, nel corso della loro formazione, una qualche bussola che consenta loro di orientarsi tra i quesiti della scienza³².

Il problema, pur con contorni differenti, riguarda anche il caso dei giudici di legittimità costituzionale o – per utilizzare un termine più comprensivo – dei giudici delle leggi. Tali Corti sono spesso chiamate a rispondere a domande quali: è legittimo lo scopo perseguito da una certa misura legislativa? I mezzi scelti dal legislatore sono idonei al raggiungimento di tale proposito? L'opzione legislativa impiegata opera un bilanciamento adeguato tra gli interessi da essa implicati? Vi sono misure alternative capaci di raggiungere il medesimo risultato?³³ E, benché, la risposta a tali questioni implichi ragionamenti basati su argomenti giuridici e valoriali, molto spesso – come accennato – essa è fornita anche sulla base di valutazioni di dati tecnici e leggi scientifiche. In questo caso, alle perplessità circa la capacità dei giudici di compiere tali operazioni, si somma il dubbio che essi possano valutare in maniera più competente di quanto non facciano i legislatori di cui valutano le scelte, i quali possono avvalersi di commissioni tecniche *ad hoc*³⁴ o delegare la declinazione del contenuto tecnico di disposizioni quadro a soggetti competenti.

³¹ BIN R., *La Corte e la scienza*, op. cit.

³² Similmente, PETERSEN N., *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, op. cit., p. 18: «*Wäre es sicherlich nicht von Nachteil, jungen Juristen in der Ausbildung einen oleine Kompass für empirische Fragestellung mit auf den Weg zu geben. Das Studium konzentriert sich zur Zeit vollständig auf die normative Seite der Rechtswissenschaft. Von einem Umdenken in dieser Hinsicht profitierten auf lange Sicht Wissenschaft wie Praxis*».

³³ Cfr. YOWELL P., *Empirical research in rights-based judicial review of legislation*, op. cit., p. 155.

³⁴ Così PETERSON N., *Avoiding the common-wisdom fallacy: the role of social sciences in constitutional adjudication*, op. cit., p. 307: «*As most judges lack training in social sciences, they may not be adequately equipped to deal with the potential pitfalls of social science research*».

L'inadeguatezza a svolgere simili valutazioni è stata rilevata anche da insigni giudici della Corte Suprema degli Stati Uniti: è di Stephen Breyer l'affermazione per cui «*judges*

La dubbia capacità dei giudici nell'interpretare dati scientifici è dimostrata da autorevoli ricerche³⁵, le quali hanno individuato gravi incomprensioni nell'impiego di studi statistici, dati empirici e leggi da parte Corti di diversi livelli e ordinamenti. Spesso, oltre che di lacune nella formazione dei giuristi, ciò è anche conseguenza dell'utilizzo poco attendibili: quotidiani, riviste commerciali e persino internet. Il tema approfonditamente affrontato con riferimento agli Stati Uniti: come Yowell in un interessante scritto a riguardo³⁶, circa 400 sentenze emanate 2004 e il 2009 dalla Corte Suprema e da singole Corti federali U.S.A. citazioni di Wikipedia³⁷. Quello del ricorso alle informazioni reperibili sul non è tuttavia un problema solo americano. Basti pensare che, in occasione della sentenza *Promusicae v. Telefonica de España SAU* del 2008, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha stabilito che le compagnie telefoniche non sono obbligate a concedere alle case discografiche i dati degli internauti che scaricano musica illegalmente, facendo riferimento a dati reperiti su Wikipedia circa la difficoltà di individuare l'indirizzo IP dei personal computer³⁸.

L'enucleazione di rigorosi criteri di validità delle opinioni scientifiche cui le Corti possano fare riferimento³⁹ ridimensionerebbe il

*inevitably lack the scientific training that might facilitate the evaluation of scientific claims or the evaluation of expert witness» (BREYER S., The interdependence of science and law, in Judicature, 1998, p. 25 ss.); in anni più recenti Antonin Scalia ha osservato che: «we can't call witnesses and see what the real problems are ... [W]e have only lawyers before us, we have no witnesses, we have no cross-examination, we have no investigative staff» (cfr. la trascrizione della discussione orale sul caso *Rasul v. Bush* del 2004, p. 46).*

³⁵ Si veda ad esempio KAYE D. H., *Is proof of statistical significance significant?*, in *Washington law review*, 1986, p. 1333, e, più recentemente, FAIGMAN D. L., *Constitutional fictions: a unified theory of constitutional fact-finding: exploring the empirical component of constitutional facts*, OUP, New York, 2008.

³⁶ V. YOWELL P., *Empirical research in rights-based judicial review of legislation*, op. cit., p. 168 ss.

³⁷ Wikipedia è un'enciclopedia on-line gratuita. Sul sito si legge che i contenuti in essa reperibili sono liberamente modificabili: «chiunque può contribuire alle voci esistenti o crearne di nuove». La qual cosa non offre alcuna sicurezza rispetto all'attendibilità della fonte.

³⁸ Trattasi del caso C-275/06.

³⁹ Si avrà modo di approfondire *infra*, al Capitolo 3, come uno dei nodi più complessi tra quelli affrontati dai *c.d. Science and Technology Studies (STS)* è proprio quello dell'individuazione di criteri *standard* di validità delle teorie scientifiche che le Corti si trovano a dover applicare.

problema, ma non lo esaurirebbe: anche potendo accedere a fonti di cognizioni attendibili, non è assicurato che il giudice possa compiere opportune valutazioni tecnico/scientifiche. In dottrina v'è dunque chi⁴⁰ ha proposto di affiancare alle Corti comitati di esperti deputati a supportare le decisioni che implicano valutazioni di tal guisa, proprio come il perito affianca il giudice di merito. Per contro, è stato ribattuto che questo rischierebbe di trasformare le Corti in semi-legislatori: come osserva Yowell, «*if judges can initiate and direct empirical investigation using their own staff, and rely on their results to determine the implications of constitutional rights for a wide range of policy questions, then it would become difficult to distinguish their function from that of legislation*»⁴¹.

4. La presunta oggettività della scienza

Un secondo profilo problematico, che abbraccia in maniera più ampia il mondo dei rapporti tra scienza, tecnica e diritto, riguarda il richiamo di leggi scientifiche o di dati statistici in nome di una pretesa oggettività della scienza. Secondo Spadaro, ad esempio, l'ancoraggio delle scelte legislative alle microverità della scienza risponde ad un bisogno di verità e certezza che, nelle contemporanee società pluraliste e relativiste, i valori etico-religiosi non sono più in grado di offrire⁴². Questa deferenza del diritto di fronte alla scienza, concepita come capace di "*speaking truth to power*", porta a considerare gli scienziati «portavoce neutrali di un sapere oggettivo da offrire alla valutazione giuridica e alla decisione politica. Mentre diritto e politica hanno dovuto confrontarsi costantemente con problemi di legittimazione nei confronti della società, l'esclusivo criterio di accreditamento sociale della scienza ha tradizionalmente

⁴⁰ cfr. DAVIS K.C., *Judicial, legislative, and administrative lawmaking: a proposed research service for the Suprem Court*, in *Minnesota Law Review*, 1986. Per Davis, essendo il rapporto coi dati empirici un aspetto centrale del ragionamento giuridico della Corte Suprema U.S.A., essa dovrebbe essere supportata da staff di scienziati ed esperti.

⁴¹ YOWELL P., *Empirical research in rights-based judicial review of legislation*, op. cit., p. 185-186.

⁴² SPADARO A., *Contributo per una teoria della Costituzione, I. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, p. 136.

coinciso con la validità del metodo scientifico in quanto internamente riconosciuto dalla comunità scientifica»⁴³.

Tale fiducia nell'oggettività della scienza sembrerebbe tuttavia mal riposta. In primo luogo perché non è facile trovare settori scientifici nei vi siano posizioni controverse (quando non in aperta antitesi)⁴⁴. Del resto, ricorda Augusto Cerri, «il sapere scientifico [...] non è mai propriamente “verificato”, sibbene solo “non falsificato” e, dunque risulta problematico. [...] Il sapere scientifico, conduce ad avvalorare ipotesi, esse abbiano superato un certo insieme di prove di falsificazione; [Ma] 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?»⁴⁵.

Interessante esempio dell'intrinseca controvertibilità e opinabilità dei risultati della scienza è la vicenda 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 lavorative⁴⁶) di due leggi dei *Länder* Berlino e Baden-Württemberg, le quali vietavano di fumare in

⁴³ TALLACHINI M., *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, *op. cit.*, p. 340.

Seppur moderatamente, qualche perplessità verso questo atteggiamento è espresso anche in RODOTÀ S., *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in COMANDÈ G. - PONZANELLI G. (a cura di), *op. cit.*, p. 397: «il diritto può pericolosamente subire il fascino di una scienza percepita come culturalmente egemone, che individua i temi e detta le soluzioni, creando le condizioni di una (presunta) subordinazione che, ad esempio, ha fatto parlare di un “*droit saisi par la biologie*”».

⁴⁴ Netto è l'ammonimento di LICCI G., *op. cit.*, p. 88 che invita a diffidare dal «modello di scientificità proposto dal neopositivismo [che ndr] consiste nel monismo metodologico, in base al quale viene accordato il massimo credito alle scienze (erroneamente) ritenute “esatte”».

⁴⁵ Cfr. CERRI A., *Diritto-scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in COMANDÈ G. - PONZANELLI G. (a cura di), *op. cit.*, p. 367.

⁴⁶ 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) *Zwangsarbeit ist nur bei einer gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig.*».

molti luoghi pubblici, tra cui ristoranti, bar e discoteche. Per giudicare se i legislatori avessero operato un adeguato bilanciamento tra la tutela della salute 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 del fumo passivo, da un lato, e l'influenza sui ricavi 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. Dunque ritenne che, quanto alla quanto alla coerenza col fine della tutela della salute, i *Länder* avessero operato operato nel margine di discrezionalità loro concesso. Rispetto invece al secondo secondo fattore, i giudici tedeschi trovarono in una relazione dell'Agenzie Federale per le Statistiche⁴⁷ la fonte sicura cui affidarsi. Questa relazione mostrava che gli introiti dei locali dei *Länder* nei quali erano state applicate le applicate le norme anti-fumo erano minori di quelli degli altri *Länder*. Grazie anche agli elementi acquisiti tramite questa relazione, la Corte decretò l'illegittimità costituzionale delle leggi impugnate. I dati forniti dal *Statistischen Bundesamtes* si prestavano tuttavia a letture differenti: è stato infatti sostenuto⁴⁸ che i dati 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.

Il tema delle incertezze scientifiche non è, poi, il solo elemento a suggerire l'infondatezza dell'oggettività della scienza. Vi è infatti un ulteriore argomento, ancor più persuasivo: la tensione ad accogliere ciò che la scienza suggerisce in virtù della sua neutralità, comporta per il giurista il rischio di ispirarsi «a precise concezioni meta-scientifiche e [di recepire *ndr*], senza rendersene conto, e talora con ritardo notevole, modelli di scientificità tratti dalle teorie delle scienze extragiuridiche»⁴⁹. «Il mondo del diritto utilizza, talora senza consapevolezza, concetti e criteri originariamente elaborati in altri contesti problematici, le cui

⁴⁷ Cfr. *Pressemitteilung des Statistischen Bundesamtes* n. 207/08 del 6 giugno 2008.

⁴⁸ Si veda PETERSEN N., *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, *op. cit.*, p. 1-19.

⁴⁹ Cfr. LICCI G., *op. cit.*, p. 88.

premesse riposano più o meno consapevolmente su di un'immagine di scienza, cioè su di un modo di intendere la scienza, le sue fonti, la sua validità»⁵⁰ che, in quanto tale, è solo una delle opzioni possibili⁵¹.

5. Il terzo elemento

Porre grande enfasi sulla conformità di una determinata scelta legislativa rispetto ad evidenze scientifiche presenta ulteriori risvolti che accostano al binomio scienza-diritto un terzo elemento: quello dei valori. Se infatti il giudizio circa la bontà di una legge s'incentra precipuamente sulla valutazione dei presupposti scientifici cui essa è ancorata, facilmente ci si allontana dal piano dei valori perseguiti dalle singole culture giuridiche⁵²: «la scienza ci porta spesso e volentieri al di là di essi»⁵³.

Come acutamente osservato in dottrina⁵⁴, «non tutte le scelte che si fondano su acquisizioni della scienza e della tecnologia sono cattive, così come non tutte le scelte che vi si oppongono sono buone; l'unico punto di riferimento è la conformità ai valori costituzionali. [...] A ben vedere, infatti, la realtà scientifica e tecnologica che costituisce, per il diritto in

⁵⁰ *Ibidem*, p. 88.

⁵¹ In questo senso si veda di nuovo TALLACHINI M., *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, *op. cit.*, p. 340: «la stessa comunità scientifica elabora posizioni cariche di valutazioni non scientifiche che, surrettiziamente sono state considerate asettiche, nel tentativo – iniziato con l'età moderna e l'impresa scientifica stessa – di depurare e rendere più rigogliose le scelte politiche».

⁵² Interessante a tal proposito CALABRESI G., *op. cit.*, p. 10-11: «è tipico del diritto comparato l'affermazione che il nostro ordinamento di appartenenza abbia un concetto, un modo di fare che più si avvicina alla definizione scientifica; quasi che noi avessimo il diritto di imporre il nostro punto di vista o di far sì che altri Paesi accettino il nostro punto di vista in quanto basato su fondamenta scientifiche. Scientifico non nel senso della scienza del diritto, ma scientifico in un modo che superi le particolarità della realtà. [...] Bisogna stare attenti, perché può darsi invece che un determinato sistema venga spinto a lasciare i suoi valori fondamentali, mosso da questa forza del diritto».

⁵³ CALABRESI G., *op. cit.*, p. 11.

Scettico rispetto a questa tendenza è MONATERI P. G., *Il diritto e le scienze dello spirito*, in COMANDÈ G. – PONZANELLI G. (a cura di), *op. cit.*, p. 19: «Intendo mettere in discussione proprio la scienza quale paradigma necessario di riferimento per il giurista. Dobbiamo smettere di pensare il discorso giuridico come necessariamente correlato con l'orizzonte della scientificità, e dobbiamo piuttosto recuperare quello che è il vero paradigma alternativo allo scientismo, e cioè il paradigma delle *Humanities*».

⁵⁴ Cfr. MENGONI L., *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 1 ss.

genere, un dato di fatto di cui prendere atto e in base al quale modellare le prescrizioni normative, perde parte della sua capacità impositiva se posta a confronto con i principi costituzionali»⁵⁵.

Perché si comprendano tali affermazioni si prenda ad esempio l'ambito l'ambito della legislazione relativa ai prodotti geneticamente modificati. La scelta La scelta sulla commerciabilità e sulla coltivabilità di Ogm⁵⁶ può avere importanti importanti ripercussioni su diversi beni che – all'interno del nostro ordinamento ordinamento – trovano riconoscimento nella Costituzione. Si pensi in particolare particolare al diritto alla salute, alla tutela dell'ambiente, alla libera iniziativa iniziativa economica e alla libertà di ricerca scientifica. Questo vale sia per il caso il caso in cui si opti per un approccio liberale nei confronti dei prodotti in questione, sia per l'ipotesi contraria. Nella prima evenienza si favorirà la libera libera iniziativa delle imprese agricole e sementiere, dell'industria alimentare e alimentare e mangimistica, nonché degli operatori della distribuzione e del del settore delle biotecnologie, ma si renderà necessaria l'adozione di precauzioni precauzioni che garantiscano la massima tutela della salute dei consumatori e dei consumatori e dei territori eventualmente destinati alle colture *biotech*. Nell'ipotesi in cui, invece, si scelga un regime regolatorio fortemente cauto e prudentiale, si rischia di comprimere maggiormente le prerogative discendenti dall'art. 41 Cost. nonché la libertà della ricerca scientifica. Inoltre, poiché la modificazione genetica delle piante permette la coltivazione di varietà vegetali particolarmente resistenti che non richiedono l'impiego di sostanze chimiche antiparassitarie, anche nel caso di una chiusura incondizionata verso l'impiego e la coltivazione degli organismi in parola si rischia d'incorrere in una limitazione del diritto alla salute dei consumatori (privati della possibilità di accedere a prodotti potenzialmente più salubri) e della tutela dell'ambiente. Per tutti questi motivi, la scelta di un determinato regime normativo in materia non può limitarsi ad utilizzare come parametro le conoscenze che, allo stato attuale del progresso

⁵⁵ Cfr. D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, op. cit., p. 15-16.

⁵⁶ In questa sede il termine Ogm è utilizzato per indicare varietà vegetali destinate all'alimentazione umana e animale, il cui materiale genetico è stato modificato in modo diverso da quanto si verifichi in natura con l'accoppiamento e la ricombinazione genetica naturale. Non ci si riferisce, invece, ad animali geneticamente modificati, microrganismi o prodotti medicinali per uso umano o animale.

scientifico, sono note circa i rischi legati agli Ogm. Infatti, se la scienza fosse in grado di escludere ogni preoccupazione legata alla salute dei consumatori e ai rischi ambientali⁵⁷, ciò non imporrebbe di per sé una scelta univoca al legislatore. A quest'ultimo dovrebbe essere ricavato un margine di discrezionalità che gli consenta di tenere in ampia considerazione (e bilanciare) tutti i beni e i valori in gioco. E ciò anche a partire da considerazioni non prettamente scientifiche ma politiche, le quali, nel caso italiano, possono variare dalla necessità di tutelare il settore del turismo gastronomico, alla preoccupazione paternalistica verso i piccoli-medi agricoltori che, qualora per far fronte alla concorrenza dovessero ricorrere a sementi gm, si troverebbero nella necessità di contrattare con le grandi multinazionali titolari dei brevetti sui prodotti sementieri Ogm, le quali operano in regime di semi-monopolio.

Se un'eccessiva attenzione verso la conformità a parametri di natura scientifica rischia di porre in secondo piano beni e valori costituzionali di cui il legislatore può e deve tenere considerazione nel suo operato, a fortiori lo stesso vale per le Corti che giudicano le leggi. Si considerino a riguardo due decisioni, l'una della Corte costituzionale del Sud Africa e l'altra della Corte Suprema U.S.A in materia di pena di morte, le quali - a prescindere dal condivisibile esito cui pervengono - appaiono decisamente problematiche: le argomentazioni utilizzate dai giudici sembrano infatti imperniate più sulla ricerca di studi e microverità scientifiche che giustificano le loro prese di posizione, che non sul complesso dei valori costituzionali di riferimento.

Nel caso *S. v. Makwanyane*⁵⁸, la Corte Sudafricana si trovò a dover giudicare la legittimità costituzionale della pena di morte, con particolare

⁵⁷ In relazione a questi ultimi, uno dei problemi di maggiore rilievo è l'individuazione di misure che consentano la coesistenza tra coltivazioni Ogm, varietà selvatiche e tradizionali. La possibilità che fenomeni di impollinazione incrociata e contaminazione genetica tra colture limitrofe mettano a rischio la conservazione della biodiversità non è, infatti, solo meramente eventuale. Un secondo motivo di preoccupazione riguarda gli esiti imprevedibili che potrebbero prodursi sulla fauna a causa dell'introduzione nell'ecosistema e nella catena alimentare di vegetali di origine artificiale.

⁵⁸ Al caso *S v Makwanyane and Another* (1995) si fa riferimento in YOWELL P., *Op. cit.*, p. 182 ss.

riferimento al divieto di trattamenti crudeli, disumani o degradanti, nonché all'esplicito diritto alla vita, presenti in Costituzione. Durante la trattazione del caso, il presidente della Corte, il giudice Chaskalson, reputò primario raccogliere dati circa il potere di deterrenza della pena di morte rispetto alla commissione dei reati per i quali era prevista. Chaskalson valutò che non vi fossero statistiche in grado di dimostrare la maggior deterrenza della pena capitale rispetto a quella detentiva. Di conseguenza ritenne che il solo fine retributivo della condanna a morte non fosse sufficiente a giustificare l'inumano trattamento e la privazione del diritto alla vita dei singoli che vi erano sottoposti. Per quanto l'ancoraggio alla realtà – in questo caso all'effettiva deterrenza di un trattamento penale – di decisioni che incidono sulla vita dei cittadini abbia aspetti positivi autoevidenti, è discutibile che, all'interno di una cultura giuridica in cui si è positivizzata in Costituzione l'invulnerabilità del diritto alla vita⁵⁹, sia necessario il riferimento ad un dato statistico per stabilire l'illegittimità della pena di morte.

Discorso analogo può essere fatto circa la sentenza intervenuta nel 2005 sul caso *Roper vs Simmons*⁶⁰, con la quale la Corte Suprema ha giudicato incostituzionale punire i minorenni con la pena di morte. Studi neuro-scientifici hanno permesso di dimostrare, anche attraverso l'impiego del c.d. *Brain-imaging*⁶¹, che il cervello degli adolescenti è fisicamente meno sviluppato di quello delle persone adulte. Ciò, secondo la Corte, porta ad affermare che le loro capacità cognitive, di rappresentazione della realtà e di discernimento del bene e del male siano parzialmente viziate. Di conseguenza si è ritenuto che prevedere per i minori una condanna pari alla massima pena prevista per gli adulti fosse irragionevole. Sebbene possa apparire imprudente sollevare dubbi sulla bontà del metodo che ha condotto la Corte ad un risultato tanto condivisibile, la deferenza scientifica che ha improntato tale percorso desta qualche perplessità⁶².

⁵⁹ Cfr. la sezione n. 9 della *Interim Constitution*.

⁶⁰ Cort. Supr. 543 U.S. 551 (2005). Si veda ARONSON J.D., *Brain imaging, culpability and the juvenile death penalty*, in *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 13, maggio 2007, p. 115 ss.

⁶¹ Sul tema sia consentito rimandare a RAGONE G. – VIMERCATI B., *Lightness, law and neurosciences: a new tool to protect the unresponsive patient's self-determination?*, in AA. VV., *Legal Imagination(s). Memos for a Law of this Millennium. Conference proceedings*, Editore Univali, p. 99 ss.

⁶² Interessante è la critica mossa da Justice Scalia nella sua *dissenting opinion* alla pronuncia, p. 75: «Given the nuances of scientific methodology and conflicting views, courts – which can only consider the limited evidence on the record before them – are ill equipped to

Si consideri, d'altra parte, che la quasi totalità degli Stati europei ha adottato soluzioni legislative analoghe molti anni prima che si potessero ottenere accurate fotografie del cervello umano, in virtù di principi fondamentali dei propri ordinamenti.

Inoltre quand'anche i valori espressi dalle singole società non considerati un sufficiente criterio su cui basare specifiche scelte vedere le opzioni suggerite dalla scienza, non sono di per sé un valido ad essi. Come ha affermato Natalino Irti⁶³, «la tecnica, indefinita ed in grado di rispondere alle domande del diritto: che cosa prescrivere? Come comportarsi? In base a quale criterio separare la ragione e il torto?». «La scienza moderna non fornisce alcuna risposta. E, di conseguenza, c'è chi è tentato di considerare questi interrogativi come insignificanti. Questa conclusione è forse il più grave rischio [...] del] modello di Massima Deferenza di integrazione per la bioetica pubblica, che rimanda tutte le decisioni bioetiche alla scienza e agli scienziati»⁶⁴. Si pensi di nuovo al caso tedesco sulle leggi-antifumo: è difficile pensare che la scienza possa stabilire se i rischi per la salute dei cittadini siano un buon motivo per limitare la libertà di esercizio delle professioni lavorative. Questo tipo di decisione deve essere preso da chi detiene la

determine which view of science is the right one. Legislatures are better qualified to weigh and 'evaluate the results of statistical studies in terms of their own local conditions and with a flexibility of approach that is not available to the courts'».

⁶³ Cfr. IRTI N. – SERVERINI E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 19. In questa sede il Giurista individua nel declino della politica il declino del diritto e, conseguentemente, l'affermazione della tecnica: «se l'apparato tecnico-scientifico è incremento indefinito della capacità di raggiungere scopi, chi decide, nel silenzio della politica e del diritto, i concreti e determinanti scopi, a cui quella capacità più dare soddisfazione?» (p. 20).

⁶⁴ Quest'ultima affermazione è tratta da SNEAD O. C., *Una Costituzione bioetica?*, ne *Il Sole 24 Ore*, 13 gennaio 2013. Nel testo dell'articolo si legge altresì: «come osservava George Graham "la scienza non può dedurre o produrre conclusioni scientifiche riguardanti gli scopi o i propositi appropriati delle politiche pubbliche. Può, al massimo, offrire una conoscenza migliore delle cause e degli effetti che circondano quegli aspetti che le politiche di governo andranno a influenzare". "Sono soltanto la teologia, la filosofia o la politica che possono stabilire gli scopi della scienza e della tecnologia che la scienza produce, e decidere se questi siano buoni o meno". (Frank Fukuyama)».

rappresentanza democratica ed è soggetto a meccanismi di responsabilità politica⁶⁵.

6. Le leggi davanti al tribunale della scienza

Sin qui si è sottolineata la scarsa capacità dei giudici a leggere i dati provenienti dalle scienze empiriche e, al contempo, si è diffidato di ipotesi “deferenziali” come quella di affiancare alle Corti comitati di esperti che le aiutino a giudicare le leggi a motivo della mancanza di oggettività del dato scientifico. Si è infatti messa in dubbio la presunta “laicità” della scienza, contestandone la capacità ad essere oggettivo parametro di giudizio delle valutazioni svolte dal legislatore; da ultimo si è messo in luce il rischio che un’eccessiva attenzione verso parametri scientifici ponga in secondo piano il parametro offerto dai valori costituzionali. Ciò sembrerebbe portare ad escludere categoricamente che nel giudizio sulle opzioni legislative debbano poter trovare spazio valutazioni di natura tecnico/scientifica.

Vi sarebbero buone ragioni per sostenere una simile affermazione. Bisogna infatti riconoscere che là dove vi è incertezza, e nella scienza è sempre così, il rischio della scelta è del legislatore. Questi, non solo può valutare meglio i dati grazie agli organi e alle commissioni di cui si può avvalere⁶⁶, non solo è autorizzato a compiere scelte che implicino una certa discrezionalità in virtù della sua legittimazione democratica, ma è libero di prendere decisioni sulla base di principi e valori nei quali, stando alle regole della democrazia rappresentativa, la maggioranza dei cittadini di un certo Stato si rispecchia.

⁶⁵ Cfr. WEILER J.H.H., *Epilogue: towards a common law of International trade*, in ID., *The EU, the WTO, and the NAFTA, towards a common law of International trade?*, Joseph H. H. Weiler ed., 2000, p. 201, 222-223.

⁶⁶ Si pensi al Parlamento italiano (che ex art. 70 Cost. è principale titolare della funzione legislativa): la Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica sono ripartiti al loro interno in Commissioni per materia, le quali, nell’esaminare proposte di legge, possono avvalersi del contributo di esperti. Inoltre è frequente l’utilizzo della delega legislativa al Governo per il dettaglio di normative di competenza dei singoli Ministeri. Anche questi ultimi possono essere affiancati da Commissioni di nomina governativa composte da tecnici di un determinato settore. Si veda il caso della c.d. Commissione dei 35 Saggi istituita nel maggio 2013 dall’Esecutivo italiano per coadiuvare la stesura di progetti di riforme costituzionali.

Nell'affermare questo è, però, necessario tenere conto di una possibile deriva: auspicare che le Corti deputate al giudizio delle leggi non abbiano alcuna voce in capitolo nel valutare la coerenza delle scelte legislative ad ancoraggi scientifici, affida al totale libero arbitrio del legislatore la valutazione dei dati empirici. Il che, com'è intuitivo, non può considerarsi positivamente: anzitutto perché «la prevalenza dei valori al di fuori di qualsiasi collegamento con il progresso della scienza e della tecnologia determinerebbe una sorta di "anacronismo tecnologico" delle norme costituzionali»⁶⁷. La storia della giustizia costituzionale italiana mostra ad esempio che, in alcuni settori, solo l'intervento del Giudice delle leggi ha permesso di superare normative basate su presupposti empirici del tutto discutibili, superati e anacronistici⁶⁸. E' questo il caso della nota sentenza n. 202 del 1976 che ha condotto all'abolizione del monopolio pubblico televisivo. Esso aveva trovato giustificazione in passato⁶⁹ nella scarsità delle bande di trasmissione utilizzabili dalle emittenti. La situazione mutò 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 privati⁷⁰. La vicenda riportata porterebbe ad avvalorare l'importanza che elementi di natura tecnico/scientifica entrino, in una qualche misura, nel ragionamento giuridico del Giudice delle leggi. Questo è anche il suggerimento che proviene dalla giustizia costituzionale tedesca, ove il *Bundesverfassungsgericht*, in presenza di soluzioni normative condizionate dalla scienza e dalla tecnologia che finiscano con l'incidere su valori costituzionali fondamentali, opera degli *intensivierte inhaltliche Kontrolle*, attraverso il dispiego di propri strumenti istruttori⁷¹.

⁶⁷ Cfr. D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, op. cit., p. 24.

⁶⁸ Così BIN R., *La Corte e la scienza*, op. cit., p. 6.

⁶⁹ Cfr. la Sent. cost. n. 225 del 1974.

⁷⁰ Per una più completa esposizione della vicenda, FRANCESCHELLI V., *Convergenza. La «convergenza» nelle telecomunicazioni e il diritto d'autore nella società dell'informazione*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 61 ss.

⁷¹ Come si legge in CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, op. cit., p. 529, il *Bundesverfassungsgericht* rivendica la possibilità di ricorrere a *intensivierte inhaltliche*

Una strada mediana, che tenga conto di molti dei fattori messi luce, può essere mutuata dagli approdi cui è giunta da anni la dottrina amministrativistica in relazione al problema della c.d. discrezionalità tecnica. Come noto, nel processo amministrativo capita sovente che gli atti impugnati contengano valutazioni di natura tecnica operate da organi della pubblica amministrazione. Rispetto a tali apprezzamenti il giudice amministrativo non può operare valutazioni nel merito: egli è infatti chiamato ad arrestarsi dinanzi alla discrezionalità tecnica della P.A. Ciò accade, a maggior ragione, in presenza di quelle che la dottrina nord americana definisce *science policy issue* – cioè «questioni scientifiche controverse che richiedono soluzioni di natura politica»⁷² in quanto, seppur tecniche, non consentono risposte univoche⁷³. Il che non significa che le scelte degli organi amministrativi, laddove siano fondate su basi scientifiche opinabili, siano totalmente insindacabili: questo conferirebbe alla P.A. un potere eccessivo. La dottrina prevalente concorda piuttosto nel ritenere che sia possibile ai giudici svolgere un controllo di ragionevolezza c.d. esterno, che permetta loro di pronunciare declaratorie di illegittimità dinanzi a valutazioni la cui irrazionalità sia manifesta. *Mutatis mutandis*, il suggerimento che si può trarre dal diritto amministrativo per il giudizio sulle leggi è quello di un controllo esterno della Consulta sulle valutazioni tecnico/scientifiche che si arresti dinanzi alla *discrezionalità tecnica del legislatore*. Detto controllo si deve limitare all'accertamento di macroscopiche illogicità o manifesti travisamenti nelle valutazioni operate dal legislatore, senza addentrarsi eccessivamente nel merito delle ponderazioni da questi svolte. Naturalmente, la problematica delle valutazioni scientifiche (soprattutto quando controverse) «non può presentarsi, nel giudizio costituzionale, con gli stessi tratti che la caratterizzano nel giudizio sugli atti della pubblica amministrazione. [Tuttavia] almeno uno dei risultati acquisiti nel dibattito [della] scienza amministrativistica può essere fatto proprio

Kontrolle «con riguardo alle previsioni e alle presupposizioni in fatto del legislatore, quando la disciplina tocchi i diritti da considerare “apicali” nel sistema».

Sul punto cfr. anche CAMERLENGO Q., *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, p. 179.

⁷² Cfr. VIOLINI L., *Le questioni scientifiche controverse nel processo amministrativo*, op. cit.

⁷³ Così LUCIANI M., op. cit., p. 544.

nel dominio del giudizio costituzionale: la proporzionalità inversa fra precisione dei dati tecnici presupposti dalle decisioni e “discrezionalità” di chi le adotta»⁷⁴. Il modello del controllo esterno ora descritto presenta molti punti di somiglianza con il c.d. approccio procedurale suggerito dalla dottrina inglese⁷⁵, il quale consiste nel valutare se il legislatore abbia adottato le garanzie procedurali necessarie a prendere una decisione fondata su una solida base empirica. In base a questo archetipo, i giudici delle leggi sono chiamati a verificare che l'atto legislativo oggetto di giudizio sia frutto di un procedimento legislativo affidabile, preceduto da un serio accertamento dei fatti e dalla consultazione di validi esperti. Come si vedrà attraverso l'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana *science-based*, è questo un approdo cui è giunta anche la Consulta.

Per giungere a descrivere il ruolo della scienza sul banco del tribunale delle leggi italiano, la trattazione procederà secondo il seguente ordine: innanzitutto si individueranno le strade attraverso le quali il fatto - genericamente inteso, prima ancora che il fatto di caratura tecnico/scientifica - varca la soglia di Palazzo della Consulta. In secondo luogo si cercherà di capire in che modo esso entra a far parte delle argomentazioni giuridiche e quindi delle decisioni della Corte costituzionale (*Capitolo 1*). Questa parte della relazione imporrà di svolgere qualche osservazione circa il principio costituzionale rispetto al quale l'incidenza dei fatti nel giudizio sulle leggi assume maggior rilievo: il principio di ragionevolezza. Giunti a questo punto saremo in grado di analizzare l'impiego del fatto scientifico nelle decisioni della Corte, esaminando come i giudici costituzionali utilizzano parametri desunti da un metodo non giuridico per risolvere controversie riguardanti il bilanciamento di diritti costituzionali. I diversi test di “ragionevolezza scientifica” utilizzati dalla Consulta saranno brevemente messi a confronto il modo di procedere della Corte europea dei Diritti dell'Uomo

⁷⁴ Cfr. LUCIANI M., *op. cit.*, p. 545. Nello stesso senso anche BENVENUTI L., *op. cit.*

⁷⁵ Cfr. PETERSEN N., *Avoiding, cit.*, par. 3.2.2 *Procedural control of legislative decisions*, p. 314 ss.

in alcune significative sentenze *science-based* (Capitolo 2). Da ultimo si cercherà di trarre alcune indicazioni dalla casistica esaminata (Capitolo 3).

CAPITOLO 1

LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA E I "FATTI"

SEZIONE I

ISTRUTTORIA E UTILIZZO DEI FATTI

Sommario: 1. L'accertamento dei "fatti" - 1.1 La normativa dei poteri istruttori della Corte costituzionale italiana - 1.2 Nella Prassi: l'uso dell'ordinanza istruttoria - 1.3 Altre "vie" d'ingresso del fatto - 2. ... (segue) e la loro rilevanza - 3. L'inversa sorte di fatti e istruttoria formale- 4. Appendice: elenco delle ordinanze istruttorie successive al 1996.

1. L'accertamento dei "fatti"

Come già accennato in *Introduzione*, sebbene l'accertamento del fatto sia attività tipica dei giudici di merito, non si può certo affermare che i procedimenti dinanzi alle Corti costituzionali e – per ciò che qui interessa – dinanzi a quella italiana siano impermeabili all'ingresso dei "fatti" nel giudizio⁷⁶. Assolutamente minoritaria è infatti la dottrina⁷⁷ che vede nei giudizi sulle leggi o sui conflitti un sindacato in astratto⁷⁸, confinato negli stretti limiti dei sintagmi legislativi; al contrario, «l'incidenza delle concrete circostanze e situazioni tratte dall'esperienza reale ... è un motivo ricorrente che scandisce gli studi condotti al

⁷⁶ Come osserva LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, p. 552: «I motivi per i quali il giudice costituzionale può interessarsi, anche nei giudizi su norme, ai fatti, sono svariatisimi».

⁷⁷ All'interno della quale si segnala su tutti GIANNINI M.S., *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, p. 904 ss. Cfr. anche CHELI E., *Sulla correzione di errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1959, p. 303; SAIITA A., *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996, p. 93 ss.

⁷⁸ Naturalmente anche nell'ipotesi in cui la Corte si trovasse ad esercitare il proprio compito di giudice della messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica dovrebbe confrontarsi con il mondo dei fatti: dovrebbe, infatti, conoscere le fattuali circostanze eventualmente poste alla base della messa in stato d'accusa in questione.

riguardo»⁷⁹. È stato del resto notato⁸⁰ che 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»⁸¹.

Se, in generale, il ventaglio di fatti che la Corte è chiamata a conoscere nello svolgimento delle proprie attribuzioni è amplissimo, ciò vale sicuramente anche per il sindacato di costituzionalità sulle leggi e gli atti aventi forza di legge: esso non implica un mero raffronto astratto tra norme, ma chiede al Giudice costituzionale di attingere anche alla realtà fattuale. In questo contesto, i fatti utili alla Corte possono schematicamente suddividersi nelle seguenti categorie: fatti strettamente giuridici, latamente giuridici ed extra-giuridici. Rientrano nella prima qualificazione i dati normativi diversi da quelli oggetto e parametro del sindacato della Corte e di cui essa nondimeno necessita per svolgere il proprio compito. Interessante a riguardo è il caso della legge o disposizione straniera la cui esistenza, secondo la dottrina più risalente⁸², poteva essere oggetto di onere probatorio⁸³.

⁷⁹ Così CAMERLENGO Q., *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, op. cit., p. 166.

⁸⁰ Cfr. D'AMICO G., *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in Malfatti E., Romboli R., Rossi E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino 2002, p. 436.

⁸¹ Già in una delle primissime pronunce della Corte, la sent. cost. n. 3 del 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».

⁸² Si legge in CERRI A., *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 internazional-privatistica ed anche se ciò può venir superato dalla recente tendenza a stipulare convenzioni in materia di informazione giuridica etc.)».

⁸³ Il problema della corretta conoscenza del diritto di altri Stati è - naturalmente - più sentito da parte di quei giudici che, sulla base delle regole del diritto internazionale privato, sono chiamati ad applicare norme straniere. Come illustra BASEDOW J. (*Comparative law and its clients*, Max Planck private law research paper n. 14/2 p. 17 e 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*».

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». 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 indeterminati⁸⁴.

Venendo in ultimo ai fatti extra-giuridici, il contenuto di questa categoria può essere fatto coincidere con il concetto di *Legislative facts*, coniato dallo studioso americano Kenneth Culp Davis⁸⁵: tale tipologia di fatti, diversamente dagli *Adjudicative facts* che sono strettamente collegati al contenzioso tra le parti in causa e vengono normalmente fatti oggetto della cognizione dei 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 esperienza⁸⁶. All'interno di quest'ultima categoria, autorevole dottrina⁸⁷ ha orientativamente individuato sei sotto-categorie: i fatti naturali⁸⁸, i fatti sociali⁸⁹ (tra i quali si possono annoverare anche i fatti linguistici

⁸⁴ Queste fattispecie sono elencate in LUCIANI M., *op. cit.*, p. 533 ss come esempi di fatti che possono essere utili al Giudice delle leggi in sede di interpretazione della norma impugnata.

⁸⁵ Cfr. DAVIS K.C., *Judicial Notice*, in *Columbia Law Review*, n. 55/1955, p. 945 ss.

⁸⁶ In GROPPI T., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997, p. 24 si parla dei *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».

⁸⁷ AINIS M., *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 20.07.2010.

⁸⁸ Secondo l'Autore essi vengono in gioco quando questo o quel fenomeno costituisca il presupposto, o meglio la condizione legittimante della regolazione normativa. «Non sarebbe forse viziato da incostituzionalità un decreto legge che sospenda talune libertà 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 d'emergenza? Ma la categoria in questione s'applica inoltre alle caratteristiche antropologiche e antropomorfe dell'essere umano,

e quelli religiosi), i fatti economici⁹⁰, i fatti politici⁹¹, i fatti amministrativi⁹² e, da ultimo, i fatti scientifici⁹³.

Prima che si analizzi quale rilevanza sia (stata) data nel sindacato di legittimità dal Giudice costituzionale italiano al fatto – innanzitutto, genericamente inteso e, successivamente, al fatto scientifico –, è necessario esaminare i percorsi attraverso i quali esso varca la soglia di Palazzo della Consulta. Si noti che, già nel 1954 la dottrina aveva rilevato che quello dell'istruttoria costituzionale era destinato a divenire «il vero problema» del processo sulle leggi⁹⁴.

1.1 La normativa dei poteri istruttori della Corte costituzionale italiana

Per prima cosa è bene individuare cosa dicano le pertinenti fonti normative a proposito dei poteri conoscitivi della Consulta, seppur con il *caveat* che si tratta di poche e assai generiche norme.

Quanto alle fonti primarie, *in primis* vi è l'art. 13 della l. 11 marzo 1953, n. 87, «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale», che permette ai Giudici costituzionali di disporre l'audizione di testimoni e, anche in deroga ai divieti stabiliti da altre leggi, il richiamo di atti o documenti. La disposizione, seppur non sia esplicitato, si riferisce a qualunque tipo di

oppure ai tratti distintivi fra i due sessi» (così, AINIS M., *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, *op. cit.*, p. 5).

⁸⁹ Ossia quei fatti che descrivono l'evoluzione del costume o, in generale, della cultura collettiva.

⁹⁰ 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.

⁹¹ L'Autore ne parla come della fattispecie «dai contorni più slabbrati» (Cfr. AINIS M., *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, *op. cit.*, p. 11). A titolo esemplificativo, possono considerarsi fatti politici le prassi legislative, le prassi fondamentali o le consuetudini costituzionali.

⁹² Essi afferiscono alla modalità con cui le leggi funzionano in concreto ed incrociano il vasto campo del diritto vivente.

⁹³ Che l'Autore identifica con i fatti legati al progresso scientifico e allo sviluppo tecnologico.

⁹⁴ Cfr. GIANNINI M. S., *L'illegittimità degli atti e delle norme*, in *Rivista italiana di Scienze Giuridiche*, 1954, p. 71.

procedimento innanzi alla Corte⁹⁵ e attribuisce ad essa poteri istruttori vastissimi; addirittura apre alla possibilità di deposizioni orali. 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)»⁹⁶. Per questo «alle indagini della Corte non esiste alcun limite: non sussistono limiti quindi neanche per le deposizioni dei testimoni»⁹⁷. Tuttavia, di fatto, la Corte non si è mai avvalsa di tale ultima facoltà, essendosi l'istruttoria sempre svolta in forma scritta e mai orale⁹⁸.

Sempre all'interno della legge del 1953 - e più specificatamente all'art. 22 - si rinviene la statuizione in base alla quale «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». È chiaro che l'estrema laconicità del rinvio alle regole processuali (e dunque anche a quelle istruttorie) valide per i giudizi dinanzi alla Suprema Corte amministrativa è sufficiente di per sé a determinare lo scarso rilievo di quest'indicazione⁹⁹.

Quanto invece ai poteri istruttori specificatamente previsti per il caso (mai verificatosi) di messa in stato d'accusa del Presidente della Repubblica, il testo legislativo di riferimento è la l. 25 gennaio 1962, n. 20. In particolare l'art. 22, *Compimento degli atti di indagine*, così come sostituito dall'art. 13 della legge 5 giugno 1989, n. 219¹⁰⁰, prevede che nell'ipotesi anzidetta «il Presidente della

⁹⁵ Così LUCIANI M., *op. cit.*, p. 524

⁹⁶ Cfr. SANDULLI A. M., *La giustizia costituzionale in Italia*, Milano, 1961, p. 23

⁹⁷ *Ibidem*, p. 23.

⁹⁸ A più di trent'anni da quando fu rilevato da Augusto Cerri (cfr. CERRI A., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, *op. cit.*, p. 1337), il dato non è mutato. Del resto la testimonianza orale avrebbe forse ragion d'essere solo all'interno dei giudizi d'accusa avverso il Presidente della Repubblica, i quali - come noto - non hanno mai avuto luogo.

⁹⁹ Secondo CERRI A., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, *op. cit.*, p. 1337, l'art. 22 della l. n. 87/53 sarebbe inidoneo a fornire una chiave interpretativa dei poteri istruttori della Consulta per «la vetustà del testo richiamato» e, soprattutto, perché dettato «quando ancora nessuna esperienza di giustizia costituzionale si era avuta».

¹⁰⁰ 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

Corte costituzionale provveda, direttamente ovvero delegando giudici della Corte, al compimento degli atti di indagine necessari, ivi compreso l'interrogatorio dell'imputato, nonché alla relazione». Sempre in tema di c.d. «giustizia penale costituzionale»¹⁰¹, 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 Consulta¹⁰². Come 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'articolo 449 del codice di procedura penale (cfr. art. 4). Alla Commissione era altresì concesso delegare a uno o più commissari il compimento di determinati atti istruttori (cfr. art. 6).

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, per aver agevolato la compagnia statunitense Lockheed a vendere all'Aeronautica italiana i loro quadrimotori C-130 Hercules,

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».

¹⁰¹ Cfr. ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 393.

¹⁰² Le modalità di esercizio di tale compito erano dettagliate agli artt. 1-16 della l. n. 20 del 1962.

in cambio del pagamento di ingenti somme di denaro. La pronuncia della Consulta che fu epilogo del procedimento portò alla condanna dell'allora Ministro della Difesa per corruzione e atto contrario ai doveri d'ufficio¹⁰³. Scorrendo le *Motivazioni della Sentenza*, nella capitolo relativo allo *Svolgimento del Processo*, emerge l'ampiezza dell'istruzione probatoria - cui la Corte espressamente si richiama¹⁰⁴ - condotta dalla Commissione inquirente sia tramite l'acquisizione della documentazione già in possesso del c.d. Sottocomitato Church¹⁰⁵, sia 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 etc.), sia attraverso l'escussione di testi informati sui fatti.

Come accennato, il caso Lockheed rappresenta un *unicum* nella storia della giustizia costituzionale: l'emanazione della sentenza seguì di pochi mesi la novella del 1978¹⁰⁶ che riformò la fase parlamentare del giudizio d'accusa, con lo scopo dichiarato di trasformare in senso solo referente i poteri della Commissione¹⁰⁷. Detta «modificazione ha avuto più il carattere di una indicazione di senso della nuova disciplina che non una portata in sé innovativa»¹⁰⁸. Benché, infatti, la Commissione perse nominalmente 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 attraverso il referendum popolare che si svolse l'8 e il 9 novembre 1987. Il 20 maggio dell'anno successivo il Parlamento promulgò una legge, la n. 163,

¹⁰³ La Sentenza, datata 1 marzo 1979, determinò per Mario Tanassi una pena due anni e quattro mesi di reclusione, 400 mila lire di multa e all'interdizione dai pubblici uffici.

¹⁰⁴ 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».

¹⁰⁵ Sottocommissione d'inchiesta statunitense che, prima della Corte costituzionale italiana, aveva iniziato ad occuparsi della vicenda oggetto della pronuncia.

¹⁰⁶ Si veda in particolare l'art. 9 della legge 10 maggio 1978, n. 170.

¹⁰⁷ È stato autorevolmente notato che «con la riforma del 1978 si volle ricondurre la commissione in un ambito solo servente il parlamento» (così ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, p. 428).

¹⁰⁸ Cfr. ZAGREBELSKY G., *op. cit.*, p. 429.

contenente le norme ritenute necessarie a supplire l'anzidetta abrogazione referendaria. Anche queste ultime cessarono presto d'avere efficacia, giacché le leggi costituzionali n. 1/1989 e n. 3/1993 sottrassero alla Consulta la competenza sui reati ministeriali.

Passando alle fonti secondarie, relativamente più dettagliate delle disposizioni sin qui elencate sono le «Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale», la cui più recente modifica risale al 7 ottobre del 2008¹⁰⁹. Al Capo I, dedicato al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale¹¹⁰, 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*.

L'art. 12 sancisce che: «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». Degno d'interesse è anzitutto il riferimento al termine "prova": nel caso del Tribunale costituzionale, infatti, l'attività istruttoria non coincide necessariamente con l'attività probatoria. Ci si potrebbe anzi domandare cosa vada provato all'interno di un procedimento che, come quello cui la norma in esame si riferisce, è volto all'accertamento della conformità a Costituzione di una legge o di un atto avente medesima forza¹¹¹: in questa sede processuale, in ultima analisi, «la prova consiste quasi sempre in una richiesta di informazioni»¹¹². L'art. 12 è altresì interessante in quanto elegge l'ordinanza - che nella legge del '53 non era menzionata - a mezzo deputato all'espletamento dei poteri conoscitivi della Corte.

La disposizione successiva indica, invece, i soggetti incaricati dell'assunzione dei mezzi di prova: il giudice istruttore (verosimilmente il

¹⁰⁹ Il testo originario è invece datato 16 marzo 1956.

¹¹⁰ In realtà, stanti i rinvii operati dagli artt. 23, 24 IV comma e 25 IV comma 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.

¹¹¹ Similmente CHIAVARI 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. 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».

¹¹² Così CERRI A., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, op. cit., p. 1336.

giudice relatore del caso *de quo*)¹¹³ e il cancelliere¹¹⁴. Il primo deve curare l'assunzione probatoria avvalendosi dell'assistenza del secondo, il quale è tenuto alla redazione di un verbale (c. 1) e ad avvertire le parti dieci giorni prima di quello fissato per l'assunzione stessa (c. 2). L'art. 13 chiarisce, inoltre, che le spese per l'assunzione sono a carico del bilancio della Corte (c. 3).

L'art. 14 delle N.I. garantisce poi che, espletate le prove, i relativi atti siano depositati nella cancelleria (c. 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 (c. 2).

In conclusione è opportuno far breve cenno al «Regolamento Generale della Costituzionale»¹¹⁵, il quale al *Capo II* elenca le attribuzioni della Commissione Studi e Regolamenti¹¹⁶. 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 di documentazione sulla giurisprudenza e sulla dottrina costituzionale e di interesse costituzionale, anche straniera¹¹⁷. Le

¹¹³ Quanto alla sua nomina, si vedano l'art. 7 delle N.I e l'art. 26 della l. 87/53. 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».

¹¹⁴ Come ricostruito in FERRO G. A., *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, Torino, 2012, p. 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».

¹¹⁵ Pubblicato per la prima volta in Gazzetta Ufficiale il 19 febbraio 1966, n. 45, edizione speciale e negli anni sottoposto a molteplici modifiche.

¹¹⁶ 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).

¹¹⁷ 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

ricerche effettuate dall'ufficio studi non sono da considerarsi vere e proprie risultanze istruttorie. Ciò non di meno è indiscutibile che permettano alla Corte di istruirsi, quanto meno, su quelli che in questa sede sono stati definiti fatti strettamente giuridici.

1.2 Nella Prassi: l'uso dell'ordinanza istruttoria

Salva l'assunzione della relazione redatta dalla Commissione inquirente nel caso Lockheed¹¹⁸, l'unico strumento d'istruzione formale che il Giudice delle leggi italiano abbia nei fatti mai utilizzato è quel particolare tipo di decisione interlocutoria¹¹⁹ costituita dall'ordinanza istruttoria ex art. 12 delle N.I. Essa rappresenta la via d'ingresso privilegiata – e maggiormente garantista – del fatto nel giudizio. Eppure il suo impiego da parte della Corte non è mai stato attuato secondo le sue piene potenzialità e, anzi, è divenuto nel tempo sempre più marginale.

Il primo profilo in cui si manifesta l'impiego riduttivo delle ordinanze istruttorie riguarda l'individuazione dei soggetti deputati alla fornitura di dati. Tale aspetto non è certo secondario: se i fatti e i dati empirici assumono un ruolo di spicco nella valutazione che una Corte opera circa una scelta normativa, l'attendibilità e la terzietà della loro fonte è questione di non poco conto. Di un certo rilievo è dunque la circostanza che, nella quasi totalità dei casi in cui

attinente ai vari 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. BALDASSARRE A., *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in COSTANZO P. (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, p. 23).

¹¹⁸ E salvo il riferimento alle ricerche effettuate dall'ufficio studi.

¹¹⁹ Le Relazione annuale del 2006 della Corte Costituzionale italiana afferma che: «prive di numerazione, le ordinanze interlocutorie 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*. Come si legge in FERRO G. A., *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, op. 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). Talvolta, il mancato rispetto del termine da parte del destinatario della richiesta ha dato luogo alla reiterazione della stessa».

l'istruttoria è stata disposta all'interno di un giudizio di legittimità, la Corte abbia richiesto dati ai Ministeri od altri enti statali, laddove il Governo è sempre parte in causa. Si pensi al caso emblematico dell'ordinanza del 13 luglio 1987: qui la Consulta, dovendo giudicare in materia di emittenza radiotelevisiva pubblica e privata, si rivolse al Ministero delle poste e delle telecomunicazione per essere istruita 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). Recentemente è stato auspicato dalla dottrina che, in simili circostanze, la Corte richieda «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»¹²⁰ e, più in generale, si avvalga di soggetti esperti o specificamente qualificati che siano terzi rispetto all'oggetto della causa trattata. Discorso analogo vale rispetto alle ordinanze istruttorie pronunciate nel corso dei giudizi sui conflitti d'attribuzione, ove gli interpellati sono spesso gli Enti locali o i soggetti ricorrenti o convenuti. Riassuntivamente, «può dirsi [...] che il giudice delle leggi ha voluto mantenersi sempre - nell'esercitare i propri poteri istruttori - entro i confini cognitivi della sfera del potere pubblico»¹²¹. Il che è segno del «carente sfruttamento delle considerevoli potenzialità insite nell'arsenale istruttorio predisposto dal diritto positivo»¹²².

Lo stesso può dirsi circa il fatto che, per lo più¹²³, il contenuto dell'istruzione si limita all'assunzioni di verbali e altri dati "latamente giuridici".

¹²⁰ Così D'AMICO G., *La Corte e lo stato dell'arte*, op. cit., p. 446 e nota 65.

¹²¹ Così FERRO G. A., *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, op. cit., p. 252.

¹²² Cfr. CAMERLENGO Q., op. cit., p. 170.

¹²³ 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 FERRO G. A., *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, op. 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.

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 averne il possesso, e la cui trasmissione [...] viene pertanto sollecitata in modo puntuale dalla pronuncia istruttoria»¹²⁴. Gli oggetti di cognizione di alcune delle principali ordinanze istruttorie emanate nell'ultimo decennio sono chiara esemplificazione di quest'uso 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 caccia, in vigore in ciascuna delle Regioni e Province autonome al momento dell'emanazione del d.lgs. n. 230 del 1991 (ord. 10 aprile 2002); 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 convegno (ord. 24 aprile 2002); 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 caccia, in vigore in ciascuna delle Regioni al momento dell'emanazione del d.lgs. n. 230 del 1991 (ord. 2 luglio 2002); il verbale di un'interrogazione parlamentare (ord. 10 luglio 2002); la relazione allegata al verbale di una riunione del Consiglio dei Ministri (ord. 14 novembre 2003). Come emerge, in nessun caso oggetto di cognizione formale sono stati studi, leggi generali o dati statistici. Eppure – si avrà modo di vederlo *infra* – a tale assenza non è corrisposto il mancato utilizzo di simili fatti nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni.

Alla luce di quanto delineato, non sorprende che già nel 1973, un'autorevole dottrina¹²⁵ notasse che «rispetto ai giudici 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». Nel corso della storia della giustizia costituzionale il dato non è affatto mutato: la letteratura degli anni '80 ha registrato che in quel periodo «le

¹²⁴ Così CHIAVARIO M., *op. cit.*, p. 234.

¹²⁵ Cfr. BALDASSARRE A., *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. Cost.*, 1973, p. 1497.

istruttorie non hanno conosciuto una fioritura particolare, rimanendo in limiti quantitativi assai modesti»¹²⁶, la dottrina degli anni '90 lamentava «il numero limitato di giudizi nei quali si effettua un'istruttoria formalizzata»¹²⁷ e, ancora nel 2002, è stato segnalato¹²⁸ un «uso assai parco delle ordinanze istruttorie da parte del nostro giudice costituzionale, a dispetto di quanto avviene in altri paesi».

Se si osserva l'evoluzione della frequenza d'utilizzo delle istruttorie¹²⁹, si coglierà che il *trend* - da un punto di vista squisitamente quantitativo - ha addirittura subito nel tempo un deciso peggioramento. Nei primi decenni del suo operato, la Consulta ha fatto un uso delle ordinanze istruttorie che, seppur non ampio, risulta piuttosto variegato: delle 44 ordinanze ex art. 12 N.I. disposte nell'arco temporale compreso tra il 1956 e il 1989, la forte maggioranza (27) è stata pronunciata all'interno di giudizi di legittimità in via incidentale ma ve ne sono altresì di emanate nell'ambito del sindacato in via principale (6), dei ricorsi per conflitti Stato-regioni (10) e persino un caso all'interno di un ricorso per conflitto tra poteri¹³⁰.

Come l'acceso dibattito di quel tempo dimostra¹³¹, gli anni '70 e '80 detengono l'imbattuto primato nel numero di istruttorie utilizzate dal Giudice costituzionale¹³². Taluni Autori dell'epoca - forse eccessivamente diffidenti - rimproverarono addirittura alla Corte di abusare nell'utilizzo di uno strumento

¹²⁶ Cfr. LUCIANI M., *op. cit.*, p. 555.

¹²⁷ Così GROPPI T., *op. cit.*, p. 258.

¹²⁸ Così D'AMICO G., *La Corte e lo stato dell'art*, *op. cit.*, p. 444.

¹²⁹ L'elenco delle ordinanze istruttorie emanate dal 1956 al 1996 è stato stilato da Tania Groppi in *op. cit.*, pp. 265-279. Per ciò che attiene ai dati degli anni successivi si veda l'Appendice a fine capitolo.

¹³⁰ Si tratta dell'ordinanza 21 dicembre 1978, n. 85, sfociata nella Sent. Cost. 24 luglio 1981, n.150. 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 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.

¹³¹ Si vedano tra gli altri CERRI A., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, *op. cit.*; BALDASSARRE A. *op. cit.* e LUCIANI M., *op. cit.*

¹³² 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.

che, nei fatti, produceva effetti dilatori all'interno del procedimento in cui veniva impiegato¹³³.

Con l'inizio degli anni '90, tuttavia, si è assistito a un'inversione di rotta, con una parabola discendente che, ai giorni nostri, ha toccato il vertice più basso. 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 istruzione da parte della Consulta. Si prenda ad esempio la celebre sentenza Ilva¹³⁴, con cui la Corte ha rigettato la questione di legittimità sollevata sul decreto provvedimentale con cui il Governo ha autorizzato la prosecuzione temporanea dell'attività produttiva di un'importante acciaieria del sud Italia. Nella pronuncia del 9 maggio 2013 n. 85, la Consulta afferma che il bilanciamento realizzato dalla normativa impugnata deve presumersi ragionevole in quanto recepisce criteri di protezione ambientale assai stringenti, «avuto riguardo ... all'individuazione delle migliori tecnologie disponibili»¹³⁵. La vicenda è particolarmente complessa, *in primis* perché oggetto del sindacato è una disposizione il cui schema generale prevede la combinazione tra un atto amministrativo (l'AIA¹³⁶) ed una previsione legislativa, *in secundis* perché i “valori” giuridici in gioco 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 osserva che non rientra 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

¹³³ 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. BALDASSARRE A., *op. cit.*, p. 1499).

¹³⁴ Per una completa ricostruzione della vicenda pregressa alla statuizione si rimanda a ARCONZO G., *Il decreto legge “ad Ilvam” approda alla Corte Costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2013, p. 34-43

¹³⁵ Così al par. 10.3 del Considerando in Diritto.

¹³⁶ Ci si riferisce all'Autorizzazione integrata ambientale (AIA) rilasciata all'Ilva di Taranto il 26 ottobre 2012.

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)¹³⁷. Eppure resta un punto irrisolto: non è infatti chiaro come, senza istruirsi a dovere, la Corte possa rilevare o escludere tale “manifesta irragionevolezza”. Tenuto conto che «apprezzamento tipicamente discrezionale, [...] non vuol dire privo di ogni limite e incontrollabile»¹³⁸, un controllo di legittimità che – per quanto discreto – prescinda totalmente da cognizioni sul fatto più approfondite rispetto a quanto percepibile dal senso comune è difficilmente pensabile.

1.3 Altre “vie” d'ingresso del fatto

Stante il suo modesto impiego, non può ritenersi che l'istruttoria formale tramite ordinanza sia «il solo canale che consente al fatto di penetrare nella cittadella del giudizio costituzionale»¹³⁹.

a) I fatti notori e le massime d'esperienza.

Talvolta i giudici costituzionali possono attingere a «conoscenze specialistiche personali e amicali»¹⁴⁰, altre volte fanno riferimento a nozioni e giudizi di fatto, prescindendo da qualunque accertamento istruttorio,

¹³⁷ 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 Rivistaaiaic.it, n. 3/2013, 20.09.2013, 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».

¹³⁸ Così ONIDA V., *op. cit.*, p. 3.

¹³⁹ Cfr. LUCIANI M., *op. cit.*, p. 525.

¹⁴⁰ Cfr. D'AMICO G., *La Corte e lo stato dell'arte, op. cit. p. 444*.

reputandoli conoscibili senza bisogno di particolari indagini: è questo il caso dei fatti notori e delle massime esperienziali. Ricorrono assiduamente nelle pronunce della Consulta espressioni quali “è noto che”, “notorie risultanze”, etc. Non sempre, tuttavia, si tratta di dati e nozioni acquisite dalla collettività con certezza tale da apparire incontestabili o da non essere bisognevoli di prova¹⁴¹. Esemplificativo della disinvoltura con cui, talvolta, la Corte ricorre a questo tipo di affermazione è un cruciale passaggio della sent. cost. 162/2014, con la quale è stata sancita l’incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa *ex lege* n. 40/2004. Al punto 9 del *Considerando in diritto*, si legge infatti che la tecnica riproduttiva in esame, «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: sembrerebbe che la Corte consideri come “notorie” 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»¹⁴². Del resto non sono molti i dati, le opinioni scientifiche e le teorie la cui veridicità è auto-evidente e che possano rientrare nella definizione di fatto “notorio”.

b) I fascicoli del procedimento a quo e la documentazione allegata dalle parti.

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 c.d. fatti notori e dalle massime d’esperienza, le pronunce come quelle relative al citato caso Ilva inducono ad immaginare l’esistenza di altre fonti di cognizione. È quanto hanno indirettamente confermato i presidenti emeriti Bile e Flick che, 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,

¹⁴¹ Questa la definizione resa da CERRI A, *op. cit.*, p. 1350.

¹⁴² Così si parla in D’AMICO G., *La Corte e lo stato dell’arte*, *op. cit.* p. 444 a riguardo della giurisprudenza costituzionale sul fatto scientifico.

eventualmente, con l'attività dei soggetti intervenuti o costituitisi in giudizio)». Quest'ultima categoria merita attenzione specifica.

La principale fonte d'informazione trasmesse dal giudice remittente al giudice costituzionale sono fascicoli del processo *a quo* che, se provengono da giudizi in cui siano stati acquisiti mezzi probatori e magari siano state disposte anche CTU, rappresentano senza dubbio uno strumento prezioso per la Corte. La loro acquisizione non presenta 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. Questa, a sua volta, lo trasmette ex art. 7 N.I. al giudice relatore.

Più articolato è, invece, il ruolo che possono svolgere le parti nell'istruire i giudici¹⁴³ su elementi di fatto rilevanti per la decisione. Ed infatti, 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»¹⁴⁴, costituendosi così in giudizio. «Nello stesso termine possono essere prodotti nuovi documenti relativi al giudizio di legittimità costituzionale»¹⁴⁵. Qualora le parti si siano così 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»¹⁴⁶. Inoltre, seppur «succintamente», i difensori delle parti possono utilizzare l'udienza per esporre i motivi delle conclusioni e, se interrogati dal Presidente o dal relatore, fornire specifici approfondimenti circa «i punti più importanti» della discussione¹⁴⁷.

Nel caso opposto di mancata costituzione delle parti oppure nell'ipotesi di manifesta infondatezza della questione¹⁴⁸, il Presidente convoca i giudici della

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

¹⁴⁴ Cfr. art. 25, commi 2 e 3 l. 87/53.

¹⁴⁵ Cfr. art. 3 N.I.

¹⁴⁶ Cfr. art. 10 N.I.

¹⁴⁷ Così ex art. 17 N.I. E' inoltre prassi consolidata che le parti approfittino dell'udienza pubblica anche per depositare ulteriori atti e documenti.

¹⁴⁸ Si legge in GROPPI T., *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, op. cit., p. 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

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»¹⁴⁹. In ogni caso, sia che si sia tenuta l'udienza pubblica, sia che si sia proceduto tramite Camera di consiglio, terminata la fase della discussione le parti restano estranee al resto del processo.

Un'attenzione particolare meritano, poi, le allegazioni degli eventuali «altri soggetti» che, *ex art. 4 comma 3 N. I.*, possono intervenire nel solo giudizio in via incidentale¹⁵⁰. La giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato che soggetti terzi, diversi rispetto alle parti del processo *a quo*, possono eccezionalmente essere ammessi al giudizio¹⁵¹. Tale eccezionalità è riscontrabile «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 se 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

avvenire per: a) “pronostico” di manifesta infondatezza; b) “pronostico” di manifesta inammissibilità; c) mancata costituzione delle parti del processo *a quo*».

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 161.

¹⁵⁰ 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. sentt. Nn. 265, 129, 103, 80, 59, 51 del 2006 e nn. 469, 383 e 336 del 2005).

¹⁵¹ V. in particolare le sentenze costituzionali nn. 20/1982, 429/1991 e 314/1992.

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)»¹⁵².

Pertanto, per decidere «l'apertura o la chiusura del contraddittorio nei confronti delle parti non costituite», è necessario che la Corte svolga «una indagine caso per caso dei fatti del processo *a quo*»¹⁵³ e degli elementi fattuali allegati dai terzi per motivare il proprio intervento. Ciò costituisce canale d'ingresso in Corte per un ventaglio assai ampio di fatti e permette che soggetti privati o pubblici, interessati ad un certo esito del giudizio di legittimità, utilizzino la richiesta d'intervento, pur non essendo titolari di posizioni giuridiche soggettive rilevanti, per presentare alla Consulta atti e memorie contenenti informazioni che finiscono con l'essere indiretto strumento di istruzione dei giudici costituzionali. Infatti lo schema processuale consente la presentazione di memorie di parte che, anche nell'ipotesi – sovente – in cui la Corte dichiara inammissibile l'intervento, sono ormai entrate nell'orizzonte della Corte¹⁵⁴. Dunque, proprio nell'opportunità di fornire alla Corte istruzioni in assenza di contraddittorio¹⁵⁵, può cogliersi la ragione delle frequenti richieste “di ingresso” rivolte alla giudice costituzionale, anche in palese assenza dei requisiti indispensabili. Interessante a riguardo è quanto avvenuto in occasione del nutrito contenzioso Stato-regioni in materia di elettrosmog dei primi anni 2000: 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

¹⁵² Cfr. Sent. cost. n. 315/1992, par. 2 del *Considerato in diritto*.

¹⁵³ V. BENELLI F., *op. cit.*, p. 8

¹⁵⁴ Similmente BIN R., *La Corte e la scienza, op. 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».

¹⁵⁵ Stando infatti alle poche indicazioni contenute al Capo I delle Norme Integrative, anche i documenti depositati dai terzi che intendano costituirsi vengono semplicemente trasmessi dal cancelliere al giudice relatore.

mobile operanti in Italia¹⁵⁶. Considerato che, in tutti i casi, la Consulta ha seccamente dichiarato inammissibile quegli interventi, può forse desumersi che 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 come canale per portare alla conoscenza dei giudici costituzionali fatti ed argomenti utili alla definizione dei giudizi in corso.

In ogni caso, l'allargamento del contraddittorio può rivelarsi utile al fine di una maggiore conoscenza di quei fatti nei quali si esprime la prassi applicativa della disposizione contestata. Questo avviene in maniera privilegiata quando i terzi ammessi al giudizio siano soggetti che svolgono «un ruolo di rappresentanza»¹⁵⁷ all'interno di settori specifici della società civile¹⁵⁸. Siano cioè soggetti, come le associazioni di categoria, forieri di un interesse pubblicistico e in grado di svolgere un ruolo di rappresentanza sia delle diverse articolazioni associative, sia di singoli che non aderiscano ad alcuna associazione. In tutti questi casi, l'utilizzo delle allegazioni di parte può permettere ai giudici di decidere la questione di costituzionalità anche sulla base dell'attuazione pratica della disposizione contestata¹⁵⁹.

c) Le ricerche degli assistenti di Corte.

Il quadro non è ancora completo. Da ultimo, tra le vie informali d'ingresso del fatto in Corte, bisogna considerare l'incidenza delle informazioni che il singolo giudice relatore reperisce senza il tramite della Cancelleria, sibbene attraverso i suoi 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 i propri assistenti di studio. Tanto è vero che, 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

¹⁵⁶ Cfr. tra le altre sentt. Cost. nn. 336/2005, 103/2006, 450/2006.

¹⁵⁷ Cfr. CATELANI E., *op. cit.*, p. 137.

¹⁵⁸ Si pensi all'Ordine dei medici chirurghi per il campo della sanità o ai Sindacati di categoria per i diversi settori professionali.

¹⁵⁹ Così CATELANI E., *Il ruolo del giudice a quo e dell'ordinanza di rimessione nella determinazione del contraddittorio nel giudizio incidentale*, in ANGIOLINI V. (a cura di), *op. cit.*, p. 137.

assistenti, delle quali però non si ha alcuna notizia ufficiale»¹⁶⁰. Gli assistenti sono di fatto chiamati a compiere continue istruttorie informali in un «incessante lavoro *volto alla* acquisizione di dati, documenti e quant'altro»¹⁶¹ che si svolge nella totale assenza di trasparenza e contraddittorio¹⁶². Questa attività trova una sorta di “istituzionalizzazione” nella misura in cui le informazioni degli assistenti sono reperite attraverso il Servizio studi e massimario presso la Corte costituzionale di cui si è detto prima. Tale ufficio, oltre alle ricerche su dottrina e giurisprudenza, era stato dotato di una sezione “per la documentazione degli oneri finanziari e delle decisioni”, istituita¹⁶³ «al limitato fine di acquisire informazioni in ordine al “costo” di eventuali pronunce di accoglimento»¹⁶⁴ ma successivamente soppressa¹⁶⁵. Le suddette informazioni potevano essere reperite

¹⁶⁰ Così Giacomo D'Amico, assistente di studio del Presidente emerito della Consulta, Gaetano Silvestri (cfr. *La Corte e lo stato dell'arte*, op. cit., p. 444). A riguardo si veda anche GROPPI T., *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, in ANGIOLINI V. (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998, 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».

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 446. Corsivo aggiunto.

¹⁶² Scrive Tania Groppi che di tale attività «non viene data notizia se non a fini meramente interni» (GROPPI T., *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, op. cit., p.171).

¹⁶³ 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 GROPPI T., *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in COSTANZO P. (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, op. cit., p. 275).

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 BALDASSARRE A., *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, op. cit., p. 23-24.

¹⁶⁴ Cfr. GROPPI T., *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, op. cit., p. 171 ss.

¹⁶⁵ In dottrina è stata da più voci auspicata la ricostituzione di tale Ufficio. In particolare, si veda GROPPI T., *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte*

dall'Ufficio tramite il ricorso «a una cinquantina di fonti diverse e, a partire dall'ingresso in Corte delle ordinanze di remissione», confluivano in una «ricerca contenente la documentazione e le quantificazioni finanziarie, comprensive del costo dell'eventuale decisione di accoglimento»¹⁶⁶.

In dottrina¹⁶⁷ si è assertedo che «potrebbe essere opportuna la 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» e da istituzionalizzare ciò che già avviene nella prassi.

2. ... (segue) e la loro rilevanza

Sin qui si è provato ad illustrare come i fatti giungono in Corte. Ora s'intende riflettere sul tipo di uso che successivamente ne è fatto dai Giudici delle leggi nell'ambito del sindacato di costituzionalità.

Preso atto che la natura dell'oggetto (leggi ed atti aventi forza di legge) e del parametro (norme costituzionali) «non esclude affatto il rilievo che gli aspetti materiali [...] possono avere all'interno del giudizio»¹⁶⁸ di legittimità, è necessario esplicitare quali siano le ragioni per cui i fatti acquistano tale rilievo, distinguendo al loro interno cinque macro-categorie di livelli d'incidenza.

Il primo livello a cui il fatto assume importanza nel sindacato di legittimità riguarda il giudizio sulla rilevanza e sull'ammissibilità della questione sollevata. Come messo in luce da Augusto Cerri¹⁶⁹, non sono infrequenti i casi in cui la Corte, pur potendo restituire gli atti al giudice remittente per irrilevanza

costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale, op. cit., p. 269 ss., SCAGLIARINI S., La quantificazione degli oneri finanziari delle leggi tra Governo, Parlamento e Corte costituzionale, 2006, p. 250 e, più recentemente, Sabino Cassese (Pensioni, le strade possibili della Corte costituzionale, ne Il Corriere della Sera del 12.5.2015), 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».

¹⁶⁶ V. di nuovo BALDASSARRE A., *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza, op. cit., p. 24.*

¹⁶⁷ Cfr. D'AMICO G., *La Corte e lo stato dell'arte, op. cit. p. 446.*

¹⁶⁸ Cfr. FERRO G. A., *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale, op. cit., p. 155.*

¹⁶⁹ CERRI A., *I poteri istruttori, op. cit., p. 1343.*

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) che le permettessero di giudicare in concreto la sussistenza del requisito della rilevanza. Anche Massimo Luciani¹⁷⁰ ha parlato dell'importanza delle valutazioni di fatto nella fase preliminare del giudizio, ossia in sede di controllo dell'atto introduttivo, facendo riferimento - oltre che agli elementi fattuali utili a valutare la rilevanza - ai fatti necessari a giudicare l'interesse a ricorrere nei giudizi in via principale.

La seconda macro-categoria di ipotesi, vede l'utilizzo del fatto per riempire di significato disposizioni parametro che - come spesso accade per le norme costituzionali, che aspirano a lunga vita - siano formulate in modo tale da prestarsi a molteplici concrete letture, ovvero per riempire di significato la particolare lettura che la Corte offre dei parametri invocati. Si pensi alle norme costituzionali sui diritti fondamentali e al concetto giurisprudenziale di "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»¹⁷¹. Più in generale, per gli scopi indicati, risultano d'interesse elementi fattuali desumibili dalla situazione sociale storicamente esistente, senza dei quali sarebbe impossibile ricostruire il significato di concetti quali "utilità" (sia essa "sociale" come recita l'art. 41 Cost o "generale" ex art. 43), oppure "buon costume" di cui parlano gli artt. 19 e 21 Cost. In alcuni casi l'interpretazione della norma parametro può altresì richiedere conoscenze tecniche specifiche. Si pensi all'art. 81 Cost. che, inseguito alle modifiche apportate dalla l. cost. 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». Alla luce di tale disposizione, per valutare la liceità di un eventuale ricorso all'indebitamento pubblico, i giudici costituzionali dovrebbero attingere a nozioni proprie della scienza economica, a pena di stabilire in modo arbitrario l'avversità o la

¹⁷⁰ LUCIANI M., *I fatti e la Corte*, op. cit., p. 1047.

¹⁷¹ LUCIANI M., op. cit., p. 1065.

favorevolezza 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»¹⁷². Lo stesso è a dirsi, naturalmente, quando il parametro sia costituito da una norma di livello non costituzionale “interposta”. Di ciò offre ulteriore esempio l’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».

Il terzo livello d’incidenza del fatto nel sindacato di legittimità attiene all’interpretazione della norma indubbiata dinanzi alla Consulta. In quest’ipotesi il fatto è utilizzato, per lo più in presenza di concetti vaghi o elastici, per permettere ai giudici di comprendere appieno il significato della disposizione normativa oggetto del sindacato¹⁷³, oppure in presenza di leggi provvedimento «il cui significato può meglio cogliersi mediante la conoscenza delle situazioni su cui la legge amministrativizzata è destinata a provvedere»¹⁷⁴. A tal fine possono risultare interessanti¹⁷⁵: a) la prassi applicativa della disposizione in parola (magari confrontata con l’esperienza di altri Paesi); b) la situazione di fatto anteriore all’intervento normativo (compresi eventuali progetti di riforma precedenti, la legislazione anteriore, i pareri espressi da Commissioni

¹⁷² BALDASSARRE A., *op. cit.*, p. 1498.

¹⁷³ Si prenda ad esempio quanto avvenuto in occasione della pronuncia della sent. n. 15 del 1960. In tale evenienza, fu sottoposta al vaglio della Corte 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 del 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”, escluse che la legge indubbiata fosse discriminatoria nei confronti dei cittadini di origine e lingua italiana e dichiarò infondata la questione.

¹⁷⁴ Così FERRO G. A., *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁷⁵ Similmente LUCIANI M., *op. cit.*, p. 532-550.

parlamentari); c) i presupposti di fatto sui quali si sia basato il legislatore storico. La prima consente di cogliere il significato “vivente” della norma in questione, mentre i secondi consentono all’interprete di comprendere a che scopo e, magari con quali mezzi, la stessa doveva trovare applicazione quando fu concepita. L’idea per cui il sindacato di costituzionalità renda necessario che «la norma-oggetto sia definita sulla base di un collegamento funzionale tra la disposizione e la situazione sociale coinvolta dalla norma stessa»¹⁷⁶, è condivisa anche da quel filone della dottrina del diritto vivente secondo cui il controllo di legittimità è sempre esercitato in vista del momento applicativo. In base a tale opinione, 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 costituzionalità¹⁷⁷. Molto vicina a quest’impostazione è quella secondo cui i fatti impiegati nel giudizio di legittimità coincidano, in ultima analisi, con gli interessi alla base del caso concreto. 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», 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»¹⁷⁸.

Le tre ipotesi poc’anzi delineate non esauriscono le ragioni per cui il Giudice delle leggi fa ricorso al fatto. La dottrina costituzionalistica degli anni ’70 tendeva a individuare un ulteriore livello di incidenza del fatto: l’argomentazione retorica della decisione. Esemplificativo di tale opinione è quanto affermato da Antonio Baldassarre in commento all’ordinanza istruttoria del 18 luglio 1973 n. 153. In quell’evenienza la Consulta, richiesta di 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

¹⁷⁶ Così BALDASSARRE A., *op. cit.*, p. 1499.

¹⁷⁷ Sul punto si veda DAL CANTO F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in MALFATTI E. – ROMBOLI R. – ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, Torino, 2002, p. 160.

¹⁷⁸ RUGGERI A., *Storia di un «falso». L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990, p. 109.

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 iscrivono 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. L'Autore sostenne¹⁷⁹ che le informazioni richieste dalla Corte potessero incidere esclusivamente «sulla parte inessenziale della motivazione». Infatti, ai fini della decisione della questione, alla Consulta sarebbe stato 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» che dà luogo al diritto all'indennità. Pertanto Baldassarre reputava che i suddetti dati ottemperassero semplicemente alla «funzione di convincere della bontà della decisione adottata» e che offrirono ai giudici solo «elementi retorici, che ... non rientrano nella parte essenziale della motivazione». Tali considerazioni lo inducevano a dubitare dell'utilità, in quel caso, di un'istruttoria formale¹⁸⁰. Di elementi fattuali che «servono a sostenere un argomento a carattere retorico» ha parlato anche Augusto Cerri¹⁸¹, con la specificazione che «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 es., le conseguenze umane, sociali di una certa legge».

Nel caso sopra illustrato, i dati reperiti per mezzo dell'ordinanza istruttoria n. 153 del 1973, sarebbero stati utilizzati esclusivamente, *ad adiuvandum*, per rendere più condivisibile una scelta fatta sulla base di altri parametri (prettamente normativi). Esistono viceversa ipotesi in cui i fatti incidono direttamente sulla determinazione del contenuto della pronuncia: il quinto livello a cui il fatto entra nel sindacato di legittimità è quello della valutazione vera e propria della legge. Questa dinamica riguarda innanzitutto le

¹⁷⁹ Cfr. BALDASSARRE A., *op. cit.*, p. 1500.

¹⁸⁰ Rispetto a quest'ultimo rilievo, non si può non condividere quanto ebbe a scrivere Massimo Luciani (*op. cit.*, p. 530): «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».

¹⁸¹ Si veda CERRI A., *op. cit.*, p. 1341.

ipotesi di dichiarazione d'incostituzionalità per vizio di formazione dell'atto impugnato. «In questo caso, infatti, il giudizio non implica un raffronto tra norme, ma la valutazione di una vicenda concreta, di un singolo *iter* procedimentale»¹⁸².

In secondo luogo, il fatto può divenire parametro di valutazione della legge all'interno del sindacato di ragionevolezza. Vi sono pronunce della Corte nelle quali acquisizioni empiriche ed elementi di fatto sono utilizzate per verificare l'adeguatezza e la congruità di scelte legislative rispetto ad un fine costituzionalmente determinato. In altre, i fatti servono a misurare la coerenza e la razionalità delle opzioni del legislatore rispetto agli scopi da lui perseguiti. In altri casi ancora, circostanze fattuali sono prese in considerazione dalla Corte per verificare la ragionevolezza del bilanciamento delle norme oggetto del suo giudizio¹⁸³. Di ciò si dirà più ampiamente nel capitolo successivo. Ci si limiti qui ad anticipare che è stata la stessa Corte costituzionale, sin dagli anni '80, ad affermare che la conoscenza di elementi di fatto, *rectius* di "circostanze e limitazioni concretamente sussistenti"¹⁸⁴, permette di giudicare se il legislatore, nello scrivere la norma indubbiata, abbia operato una ponderazione ragionevole dei presupposti e/o degli effetti che da essa derivano.

3. L'inversa sorte di fatto e istruttoria formale

All'esito di questa breve ricognizione della problematica del rilievo del fatto nei giudizi della Corte costituzionale, emerge un paradosso: all'ampio ventaglio di evenienze in cui la Consulta ricorre all'utilizzo del fatto (il quale talvolta diviene elemento decisivo per decretare l'incostituzionalità di una legge),

¹⁸² Così FERRO G. A., *Modelli processuali ed istruttoria nei giudizi di legittimità costituzionale*, *op. cit.*, p. 160.

¹⁸³ Sul ruolo del fatto nel sindacato di ragionevolezza, si vedano *ex plurimis*: LUCIANI M. (*I fatti e la Corte*, *op. cit.*, p. 1065), secondo cui alla Corte non è precluso di valutare se eventuali differenziazioni o equiparazioni operate dal legislatore siano da considerarsi adeguate e ragionevoli alla luce di «soddisfacenti riscontri fattuali»; AINIS M. (*Sul rilievo del fatto*, *op. cit.*, p. 8) che, trattando dei c.d. fatti sociali, rileva che «sono innumerevoli le occasioni in cui la Corte s'appoggia alla cultura collettiva per misurare la ragionevolezza di questa o quella scelta normativa»; DAL CANTO F. (*La rilevanza e il valore del fatto*, *op. cit.*, p. 158), per il quale, nei giudizi di ragionevolezza la Corte finisce per prendere in considerazione diversi tipi di fatto.

¹⁸⁴ In simili termini si è espressa la Corte costituzionale nella sent. n. 1130/1988.

corrisponde un limitatissimo impiego dei poteri istruttori formali a disposizione del Giudice delle leggi. Il che rischia di accentuare il carattere politico delle statuizioni: se non mostra con trasparenza i dati in base ai quali decide, la Consulta può nascondere “decisioni politiche” dietro fatti non dimostrati. Viceversa un maggior rigore dell’attività istruttoria consentirebbe una maggiore trasparenza del *modus operandi* della Consulta. Per dirla con Massimo Luciani¹⁸⁵, «nonostante la disponibilità di [...] altri canali di ingresso del fatto nel giudizio costituzionale, il ricorso all’istruttoria ha almeno questo, di particolare: che l’importanza della considerazione del fatto nel ragionamento del giudice costituzionale viene evidenziata in modo assai netto, e non resta nascosto nelle pieghe della motivazione».

Cognizione dell’effettivo *pondus* del fatto nel ragionamento giuridico e necessità di rigore nelle regole che ne accompagnano l’accertamento sono dunque strettamente legate: «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»¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Cfr. LUCIANI M., *op. cit.*, p. 525.

¹⁸⁶ Così ZAGREBELSKY G., *La Giustizia costituzionale*, Milano, 1988, p. 291.

Appendice: elenco delle ordinanze istruttorie successive al 1996¹⁸⁷

* 16 dicembre 1997 – sent. 398/98:

[giud. princ.] In seguito della discussione, nella pubblica udienza del 28 ottobre 1997, dei ricorsi delle Regioni e della Provincia autonoma di Bolzano, questa Corte ha pronunciato ordinanza istruttoria, disponendo l'acquisizione, ad opera della Presidenza del Consiglio dei Ministri, delle Regioni e della Provincia autonoma di Bolzano, di documenti necessari ai fini della decisione. Tra essi figurano, ad esempio, interventi legislativi e regolamentari successivi ai provvedimenti impugnati con i ricorsi in discussione.

* 13-25 novembre 1997 – sent. 327/99:

[giud. inc.] la Corte ha disposto che la Presidenza del Consiglio dei ministri depositasse la documentazione relativa alle modalità di attuazione della disciplina sulla corresponsione del trattamento di fine rapporto ai lavoratori portuali posti in pensionamento anticipato ed all'importo degli oneri aggiuntivi per l'eventuale pagamento della rivalutazione monetaria e degli interessi

* 13 maggio 1999 – sent. 451/00:

[giud. inc.] La Corte costituzionale disponeva l'acquisizione della seguente documentazione, ponendo l'onere a carico della Presidenza del Consiglio dei ministri, con il concorso dei ministeri proponenti i decreti

¹⁸⁷ Per ciascuna ordinanza sono indicati il tipo di giudizio all'interno del qual è stata emanata e la sentenza che lo ha definito. Si ricorda che dal 1987 le istruttorie non sono più numerate né pubblicate nella *Raccolta Ufficiale*, ergo se ne ha traccia esclusivamente all'interno del *Fatto* delle pronunce che hanno contribuito a formare e nelle *Relazioni annuali* redatte dai Presidenti della Corte costituzionale.

Per l'elenco completo delle ordinanze istruttorie precedenti al 1996 di rimanda a GROPPI T., *op. cit.*, p. 266 e ss.

legislativi emanati per le varie forze di polizia in base alla stessa delega contenuta nell'art. 3 della legge 6 marzo 1992, n. 216:

1) documentazione relativa alle ragioni in base alle quali sono stati fissati i livelli di inquadramento transitorio in contestazione del Corpo forestale (vicebrigadieri, brigadieri e marescialli nelle varie posizioni) in riferimento al contemporaneo inquadramento transitorio disposto per le altre Forze di polizia anche con ordinamento militare;

2) documentazione sullo svolgimento delle carriere e sulla progressione di qualifiche funzionali nonché sulle anzianità per la progressione del personale del Corpo forestale che è stato oggetto degli inquadramenti di cui all'art. 53 del d.lgs. 12 maggio 1995, n. 201, con riferimento alle seguenti date: immediatamente prima della legge 1 aprile 1981, n. 121 (art 16, primo e secondo comma; art. 43, sedicesimo e diciassettesimo comma e tabella allegata); dopo l'applicazione della anzidetta legge; dopo la legge 7 giugno 1990, n. 149; dopo l'applicazione degli artt. 3 e 4 del d.-l. n. 5 del 1992, nel testo risultante dalla legge di conversione n. 216 del 1992; prima dell'applicazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 201 del 1995; a seguito degli inquadramenti disposti in attuazione dell'anzidetto art. 53, con specificazione dei benefici concretamente utilizzabili per le successive progressioni;

3) quadro comparativo degli elementi sub 2) rispetto alle altre Forze di polizia, con indicazione degli andamenti retributivi;

4) ogni altro elemento utile di raffronto, comprese le specificazioni di funzioni, compiti e uffici cui sono normalmente addetti o preposti (sempre relativamente ai sottufficiali di cui alla contestazione), tra il Corpo forestale dello Stato e le altre Forze di polizia anche ad ordinamento militare, utilizzato in sede di attuazione della delega di cui all'art. 3 della legge 6 marzo 1992, n. 216 e all'art. 1 della legge 29 aprile 1995, n. 130, ed ogni altro elemento preparatorio o della procedura di esercizio della delega sui punti relativi al "conseguire una disciplina omogenea" e "la sostanziale equiordinazione dei compiti e dei connessi trattamenti economici" attraverso revisione di ruoli, gradi e qualifiche ecc.

* 26 maggio 1999 - sent. 20/00:

[giud. princ.] la Corte ha ordinato al ricorrente il deposito della relazione del Ministro per la funzione pubblica e gli affari regionali, risultante allegata al verbale della deliberazione del Consiglio dei ministri di proposizione del ricorso, ma non prodotta in giudizio.

* *11-15 maggio 2000* – sent. 206/01:

[giud. princ.] La Corte ha ritenuto opportuno acquisire in via istruttoria gli elementi di fatto relativi alle modalità con le quali si è proceduto, da parte del Governo e dei presidenti delle regioni, nell'ambito della Conferenza Stato-regioni, alla elaborazione e all'esame dei decreti legislativi impugnati, con particolare riguardo all'intesa prevista per la identificazione dei compiti di interesse nazionale.

* *15 dicembre 1999* – sent. 27/05 e ord. 349/05:

[giud. princ.] La Corte ha emanato, in data 15 dicembre 1999, ordinanza istruttoria con la quale, al fine della decisione delle questioni sollevate, ha disposto l'acquisizione dei seguenti elementi di conoscenza: a) verbali delle riunioni tenute, a far data dal 1° dicembre 1996, dal Comitato permanente delle politiche agroalimentari e forestali, prima, e dalla Conferenza permanente per i rapporti tra Stato e Regioni e Province autonome, dopo, nelle quali sia stata trattata la materia delle quote latte (e relativi allegati riferentisi alla stessa materia);

b) relazione finale della Commissione di garanzia quote latte, istituita dall'articolo 4-bis del decreto-legge n. 411 del 1997, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 5 del 1998;

c) prospetto delle date di emissione dei bollettini AIMA in riferimento alle campagne lattiero-casearie 1995-1996, 1996-1997, 1997-1998;

d) quadro del contenzioso civile e amministrativo in corso, in relazione alla determinazione delle quote latte individuali e alle compensazioni effettuate dall'AIMA (oggi AGEA).

* 4 luglio 2000 – sent. 353/02:

[giud. inc.] La Corte ha disposto che il giudice relatore svolgesse tutti gli opportuni accertamenti in ordine alle modalità di designazione ed alla nomina dei componenti laici dei Tribunali regionali delle acque pubbliche. Il giudice per l'istruzione, ai sensi del combinato disposto dell'art. 13 della legge 11 marzo 1953, n. 87 e dell'art. 12 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, ha disposto il 6 luglio 2000 l'acquisizione di una serie di elementi e dati, assegnando il termine di 90 giorni, dalla comunicazione del provvedimento istruttorio, per la trasmissione alla cancelleria della Corte, ponendo l'onere a carico del Consiglio superiore della magistratura, della Presidenza del Consiglio dei ministri, del Ministero della giustizia, del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, a seconda delle rispettive disponibilità e competenze.

I dati richiesti sono riferiti, tra l'altro, al numero dei funzionari addetti (posti di organico e posti attualmente coperti, con eventuale distinzione di ruoli) presso ciascun Provveditorato regionale delle opere pubbliche, da cui sono tratti i componenti laici dei Tribunali regionali delle acque pubbliche; la eventuale documentazione sulle difficoltà di funzionamento o di scelta nel caso di numero esiguo di funzionari addetti, anche in relazione alla astensione o ricusazione dei membri laici, per avere comunque trattato ovvero partecipato alla trattazione di affari ai quali si riferisce la controversia avanti ai Tribunali regionali delle acque pubbliche; il concreto sistema attualmente seguito nella designazione e nomina per i predetti componenti laici; la indicazione di eventuale delega dal Consiglio superiore della magistratura ai Presidenti delle Corti d'appello ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195; le qualifiche e il ruolo dei tre funzionari nominati componenti laici, per ciascun Tribunale regionale delle acque pubbliche, con indicazione della sede e dell'ufficio ricoperto nell'amministrazione di appartenenza.

* 3 dicembre 2001 – sent. 466/02:

[giud. inc.] La Corte ha disposto, ai fini di una più completa valutazione di tutti gli aspetti della controversia e delle tesi contrapposte illustrate dalle parti, l'acquisizione di una serie di elementi di conoscenza circa l'assetto radiotelevisivo italiano, con particolare riguardo a quello in ambito nazionale, la sua evoluzione nel tempo, specie nel periodo transitorio, e i fattori che hanno concorso a determinarlo, compresi, tra gli altri, gli aspetti tecnici (tecnologie di trasmissione, impianti, frequenze, copertura del territorio, ecc.), economici (assetti proprietari, accordi tra emittenti, ecc.) e finanziari (entrate e costi, entità e distribuzione della raccolta pubblicitaria, ecc.).

* *10 aprile 2002* – sent. 110/05:

[giud. inc.] Con ordinanza istruttoria del 10 aprile 2002, depositata il 12 successivo, la Corte ha disposto che il Presidente del Consiglio dei ministri depositasse la documentazione relativa alla tariffa della tassa di concessione regionale per le aziende faunistico-venatorie o per le riserve di caccia, in vigore in ciascuna delle Regioni e Province autonome al momento dell'emanazione del d.lgs. n. 230 del 1991, corredandola con una relazione sui criteri in base ai quali il Governo era pervenuto a determinare la voce n. 16 della tariffa approvata con tale decreto legislativo e le note ad essa relative.

* *24 aprile 2002* – sent. 219/03:

[conflitto tra poteri] Nella trattazione del conflitto, la Corte rilevava che, nell'atto introduttivo, l'autorità giudiziaria aveva espressamente fatto riferimento ad una lettera, con la quale il senatore Centaro aveva comunicato al Presidente della Commissione parlamentare "antimafia" la decisione del gruppo di "Forza Italia" di non partecipare al convegno di Palermo; lettera, la cui controversa natura di atto di esercizio di funzioni parlamentari aveva appunto costituito la premessa giuridica posta a base del conflitto. D'altra parte, di tale documento v'era traccia univoca anche nella relazione che aveva accompagnato il parere espresso dalla Giunta, posto che ad esso l'organo parlamentare aveva fatto espresso riferimento, segnalandone l'avvenuta acquisizione per iniziativa dello

stesso parlamentare; quest'ultimo – come puntualizza la relazione - aveva, dopo la sua audizione, «trasmesso alla Giunta la missiva inviata al senatore Del Turco, unitamente ad altri documenti, quali alcune interrogazioni da lui presentate sul tema dei rapporti del mondo politico con l'operato di alcuni uffici giudiziari». Stante, quindi, l'evidente opportunità di acquisire agli atti del presente giudizio copia della lettera in questione, la Corte, con ordinanza istruttoria del 24 aprile 2002, invitava il Senato della Repubblica a trasmettere l'anzidetta documentazione.

* *2 luglio 2002* – sent. 110/05:

[giud. inc.] Con ordinanza istruttoria del 2 luglio 2003, depositata e comunicata il 18 successivo, la Corte, ritenuto che la documentazione inviata dalla Presidenza del Consiglio dei ministri in riferimento alla precedente ordinanza (10 aprile 2002) non contenesse tutti i dati richiesti, ha disposto che il Presidente del Consiglio dei ministri depositasse, entro 90 giorni dalla comunicazione del provvedimento, una relazione attestante l'entità della tassa di concessione regionale e, se prevista, dell'eventuale soprattassa, per le aziende faunistico-venatorie o per le riserve di caccia, in vigore in ciascuna delle Regioni al momento dell'emanazione del d.lgs. n. 230 del 1991, con l'indicazione della relativa base normativa.

* *10 luglio 2002* – sent. 379/03:

[conflitto tra poteri] All'esito della discussione del conflitto, la Corte, con ordinanza istruttoria del 10 luglio 2002, rilevato che l'interrogazione dalla quale, secondo le parti, traggono origine le dichiarazioni per le quali si procede ed il provvedimento del Presidente della Camera che l'aveva dichiarata inammissibile non risultavano agli atti del giudizio, non essendo stati prodotti, invitava la Camera a produrre tanto l'interrogazione presentata il 10 novembre 1998 che il provvedimento della Presidenza che ne aveva valutato la non ammissibilità. Con comunicazione del 26 settembre 2002 il Presidente della Camera riteneva di non poter accedere all'invito formulato dalla Corte, sul rilievo che l'atto ispettivo in

discorso, essendo stato dichiarato non ammissibile e non essendo quindi stato pubblicato negli "Atti parlamentari", non era qualificabile come interrogazione, bensì come una manifestazione di opinione del deputato interessato nell'esercizio di una facoltà prevista dall'ordinamento parlamentare. Precisava comunque che il contenuto dei documenti richiesti era correttamente riportato nella relazione della Giunta per le autorizzazioni che aveva costituito l'atto parlamentare con il quale era stata introdotta la discussione in Assemblea che aveva condotto alla deliberazione di insindacabilità in questione.

* *11 luglio 2003* – sent. 134/04:

[giud. princ.] La Corte, con ordinanza istruttoria in data 11 luglio 2003, ha disposto l'acquisizione dell'estratto del processo verbale della delibera del Consiglio dei ministri del 29 settembre 2002, con cui è stata approvata la determinazione di impugnare la legge della Regione Marche, completo in ogni sua parte, compresa la relazione del Ministro per gli affari regionali, richiamata nella predetta delibera e non depositata agli atti del giudizio, al fine di individuare le specifiche disposizioni della legge regionale oggetto di impugnazione. Dopo il deposito di tale documentazione, il giudizio è stato nuovamente fissato per la discussione all'udienza pubblica del 9 marzo 2004.

* *14 novembre 2003* – sent. 321/05:

[giud. princ.] La Corte costituzionale – con ordinanza istruttoria del 14 novembre 2003 – ha richiesto alla Presidenza del Consiglio dei ministri di depositare copia della relazione allegata al verbale della riunione del Consiglio stesso in cui la proposizione del ricorso fu deliberata, che non risultava prodotta in giudizio. Acquisita la relazione, la Provincia di Bolzano ha depositato una nuova memoria in prossimità della presente udienza, riaffermando le argomentazioni difensive svolte nei precedenti atti difensivi.

* *14 dicembre 2004* – sent. 451/06:

[giud. princ.] ha chiesto al Presidente del Consiglio dei ministri il deposito di copia del decreto ministeriale cui fa riferimento il comma 111 dell'art. 3 della legge n. 350 del 2003. Con nota del 4 luglio 2005, depositata il successivo 15 luglio, l'Ufficio legislativo del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, in risposta alla predetta ordinanza istruttoria, ha precisato che «il decreto interministeriale, di cui al comma 111, dell'art. 3, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 non è stato ancora emanato».

* *3 marzo 2005 – sent. 121/2006:*

[giud. inc.] La Corte ha richiesto alla Presidenza del Consiglio dei ministri la documentazione e i dati relativi: al numero delle controversie promosse nei confronti dell'INPS da lavoratori occupati con contratti di lavoro a tempo parziale di tipo verticale su base annua (previsti dall'art. 5 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726 recante «Misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali», convertito in legge 19 dicembre 1984, n. 863), per richiedere il pagamento dell'indennità di disoccupazione per i periodi di mancato espletamento della prestazione lavorativa; al numero di lavoratori che potrebbero richiedere tale indennità; al presumibile importo dell'onere aggiuntivo per l'INPS per l'eventuale pagamento dell'indennità di disoccupazione nei rapporti di lavoro a tempo parziale di tipo verticale su base annua, per i periodi di mancato espletamento della prestazione lavorativa.

* *22 settembre 2009 – 259/2010:*

[confl. poteri] La Corte ha disposto l'acquisizione dei provvedimenti del Questore impugnati, che non erano stati prodotti in giudizio.

* *6-14 giugno 2012 – 168/2013:*

[confl. poteri] Con l'ordinanza istruttoria n. 91 del 6-14 giugno 2012, questa Corte, in considerazione del nesso tra la disciplina del legittimo impedimento per concomitante esercizio di funzioni parlamentari e/o

governative e il rispetto del principio di leale collaborazione tra poteri, ha disposto l'acquisizione della seguente documentazione: a) l'istanza di rinvio dell'udienza del 1° marzo 2010 presentata dalla difesa dell'on.le S. B. e tutta la documentazione ad essa allegata; b) la lettera del 20 gennaio 2010 prodotta all'udienza del 25 gennaio 2010, citata nell'ordinanza del 1° marzo 2010; c) i verbali di udienza dall'inizio della fase dibattimentale sino all'udienza del 1° marzo 2010.

** 19 settembre 2012 – sent. 1/2013:*

[confl. poteri] La Corte ha disposto che la Procura di Palermo, entro il termine di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento, indicasse il numero e la data delle intercettazioni di comunicazioni telefoniche del Presidente della Repubblica effettuate nell'ambito del procedimento in questione, e che trasmettesse, altresì, copia integrale ed autentica delle richieste e dei provvedimenti di autorizzazione, compresi gli eventuali decreti di proroga, delle intercettazioni eseguite nell'ambito del citato procedimento, dei relativi verbali e delle eventuali relazioni di polizia giudiziaria, con esclusione delle parti relative al contenuto delle conversazioni cui avesse partecipato il Capo dello Stato.

CAPITOLO 2

DATO SCIENTIFICO, RAGIONEVOLEZZA E PROPORZIONALITÀ

Sommario: 1. Cos'è la ragionevolezza – 1.1. Ragionevolezza vs proporzionalità – 2 La c.d. “ragionevolezza scientifica” – 3. Fatto-presupposto e fatto-effetto – 4. Sindacato di ragionevolezza esterno come controllo di correttezza procedurale. La Corte, giudice delle leggi o arbitro delle scienze – 4.1 Il ruolo degli organi tecnico-scientifici – 5. La più recente giurisprudenza costituzionale in materie scientifiche. E' possibile individuare un *trend* univoco? – 6. La “proporzionalità scientifica” nel ragionamento giuridico della Corte Europea dei diritti dell'uomo. Spunti di comparazione – 6.1 Margine d'apprezzamento *vs consensus* giuridico – 6.2 Margine d'apprezzamento *vs* consenso scientifico – 6.3 Peculiarità e analogie – 7. La scienza nel ragionamento giuridico della Consulta. Qualche osservazione conclusiva.

1. Cos'è la ragionevolezza

Il canone della ragionevolezza è un principio costantemente invocato nella giurisprudenza costituzionale italiana¹⁸⁸, una sorta di *passe-partout* del sindacato sulle leggi¹⁸⁹, cui il legislatore deve sottostare nella statuizione delle norme. Storicamente ancorato all'art. 3 Cost. – si parla infatti anche di ragionevolezza come eguaglianza ragionevole¹⁹⁰ – esso se ne è progressivamente svincolato fino a diventare un parametro “general-generico”, dotato di una

¹⁸⁸ Così 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 disponibile su www.cortecostituzionale.it, p. 2.

¹⁸⁹ L'immagine è offerta in LUTHER J., *Ragionevolezza e dignità umana*, in CERRI A. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Tomo II, Roma, 2007, p. 185.

¹⁹⁰ Cfr. MORRONE A., *Corte costituzionale e ragionevolezza*, in CERRI A. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Tomo II, Roma, 2007, p. 241.

propria autonomia rispetto al testo della Costituzione¹⁹¹. Nonostante la sua onnipresenza, persiste nell'essere un concetto di ardua definizione, che costringe chi tenti di descriverlo a far ampio uso di parafrasi o sinonimi. 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»¹⁹².

Oltre che un principio, la ragionevolezza è altresì un tipo di sindacato, un «canone di valutazione proprio del giudizio di costituzionalità»¹⁹³. Comprensibilmente, all'indeterminatezza del primo corrisponde l'impossibilità di ricollegare al secondo un unico e specifico tipo di controllo di legittimità costituzionale¹⁹⁴; dagli esiti degli studi che hanno cercato di analizzare l'utilizzo del canone della ragionevolezza da parte del Giudice delle leggi italiano «emerge netta l'impressione che l'abbondante letteratura sul tema e la ricca elaborazione

¹⁹¹ V. in proposito SCACCIA G., *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in CERRI A. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Tomo II, Roma, 2007, p. 287-302.

¹⁹² Così SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 3.

¹⁹³ In questo modo 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, disponibile su www.cortecostituzionale.it, p. 9

¹⁹⁴ Qualche recente tentativo da parte della Corte di razionalizzazione del sindacato di ragionevolezza è stato fatto. E' quanto osservato in ROVAGNATI A., *La dichiarazione di incostituzionalità della presunzione di compensi fondata sui prelievi bancari: luci ed ombre*, in *Rassegna Tributaria*, n. 3/2015, p. 13, 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».

giurisprudenziale abbiano guadagnato alla riflessione scientifica un'unica solida certezza: che la ragionevolezza è una categoria massimamente incerta»¹⁹⁵. 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»¹⁹⁶.

Ciò premesso, è 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 uguaglianza¹⁹⁷. Partendo 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 che esso risulta violato ogni volta in cui «la legge, senza un *ragionevole* motivo, faccia un trattamento diverso ai cittadini che si trovano in situazioni eguale»¹⁹⁸. Di conseguenza, ogni norma che contrasti con il principio di uguaglianza tradisce una scelta irragionevole del legislatore.

Si è già anticipato che la ragionevolezza è, in seguito, andata affrancandosi dall'art. 3, divenendo innanzitutto sinonimo di adeguatezza e proporzionalità dei mezzi normativi in relazione agli scopi prefissati dal legislatore. Come si legge nella celebre sent. 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

¹⁹⁵ Cfr. SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, p. 9.

¹⁹⁶ Cfr. CARTABIA M., *op. cit.*, p. 2.

¹⁹⁷ Come si afferma in PIN A. (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».

¹⁹⁸ Così si legge nella sent. cost. n. 15 del 1960.

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*». Se, pertanto, è possibile affermare che il giudizio sulla legittimità delle leggi ha carattere “concreto”, ecco che nel sindacato di ragionevolezza i fatti (o meglio circostanze e limitazioni di fatto esistenti) assumono maggior rilievo: essi divengono talvolta parametro vero e proprio della valutazione della legge.

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 vaglio¹⁹⁹. Segnando un nuovo confine del margine di discrezionalità di cui dispone il decisore politico²⁰⁰, 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*»²⁰¹.

Di quest’ultimo approdo della concezione di ragionevolezza si trova ampio riscontro nella più recente giurisprudenza della Corte. Si prenda la nota decisione n. 85 del 2013 sul c.d. caso Ilva; ivi è scritto che: «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche 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 statuizione delle norme *e dal giudice in sede di*

¹⁹⁹ 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.

²⁰⁰ Sulle criticità legate a tale evoluzione si legge ampiamente in MORRONE A., *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».

²⁰¹ Cfr. sent. cost. n. 108/1994.

controllo – secondo criteri di *proporzionalità e ragionevolezza*, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

1.1. Ragionevolezza vs proporzionalità

Come emerge dalle righe che precedono, 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 test di proporzionalità²⁰².

In termini generali, il sindacato di proporzionalità è una tecnica di giudizio impiegata nei conflitti tra diritti e interessi di rilievo costituzionale, che consiste nel verificare se una determinata scelta legislativa abbia compreso 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 Yowell²⁰³ ha schematizzato nei seguenti termini i passaggi che tipicamente caratterizzano un giudizio di proporzionalità²⁰⁴:

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)?*

²⁰² Quello di proporzionalità è un concetto che pare inesorabilmente destinato a non godere di autonomia propria. Uscendo dal contesto della giustizia costituzionale (ove abbiamo detto essere legato al principio di ragionevolezza) e muovendo verso l'ambito del diritto dell'Unione Europea, il c.d. principio di proporzionalità è inscindibilmente legato al principio di sussidiarietà, col quale ha trovato riconoscimento all'interno dell'art. 5 TUE. In questo contesto, la proporzionalità è da intendersi come criterio regolatore dei rapporti tra il legislatore europeo e gli Stati membri: all'Ue è infatti richiesto di utilizzare mezzi legislativi adeguati e proporzionati – tanto nel contenuto, quanto nella forma – agli scopi fissati nei Trattati.

²⁰³ Docente di filosofia del diritto nell'Università di Oxford, Oriel College.

²⁰⁴ Cfr. YOWELL P., *Empirical research in rights-based judicial review of legislation*, in HUBER P.M. – ZIEGLER K. (a cura di), *Current Problems in the Protection of Human Rights – Perspectives from Germany and the UK*, Oxford, 2012, p. 155.

Un procedimento tanto rigoroso appare «capace di combinare in modo logico e sintetico i diversi interessi che vengono in rilievo nel giudizio costituzionale: per questo, tale tecnica consente di prendere decisioni su temi sensibili ma su basi che sembrano oggettive. È questo, del resto, che ha consentito alla proporzionalità un'espansione globale, con rimandi molteplici da una Corte all'altra, sia nazionale che sovranazionale»²⁰⁵. È bene, tuttavia, chiarire da subito che il *proportionality test*, nei termini schematici e rigorosi ora espressi, si riferisce precipuamente al *modus iudicandi* di Corti diverse da quella italiana²⁰⁶. Il che non significa che alcune operazioni di bilanciamento, operate in anni recenti dalla Corte costituzionale italiana²⁰⁷, 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 promiscuamente 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. 1/2014²⁰⁸, in tema di legge elettorale, 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

²⁰⁵ Così LONGO E. – PIN A., *Dalla 10 alla 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diventa imprevedibile*, in corso di pubblicazione su *Quaderni Costituzionali*, p. 2.

²⁰⁶ «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 YOWELL P., *Practical reason and the separation of powers*, DPhil thesis, University College - University of Oxford, 2010, p. 186).

²⁰⁷ 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. LONGO E. – PIN A., *op. cit.*, p. 2).

²⁰⁸ Così anche PIN A., *op. 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».

pertanto incompatibile con il dettato costituzionale». «Il *test di proporzionalità* utilizzato da questa Corte come da molte delle giurisdizioni costituzionali europee, spesso insieme con quello di ragionevolezza, ed essenziale strumento della Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo giurisdizionale di legittimità degli atti dell'Unione e degli Stati membri, richiede di valutare se la norma oggetto di scrutinio, con la misura e le modalità di applicazione stabilite, sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi».

In sintesi, non sembra imprudente affermare che ciò che Corti di altre ordinamenti chiamano sindacato di proporzionalità corrisponde, nel nostro ordinamento, a una delle varie letture offerte dalla Consulta del sindacato di ragionevolezza ed, in particolare, a quella impiegata nelle operazioni di bilanciamento.

2. La c.d. "ragionevolezza scientifica"

Dalla descrizione dei significati che possono essere attribuiti al sindacato di ragionevolezza emerge che questo, «per la sua vocazione tendenzialmente totalizzante», «fa valere, accanto a istanze di razionalità rispetto al valore, problemi di adeguatezza rispetto al fatto»²⁰⁹. E proprio la valutazione dell'appropriatezza del mezzo legislativo rispetto a circostanze fattuali caratterizza quella *species* di sindacato di ragionevolezza che viene indicato con la locuzione "ragionevolezza scientifica". Si è già riportato come, secondo la Consulta, il sindacato di razionalità debba svolgersi anche «tenuto conto *delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti*»²¹⁰; ebbene, tra esse, è possibile includere quelle particolari circostanze e limitazioni appartenenti alla categoria delle conoscenze e delle evidenze scientifiche.

²⁰⁹ V. SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, op. cit., p. 23.

²¹⁰ Come recita la sent. cost. n. 1130 del 1988.

Entrando nel merito di alcune pronunce della Corte che vertono su leggi o atti aventi forza di legge *science-based* dei quali è valutata la ragionevolezza, è possibile ricavare che «non tutte le decisioni fanno applicazione di un solo schema di giudizio; al contrario sovente convivono nella stessa pronuncia argomentazioni che innestano al tronco di una censura per disparità di trattamento una valutazione di congruità [magari relativa ai presupposti fattuali] della legge [...] o inseriscono in un giudizio di bilanciamento argomentazioni rinvianti a valutazioni di equità»²¹¹. Tenuto conto di ciò, sembra comunque possibile offrire alcune coordinate generali rispetto al c.d. giudizio di ragionevolezza scientifica.

Un generale inquadramento di questo genere di scrutinio è individuabile nelle righe della decisione n. 114/1998²¹², nella quale – per la prima volta – si fa esplicitamente riferimento alla necessità che i dati scientifici siano presi in considerazione in termini coerenti allorquando si adotta un provvedimento legislativo. Ivi si afferma infatti che la Corte può giungere a una dichiarazione di incostituzionalità anche 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», e tuttavia, perché si possa pervenire ad una tale declaratoria, «occorre che i dati sui quali la legge riposa siano *incontrovertibilmente erronei*²¹³ o raggiungano un tale livello di *indeterminatezza* da non consentire in alcun modo una interpretazione razionale da parte del

²¹¹ Cfr. SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, op. cit., p. 24.

²¹² Oggetto del giudizio era il 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. Come riporta D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, 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».

²¹³ Nel caso di specie la Corte dichiarò infondata la questione proprio poiché non reputò incontrovertibilmente erronei i dati scientifici alla base della distinzione tra ubriachezza abituale e intossicazione cronica: «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» (così D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, p. 204). E proprio questa mancanza di sicuri riferimenti empirici le ha impedito di ritenere palesemente irragionevole la valutazione operata dal legislatore.

giudice». In termini ampi, dunque, questo tipo di sindacato consiste nel verificare se, nelle scelte del legislatore, il bilanciamento operato tra acquisizioni scientifiche - «allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero»²¹⁴- e i fini che l'intervento legislativo intende perseguire sia giustificato e ragionevole²¹⁵.

Tali definizioni argomentative chiariscono lo scopo ma nulla rivelano circa le modalità con cui la Corte costituzionale debba svolgere la valutazione in parola, ossia non esplicitano come essa possa giungere a concludere che i riferimenti scientifici su cui le leggi censurate riposano siano incontrovertibilmente erronei. Innanzitutto, un importante distinguo deve essere operato a seconda che la ragionevolezza scientifica di una legge sia valutata in relazione ai suoi effetti o ai suoi presupposti.

3. Fatto-presupposto e fatto-effetto.

La sentenza costituzionale n. 991/1988, in tema di misure di razionalizzazione della pesca in Sicilia offre - in un unico caso - un interessante esempio di come la Consulta possa trovarsi a compiere valutazioni di natura tecnica sia attinenti ai presupposti di un enunciato legislativo, sia relative ai suoi effetti.

Oggetto del sindacato di legittimità era una legge regionale siciliana²¹⁶, la quale prevedeva la concessione di finanziamenti a tasso agevolato e di contributi a fondo perduto per la costruzione di specifiche categorie di imbarcazioni: motopescherecci di stazza fra le 30 e le 200 tonnellate e con motori di potenza non inferiore agli 80 HP, nonché motobarche da pesca fino a 15 tonnellate. Ad avviso dell'Avvocatura dello Stato, il rilevante potenziamento della flotta peschereccia che sarebbe conseguito dell'attuazione della normativa impugnata - e, in particolare, l'alto tonnellaggio e l'elevata potenza dei motori dei natanti ammessi ai benefici previsti dalla legge - risultava sproporzionato rispetto allo

²¹⁴ Cfr. sent. cost. n. 414/1995 sul criterio legale di accertamento della morte.

²¹⁵ Similmente D'ALOIA A., *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in VIOLINI L. (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare: Incontro di studio Gianfranco Mor sul diritto regionale*, Milano, 2009, p. 18.

²¹⁶ La legge regionale 4 gennaio 1980 n. 1.

scopo della normativa, ossia la razionalizzazione della pesca locale. L'intervento regolatorio, infatti, avrebbe avuto come effetto la creazione di una flotta idonea anche alla pesca di altura (cioè oltre il limite territoriale), rispetto alla quale la Regione Sicilia non aveva competenza legislativa. Inoltre, la parte ricorrente lamentava l'eccessiva onerosità dei fondi stanziati per il finanziamento rispetto alla prassi solitamente applicata. Costituitasi in giudizio, la Regione siciliana contestava, innanzitutto, le valutazioni sugli effetti della disciplina paventate dallo Stato: negava cioè che l'aumento del tonnellaggio delle barche da pesca fosse tale da portare alla costituzione di una flotta adatta alla pesca d'altura. Secondariamente, contestava che il fatto che il rifinanziamento del settore della pesca risultasse particolarmente elevato, essendo addirittura inferiore, tenuto conto della svalutazione, del precedente finanziamento stanziato dalla l. r. n. 5 del 1975.

La Corte, per tanto, ha dovuto *in primis* pronunciarsi sulla possibilità che le caratteristiche tecniche delle imbarcazioni individuate dalla normativa fossero tali da produrre un effetto travalicante i limiti della competenza legislativa regionale. A riguardo essa ha dato risposta negativa, affermando che: «contrariamente a quel che suppone lo Stato nel suo ricorso, tra il mezzo del potenziamento della flotta di natanti da pesca, compresi i motopescherecci aventi stazza lorda di duecento tonnellate, e il fine di incoraggiamento della flotta medesima a pescare al di là dei confini del mare territoriale, non c'è alcun nesso di consequenzialità logica, dovendosi piuttosto individuare negli interventi predisposti dalla legge impugnata ben altri fini, del tutto leciti e attinenti alla pesca nel mare territoriale, quali la sicurezza dei pescatori, la più elevata efficacia degli strumenti idonei alla pesca e così via».

Secondariamente, la Corte, pur posta nella situazione di dover stabilire se le somme individuate dal legislatore regionale fossero proporzionate o meno allo scopo dichiarato, ha preferito sottrarsi a tale valutazione affermando che appariva del tutto incongruo individuare in una serie di elementi quantitativi – tra cui l'ammontare degli stanziamenti previsti per il finanziamento delle relative incentivazioni – un sintomo sicuro di una volontà obiettivata dal legislatore, volta a disciplinare la pesca marittima al di là dei confini.

Asserito che, all'interno del giudizio sulle leggi, v'è spazio per un sindacato della Corte in ordine agli accertamenti tecnico/scientifici compiuti dal legislatore per valutare effetti e presupposti delle leggi, si apre una seconda questione: si tratta di comprendere quale sia il grado d'intensità più opportuno per questo sindacato.

4. Sindacato di ragionevolezza esterno come controllo di correttezza procedurale. La Corte, Giudice delle leggi o "arbitro delle scienze".

Come si è evidenziato trattando dell'alternativa tra l'approccio procedurale suggerito dalla dottrina inglese e dalla dottrina amministrativa italiana e il ricorso ad un sindacato più penetrante come quello mutuabile dall'esperienza della giustizia costituzionale tedesca²¹⁷, vi sono almeno due strade astrattamente percorribili per il Giudice delle leggi: la prima (definita del controllo interno), vorrebbe che la Corte entri nel merito delle valutazioni scientifiche alla base delle scelte legislative, attingendo a propria volta dalle specifiche discipline scientifiche per verificare, attraverso il metodo proprio di ciascuna disciplina, i fatti che costituiscono il fondamento del proprio parametro decisionale; la seconda (quella del controllo esterno), richiede alla Corte di verificare che, nel corso dell'*iter legis*, il legislatore abbia svolto indagini adeguate e, pertanto, abbia agito tenendo nella corretta considerazione le circostanze e limitazioni suggerite dal mondo delle scienze. Nel primo caso si giudica la scelta legislativa, nel secondo, la sua ponderazione.

Il secondo tipo di scrutinio è, invero, la soluzione più frequentemente adottata nella storia della giustizia costituzionale italiana²¹⁸. Applicazione esemplare ne è la sentenza n. 282/2002. Con tale pronuncia, la Consulta ha sancito l'incostituzionalità di una legge regionale marchigiana che vietava in via precauzionale l'utilizzo di terapie, come il c.d. elettroshock, ritenute lesive del diritto all'integrità psicofisica degli individui. Al di là dei profili relativi al

²¹⁷ Si veda *supra* in *Introduzione*.

²¹⁸ In tal senso CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, p. 529.

conflitto di competenze tra Stato e Regione²¹⁹, al fondo della questione di legittimità aleggiava la valutazione sull'adeguatezza dell'elettroshock per la cura dei pazienti psichiatrici, in quanto 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. A riguardo la Corte ha, anzitutto, affermato che un intervento legislativo che entri nel merito delle scelte terapeutiche presuppone una verifica seria 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 che, nel caso di specie, non risultava fossero state compiute. Dunque, proprio la mancanza di un'adeguata istruttoria da parte del legislatore marchigiano ha indotto «il giudice delle leggi a valutare come arbitraria la decisione di vietare sul territorio regionale la terapia elettroconvulsione (così come la lobotomia prefrontale)»²²⁰.

La Corte qui non si è addentrata nello specifico delle valutazioni operate dalla legge, né ne ha sottolineato intrinseche incoerenze o fallacità; semplicemente ha contestato la procedura seguita per giungere al divieto²²¹, «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"»²²². In sintesi «il complessivo processo legislativo diviene parte del controllo di costituzionalità, attraverso lo scrutinio di ragionevolezza scientifica, ponendosi quale ulteriore elemento di valutazione del

²¹⁹ A riguardo si legga 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.

²²⁰ VIOLINI L., *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare*, op. cit., p. 1457.

²²¹ In più occasioni la Consulta ha affermato «che il proprio sindacato può essere penetrante solo quando i fatti che il legislatore è chiamato a valutare hanno consistenza certa, e possono essere adeguatamente verificati con i pur modesti strumenti (le ordinanze istruttorie, appunto) in possesso del giudice costituzionale. Ciò non significa ... che nelle evenienze in cui ciò non si verifichi, alla Corte sia ... precluso ogni sindacato ... ma solamente che tale sindacato viene ristretto entro i confini di un controllo sulla "manifesta irrazionalità" delle conseguenze normative tratte da certi fatti presupposti» (Così LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, p. 544.).

²²² VIOLINI L., *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare*, op. cit., p. 1458.

tradizionale oggetto costituito dal prodotto di tale procedimento, le norme contenute nella legislazione ordinaria»²²³.

Pur essendo la più battuta dalla Corte, quella del sindacato esterno non è l'unica strada percorsa dal Giudice delle leggi quando è chiamato a pronunciarsi su controversie la cui risoluzione chiama in gioco questioni scientifiche. In alcuni casi la Corte ha fatto ricorso altresì allo schema di giudizio che si è definito "interno", ovvero di adeguatezza scientifica dell'opzione legislativa posta al suo vaglio. Si pensi ad esempio alla già citata sentenza n. 151 del 2009, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità di una parte della legge sulla procreazione assistita (la celebre l. 40/2004), asserendo che il Parlamento non avesse preso in giusta considerazione «le acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e sulle quali si fonda l'arte medica»²²⁴. La sentenza, entrando nel merito della disciplina censurata, afferma che: «ridurre la fecondazione assistita ad un modello unico, valido per tutte le situazioni concrete che si presentano alla attenzione dei medici, equivarrebbe ad obliterare completamente quelle che sono le acquisizioni scientifiche, le quali indicano come i plurimi fattori che afferiscono alla coppia genitoriale incidono sulla scelta del trattamento da attuare»²²⁵. La Consulta pertanto, più arbitro delle scienze che giudice delle leggi, giunge a stabilire che, alla luce "acquisizioni scientifiche e sperimentali" proprie dell'arte medica²²⁶, il legislatore ha compiuto delle valutazioni scientificamente erranee.

4.1 Il ruolo degli organi tecnico-scientifici

Con la sentenza n. 282/2002, già segnalata quale efficace esemplificazione di sindacato di ragionevolezza relativo ai metodi dell'intervento legislativo, la Corte ha indicato al legislatore un preciso vincolo procedimentale, senza il rispetto del quale ogni scelta legislativa *science-based* apparirà irragionevole. Il

²²³ Cfr. PENASA S., *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2009, p. 835

²²⁴ Cfr. il par. 6.1 del Considerando in Diritto.

²²⁵ *Ibidem*, par. 5.2.

²²⁶ Circa le perplessità relative alla circostanza che la Consulta, senza l'impiego dei poteri conoscitivi attribuiti dalla legge, possa giungere a simili considerazioni si è già detto *supra*, nel Capitolo 1.

requisito in parola attiene alla necessità di un serio dialogo tra *risk managers* (i decisori politici) e *risk assessors* (gli organi dotati di competenze tecnico-scientifiche)²²⁷. Si legge infatti nella pronuncia che la regolazione di pratiche fondate su acquisizioni scientifiche deve fondarsi su conoscenze «acquisite, tramite *istituzioni e organismi* – di norma nazionali o sovranazionali – a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo che, a questi fini, rivestono gli *organi tecnico-scientifici*».

Una simile indicazione era già stata offerta dalla Corte costituzionale con la statuizione relativa al c.d. “caso di Bella”²²⁸. La sentenza n. 185 del 1998, infatti, «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 nella disciplina delle materie medico-scientifiche all'interno del processo legislativo. In tale sentenza la Corte ha esplicitamente statuito una mutua relazione tra potere legislativo ed *expertise* scientifica, relazione che deve tradursi in meccanismi decisionali condivisi»²²⁹.

Questa inedita centralità attribuita alle autorità dotate di competenze tecniche è accompagnata da due pregnanti corollari, tra loro strettamente

²²⁷ Come si legge in 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, pp. 256 ss: «Risk assessment involves a scientific determination of the relationships 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». «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 causal consequences of management choices; and (3) value judgments about societal goals and objectives.»

²²⁸ La decisione in parola riguardava il decreto-legge 17 febbraio 1998, n. 23 (Disposizioni urgenti in materia di sperimentazioni cliniche in campo oncologico e altre misure in materia sanitaria), disciplinante l'accesso ad una terapia anti-tumorale nota come “Multiterapia Di Bella” e connotata da fragili basi scientifiche. In questa circostanza la Corte ha configurato la sua decisione allo scopo di far fronte ad «esigenze terapeutiche estreme, impellenti e senza risposte alternative, come quelle che si verificano in alcune tipologie tumorali»; tuttavia ha ammesso di non essere in grado di «pronunciarsi, in alcun modo, circa gli effetti e l'efficacia terapeutica di detto trattamento», e di non voler «sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi». Sul punto v. D'AMICO G., *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse*, in AA. VV., *Forum di Biodiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Trento, 2009 p. 50.

²²⁹ Così PENASA S., *op. cit.*, p. 823.

connessi: *in primis* il riconoscimento di una sorta di *discrezionalità tecnica degli organi scientifici*²³⁰ e, *in secundis*, il prospettarsi di una «forma di governo “*science conscious*”»²³¹.

Il primo aspetto rappresenta un passaggio ulteriore rispetto al monito rivolto al legislatore di avvalersi della consulenza degli organismi scientifici; ciò a cui si allude è infatti la consequenziale richiesta che, dinanzi alle evidenze prospettate dai *risk assessors*, la discrezionalità dei titolari dell'indirizzo politico trovi argine²³². Come autorevole dottrina ha notato, «la ragionevolezza scientifica implica anche un limitato potere d'intervento della politica legislativa nell'attività degli organi tecnico-scientifici: nel senso 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»²³³. Ma se il legislatore deve fare un passo indietro di fronte all'autorità della scienza, inevitabilmente lo stesso farà il Giudice delle leggi. È quanto sembra emergere dalla lettura delle ragioni addotte dalla Consulta a fondamento del *self-restraint* mostrato in occasione della sent. cost. 188/2000²³⁴. In tale circostanza, la Corte rifiutò di pronunciare una sentenza additiva che assicurasse l'erogazione gratuita di alcuni farmaci facenti parte del c.d. “Multi trattamento Di Bella” a pazienti affetti da patologie tumorali diverse da quelle indicate dalla Commissione oncologica

²³⁰ Parlare di discrezionalità potrebbe risultare forviante dal momento che il tipo di contributo richiesto ai c.d. esperti consiste nel fornire dati ed evidenze scientifiche. Tuttavia l'espressione è utile a riecheggiare quel concetto di discrezionalità tecnica degli organi amministrativi cui si è fatto cenno al Capitolo I.

²³¹ L'espressione è utilizzata da Carlo Casonato nel paper *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2014, p. 194.

²³² Arginare non significa escludere. È quanto chiarisce la medesima Corte costituzionale nella sentenza n. 282/2002, quando precisa che il rispetto dell'autonomia degli organi tecnico-scientifici non implica «la conseguenza che al legislatore sia senz'altro preclusa ogni possibilità d'intervenire». Come nota Simone Penasa (*op. cit.*, p. 825), «in tal modo la Corte introduce un meccanismo di apertura a favore dell'intervento legislativo, individuando una clausola che legittima l'esercizio della discrezionalità politica del legislatore».

²³³ Così MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, *op. cit.*, p. 63.

²³⁴ Si tratta della pronuncia che ha definito i giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 1 del decreto-legge 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 legge 30 luglio 1998, n. 257, e dell'allegato n. 1 ivi richiamato.

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 del 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».

Venendo al secondo corollario, è stato osservato in letteratura che, quanto più la dimensione scientifica assume un ruolo significativo all'interno della produzione normativa di un certo ordinamento, tanto più ci si può aspettare che al tavolo dei *policy makers* alcuni posti siano riservati alla "rappresentanza scientifica"²³⁵. Naturalmente, quella della scienza e della tecnica «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». Questo rende «del tutto comprensibile che il costituzionalismo non abbia generato ad esempio, forme di "multicameralismo" inclusive di una rappresentanza specifica della dimensione scientifica»²³⁶. Ciò non di meno, la scienza giuridica comparatistica ha individuato articolati modelli di partecipazione alla produzione legislativa da parte del mondo degli scienziati: si vedano, ad esempio, i modelli di *expertise participation*, di *extra-parliamentary sites for deliberation/consultation* e di *decision-making procedural criteria*²³⁷.

Alla luce delle sentenze costituzionali poc'anzi ricordate, non è azzardato ritenere che la direzione verso cui la nostra Corte sembra spingere, sia proprio quella dell'attuazione di «una forma di governo "scientificamente consapevole" la quale, senza modificare i principali assetti istituzionali, preveda in forma

²³⁵ Così CASONATO C., *op. cit.*, p. 194.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ Per un'approfondita analisi dei suddetti modelli, applicati ai processi di legislazione in materia di ricerca sugli embrioni nei principali paesi europei, si veda 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, pp. 39-55.

stabile una serie di strumenti specifici in grado di esporre le scelte politiche in materia di scienze della vita ad una utile contaminazione di natura scientifica»²³⁸.

5. La più recente giurisprudenza costituzionale in materie scientifiche. E' possibile individuare un *trend* univoco?

Nel corso del biennio 2014/2015, la Corte costituzionale italiana ha pronunciato alcune interessanti sentenze che le hanno consentito di misurarsi nuovamente con tematiche di spiccata caratura scientifica: si tratta in particolare della già citata sent. n. 162/14, relativa al divieto di fecondazione eterologa contenuto nella l. 40/2004²³⁹, della sent. n. 274/14, concernente il trattamento terapeutico c.d. "Stamina", nonché delle sentenze nn. 83 e 113 del 2015, rispettivamente in tema di tassazione di prodotti succedanei della nicotina e di rilevamento automatico di infrazioni stradali.

Come il vivace dibattito dottrinale che le ha accompagnate dimostra²⁴⁰, si tratta di decisioni di nodale importanza sotto molteplici profili. Tuttavia, ai fini

²³⁸ Cfr. CASONATO C., *Evidence Based Law*, op. cit., p. 195.

²³⁹ Cui è seguita la sent. cost. 96/2015, in materia di diagnosi embrionale pre-impianto ed estensione dell'accesso alla PMA a coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili. Cfr. a riguardo

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; nonché 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*, 11.6.2015.

²⁴⁰ Tra i principali commenti alla sent. 162/2014 si vedano: VIOLINI L., *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Osservatorio AIC* (*www.osservatorioaic.it*), n. 2/2014; D'AMICO M., *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal* (*www.biodiritto.org*), n. 2/2014; MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (*www.forumcostituzionale.it*), 11 giugno 2014; PENASA S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (*www.forumcostituzionale.it*), 16 giugno 2014; CASONATO C., *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali* (*www.confronticostituzionali.eu*), 17 giugno 2014.

Per quanto riguarda la sent. 274/2014, invece, si vedano: VERONESI P., *Al crocevia del "caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, scritto destinato agli "Scritti in onore di Gaetano Silvestri", disponibile in *Forum di Quaderni Costituzionali* (*www.forumcostituzionale.it*); D'AMICO G., *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (*www.forumcostituzionale.it*), 1 febbraio 2015; SERENO G., *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione*

dell'analisi che si sta svolgendo, ci si limiterà qui all'osservazione del test di ragionevolezza scientifico applicato dalla Corte; ciò al fine di verificare se il ragionamento giuridico seguito dal Giudice delle leggi in questi recenti casi sia possibile individuare trend univoci circa gli scopi in relazione ai quali i dati scientifici sono presi in considerazione dalla Corte, nonché circa la scelta tra un sindacato di ragionevolezza scientifico "esterno" o, viceversa, nel merito.

a) Ultimi sviluppi in materia di PMA

La pronuncia del 9 aprile 2014 ha 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. La Corte ha, infatti, ritenuto che l'assoluto divieto di simile pratica (contenuto nella discussa l. 40/2004²⁴¹) non individuasse «un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze»²⁴². In particolare 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 diritto alla salute»²⁴³. Dunque a principale fondamento della dichiarazione di incostituzionalità v'è l'assunto per cui il bilanciamento dei diritti operato dal legislatore del 2004 fosse irragionevole. Non è, però, solo una questione di squilibrio tra interessi confliggenti: la Corte individua ulteriori

lacunosa, in *Osservatorio AIC* (www.osservatorioaic.it), n. 1/2015; PARIS D., *I rischi di una giurisprudenza "compassionevole"*. *Riflessioni sull'operato della magistratura ordinaria nel caso Stamina*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 31 luglio 2015.

La pronuncia n. 96 del 2015 è stata oggetto di commento nei seguenti articoli: D'ALOIA A., *L'ex 40*, in *Confronti costituzionali* (www.confronticostituzionali.eu), 23 giugno 2015 e 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 di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 8 luglio 2015.

Quanto infine alle altre pronunce del 2015, stante la loro recentissima pubblicazione, sono state al momento oggetto di soli commenti a mezzo stampa.

²⁴¹ Come si è visto, la l. 40/2004 era già stata parzialmente dichiarata illegittima con la sent. cost. 151/2009.

²⁴² Cfr. sent. cost. 162/2014.

²⁴³ Così VIOLINI L., *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, *op. cit.*, p. 9.

profili di irragionevolezza²⁴⁴ (come quello relativo all'impari trattamento tra coppie con problemi di infertilità – superabili tramite tecniche di PMA omologa – e coppie totalmente sterili²⁴⁵) e, tra quelli, se ne segnalano due che possono ritenersi, *latu sensu, science-based*.

Il primo è inerente alla concezione di diritto alla salute emergente dalla scelta legislativa contestata, concezione che risulterebbe “scientificamente inadeguata”. La Corte rimprovera al legislatore 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, senza ricorrere all'eterologa, non potrebbero divenire genitori. La pronuncia, infatti, ammonisce il legislatore circa il fatto che «un intervento sul merito delle scelte terapeutiche, [...] deve tenere conto anche degli indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche [...], anche in riferimento all'accertamento dell'esistenza di una lesione del diritto alla salute psichica». Sembrerebbe dunque che il Giudice delle leggi stia applicando il seguente 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 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 sentenza n. 162/2014 riprenda testualmente le affermazioni fatte nella pronuncia Di Bella e nella n. 282/2002, ribadendo la necessità che un intervento normativo in materia medica tenga conto delle evidenze e delle conoscenze espresse dall'*expertise* tecnico/scientifica, non è possibile affermare che il Giudice delle leggi stia qui suggerendo di nuovo un solo onere procedurale al legislatore²⁴⁶. Nella pronuncia che ha sancito l'incostituzionalità del divieto di

²⁴⁴ «Il vizio che inficia il divieto di eterologa, dunque, sta tutto nella teoria della ragionevolezza» (MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, p. 2).

²⁴⁵ Sul punto si veda CASONATO C., *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte, op. cit.* : «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».

²⁴⁶ Diversamente PENASA S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza?*, *op. cit.*, p. 2. Ivi si afferma che la sent. 162 del 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

PMA di tipo eterologo, «la libertà della politica legislativa trova un limite ulteriore nella scienza», «ben oltre quanto già previsto nei precedenti»²⁴⁷.

Come autorevole dottrina ha commentato, in questo schema argomentativo le acquisizioni scientifiche non sono più trattate solo come «evidenze che non possono essere contraddette», ma come strumenti «per lo sviluppo delle libertà dell'individuo»; «il punto più significativo della sent. n. 162/2014 è [...] questo: porre all'attenzione di tutti, anche di chi ancora non se n'è accorto, che la persona e i diritti fondamentali conoscono una profonda e, forse irresistibile, trasformazione di fronte alle acquisizioni della scienza e della tecnica»²⁴⁸. La Consulta sembra, dunque, dire che l'unica condizione valida per limitare o vietare l'impiego di una tecnica che la scienza indica come adeguata a tutelare il diritto alla salute, è che il divieto in questione affondi le proprie ragioni in un interesse di rango costituzionale.

Il secondo profilo di inadeguatezza scientifica del divieto di eterologa attiene all'eccessiva prudenza che, secondo la sent. 162/14, 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, infatti, porre un veto assoluto su tale tecnica significa ignorare che essa, «alla luce delle notorie risultanze della scienza medica», non appare essere particolarmente rischiosa.

Una simile sottolineatura presta il fianco ad almeno due rilievi critici. Innanzitutto la Corte entra nel merito di un dibattito che è squisitamente scientifico, ossia quello relativo agli effetti di una determinata pratica medica, passando (come già visto in relazione alla sent. 151/2009) dal ruolo di giudice delle leggi a quello di *endorser* dell'opinione scientifica più fondata. Secondariamente, giustifica l'affermazione in base alla quale le tecniche di PMA

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».

²⁴⁷ V. MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, p. 6.

²⁴⁸ Così MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura, op. cit.*, p. 6

non comportano rischi eccessivi per la salute, facendo riferimento a generiche e “notorie risultanze della scienza medica”. Quand’anche si ritenga legittimo che la Corte esprima delle opinioni di natura scientifica, si concorderà che «l’uso assai parco delle ordinanze istruttorie da parte del nostro giudice costituzionale, [...] appare “irragionevole”, quanto meno per le questioni “scientificamente controverse”»²⁴⁹. Del resto, in assenza delle necessarie conoscenze tecniche, decisioni apparentemente prese sulla base di verità scientifiche, risulteranno essere in realtà il frutto del bilanciamento – non adeguatamente motivato – tra i valori in gioco²⁵⁰.

A pochi mesi dalla decisione in commento, la Consulta si è pronunciata nuovamente sulla l. 40, «dando seguito agli interventi demolitori»²⁵¹ sul fronte della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita. Con la pronuncia n. 96 del 2015 si è, infatti, dato accoglimento alla questione di legittimità costituzionale circa il divieto di accesso alle tecniche di PMA per le coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche trasmissibili. Tale esclusione è stata giudicata irragionevole e contraria agli art. 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»²⁵². 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, che potremmo considerare alla stregua di un monito al legislatore. In chiusura, la sentenza afferma che è compito di quest’ultimo «introdurre apposite disposizioni al fine della auspicabile individuazione (anche periodica, sulla base

²⁴⁹ D’AMICO G., p. 444.

²⁵⁰ Cfr. D’AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, op. cit., p.168.

²⁵¹ Cfr. MALFATTI E., op. cit., p. 533.

²⁵² Par. § 9 C. i. d.

della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l'accesso alla PMA di coppie fertili »²⁵³.

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 tratta solo di un auspicio ma, nuovamente, il Giudice costituzionale sembrerebbe muovere dalla convinzione che un'opzione legislativa, la quale non offra la massima possibilità d'accesso alle più sofisticate tecniche procreative che il progresso scientifico mette a disposizione (con tutto ciò che esse comportano in termini di salute psico-fisica per la coppia che desideri ricorrere ad esse), sarà da considerarsi scientificamente irragionevole. Nuovamente, «la libertà della politica legislativa trova un limite [...] nella scienza»²⁵⁴, al cui progredire deve corrispondere un aggiornamento della regolazione della materia *de qua*.

b) Il c.d. caso Stamina

Con la sentenza n. 274/2014, 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); norma che esclude dalla possibilità di sottoporre al "trattamento Stamina" i pazienti che ne abbiano fatto richiesta dopo l'entrata in vigore del decreto medesimo.

Il trattamento in questione consiste in una terapia giudicata di carente fondamento scientifico²⁵⁵, «la quale utilizza e manipola cellule staminali di tipo mesenchimale per curare gravissime patologie neurologiche»²⁵⁶. In mancanza di sperimentazione, tale metodo è stato praticato - oltre che in alcune strutture private - in un ospedale pubblico, gli Spedali Civili di Brescia, a carico del Servizio Sanitario Nazionale. Dopo una lunga e controversa vicenda giudiziaria e

²⁵³ Par. § 10 C.i.d.

²⁵⁴ MORRONE A., *Ubi scientia ibi iura*, op. cit., p. 6.

²⁵⁵ L'ultimo verdetto - in ordine cronologico - ad averlo stabilito è 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>.

²⁵⁶ Così VERONESI P., *Al crocevia del "caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, op. cit., p. 1.

politica²⁵⁷, acquisito il parere negativo dell’Agenzia Italiana del Farmaco e di due Comitati d’esperti²⁵⁸, il governo è intervenuto con un decreto d’urgenza (convertito dalla l. 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. E, come anticipato, essa ha escluso che si sia in presenza di una violazione del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.: presa la decisione di vietare il trattamento Stamina, il legislatore ha previsto – tenuto conto del contesto anomalo – un’eccezione alla regola 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».

La sentenza in parola risulta interessante nell’ambito del discorso generale che si sta conducendo, in quanto torna a mettere in luce il rapporto tra ragionevolezza scientifica della legislazione e opinioni espresse dalla comunità degli scienziati. Ciò 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

²⁵⁷ Per la cronistoria del caso Stamina precedente all’emanazione della sent. cost. 274/2014, si rimanda al seguente link: www.biodiritto.org/index.php/novita/news/item/330-dossier-staminali.

²⁵⁸ Come si legge in D’AMICO G., *Caso “Stamina”: la “lotta per la salute”, op. 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».

dal decreto del Ministero della salute adottato, *sulla base della relazione dell'apposito comitato scientifico*, il 4 novembre 2014, nelle more del presente giudizio»²⁵⁹.

Il Giudice delle leggi prende dunque atto del fatto che non esiste alcuna divergenza di opinioni scientifiche sull'infondatezza del metodo Stamina. Difatti, «nell'ordinanza dell'AIFA (e non solo) si fa espressa menzione della “mancanza di evidenze scientifiche” sull'utilità della terapia, affiorando altresì più d'un dubbio che essa possa rivelarsi addirittura dannosa»²⁶⁰. E sulla scorta di tali opinioni “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.

Ciò detto, a fronte del peso dato al parere negativo degli esperti, potrebbe risultare incoerente che la Corte non si sia spinta fino a giudicare irragionevole la prosecuzione della terapia sui pazienti di lunga data; e potrebbe apparire insufficiente a superare una simile critica la sola invocazione del principio di continuità terapeutica. Ragionando sul perché di una tale omissione, «banalmente, si potrebbe rispondere che non era questo il *petitum* dell'ordinanza di rimessione»²⁶¹. Più probabilmente, però, *il self restraint* del Giudice delle leggi è frutto della consapevole decisione di non «andare al di là della sua [...] tendenza a presumere l'adeguatezza delle decisioni legislative in materia scientifica»²⁶². Tendenza che Luciani²⁶³ riscontrava negli anni '80 a riguardo delle valutazioni legislative degli elementi di fatto in generale e che, come visto, ha subito nel tempo vistose oscillazioni.

c) *Sigarette elettroniche, salute e discrezionalità del legislatore in materia tributaria*

²⁵⁹ Par. § 6 C. i. D., corsivo aggiunto. Sul punto si veda G. SERENO, *op. cit.*, p. 8.

²⁶⁰ Cfr. VERONESI P., *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, *op. cit.*, p. 13.

²⁶¹ Così D'AMICO G., *Caso “Stamina”: la “lotta per la salute”*, *op. cit.*, p. 3.

²⁶² Cfr. VERONESI P., *Al crocevia del “caso Stamina” e dei suoi “problemi costituzionali”*, *op. cit.*, p. 14.

²⁶³ In LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, p. 543 si parla di «presunzione *iuris tantum* di adeguatezza» che «salterà se sarà mostrata la fattuale inconsistenza di quei dati».

Il 15 aprile 2015, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una disposizione del T.U. sulle imposte su produzioni e consumi²⁶⁴, la quale sottoponeva ad una tassazione molto elevata²⁶⁵ la commercializzazione di prodotti non contenenti nicotina, idonei a sostituire il consumo dei tabacchi lavorati, nonché dei dispositivi meccanici ed elettronici che ne consentono il consumo. La Corte è giunta a tale verdetto reputando intrinsecamente irrazionale, e pertanto contraria all'art. 3 Cost., la scelta di assoggettare a un'aliquota significativa ed indifferenziata una serie di sostanze tra loro assolutamente eterogenee²⁶⁶.

Passaggio nodale nelle motivazioni della sentenza n. 83/2015 è contenuto al par. § 5.1 *C.i.D.* Ivi il Giudice delle leggi afferma 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»²⁶⁷.

In questo caso non può dirsi che la Consulta sostituisca la propria valutazione circa la nocività di sigarette elettroniche *et similia* a quella del legislatore. È infatti lei stessa a sottolineare che, «come emerge dai lavori preparatori», il regime fiscale particolarmente afflittivo verso tali prodotti non è legato a timori relativi alla salute dei consumatori, bensì «trova primaria giustificazione nell'esigenza fiscale, di recupero di un'entrata erariale - l'accisa sui tabacchi, con particolare riguardo alle sigarette - la quale ha subito una rilevante erosione, per effetto dell'affermazione sul mercato delle sigarette elettroniche». Piuttosto, è interessante notare come il principio della discrezionalità legislativa in materia tributaria venga limitato in presenza di un'opzione che la Corte reputa di «manifesta irragionevolezza» in relazione ai presupposti empirici su cui affonda. E, infatti, ciò che principalmente la Consulta

²⁶⁴ Si tratta dell'art. 62-*quater* del decreto legislativo 26 ottobre 1995, n. 504, nel testo originario, antecedente alle modifiche apportate dall'art. 1, comma 1, lettera f), del decreto 15 dicembre 2014, n. 188.

²⁶⁵ Nella misura pari al 58,5% del prezzo di vendita al pubblico.

²⁶⁶ E per giunta non individuate in maniera oggettiva.

²⁶⁷ Corsivo aggiunto.

sostiene è che non sia legittimo applicare un regime fiscale idoneo a produrre una limitazione dei consumi di sostanze che non siano nocive, neppure in ragione di “esigenze di cassa”.

L’Avvocatura di Stato ha sostenuto che l’equiparazione del trattamento fiscale di tabacchi e prodotti succedanei sia giustificato dal fatto che si tratti di beni caratterizzati da uguali modalità di consumo e che – per ciò solo – siano meritevoli di essere in egual modo disincentivati²⁶⁸. Tuttavia la Corte ha replicato asserendo che è irrazionale cercare di limitare l’acquisto di prodotti da fumo, a prescindere dalla sostanza che sarà oggetto di inalazione e «indipendentemente dal processo tecnico con cui il consumo è reso possibile». Solo là dove il consumo sia nocivo è lecito che il legislatore persegua una politica tributaria di disincentivo; diversamente, l’insindacabilità di una politica fiscale simile può e deve trovare limitazione.

Nella sent. 83/2015, pertanto, il richiamo ad elementi empirici e micro evidenze tecnico-scientifiche ha portato al superamento di una scelta legislativa che poteva apparire arbitraria – o, quantomeno, animata dal mero intento di aumentare le entrate erariali –, che finiva con l’incidere gravosamente sulla vita dei consociati²⁶⁹.

Tanto detto, non si può evitare di mettere in luce una criticità importante della pronuncia in commento: il fatto che le sostanze diverse dalla nicotina non siano gravemente nocive è trattato come dato notorio. Probabilmente la Corte ha ritenuto di non doversi attardare sul punto in ragione della circostanza – già menzionata – che sul tema non ci fosse palese disaccordo con il legislatore o, quantomeno, che la scelta fiscale non fosse fondata su di un assunto contrario.

In effetti alla Corte, il cui compito non è certo quello di fare luce sui possibili rischi derivanti del fumo elettronico, sarebbe stato sufficiente contestare che il T. U. non motivava ragionevolmente l’equiparazione di trattamento dei diversi prodotti, senza bisogno di ulteriori argomentazioni. Tuttavia il Giudice delle leggi si è spinto oltre: non può sottovalutarsi il tenore affatto dubitativo

²⁶⁸ Cfr. par. §4.2.3 *R.i.F.*

²⁶⁹ Nel caso in parola sia sufficiente pensare agli effetti negativi di un regime fiscale avverso per gli operatori del mercato del c.d. fumo elettronico, nonché sulla sostenibilità economica della scelta di singoli individui di sostituire il consumo di nicotina con prodotti meno dannosi.

dell'affermazione secondo la quale, in relazione ai succedanei della nicotina, non è ravvisabile il presupposto della grave nocività. Ebbene, essendo proprio l'innocuità di tali prodotti perno della dichiarazione dell'irragionevolezza della scelta legislativa, sarebbe stato auspicabile che la Corte rendesse note le conoscenze sulle quali ha fondato il suo giudizio. Infatti, considerate le nozioni tecnico-specialistiche su cui inevitabilmente si fonda, non è sostenibile che la valutazione in parola possa considerarsi di tutta evidenza. Il vivace dibattito politico e pubblico attorno alle *e-cigarette* e ai vaporizzatori di varia natura lo conferma²⁷⁰. Come osservato in letteratura, «gravidità di rischi è l'adozione di una decisione che non sia preceduta da un adeguato approfondimento dei dati scientifici e che non sia supportata da un complesso di argomentazioni idonee a superare l'incertezza dei presupposti fattuali. Si allude a quelle pronunzie che la dottrina statunitense ritiene fondate sulla c.d. *crystal ball inquiry*, cioè decisioni non adeguatamente sostenute da motivazioni razionalmente giustificabili»²⁷¹.

d) Autovelox e irragionevolezza del diritto vivente

L'ultima sentenza costituzionale cui s'intende fare riferimento, la n. 113/2015, si distingue dalle precedenti, in quanto esula dal campo delle scienze connesse alla salute e coinvolge un ambito – quello del rilevamento automatico delle infrazioni stradali – legato al mondo della tecnica meccanica e del progresso ingegneristico.

In questo caso, oggetto di giudizio è stata la mancata previsione, all'art. 45 del Nuovo codice della strada, di una procedura di verifica periodica del funzionamento degli strumenti impiegati per l'accertamento automatico delle violazioni alle norme di circolazione (in breve, autovelox). Tra le argomentazioni prospettate dal giudice rimettente, si legge che una simile esenzione poneva un dubbio di costituzionalità in riferimento all'art. 3 Cost. «per la palese irragionevolezza di un sistema che consente di dare certezza giuridica e

²⁷⁰ A riguardo sia sufficiente ricordare che, nonostante l'abrogazione (operata dalla l. 128/2013) delle principali restrizioni a pubblicità e consumo nei luoghi pubblici di sigarette elettroniche contenute all'art. 51, comma 10bis della c.d. legge Sirchia, sono ancora vigenti nel nostro ordinamento norme che restringono significativamente la possibilità di pubblicizzare detti prodotti.

²⁷¹ V. D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, op. cit., p. 183

inoppugnabilità ad accertamenti irripetibili - fonti di potenziali gravi conseguenze per chi vi è sottoposto - svolti da complesse apparecchiature senza che la loro efficienza e buon funzionamento siano soggette a verifica “anche a distanza di lustri”²⁷².

La Corte ha accolto la questione chiarendo che, sebbene la disposizione indubbiata non esonerasse espressamente gli autovelox da operazioni di verifica periodica inerenti a taratura e funzionamento, l'esistenza di un diritto vivente orientato in senso diametralmente opposto²⁷³, non avrebbe reso praticabile la strada di una sentenza interpretativa di rigetto²⁷⁴.

In particolare, la costante giurisprudenza della Cassazione, tendente ad escludere la necessità di regolari controlli, ha dato spazio al costituirsi di un diritto vivente suscettibile di pregiudicare «l'affidabilità metrologica»²⁷⁵ dei rilevamenti automatici, i quali - per loro natura - presentano gradienti di fallibilità assolutamente peculiari rispetto a quelli realizzati in presenza di operatori. Non tenerne conto è, secondo il Giudice delle leggi, assolutamente irragionevole, sia per assenza di “razionalità formale”, sia per mancanza di “razionalità pratica”.

Questa distinzione terminologica individua due aspetti, tra loro complementari, di quello che in questa sede si è definito “il secondo approdo” del test di ragionevolezza nella storia della giurisprudenza costituzionale italiana e che la Corte ha efficacemente descritto nella già citata sent. 1130/88. Come si è ricordato *supra*, in quell'occasione il Giudice delle leggi ha parlato del sindacato di ragionevolezza come di un'operazione volta a verificare l'adeguatezza dei mezzi normativi in relazione agli scopi prefissati dal legislatore, «tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti».

²⁷² Cfr. par. §1 R. i. F.

²⁷³ Infatti il consolidato orientamento della Corte di cassazione è «nel senso che il censurato art. 45 esoneri i soggetti utilizzatori dall'obbligo di verifiche periodiche di funzionamento e di taratura delle apparecchiature impiegate nella rilevazione della velocità» (par. § 5 C. i. D.).

²⁷⁴ «Non è condivisibile a tal proposito l'eccezione formulata dall'Avvocatura generale dello Stato, secondo cui il giudice a quo non avrebbe sperimentato un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione. [...] L]o stesso giudice a quo richiama come ostativa a detta soluzione ermeneutica l'esistenza di un diritto vivente» consolidato in senso contrario (par. § 4 C. i. D.).

²⁷⁵ Par. § 5 C. i. D.

Nel caso di specie è perfettamente rintracciabile il suddetto schema di giudizio. La Corte ha anzitutto escluso che la disposizione censurata fosse idonea a perseguire la propria *ratio*. Risulta, infatti, priva di coerenza interna (e dunque viziata da irrazionalità formale) una norma che affidi valore probatorio agli output di apparecchiature automatizzate senza curarsi di regolarne la manutenzione, poiché in assenza di quest'ultima è dubbia la stessa capacità probatoria della strumentazione in parola.

Quanto poi al canone della razionalità pratica, la sentenza offre un interessante esempio del rilievo che le "circostanze concretamente sussistenti" (in questo caso le caratteristiche degli autovelox e gli effetti dell'usura su strumenti meccanici) possono assumere al fine di valutare la sensatezza di una disposizione normativa. La Corte afferma, infatti, che l'esonero da verifiche periodiche delle apparecchiature automatiche è *intrinsecamente irragionevole, alla luce del fatto evidente*²⁷⁶ che «qualsiasi strumento di misura, specie se elettronico, è soggetto a variazioni delle sue caratteristiche e quindi a variazioni dei valori misurati dovuti ad invecchiamento delle proprie componenti e ad eventi quali urti, vibrazioni, shock meccanici e termici, variazioni della tensione di alimentazione»²⁷⁷. Inoltre, considerato che «i fenomeni di obsolescenza e deterioramento possono pregiudicare non solo l'affidabilità delle apparecchiature, ma anche la fede pubblica che si ripone in un settore di significativa rilevanza sociale, quale quello della sicurezza stradale», il controllo di conformità degli autovelox «ha senso solo se esteso all'intero arco temporale di utilizzazione degli strumenti di misura»²⁷⁸ in parola.

In questo caso la valorizzazione delle circostanze tecnico-fattuali che fanno da sfondo alla scelta del legislatore è stata funzionale ad evitare irragionevoli restrizioni di interessi pubblici e privati estremamente rilevanti (come la sicurezza della circolazione, la garanzia dell'ordine pubblico, la preservazione dell'integrità fisica degli individui, la conservazione dei beni, nonché la certezza dei rapporti giuridici e il diritto alla difesa del sanzionato).

²⁷⁶ Dice la Corte "appare evidente che".

²⁷⁷ Par. § 6.1 C. i. D.

²⁷⁸ Par. § 6.1 C. i. D.

Inoltre, diversamente dalle sentenze sulla PMA, appare qui meno discutibile l'assenza di informazioni circa le fonti d'istruzione della Corte e ciò, principalmente, a ragione del basso gradiente di complessità della questione tecnico-scientifica su cui la Corte appoggia il proprio giudizio.

Come osservato in dottrina²⁷⁹, «si può richiedere un *surplus* di motivazione ai giudici costituzionali ogni qualvolta essi si trovino dinanzi a questioni la cui comprensione richiede conoscenze extragiuridiche e solo quando di queste ultime non sia in possesso l'uomo medio». Viceversa, «risulterebbe superfluo richiedere alla Corte di motivare il riferimento a fatti sufficientemente noti». È questo secondo il caso della pronuncia in commento: certamente, infatti, non è necessario far ricorso a specifiche conoscenze in materia di ingegneria meccanica per affermare che l'usura porta, nel tempo, al malfunzionamento degli strumenti di misurazione. Allo stesso modo sembra dettata dal buon senso la contestazione da parte della Corte del parere espresso in una direttiva del Ministero dell'interno, secondo il quale la rilevazione della cattiva funzionalità degli autovelox sarebbe garantita da sistemi di autodiagnosi dei guasti che avvisano gli operatori del loro mal funzionamento. Secondo i giudici costituzionali tale rilievo non sarebbe risolutivo poiché «è evidente che il mantenimento nel tempo dell'affidabilità metrologica delle apparecchiature è un profilo che interessa [...] anche i meccanismi di autodiagnosi che appaiono suscettibili, come le altre parti delle apparecchiature, di obsolescenza e di deterioramento».

6. La "proporzionalità scientifica" nel ragionamento giuridico della Corte europea dei diritti dell'uomo. Spunti di comparazione.

Mentre quello della comunità scientifica è «intrinsecamente un linguaggio de-territorializzato» ed il progresso tecnologico è «fenomeno a-topico»²⁸⁰, viceversa il diritto, tradizionalmente, assume caratteri peculiari a seconda del contesto territoriale in cui è prodotto. Questo localismo della materia giuridica

²⁷⁹ Si veda D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, op. cit., p. 57.

²⁸⁰ Cfr. D'ALOIA A., *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in ID. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, op. cit., p. XIV.

non può che trovare parziale attenuazione là dove i singoli ordinamenti sono posti dinanzi alla necessità di dare regolazione a fenomeni di caratura scientifica²⁸¹. Così, ad esempio, l'obiettivo di offrire soluzione alle comuni sfide poste dalla scienza porta le Corti di differenti ordinamenti a prendere in considerazione problematiche simili e prestare reciproca attenzione alle altrui argomentazioni: «*one of the arguments for the use of comparative law by national courts is that learning from the experience of other nations can improve the quality of the legal decisions made by national courts*»²⁸².

È quanto accade, in una certa misura, anche tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le Corti degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa²⁸³, soprattutto nell'eventualità in cui Giudice europeo e Giudici nazionali siano chiamati a pronunciarsi su materie omologhe o, meglio ancora, su medesimi casi. Ad esempio alla Corte costituzionale italiana si è pronunciata – come si è appena visto – in materia di fecondazione eterologa a soli tre anni di distanza dalla definizione del ricorso *S.H. c. Austria* avente ad oggetto la legge sulla procreazione assistita d'oltralpe. Inoltre ha preso posizione sul c.d. caso Stamina, quasi contemporaneamente alla sentenza *Durisotto c. Italia* della Corte europea.

Naturalmente le influenze in parola non sono sempre facilmente tracciabili e il tentativo di metterle in luce porta con sé il rischio di incorrere in letture forzate o impropri paragoni. Pertanto l'obiettivo dei paragrafi che seguono è, semplicemente, quello di descrivere le principali peculiarità del rilievo del dato scientifico nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e di sottolineare, ove presenti, i punti di vicinanza tra il ragionamento giuridico del nostro Giudice delle leggi e quello della Corte strasburghese e gli esiti cui le due Corti sono giunte in relazione a casi omologhi.

²⁸¹ «Il diritto 'tecnologico' subisce sempre più la vocazione globale del suo presupposto sostanziale» e, di conseguenza, «il tradizionale diritto degli Stati mostra la corda» (così D'ALOIA A., *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, op. cit., p. XIV). Sul punto cfr. anche G. F. FERRARI, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in FERRARA R., MARINO I. M. (a cura di), *Gli organismi geneticamente modificati. Sicurezza alimentare e tutela dall'ambiente*, Padova, 2003, p. 36-37.

²⁸² Così DOTHAN S., *The Optimal Use of Comparative Law*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, n. 1/2014, p. 21.

²⁸³ Per una trattazione più approfondita del tema si vedano, *ex plurimis*, DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010 e VENZKE I., *The Role of International Court as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation*, 99 *Loyola L.A. International & Comparative Law Review*, 2011-2012, p. 99-131.

L'interesse per una simile analisi è principalmente dettato dalla circostanza che, da tempo, la Corte costituzionale non è l'unico soggetto che svolge un sindacato di legittimità sugli atti normativi prodotti dal nostro legislatore. Pur operandosi i dovuti distinguo²⁸⁴, può considerarsi "giudice delle leggi" anche la Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Sin dagli anni '80, infatti, il giudice di Strasburgo ha ritenuto che quando «*the essence of the applicants' complaint is directed against the terms and conditions of the contested legislation*», egli deve dirigere la sua attenzione principalmente sulla disposizione legislativa contestata in sé²⁸⁵. Di conseguenza, nella prassi giurisprudenziale CEDU, molte decisioni individuano «l'origine della violazione della Convenzione nel contenuto di una specifica disposizione normativa», «cosicché il caso concreto sottoposto dal ricorrente finisce con il divenire l'occasione per un'affermazione di ordine generale»²⁸⁶.

Quando la Corte europea giudica – nel senso ora chiarito – la legge, ricorre anch'essa al sindacato di proporzionalità che si è descritto nei paragrafi precedenti²⁸⁷. È infatti possibile ritrovare nelle sue pronunce quelle operazioni di

²⁸⁴ «Il sindacato sulla legge compiuto dalla Corte costituzionale ha natura obiettiva, generale, è posto a salvaguardia dell'ordinamento nel suo complesso e volto ad espungere dal sistema le norme contrarie alla Costituzione. Si tratta inoltre di un controllo "astratto" che prescinde, almeno in via generale, dalle vicende del caso concreto. Il sindacato sulla legge della Corte europea, invece, non è "in astratto", ma è condotto piuttosto prestando attenzione alle ripercussioni pratiche della disciplina, di come esse rilevano nel caso concreto al fine della valutazione della loro conformità alla Convenzione [...]. Ciò detto, va aggiunto che non di rado nelle pronunce delle due Corti astrattezza e concretezza assumono alterna rilevanza ai seconda dei casi e delle questioni loro sottoposti» (cfr. 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 p. 32, disponibile su www.cortecostituzionale.it).

²⁸⁵ Cfr. sent. *James and others v. UK*, 1986.

²⁸⁶ 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 Costituzionale della Rivista AIC*, www.osservatorioaic.it, n. 2/2015, p. 5.

²⁸⁷ A riguardo cfr. RANDAZZO B., *Il sindacato sulla ragionevolezza della legge e lo scrutinio di proporzionalità*, *op. cit.*, p. 35 ss. L'Autrice chiarisce che il sindacato sulla proporzionalità di una misura generale, posto in essere dalla Corte europea, «comincia con lo studio delle scelte legislative all'origine della misura: la qualità dell'esame parlamentare e giudiziario della necessità della misura adottata a livello nazionale riveste una importanza primaria al riguardo anche per quel che concerne la delimitazione dell'ampiezza del margine di apprezzamento pertinente». Naturalmente «per valutare la proporzionalità della misura

bilanciamento che, in Italia ricondotte nel contesto del sindacato di ragionevolezza, sono da molte giurisdizioni ritenute proprie dei test di proporzionalità.

Ciò è legato al fatto che molti degli articoli più comunemente invocati della CEDU (come quelli enuncianti la libertà di espressione, di religione, di coscienza, il diritto alla vita privata e familiare o il diritto di assemblea) contengono clausole di limitazione che consentono di giustificare menomazioni nel godimento di tali diritti, a patto che si tratti di restrizioni necessarie “in una società democratica” per proteggere determinati interessi collettivi (come sicurezza, salute o morale pubbliche) o diritti libertà altrui²⁸⁸. Per questo motivo, «*judgments in the ECtHR typically have two main stages. The first determines whether the legislation ‘interferes’ with (or ‘infringes’, ‘restricts’, etc.) the relevant right, and the second determines whether the interference is justified by a pressing social need. A court’s conclusion that legislation does not interfere with a right has the effect of defining the right, at least in a negative sense, by identifying limits to its scope. But in many (perhaps most) cases, the court finds that legislation interferes with a right, and the weight of analysis occurs at the second stage, with the inquiry into whether the interference is justified or proportionate*»²⁸⁹.

Due chiari esempi di questo modo di procedere sono i casi *Hatton c. Regno Unito* e *Durisotto c. Italia*, i quali, in aggiunta, offrono un interessante punto d’osservazione sull’interazione tra sindacato di proporzionalità e utilizzo di dati empirici, valutazioni scientifiche e di natura economica, nella prospettiva del Giudice di Strasburgo.

generale», la Corte «prende in considerazione il modo in cui tale misura è applicata al caso concreto». Si noti che «più gli interessi generali invocati a sostegno della misura sono convincenti, meno la Corte attribuisce rilevanza all’impatto della misura nel caso di specie sottoposto al suo esame». Concludendo «la questione centrale con riguardo al sindacato su misure generali, non è di accertare se si sarebbero potute adottare regole meno restrittive, né di verificare se lo Stato può provare che senza limitazione lo scopo perseguito non sarebbe stato raggiunto; si tratta piuttosto di determinare se, allorché lo Stato ha adottato la misura generale contestata e ritenuta arbitraria in rapporto agli interessi in gioco, il legislatore ha agito nell’ambito del margine di apprezzamento a lui riservato».

²⁸⁸ «The phrase ‘pressing social need’ is used by the ECHR as a gloss for the criteria for restriction» (YOWELL P., *Practical reason and the separation of powers*, op. cit., p. 186).

²⁸⁹ Cfr. YOWELL P., *Practical reason and the separation of powers*, op. cit., p. 186.

In occasione del primo caso, un gruppo di cittadini residenti a pochi chilometri dall'aeroporto di Heathrow, dopo aver adito senza successo i competenti tribunali nazionali, si è rivolto alla Corte europea perché riconoscesse che la normativa inglese che permette agli aerei di atterrare e decollare dal più importante aeroporto londinese durante la notte, comprime illegittimamente il loro diritto alla vita privata (ex art. 8 CEDU). Nel ricorso²⁹⁰ si affermava, infatti, che l'inquinamento acustico notturno proveniente dai voli in decollo e in partenza risultava insopportabile e impediva ai ricorrenti e alle loro famiglie di dormire un numero di ore congruo. Inoltre, si sosteneva che l'articolo 8 è altresì in grado di attribuire ai singoli un diritto ad avere informazioni certe riguardo la portata di una minaccia ambientale alla propria integrità fisica²⁹¹ e che, pertanto, l'aumento dei voli su Heathrow, in assenza di informazioni adeguate sull'impatto ambientale, costituisce - sotto quest'ulteriore profilo - chiara violazione dell'articolo 8 della Convenzione. La *querelle* non si presentava di facile soluzione per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo, la Corte doveva cimentarsi con la difficile misurazione dell'impatto dell'inquinamento acustico prodotto dai voli sulla vita dei ricorrenti; secondariamente doveva considerare se il sacrificio richiesto a questi ultimi fosse giustificabile alla luce dei vantaggi portati alla collettività dai voli notturni. L'aeroporto internazionale di Heathrow è, infatti, il più frequentato d'Europa, accoglie più di novanta compagnie aeree e, conseguentemente, comporta un enorme giro d'affari per l'Inghilterra.

Con una decisione risalente al 2001, la Terza Sezione della Corte di Strasburgo ha dato ragione alle parti ricorrenti, reputando che le misure adottate dal Governo britannico non operassero un congruo bilanciamento degli interessi in gioco. In altre parole, lo Stato britannico avrebbe favorito in maniera sproporzionata l'interesse economico del Paese a discapito dei diritti dei singoli cittadini, e in particolare del diritto al rispetto alla vita privata. A dimostrazione dell'inadeguatezza della normativa si segnalava l'assenza, nella fase pre-legislativa, di un qualsiasi serio tentativo di valutare la portata o l'impatto delle interferenze sonore sul sonno e sulla vita dei cittadini.

²⁹⁰ N. 36022 del 1997.

²⁹¹ Si veda a riguardo la sentenza della Corte Guerra v. Italia del 19 febbraio 1998.

Il 19 dicembre 2001, tuttavia, il Governo inglese ha chiesto che il caso fosse riesaminato dinanzi alla Grande Camera e, con una sentenza del luglio 2003, la Corte ha rovesciato la precedente statuizione. Questa volta i Giudici, pur riscontrando un'ingerenza nei diritti dei ricorrenti protetti dall'art. 8 CEDU, hanno ritenuto che le autorità governative abbiano agito nel rispetto del principio di proporzionalità e all'interno del margine d'apprezzamento loro concesso. Infatti, il sacrificio inferto ai diritti di un piccolo numero di persone (2-3% della popolazione limitrofa alle piste di decollo), apparentemente afflitto da disturbi del sonno causati dal rumore, non risultava sproporzionata se paragonata agli interessi contrastanti della comunità, tra cui l'interesse a mantenere un servizio aereo "completo" in una città di nodale importanza, come Londra. Inoltre - come ha osservato la Corte - è difficile, se non impossibile, tracciare una linea netta tra gli interessi del settore del trasporto aereo e gli interessi economici del Paese nel suo complesso.

Nel decidere, i Giudici europei hanno preso in considerazione studi sul livello dei decibel degli aerei percepiti dalle abitazioni, teorie scientifiche relative alla soglia di sopportabilità dei rumori durante il sonno, una ricerca statistica sulle principali cause d'insonnia, la valutazione commerciale delle case attorno all'aeroporto, resoconti sull'introito economico derivante dai voli notturni e dati relativi alle misure tecniche prese per attenuare i rumori provenienti dallo scalo aereo²⁹². Proprio l'ingresso di questi dati tecnico/scientifici nel ragionamento giuridico della Corte europea, *rectius* nel test di proporzionalità, ha contribuito a mutare il giudizio di questa sul bilanciamento effettuato dal Governo britannico.

Tale intreccio tra giudizio di proporzionalità e paradigma scientifico emerge anche dalla lettura della sentenza *Durisotto c. Italia*²⁹³, relativa al già citato caso *Stamina*²⁹⁴. In questa circostanza, la Corte Europea ha dichiarato irricevibile

²⁹² Queste ultime comprendono: «*aircraft noise certification to reduce noise at source; the compulsory phasing out of older, noisier jet aircraft; noise preferential routes and minimum climb gradients for aircraft taking off; noise abatement approach procedures (continuous descent and low power/low drag procedures); limitation of air transport movements; noise-related airport charges; noise insulation grant schemes; and compensation for noise nuisance*» (cfr. §74 della pronuncia).

²⁹³ La pronuncia, risalente al 6 maggio 2014, ha definito il ricorso n. 62804/2013.

²⁹⁴ Per maggiori dettagli sul caso e sulla terapia in parola, si rimanda alla *Sezione I del Capitolo 2*, par. §2.2, lett b). Cfr. anche VERONESI P., *Al crocevia del "caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, op. cit., p. 1.

il ricorso promosso dal genitore di una cittadina italiana cui le autorità giudiziarie nazionali hanno vietato – alla luce dei criteri enunciati dal d.l. 24/2013²⁹⁵ – l’autorizzazione ad accedere alla terapia “compassionevole”, consistente nella somministrazione di cellule staminali mesenchimali. La Corte ha infatti osservato che l’ingerenza nel diritto alla vita privata, che tale divieto pure costituisce, possa essere considerato necessario in una società democratica alla luce di molteplici fattori²⁹⁶. Tra questi, la circostanza che la cura sia stata rifiutata anche in considerazione del fatto che «non è provato il valore scientifico del metodo “Stamina”»²⁹⁷.

In tale occasione la Corte, diversamente da quanto si dirà *infra* a proposito della prima sentenza sul caso *S. H. c. Austria*, ritiene che non le spetti valutare se il livello di prudenza del legislatore dinanzi a pratiche mediche innovative sia adeguato oppure no: «non spetta al giudice internazionale sostituirsi alle autorità nazionali competenti per determinare il livello di rischio accettabile dai pazienti che intendano accedere alle cure compassionevoli nell’ambito di una terapia sperimentale»²⁹⁸.

6.1 Margine d’apprezzamento vs *consensus* giuridico

Nei casi appena ricostruiti, il compito della Corte europea è consistito nel valutare se le scelte normative degli Stati convenuti travalicassero o meno i confini del margine d’apprezzamento loro riservato e, se, di conseguenza, costituissero illegittime costrizioni dei diritti promossi della Convenzione.

Il legame tra l’individuazione di tali limiti e l’applicazione del *proportionality test* è molto stretto. Basti pensare che, proprio nel sindacato sulla proporzionalità della misura adottata dallo Stato, emerge una delle maggiori

²⁹⁵ Successivamente convertito nella l. 57/2013 e – come visto *supra* – oggetto anche della sent. cost. n. 274/2014.

²⁹⁶ Cfr. § 41.

²⁹⁷ Così si legge al § 11.

²⁹⁸ Cfr. § 40. Una simile affermazione è rintracciabile anche nella sentenza *Hristozov c. Bulgaria* del 2012.

peculiarità del ragionamento giuridico della Corte europea: l'effetto "trade off" tra dottrina del margine di apprezzamento²⁹⁹ e c.d. teoria del consenso³⁰⁰.

Spesso, infatti, quando la Corte deve stabilire se la restrizione del diritto convenzionale imposta dalla legge al ricorrente sia proporzionata rispetto all'interesse generale perseguito - ovvero sia necessaria in una società democratica -, essa opera una preliminare valutazione della misura di discrezionalità di cui gode su quella materia il legislatore, la quale è inversamente proporzionale all'ampiezza del consenso internazionale sul contenuto minimo del diritto in questione, soprattutto se si verte in ambiti caratterizzati da delicatezza etica.

«In questi casi il giudice europeo àncora la scelta tra un'interpretazione estensiva (evolutiva) e una interpretazione restrittiva (prudente) alla verifica di quel *consensus* a livello internazionale ed europeo che gli consente di elevare lo standard minimo ed uniforme di tutela di cui è garante, senza correre il rischio di interpretazioni creative. In assenza di un consenso internazionale, la Corte prende atto dei differenti livelli di tutela esistenti nei diversi Paesi, e rimette alla sfera di discrezionalità degli Stati membri la scelta di garantire o meno quella

²⁹⁹ «Considerato da alcuni uno strumento interpretativo utile per delimitare la competenza dei singoli Stati e quanto invece rientra in un ordine comune di idee nonostante le differenze di tradizioni e culture, o da altri una naturale divisione dei poteri tra i paesi Cedu e gli organi della Convenzione, il margine d'apprezzamento è stato definito come quel grado di deferenza o di errore concesso agli Stati prima che la Corte di Strasburgo sia pronta a dichiarare che il rimedio statale costituisca una violazione della Convenzione», così TANZARELLA P., *Il margine d'apprezzamento*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007., p. 146. Secondo l'Autrice, sebbene la dottrina in parola sia frutto di elaborazione giurisprudenziale, due elementi «possono supportare la tesi dell'esistenza di basi legali del margine d'apprezzamento: la lettura sistematica della Convenzione e la tecnica redazionale di quegli articoli che giustificano eventuali limitazioni di diritti generalmente riconosciuti come assoluti» (cfr. p.150).

Più ampiamente sull'argomento si veda anche 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.

³⁰⁰ In base a tale teoria - che ha trovato paradigmatica applicazione nel caso *Goodwin v. UK* (11 luglio 2002)- la Corte è tenuta a verificare se vi sia un consenso emergente tra gli Stati contraenti in seno al Consiglio d'Europa circa il contenuto dei diritti convenzionali (specialmente quelli coinvolgenti forti implicazioni morali) invocati nei ricorsi posti alla sua attenzione. Qualora la verifica abbia esito positivo, la forbice del margine d'apprezzamento concessa ai singoli Stati viene fortemente ristretta, viceversa sarà più ampia.

determinata posizione soggettiva o prestazione. In questo senso la dottrina del margine di apprezzamento è espressione di *judicial restraint*»³⁰¹.

6.2 Margine d'apprezzamento vs consenso scientifico

Un interessante esempio di applicazione della dottrina del margine d'apprezzamento, anche alla luce della teoria del consenso, è offerto da due decisioni della Corte EDU in materia di fecondazione eterologa. Nel maggio del 2000 venne presentato alla Corte di Strasburgo un ricorso da parte di alcuni cittadini austriaci, i quali lamentavano che le disposizioni della legge sulla procreazione assistita vigenti nel loro Stato³⁰² ed escludenti la donazione di ovuli e di spermatozoi per la fecondazione in vitro, impedissero loro la possibilità di concepire figli e, di conseguenza, violassero i diritti riconosciuti loro dall'articolo 8 in combinato disposto con l'articolo 14 CEDU. Quel ricorso ha portato a due - opposte - pronunce «tra le più significative dell'ultima decade»³⁰³.

Sebbene a discapito di altri importanti profili³⁰⁴, l'aspetto di tali decisioni che qui si vuole principalmente mettere in luce è l'inclusione (affermata in entrambe le statuizioni sebbene in diversa misura) del progresso scientifico tra «le condizioni attuali» in base alle quali deve essere valutato l'equilibrio delle opzioni legislative nazionali che coinvolgono i diritti sanciti dalla CEDU³⁰⁵.

³⁰¹ Così RANDAZZO B., *op. cit.*, p. 33.

³⁰² E giudicate non incostituzionali dal Giudice delle leggi austriaco nel 1998.

³⁰³ Così si legge, a proposito della prima sentenza *S.H. e altri v. Austria* licenziata il 1^o aprile 2010 dalla Prima Sezione della Corte europea, in OSTI A., *Il caso S. H. e altri c. Austria: il diritto (di coppia?) a procreare e la fecondazione eterologa*, in CARTABIA M. (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, p. 13. Lo stesso può essere detto anche della seconda pronuncia, quella emanata dalla Grande Camera il 3 novembre 2011 che ha ribaltato l'esito della precedente.

³⁰⁴ Per i quali si rimanda, *ex multis*, a OSTI A., *op. cit.*, p. 13-27; CATALANO S., *Ragionevolezza del divieto di procreazione assistita eterologa, fra ordinamento italiano e CEDU*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2 luglio 2010; 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 *Rivista AIC*, n. 1/2012; GRABENWARTER C. - KRAUSKOPF B., *S.H. and others vs. Austria: a larger margin of appreciation in complex fields of law*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2012, p. 155-158.

³⁰⁵ Convenzione che, nella sua qualità di *living instrument*, «must be interpreted in the light of present-day conditions». Così veniva già affermato nel caso *Tyrer v. Regno Unito*, deciso a Strasburgo il 25 aprile 1978.

Similmente RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale*, Milano, 2012, p. 82 ss. L'Autrice, dopo aver affermato che «la Corte di Strasburgo ha assunto la Convenzione

Già nella pronuncia dell'aprile 2010, infatti, sono presenti alcune indicazioni da parte della Corte circa il ruolo che le opinioni e le acquisizioni della scienza medica devono rivestire 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» (§ 76). In un secondo passaggio, pur riconoscendo che il legislatore austriaco si sia sforzato «di evitare rischi alla salute non necessari» (§ 78), i giudici di Strasburgo rimproverano alla legge in esame un errore di valutazione dei suddetti rischi: secondo la Corte il divieto di fecondazione eterologa imposto dall'Austria non poteva fondarsi su timori relativi alla pericolosità dei suoi effetti sulla salute dei soggetti coinvolti, giacché tali effetti non sarebbero più minacciosi di quelli legati alle pratiche di fecondazione omologa³⁰⁶. Questa argomentazione, unitamente ad altre³⁰⁷, ha condotto i giudici della Prima sezione del Tribunale di Strasburgo a ritenere che il bilanciamento operato dalla normativa austriaca in parola non superasse il test di proporzionalità e, pertanto, costituisse un'illegittima ingerenza nel diritto alla vita privata dei ricorrenti, letto in combinato disposto con il principio di non discriminazione ex art. 14 CEDU.

Sebbene giunga a un verdetto opposto³⁰⁸, anche la sentenza della Grande Camera del 2011 pone ripetutamente l'accento sulla necessità che il legislatore tenga nella dovuta considerazione i progressi compiuti dalla scienza e dalla tecnica medica. Innanzitutto³⁰⁹, la Corte mette in luce come, nel tempo trascorso tra l'inizio del contenzioso e il momento della decisione, le tecniche mediche di

alla stregua di uno "strumento vivente", che richiede interpretazioni attente alle condizioni attuali di vita [...] al fine di rendere *effettiva* e non meramente teorica e illusoria la protezione dei diritti», puntualizza che «sotto questo aspetto la Corte attribuisce rilievo [anche] al *progresso scientifico*».

³⁰⁶ Il rimprovero di eccessiva prudenza mosso dalla Corte europea in questa pronuncia del 2010 nei confronti del giudizio prognostico del legislatore austriaco, rispecchia perfettamente una delle ragioni alla base della sentenza costituzionale con cui la Consulta italiana ha dichiarato l'illegittimità del divieto di PMA eterologa nel 2014.

³⁰⁷ Per l'esame di queste si rimanda a OSTI A., *op. cit.*, p. 13-27.

³⁰⁸ Quest'ultima pronuncia ha infatti affermato che, anche alla luce del margine di discrezionalità di cui godono gli Stati in materia di procreazione assistita, la legislazione austriaca non comporti alcuna violazione degli artt. 8 e 14 CEDU.

³⁰⁹ Si veda a riguardo il par. §84 della pronuncia.

procreazione assistita si siano notevolmente sviluppate e come, a tali evoluzioni, alcuni Stati COE abbiano risposto con un adeguamento della propria normativa. Ciò sembrerebbe preludere a una secca “bocciatura” della posizione austriaca³¹⁰ ed invece la Corte – invocando il c.d. *time factor*³¹¹ – chiarisce che non è suo compito valutare se «*the prohibition of sperm and ovum donation at issue would or would not be justified today under the Convention*». Ad essa spetta solo di giudicare se tale divieto fosse giustificato al tempo in cui venne stabilito dalle autorità nazionali³¹². Tale affermazione permette di meglio comprendere come mai il Giudice europeo, pur osservando³¹³ che il Parlamento austriaco – al tempo dell’emanazione della sentenza – non avesse ancora preso nella dovuta considerazione i dinamici progressi della scienza nel campo della procreazione, abbia deciso di non confermare la statuizione di primo grado.

Cionondimeno, la Corte afferma che «*the Convention has always been interpreted and applied in the light of current circumstances*» e asserisce che, pur reputando ragionevoli e proporzionate le limitazioni messe in atto dal legislatore austriaco al tempo della promulgazione della legge, questi non debba sentirsi esente da un dovere di adeguamento al progredire della scienza medica.

Al di là dell’esito specifico, si può dunque affermare che, in occasione del caso *S. H. c. Austria*, la Corte abbia suggerito ai decisori nazionali la necessità di monitorare il mutare del consenso scientifico in campi connotati da rapido progresso e ciò al fine di aggiornare le proprie scelte legislative, così da permettere una più piena attuazione delle garanzie espresse dalla Convenzione.

Si noti che tale invito non è del tutto scisso dal richiamo a confrontarsi altresì con il formarsi di un – pur flebile – *consensus* giuridico sulla materia oggetto della decisione. Ed infatti si è visto poc’anzi che, immediatamente dopo il

³¹⁰ Ed infatti nella sentenza si legge che «*such changes might therefore have repercussions on the Court’s assessment of the facts*».

³¹¹ L’espressione è utilizzata nell’opinione separata dei giudici Tulkens, Hirvelä, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria al par. §4. Criticando la scelta della maggioranza, i giudici affermano: «*We find it artificial for the Court to confine its examination to the situation as it existed when the Constitutional Court gave judgment in 1999 and in the context at the time, thus deliberately depriving a Grand Chamber judgment, delivered at the end of 2011, of any real substance*». Sul punto si veda più ampiamente LIBERALI B., *op. cit.*, p. 6 ss.

³¹² *Rectius*, se lo fosse al tempo della sentenza della Corte costituzionale austriaca sulla normativa in parola.

³¹³ Al par. §117.

cenno all'evoluzione subita dalle tecniche procreative negli ultimi anni, la Corte rimarca che ad essa «*a number of Contracting States have responded in their legislation*». Da un certo punto di vista, la connessione tra consenso scientifico e giuridico potrebbe apparire scontata: là dove la comunità scientifica (che molto più di quella giuridica utilizza un linguaggio universale) è in grado di fornire evidenze certe ai legislatori, è assai probabile che vengano adottate soluzioni normative simili all'interno di ordinamenti giuridici differenti³¹⁴. Di conseguenza, al consenso scientifico può corrispondere un consenso sul tipo di tutela offerto ad uno specifico diritto convenzionale.

D'altra parte, però, non solo non va sottovalutato che la scienza è uno tra molti elementi che portano a preferire una certa opzione legislativa; ma va altresì ricordato che spesso il c.d. *consensus* scientifico è traguardo di difficile raggiungimento. Soprattutto rispetto a questioni medico/scientifiche caratterizzate da una certa novità³¹⁵, lungi dal potersi rinvenire un'opinione unanime della scienza, è al più possibile individuare la posizione maggiormente condivisa dalla comunità scientifica. In simili evenienze, proprio come nel caso di mancanza di consenso giuridico, il margine discrezionale dei legislatori nazionali dovrebbe essere più ampio.

6.3 Peculiarità e analogie

Le pronunce riportate pongono in evidenza alcuni tratti peculiari dell'impiego del fatto di caratura scientifica all'interno del ragionamento giuridico della Corte Europea. In tutti casi esaminati infatti, la scienza (sia essa medica, ambientale o economica) rientra nell'ampio ventaglio delle circostanze utili a valutare se eventuali restrizioni ai diritti convenzionali poste in essere

³¹⁴ A riguardo, «si è parlato, con una formula assai efficace, di “co-produzione” del diritto [...], come attività complessa nella quale la scienza e il sapere tecnologico svolgono un ruolo attivo, che oltrepassa la mera funzione di presupposto tecnico di esercizio della discrezionalità normativa o interpretativa; in altre parole, l'adozione di un modello scientifico si traduce quasi immediatamente, e nonostante la sua non definitività, in un criterio di decisione giuridica di un caso o di una fattispecie più generale, che restano tuttavia controversi ed esposti a nuove sintesi conformative» (così D'ALOIA A., *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, op. cit., p. XIII).

³¹⁵ Come nei casi che si sono esaminati, aventi ad oggetto nuove tecniche procreative e terapie sperimentali.

dagli Stati nazionali superino – oppure no – il test di proporzionalità, se rappresentino cioè scelte necessarie in società democratiche o possano trovare giustificazione nell'esigenza di apprestare adeguata tutela ad altri diritti individuali e/o collettivi.

In concreto si è visto come, nella prima pronuncia sul caso *Hatton*, una delle ragioni poste a fondamento dell'illegittimità della normativa anglosassone fosse legata alla mancanza di una seria istruttoria da parte del legislatore circa l'impatto ambientale dei voli notturni, nonché i loro effetti sulla vita dei cittadini.

Viceversa, nella sentenza *Hatton* resa dalla Grande Camera, la considerazione delle argomentazioni tecnico, scientifiche ed economiche prodotte dal Governo inglese, ha indotto la Corte a ritenere proporzionato il sacrificio – in termini di limitazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare – inferto agli abitanti della zona di Heatrow.

In occasione delle due pronunce *S. H.*, il giudizio del giudice europeo ha avuto esiti differenti ma principalmente in ragione del già citato *time factor*: quanto all'opportunità che la legislazione in materia di procreazione assistita sia fondata su adeguate basi scientifiche, entrambe le sentenze concordano.

Da ultimo, la decisione *Durisotto* ha ritenuto legittima l'esclusione – potenzialmente discriminatoria – di alcune categorie di pazienti dalla possibilità di sottoporsi alla terapia Stamina, anche in ragione della dubbia fondatezza scientifica di quest'ultima.

Se da un lato si può dunque affermare che questo campionario di giurisprudenza europea sia accomunata dallo stretto legame tra *proportionality test* e fattore scientifico, dall'altro non possono non notarsi importanti differenze circa la modalità con cui tale legame si è declinato di volta in volta. Similmente a quanto osservato nel descrivere il sindacato di ragionevolezza scientifica operato dalla Corte costituzionale italiana, anche nell'operato della Corte europea è possibile distinguere tra giudizi inerenti alla correttezza procedurale dell'*iter* legislativo³¹⁶ e altri, viceversa, relativi all'adeguatezza scientifica delle scelte dei legislatori nazionali.

³¹⁶ In questo contesto la correttezza procedurale è valutata in termini di completezza di istruttoria in relazione al fondamento scientifico che ha condotto alla specifica opzione normativa.

Corrispondono al primo schema di giudizio, ad esempio, alcune osservazioni fatte nella sentenza *Hatton* del 2001, in particolare al §97. Qui la Corte ha affermato che, soprattutto in un campo delicato come quello dell'inquinamento ambientale, le autorità nazionali devono adottare soluzioni normative che riducano al minimo eventuali interferenze con il diritto al rispetto della vita privata e familiare dei propri cittadini. «In order to do that, a proper and complete investigation and study with the aim of finding the best possible solution which will, in reality, strike the right balance should precede the relevant project». Proprio come la Corte costituzionale italiana ha fatto con la sent. 282/2002³¹⁷, anche la Corte europea dunque ammonisce rispetto alla necessità di un agire informato del legislatore, ancorato a conoscenze acquisite tramite studi quanto più approfonditi e completi. Così quando la Corte viene nuovamente adita sul medesimo caso e – questa seconda volta – viene posta dinanzi ad una fitta serie di dati individuati dal Governo inglese a giustificazione della propria soluzione, cambia verdetto³¹⁸.

Diverso è il *modus agendi* del Giudice di Strasburgo che emerge della sentenza *S.H.*, resa dalla Prima Sezione. Ivi, premesso che la delicatezza delle questioni morali ed etiche legate ai trattamenti di IVF³¹⁹ (e il margine di discrezionalità di cui conseguentemente gode lo Stato) non esime la Corte da un attento esame delle argomentazioni addotte dal Governo per giustificare le proprie scelte³²⁰, si contesta l'obiezione austriaca alla base del divieto di talune tecniche di eterologa fondata sulla necessità di preservare la salute dei donatori

³¹⁷ Si ricordi che in quell'occasione la Consulta affermò che un intervento legislativo sul merito delle scelte terapeutiche in relazione alla loro appropriatezza «non potrebbe nascere da valutazioni di pura discrezionalità politica dello stesso legislatore, bensì dovrebbe prevedere l'elaborazione di indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite».

³¹⁸ In dottrina sono state sollevate interessanti critiche a riguardo. *In primis*, si è affermato che «the views of the UK Government (and the aviation industry) on the economic importance of night flights are [...] accepted by the majority without independent corroboration» (così 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). *In secundis*, si è dubitato della capacità della Corte europea di comprendere nel merito i dettagli tecnici e dati prodotti dalle autorità governative (così YOWELL P., *Empirical Research in Rights-Based Judicial Review of Legislation*, op. cit., p. 164 ss.)

³¹⁹ *In vitro fertilization*.

³²⁰ Così al par. §69.

di gameti: «la Corte è consapevole che il legislatore austriaco fa uno sforzo per evitare inutili rischi per la salute, ma osserva [...] che in caso di fecondazione in vitro omologa il rischio corso dalla donna da cui gli ovuli vengono adottati siano gli stessi e questo intervento medico è consentito dalla legge»³²¹. Pertanto la Corte reputa erronea – nel merito – la valutazione del legislatore austriaco che ha giudicato la pratica della fecondazione eterologa più rischiosa per la salute di quella omologa. Come si è visto³²², una argomentazione del medesimo tenore è rintracciabile nella pronuncia della Corte costituzionale italiana che, quattro anni dopo, ha sancito l'incostituzionalità del divieto di fecondazione eterologa nel nostro Paese. La Consulta ha infatti affermato che «la tecnica in esame [...], 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»³²³.

Da ultimo, il caso *Durisotto* sembra ribadire la necessità di un agire scientificamente fondato del decisore nazionale. La sentenza sancisce infatti la legittimità dell'esclusione di alcune categorie di pazienti dalla possibilità di sottoporsi alla terapia *Stamina* in quanto «debitamente motivata e non [...] arbitraria»³²⁴. Si noti che, così come la sentenza costituzionale italiana relativa al medesimo caso (la n. 274/2014) ha valorizzato l'ancoraggio della decisione del Governo italiano all'opinione espressa dai comitati scientifici competenti, così la pronuncia in questione non ha mancato di rilevare che alla base della scelta potenzialmente discriminatoria del nostro Paese vi era il parere negativo espresso dal comitato scientifico istituito *ad hoc* dal Ministero della Salute³²⁵.

³²¹ Cfr. par. §78.

³²² V. *supra* Capitolo 1, par. §1.3.2 e Capitolo 2, par. § 2.2.

³²³ Cfr §9 *C.i.D.*

³²⁴ Così al §48.

³²⁵ Cfr. §39.

7. La scienza nel ragionamento giuridico della Consulta. Qualche osservazione conclusiva.

Nel commentare i casi giurisprudenziali che si sono ripercorsi, si è fatto assiduo riferimento ad alcuni termini - come bilanciamento, ragionevolezza e proporzionalità - che contribuiscono a caratterizzare la giustizia costituzionale dei giorni nostri. Quel che si è tentato di mettere in luce è che la concreta applicazione di tali tecniche di ragionamento giuridico 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, il ruolo degli organi dotati di competenze tecnico/scientifiche, la proliferazione delle pretese e dei diritti al progredire dell'innovazione scientifica etc.

Sia consentito, nelle righe che seguono, proporre alcune osservazioni a riguardo.

a) Il bilanciamento: può davvero essere affidato alla scienza?

Le operazioni di bilanciamento 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, si trova ad effettuare valutazioni esprimibili in termini di costi e benefici.

Si prenda ad esempio il già citato caso Ilva. Il Governo italiano, nell'emanare un decreto legge (il n. 207 del 2012) che offrisse soluzione alle drammatiche problematiche legate alla presenza di stabilimenti siderurgici fortemente inquinanti sul territorio nazionale³²⁶, ha dovuto valutare se il beneficio derivante dal blocco totale della produzione in simili strutture (consistente nella massima tutela della salute dei cittadini e dell'ambiente), possa giustificare il notevole costo imposto ai livelli di occupazione di un'ingente

³²⁶ Sull'opportunità dell'utilizzo di atti normativi dal contenuto provvedimentale si veda ARCONZO G., *Note critiche sul "decreto legge ad Ilva", tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2013, p. 16-27.

porzione di cittadinanza. In questi casi, oltre che in forza di valutazioni di natura discrezionale (e valoriale), il bilanciamento deve essere effettuato alla luce delle oggettive circostanze fattuali e - nell'occasione specifica - di evidenze di natura tecnico-scientifica (la lavorazione dell'acciaio, praticata con certe modalità, produce un elevatissimo livello d'inquinamento ambientale e provoca gravi effetti cancerogeni sugli abitanti delle zone limitrofe). Lo stesso dicasi per la regolamentazione delle tecniche di PMA, ove, insieme alla ponderazione d'interessi come la tutela dei diritti della coppia di aspiranti genitori e del nascituro, il decisore politico dovrà considerare gli sviluppi della scienza medica in materia.

Proprio sul peso che queste risultanze devono rivestire nel bilanciamento operato del decisore politico e, di conseguenza, sul tipo di sindacato che la Consulta può svolgere a riguardo, si cela un nodo problematico di non poco conto. Sul punto la dottrina è divisa tra chi³²⁷ individua nelle acquisizioni scientifiche un sicuro limite alla discrezionalità legislativa³²⁸ e, pertanto, 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»³²⁹; e chi, viceversa, guarda con preoccupazione alla deriva scienziata cui può portare l'irrigidimento dello scrutinio d'adeguatezza scientifica da parte del Giudice delle leggi sulla ponderazione operata dal legislatore (oltre che alla revisione della struttura costituzionale che ne segue: più adesione alla scienza significa meno mano libera al legislatore). Morrone, in particolare, individua il

³²⁷ V. *ex plurimis* 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; CASONATO C., *Evidence Based Law*, *op. cit.*; PENASA S., *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, *op. cit.*

³²⁸ 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 VACCARI G., *op. cit.*, p. 109). Ergo, come si diceva in commento alla sentenza 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. del 9 aprile 2014).

³²⁹ Cfr. VACCARI G., *op. cit.*, p. 121.

seguinte rischio: «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»³³⁰. In tal modo, «ciò che era ritenuto di pertinenza delle Assemblee politiche diventa uno dei tanti punti di vista, suscettibile, come qualunque opinione, d'essere messo in discussione dalla forza razionale dei migliori argomenti dei custodi di una Costituzione»³³¹, *rectius*, dalla forza delle opinioni scientifiche cui la Corte attinge per svolgere il proprio ragionamento.

Ne deriva la necessità che, così come suggerito dalla giurisprudenza costituzionale italiana (da ultimo in occasione delle recenti pronunce su diagnosi embrionale pre-impianto, sigarette elettroniche e manutenzione degli autovelox³³²), il legislatore tenga nel dovuto conto le acquisizioni scientifiche che riguardano le materie che si trova a regolare. Ma altrettanto chiara sembra risultare l'esigenza di ricavare al legislatore un certo margine di discrezionalità nella valutazione e nella considerazione degli strumenti che la scienza gli offre. Non si trascuri, del resto, «l'incertezza intrinseca del sapere scientifico contemporaneo», la quale «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»³³³.

b) La trasparenza dell'istruttoria

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

³³⁰ MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, op. cit., p. 69.

³³¹ Così MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, op. cit., p. 3.

³³² Rispettivamente nn. 83, 96 e 113 del 2015.

³³³ V. TALLACHINI M., op. cit., p. 4.

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 costituzionale³³⁴. Quando infatti delle «micro verità scientifiche» finiscono con l'«assurgere al rango di vero e proprio parametro superiore di costituzionalità»³³⁵, il problema non è tanto – o almeno non solo – quello della falsificabilità di tali asserzioni. «Il punto cruciale resta quello di un'adeguata motivazione e di un'argomentazione razionale che valga a supportare i dati scientifici utilizzati nella decisione del caso in esame; 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»³³⁶. 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»³³⁷.

c) Autorità tecniche e legittimazione scientifica delle decisioni politiche

A partire dalle considerazioni ora proposte è possibile svolgere alcune osservazioni circa il ruolo dell'*expertise* scientifica nello stato costituzionale.

E' stato asserito in dottrina che le decisioni politiche «hanno bisogno di tre forme di legittimazione, quella costituzionale, quella tecnico-scientifica e quella democratica»³³⁸. In relazione alla seconda, è stato affermato³³⁹ che il diritto «– pur

³³⁴ Come nota LUCIANI M., *op. cit.*, p. 556: « 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. [...] 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 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»

³³⁵ V. D'AMICO G., *op. cit.*, p. 450.

³³⁶ *Ibidem*, p. 452.

³³⁷ *Ibidem*, p. 444.

³³⁸ Così D'ALOIA A., *op. cit.*, p. 18.

³³⁹ Cfr. SPADARO A., *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello stato costituzionale contemporaneo*, in AA. VV., *Forum di Biodiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Trento, 2009, p. 573.

democratico: c.d. legittimazione “dal basso” – deve trovare una legittimazione esterna a quella del potere stesso», una legittimazione “dall’alto”: nessuno «più della scienza – segnatamente attraverso le micro-verità scientifiche – può fornire tale legittimazione meta-democratica».

Se si concorda con tale visione, si converrà che quale che sia il tasso di politicità delle valutazioni in causa, nulla esime *i policy makers* dal confrontarsi con le opinioni espresse dalla comunità scientifica e, in particolare, con gli organismi rappresentanti *l’expertise* tecnica.

Ciò posto è bene che si consideri un importante *caveat*: il modello teorico che distingue *risks assessment* da *risks management* mostra che, per quanto lo si sia desiderato³⁴⁰, l’autorità scientifica non può sostituirsi al decisore politico in scelte che, in ultima istanza, implicano un bilanciamento tra valori. I *risk assessors* possono ambire a ricostruire i rapporti di causa-effetto o a valutare la plausibilità scientifica di modelli o teorie alternative. Non sono però in grado di prendere posizione rispetto ai rischi che hanno individuato³⁴¹.

Il diritto non coincide e non deriva dall’efficacia delle cure. Dunque per riconoscere l’esistenza di un diritto del cittadino a sottoporsi (senza peso per il SSN) ad una pratica come il trattamento Stamina, non sono sufficienti le valutazioni cui giungono le varie commissioni incaricate dal Ministero della Salute.

d) Ragionevolezza e divisione dei poteri

Sia, infine, consentita un’ultima annotazione circa il ruolo sempre più centrale che il principio di ragionevolezza sembrerebbe andare acquisendo nella prassi giurisprudenziale dei giudici della Consulta.

Se, come sembra, «il bilanciamento implica giudizi di valore, che hanno ad oggetto non solo l’*iter* logico seguito per assumere una determinata decisione,

³⁴⁰ TALLACHINI M., *Sicurezze e responsabilità in tempi di crisi*, in *Rivista di Diritto Alimentare*, n. 1/2012., p. 1: «A partire dalle 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. Dalle costruzioni logiche dei giuristi all’uso politico della democraticità intrinseca della comunità scientifica, la possibilità privilegiata che il metodo della scienza ha offerto ai saperi e alle discipline sociali per emanciparsi dai giudizi di valore e dalle opinioni soggettive è stato esplorato in ogni direzione».

³⁴¹ In questo senso si veda WALKER V. R., *op. cit.*, p. 256 ss.

ma che attengono, spesso, anche al merito o al contenuto della decisione, allora il controllo del giudice sulla ponderazione operata dal legislatore è un modo per *limitare la libertà della politica legislativa*»³⁴². Tale dinamica non può che risultare accentuata se il criterio che fa da sfondo alle singole operazioni di bilanciamento è il polimorfo principio di ragionevolezza. Questo canone di valutazione della legislazione è costantemente utilizzato «come complemento e in appoggio a qualunque altro principio costituzionale richiamato a parametro del giudizio della Corte»³⁴³, e in alcuni casi, come quelli che si sono esaminati, assume una notevole capacità conformativa degli altri principi costituzionali coinvolti nel giudizio di costituzionalità.

«A fronte di questa evoluzione, è giusto esigere che la Corte costituzionale sia sempre più rigorosa nel delineare il proprio sindacato sul rispetto del principio di ragionevolezza da parte del Legislatore, e raffinata nell'esercitarlo, così da circoscrivere quanto più possibile il tasso (invero notevole) di discrezionalità che questo tipo di controllo giudiziale, quale che sia il modo in cui lo si strutturi, determina in capo ai controllori. Non è vano ricordare, infatti, che, nonostante i pregevoli tentativi compiuti dalla dottrina per provare il contrario, sembra vero [...] che l'adozione di un vaglio stringente (e non leggero) della legislazione impugnata alla luce di quel principio costituisce l'esito di una scelta discrezionale dei giudici costituzionali»³⁴⁴. Ciò è sicuramente auspicabile in relazione a quello che si è definito – pur senza riuscire a darne descrizione univoca – “test di ragionevolezza scientifica”, ma non solo. Allargando l'orizzonte delle presenti considerazioni, «occorrerebbe domandarsi se un consolidamento della tendenza a fare del canone della ragionevolezza lo strumento principale, quando non esclusivo, del controllo esercitabile dalla giurisdizione costituzionale, sia realmente auspicabile; o, piuttosto, se non sia più

³⁴² Così MORRONE A., *Il bilanciamento nello stato costituzionale*, op. cit., p. 116.

³⁴³ V. CARTABIA M., op. cit., p. 1.

³⁴⁴ Cfr. ROVAGNATI A., op. cit., p. 15. Sull'esigenza che la Corte adotti modelli uniformi quando applica i c.d. test di ragionevolezza e proporzionalità cfr. LONGO E. – PIN A., *Dalla 10 alla 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diventa imprevedibile*, in corso di pubblicazione in *Quaderni Costituzionali*, p. 1: «una incertezza nel modo di affrontare il giudizio di costituzionalità [...] sembra delegittimare il giudice delle leggi più di quanto possa fare una singola sentenza», «alcuni metodi, [...] se non si ripetono nel tempo, sembrano infatti essere dettati dai risultati».

opportuno che il sindacato della Corte sia esercitato per valutare se le disposizioni legislative impugnate integrino una violazione del “nucleo essenziale” intangibile delle libertà e dei diritti costituzionali»³⁴⁵.

Non è questa, ovviamente, la sede per provare a dare risposta a questa impegnativa domanda³⁴⁶. È in ogni caso utile considerare che affrontare un simile quesito imporrebbe di svolgere preliminarmente una riflessione sul ruolo che la Corte costituzionale sarebbe bene svolgesse nell'attuale forma di governo: «se organo funzionalmente sovraordinato agli altri Poteri, quale esso tenderebbe ad essere ove esercitasse un controllo, generalizzato e incisivo, della ragionevolezza dell'intero ordinamento; oppure organo preposto alla cura di principi, fissati dalla Costituzione, che segnano i confini esterni dell'azione di un Legislatore libero di scegliere a suo giudizio le leggi per il governo della società e sulle quali debbano fondarsi le pronunce dei giudici comuni»³⁴⁷.

³⁴⁵ Si veda di nuovo ROVAGNATI, *op. cit.*, p. 16.

³⁴⁶ Per un primo approfondimento del tema, cfr. le opposte tesi propugnate da ZAGREBELSKY G. - MARCENÒ V., *op. cit.*, pp. 195-246, e 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, pp. 5-66.

³⁴⁷ Così ROVAGNATI A., *op. cit.*, p. 16.

CAPITOLO 3

“DIE WELT DES SOLLEN UND DIE WELT DES SEIN”

Sommario: 1. Il mito di un sindacato astratto – 2. Premesse e conseguenze. C’è dato e dato – 3. A quale scienza dovrebbe rivolgersi una Corte costituzionale? - 4. La scienza a cui si rivolge il legislatore – 5. Conclusioni.

1. Il mito di un sindacato astratto.

«I legami tra scienza, diritto (e politica) si sono costituiti alle origini stesse dell’impresa scientifica e del diritto moderni»³⁴⁸. Empirismo e normatività sono incrociati nel ragionamento giuridico molto strettamente e il fatto che, sempre più spesso, i risultati empirici svolgano un ruolo nodale nel ragionamento giuridico delle corti costituzionali – europee e non – è dato incontestabile.

Si è già parlato delle origini del dibattito sull’uso di fatti extra-giuridici come elemento per valutare la legge negli USA e dell’importanza delle allegazioni empiriche prodotte dalle parti³⁴⁹. Recentemente una pronuncia in tema di esecuzione della pena capitale, il caso *Glossip v. Gross*³⁵⁰, ha dato nuova linfa ad una discussione mai sopita circa il peso delle consulenze tecniche³⁵¹ in questo genere di processi³⁵². Oggetto del giudizio della *Supreme Court* è stata la compatibilità con l’ottavo Emendamento della Costituzione³⁵³ del metodo utilizzato in Oklahoma per eseguire la pena di morte³⁵⁴. Secondo i ricorrenti,

³⁴⁸ SHAPIN S. – SCHAFFER S., *Leviathan and the Air-Pump. Hobbes, Boyle and the Experimental Life*, Princeton, 1985.

³⁴⁹ Sia consentito rimandare a quanto affermato al *Capitolo I*, par. § 2, in relazione al c.d. *Brandeis Brief*, tecnica argomentativa sviluppata negli Stati Uniti a inizio ‘900 e consistente nel sottoporre ai giudici studi, ricerche e leggi scientifiche che avvalorino o neghino la ragionevolezza della normativa da applicarsi al loro caso concreto.

³⁵⁰ La sentenza è stata pronunciata il 29 luglio 2015.

³⁵¹ A riguardo si veda JASANOFF S., *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001

³⁵² Cfr. anche LARSEN A. O., *The trouble with amicus facts*, in *Virginia Law Review*, Vol. 100 (2014).

³⁵³ Ai sensi del quale: «*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*».

³⁵⁴ 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*

indiscusse evidenze scientifiche mostrerebbero che i farmaci somministrati nell'iniezione letale non sono in grado di assicurare uno stato di incoscienza nel condannato, tale da permettergli una morte indolore. 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»³⁵⁵.

Tutt'altri sono i connotati della problematica in questione nell'ambito della giustizia costituzionale italiana. *In primis* poiché dinanzi alla Corte costituzionale assolutamente marginale è il ruolo delle allegazioni di parte³⁵⁶, *in secundis*, poiché ogni questione decisa dalla nostra Corte, molto più che nel caso della *Supreme Court*³⁵⁷, tende ad assumere un valore generale e di principio. Ciò

v. Rees, la Corte Suprema dichiarò compatibile con il divieto costituzionale di pene crudeli e che infliggano sofferenze inusitate. Il metodo prevede la 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.

³⁵⁵ Così BIN R., *La Corte e la scienza*, op. cit., p. 3.

³⁵⁶ Neppure esiste qualcosa di paragonabile al c.d. *amicus curiae*. Nato in Inghilterra per supportare la Corte costituzionale nelle decisioni più complesse, «l'*amicus curiae* è diventato un soggetto il quale, individualmente od in rappresentanza di un gruppo, agisce come portatore di un proprio interesse che egli afferma coincidere (almeno parzialmente) con quello alla cui tutela è volto l'operato della corte» (cfr. BIANCHI P., *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, p. 4756).

³⁵⁷ V. BIANCHI P., op. cit., p. 4753: «come noto, la Corte Suprema alle origini si situa nel quadro giurisdizionale, da un lato non come giudice unico della costituzionalità delle leggi, dall'altro come giudice in senso pieno, inserito quale ultima istanza nel sistema delle impugnazioni; la successiva evoluzione verso una funzione di giudice di

non di meno, ogni pronuncia origina da situazioni concrete che – inevitabilmente – incideranno nella soluzione finale. Come si è messo in luce nei capitoli precedenti, questo vale soprattutto per il sindacato di legittimità costituzionale, rispetto al quale Autorevole dottrina ha osservato che «ragionare in termini astratti serve a ben poco, ed è questo che si sottintende quando si dice che la composizione degli interessi è guidata dal “caso”. Com’è che avviene, come fa il “caso” a guidare il giudice? Il “caso” 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 certo interesse prevale su un altro, magari fissando anche i limiti e le modalità per prevalere»³⁵⁸. Similmente si è espresso Michele Ainis, per il quale innegabilmente 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»³⁵⁹.

Oltre al caso, possono essere considerati *fattori* anche altre circostanze della più varia natura. Non ultimi i «dati desunti dalla situazione socio-economica, scientifico-tecnologica, legislativa o giurisprudenziale (i tipici presupposti il cui mutare producono l'*anacronismo* della norma)»³⁶⁰.

Scegliendo, pertanto, di abbandonare il mito di un sindacato di legittimità in astratto, che prescindia cioè da *fattori* concreti, la presente indagine ha preso le mosse dalla domanda circa il peso che questi – ed in particolare quelli di natura scientifico/tecnologica – debbano assumere nel giudizio sulla legittimità delle

costituzionalità non ha inciso sul *corpus* delle regole processuali in modo tale da renderla nettamente distinta rispetto alle corti inferiori.

³⁵⁸ Così BIN R., «Al cuor non si comanda». *Valori, regole, argomenti e il “caso” nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 327

³⁵⁹ AINIS M., *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, op. cit., p. 2.

³⁶⁰ BIN R., «Al cuor non si comanda», op. cit., p. 327.

leggi³⁶¹. La questione si è presentata di forte complessità: innanzitutto poiché solleva il problema relativo al tipo di sindacato (esterno o nel merito) che la Corte è bene che operi circa le valutazioni tecnico/scientifiche sottese alle leggi. Secondo aspetto problematico emerso è la circostanza che, sebbene sindacare il tipo di valutazione tecnica operata dal legislatore non significhi sindacare il suo bilanciamento (la prima operazione implicando un giudizio tecnico, la seconda uno politico), il confine tra le due operazioni è molto sottile e, facilmente, dietro alla prima si nasconde la seconda.

2. Premesse e conseguenze. C'è dato e dato.

All'esito dell'analisi sin qui svolta, si è giunti alla conclusione che, necessariamente, la valutazione circa il ruolo delle acquisizioni scientifiche nel giudizio sulle leggi non può essere sviluppata prescindendo da alcuni fondamentali distinguo.

a. Anzitutto, occorre considerare distintamente l'ipotesi in cui tali conoscenze siano necessarie per fare luce sui presupposti empirici della norma oggetto di giudizio, da quelle in cui esse siano strumentali ad indagare le sue conseguenze.

Per ciò che concerne la verifica dell'esattezza dei presupposti fattuali delle norme giuridiche, l'esigenza che la Corte se ne faccia carico emerge con chiarezza nelle ipotesi in cui la *ratio* fondante di una certa scelta legislativa riposi precipuamente (se non esclusivamente) su determinate premesse di fatto. Si

³⁶¹ 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 PETERSEN N., *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, in *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, n. 10/2010, pp. 1-19. 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.

pensi, ad esempio, al caso del monopolio televisivo di Stato, la cui giustificazione era legata essenzialmente a due ragioni: il pericolo di oligopoli privati in un settore tanto delicato della vita sociale e la limitatezza delle bande di frequenza disponibili, successivamente rivelatasi infondata³⁶². In simili occorrenze, l'erroneità della premessa empirica comporta un "vizio della *ratio*" della norma impugnata, la quale pertanto risulterà irrazionale. Di conseguenza sarà opportuno per la Corte verificare accuratamente che la valutazione operata dal legislatore sia adeguata, tenuto conto delle più accreditate conoscenze scientifiche.

Differente è l'ipotesi in cui il presupposto empirico occupi uno spazio marginale nel ventaglio degli elementi che hanno guidato una determinata opzione legislativa. In questo caso non è detto che l'imprecisione tecnica della valutazione legislativa sia, di per sé, sufficiente a decretarne l'irragionevolezza e quindi l'illegittimità. L'argomentazione di natura scientifica potrebbe, pertanto, occupare uno spazio secondario nel ragionamento giuridico della Consulta che si debba pronunciare su di una norma che abbia simili caratteristiche.

Passando poi al tema degli effetti, è stato acutamente osservato in dottrina³⁶³ che, nel giudizio di costituzionalità, la considerazione «delle prevedibili o possibili conseguenze pratiche della decisione» non può in alcun caso essere pretermessa: essa «risponde, sul piano morale, a un'etica della responsabilità [...], sul piano metodologico a un'esigenza di razionalizzazione della discussione sui valori»³⁶⁴. Questo non significa che la valutazione delle conseguenze pratiche debba sempre assumere un ruolo decisivo nelle operazioni di bilanciamento di cui si rende protagonista la Corte o che debba sempre determinarne l'esito; in altri termini, «il modello del bilanciamento non può esaurirsi in un modo di considerare puramente consequenzialistico»³⁶⁵. Significa, però, che «il principio di giustizia deve sempre essere interpretato in guisa da mettere in luce anche gli interessi della collettività generale e il dovere di cura del

³⁶² Cfr. a riguardo la sent. cost. n. 202 del 1976.

³⁶³ Cfr. MENGONI L., *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in AA. VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Venezia, 1996, pp. 1141-1159.

³⁶⁴ MENGONI L., *op. cit.*, p. 1154.

³⁶⁵ MENGONI L., *op. cit.*, p. 1155.

bene comune»³⁶⁶. Pertanto anche il confrontarsi con conoscenze di natura tecnico-scientifica che permettano di valutare l'effetto concreto di talune opzioni normative (si tratti di un decreto provvedimentale che garantisce la prosecuzione delle attività produttive di un'acciaieria, come nel caso Ilva, o di una disposizione del Codice stradale che manchi di prevedere controlli periodici ai rilevatori automatici di velocità), consente 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 decidere³⁶⁷. Di conseguenza - e sinteticamente - il riferimento alle conseguenze pragmatiche, anche alla luce delle micro verità di cui la scienza e la tecnica sono portatrici, può consentire ai Giudici costituzionali di garantire in maniera più completa le prerogative sancite dalla Carta costituzionale, non solo con riferimento ad interessi individuali o settoriali, ma anche rispetto all'interesse generale.

Si noti che gli effetti pratici di cui si sta trattando sono le «conseguenze già in essere»³⁶⁸, ossia misurabili al momento della decisione: non si può, infatti, richiedere alla Corte di operare prognosi probabilistiche³⁶⁹ sugli effetti futuri delle disposizioni censurate. Non spetta ai Giudici costituzionali vestire i panni degli statistici: al più le statistiche - già esistenti ed elaborate da istituti a ciò premessi - possono aiutare la Corte a comprendere le implicazioni presenti delle disposizioni che giudica. Un interessante esempio di utilizzo di dati statistici in tale direzione è offerto dalla sent. cost. n. 180 del 1994. Nell'occasione i Giudici della Consulta hanno rigettato la questione di legittimità vertente sull'obbligo di utilizzo del casco a bordo di motocicli e ciclomotori, sollevata per presunta violazione dell'art. 32 della Costituzione. La Corte, infatti, non ha condiviso la tesi per cui tale parametro «consentirebbe limitazioni al diritto di circolazione

³⁶⁶ MENGONI L., *op. cit.*, p. 1155.

³⁶⁷ Come si è già avuto modo di vedere attraverso l'analisi della giurisprudenza di cui al Capitolo II, «di regola, l'argomento orientato alle conseguenze serve a integrare o a rafforzare la *ratio decidendi* desunta dal confronto del contenuto della legge impugnata con i parametri costituzionali [...] oppure per dirimere perplessità di giudizio non ancora superate» (Così MENGONI L., *op. cit.*, p. 1156). «In altri casi l'analisi delle conseguenze ha fornito il criterio per decidere la necessità o l'idoneità allo scopo di un limite inflitto a un diritto fondamentale della legge impugnata» (*Ibidem*, p. 1157).

³⁶⁸ In questi termini si esprime MENGONI L., *op. cit.*, p. 1158.

³⁶⁹ «Le cosiddette *Prognosen* dei tedeschi, che gli americani chiamano invece *predictions*» (così VIOLINI L., *Le questioni scientifiche controverse*, *op. cit.*, p. 16).

solo se venisse in gioco il diritto alla salute di soggetti terzi rispetto a colui cui vengono imposte quelle limitazioni»³⁷⁰, e ha citato, quale argomentazione *ad adiuvandum* della liceità della coercizione in questione, i «dati delle rilevazioni statistiche condotte nel nostro Paese e all'estero, dai quali risulta il notevole abbassamento della mortalità e delle morbosità invalidanti verificatosi dopo l'adozione dell'obbligo del casco per i guidatori di motoveicoli»³⁷¹. È qui d'interesse notare come, diversamente dal caso sul divieto di fumo nei locali pubblici deciso dal *Bundesverfassungsgericht* nel 2008³⁷², il dato statistico non abbia determinato l'esito del sindacato di proporzionalità sulla limitazione censurata, bensì abbia conferito maggiore legittimazione alla decisione della corte di non censurare la scelta del legislatore.

b. A prescindere dalla circostanza che si stia ragionando sui presupposti o sugli effetti di una normativa, un secondo importante distinguo tra i dati di cui la Corte può servirsi è quello tra acquisizioni notorie, conoscenze tecniche non controverse e questioni scientifiche controverse. La tesi che qui si vuole sostenere è che ad una diversa complessità e pacificità del dato utile al giudizio, deve corrispondere un suo diverso utilizzo e, a monte, un diverso rigore nell'attività istruttoria.

Quanto alla prima categoria di dati enunciata, essa comprende tutte quelle evidenze tecnico-scientifiche caratterizzate da un basso gradiente di complessità le quali non necessitano di essere appurate attraverso l'impiego di particolare poteri istruttori. Tenuto conto delle osservazioni di cui al punto a, sembra pacifico che tali nozioni possano essere impiegate dalla Consulta per verificare che le leggi ad essa sottoposte non manchino di razionalità pratica. Un'acquisizione di tal genere è quella posta alla base della sent. cost. 113 del 2015³⁷³, consistente nell'affermazione in base alla quale l'usura di uno strumento di misurazione porta, nel tempo, al suo malfunzionamento. In quel caso la Corte ha ritenuto che un'inadeguata considerazione di questo fatto empirico da parte della disposizione che regola l'impiego degli autovelox, rendesse la stessa irragionevole e dunque meritevole di censura. Altro esempio è la constatazione,

³⁷⁰ Cfr. sent. cost. n. 180 del 1994, par. § 5 *C.i.d.*

³⁷¹ Cfr. par. § 5 *C.i.d.*

³⁷² Si tratta sentenza *BVerfGE* 121, 317 del 30.7.2008, ed esaminata in *Introduzione*.

³⁷³ Cfr. Capitolo II, *Sezione I*.

alla base della pronuncia n. 132 del 1985, secondo cui il traffico aereo e la sua sicurezza hanno subito una continua e imponente crescita nei gli anni intercorsi tra la sottoscrizione della Convenzione di Varsavia del 1929 e il momento della decisione. Avendo tali evoluzioni portato alla caduta dei presupposti invocati nel 1929 per giustificare un limite della responsabilità dei vettori aerei, la Consulta ha sancito l'incostituzionalità della legge di esecuzione della Convenzione che aveva introdotto la limitazione in parola.

Come si è avuto già modo di commentare, si può ritenere che per appurare asserzioni come quelle poste alla base delle due sentenze citate non sia necessario per i Giudici costituzionali ricorrere a canali di conoscenza specifici, essendo sufficienti le generiche conoscenze di cui l'uomo medio è portatore. Inoltre l'attenzione della Corte a che le scelte del legislatore non ignorino macroscopiche evidenze empiriche, costituisce un'importante garanzia avverso scelte che – pur incidendo su interessi e prerogative di un certo rilievo – siano arbitrarie perché non rispondenti ad esigenze reali.

Quest'ultima sottolineatura vale anche per il caso delle nozioni tecniche che, seppur non acquisite alle conoscenze della collettività con tale grado di certezza da apparire incontestabili, non siano oggetto di particolari divisioni nella comunità scientifica, siano cioè facilmente apprendibili attraverso la consultazione di esperti in materia. È il caso ad esempio della constatazione empirica alla base della già citata sent. n. 274/14, ossia l'infondatezza del trattamento terapeutico c.d. Stamina. Il "fatto" in questione – seppure ormai acclarato³⁷⁴ – era stato messo in dubbio e contestato, soprattutto da parte di pazienti convinti della bontà del metodo e dell'utilità di sottoporsi allo stesso³⁷⁵. È chiara la necessità che la Corte, dinanzi a fatti che non siano notori, sia scrupolosa nella fase istruttoria, tanto con riferimento al contenuto delle informazioni da ricercare, quanto alle fonti delle stesse. Soprattutto nel caso in

³⁷⁴ L'ultima valutazione di inefficacia della terapia in questione è giunta all'esito dei lavori della XII Commissione permanente del Senato che, nel marzo 2015, ha approvato il documento conclusivo dell'indagine conoscitiva su "Origine e sviluppi del cosiddetto caso Stamina".

³⁷⁵ I passaggi nodali della vicenda Stamina sono riportati sul sito www.biodiritto.org, alla voce "Dossier Stamina"

cui dall'esito della valutazione possano discendere conseguenze che incidono su diritti di nodale importanza, come il diritto alla salute.

Terza ed ultima categoria di dati è quella relativa alle c.d. questioni scientifiche controverse, le quali riguardano «casi di incertezza scientifica o di alta complessità tecnologica»³⁷⁶, «questioni sulla cui soluzione vigono nella comunità scientifica incertezze o divergenze di opinioni»³⁷⁷; sono dunque ricompresi «tutti quei casi in cui gli scienziati non concordano sul modo di interpretare certi fatti o sulle conseguenze che se ne possono trarre»³⁷⁸. In simili ipotesi è inevitabile che il *pondus* del dato scientifico nella valutazione delle leggi debba subire un deciso ridimensionamento; «è a questo livello infatti che si evidenzia per il giurista che una visione meramente oggettiva, ineluttabile e apocalittica della scienza e della tecnica sia da considerarsi quanto meno parziale»³⁷⁹. Esempificazione interessante – e al contempo problematica – di riferimento a questione scientifica controversa è offerta da una recentissima sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo. Sebbene la giustizia costituzionale spagnola presenti peculiarità differenti da quella italiana³⁸⁰, il caso *de quo* si presta a considerazioni di ampia portata.

Il 25 giugno 2015 la Corte spagnola ha accolto l'*amparo* di un farmacista che lamentava la violazione del suo diritto all'obiezione di coscienza, per essere stato condannato ad una sanzione pecuniaria per la mancata disponibilità nella sua farmacia della c.d. pillola del giorno dopo (PDG). Il conflitto di coscienza «riposa sul presupposto che la PDG possa avere l'effetto non solo d'impedire il concepimento, ma anche di impedire l'annidamento in utero dell'ovulo fecondato»³⁸¹, conseguentemente l'offrire il suddetto farmaco all'interno del proprio locale commerciale equivarrebbe ad agevolare pratiche abortive. L'uso

³⁷⁶ Questa definizione – così come le successive – si deve a Lorenza Violini, che negli anni '80 si occupò di analizzare il ruolo delle questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo statunitense. Cfr. VIOLINI L., *Le questioni scientifiche controverse*, op. cit., p. 8.

³⁷⁷ VIOLINI L., *Le questioni scientifiche controverse*, op. cit., p. 13.

³⁷⁸ VIOLINI L., *Le questioni scientifiche controverse*, op. cit., p. 16.

³⁷⁹ VIOLINI L., *Le questioni scientifiche controverse*, op. cit., p. 10.

³⁸⁰ *In primis* per l'assenza nel nostro processo costituzionale di forme di ricorso individuale diretto.

³⁸¹ cfr. PARIS D., *L'obiezione di coscienza alla pillola del giorno dopo è un diritto?*, disponibile al seguente link: www.dpce.it/lobiezione-di-coscienza-alla-pillola-del-giorno-dopo-e-un-diritto-tribunal-constitucional-de-espana-25062015/.

del condizionale è dovuto alla circostanza che tale presupposto empirico è scientificamente controverso: lo stesso Tribunale Costituzionale ha affermato infatti che non esiste sul punto unanimità nella comunità scientifica. Ciò non di meno, la Corte ha ritenuto che «il solo fatto che esistano posizioni scientifiche che sostengono l'effetto abortivo del farmaco giustifichi la rilevanza costituzionale del conflitto di coscienza»³⁸². In riferimento a tale pronuncia, accorta dottrina ha sollevato il seguente interrogativo: «posto che sempre più spesso i dati scientifici sono un elemento decisivo nel processo decisionale dei giudici (non solo) costituzionali, è accettabile che un giudice costituzionale si limiti ad affermazioni generiche, non supportate da alcuna apposita istruttoria, né da qualsiasi riferimento che consenta di verificarne l'attendibilità?»³⁸³. Coerentemente con quanto affermato sin ora, si condivide indubbiamente la perplessità circa l'inadeguatezza dell'istruttoria. Tuttavia, se la questione – come parrebbe nel caso di specie – è davvero controversa, è probabile che nemmeno l'impiego di accurati strumenti di cognizione possa condurre ad un'evidenza scientifica attendibile. Se così fosse, sarebbe irrealistico utilizzare l'opinione scientifica quale “elemento decisivo” del processo decisionale. Per un verso, quindi, che la Corte si pronunci senza la pretesa di affondare la propria decisione su solide fondamenta medico-scientifiche è, quantomeno, segnale di realismo e rispetto della scienza per quel che essa non è in grado di dire. D'altro canto, se dalla sentenza fosse emersa una più documentata indagine circa l'opinione maggiormente avallata dalla comunità scientifica, si sarebbe potuto meglio comprendere quanto, nel bilanciamento tra la libertà di coscienza del singolo e l'interesse della collettività a reperire la PGD in tutte le farmacie, abbia prevalso un aprioristico *favor* nei confronti del primo oppure fondati timori circa l'incompatibilità tra coscienza antiabortista e vendita della pillola in questione.

3. A quale scienza dovrebbe rivolgersi una Corte costituzionale?

Chiarite le ragioni e le condizioni alle quali è opportuno che una Corte costituzionale attinga a conoscenze proprie dei saperi scientifici, è necessario

³⁸² PARIS D., *L'obiezione di coscienza alla pillola del giorno dopo è un diritto?*, op. cit.

³⁸³ PARIS D., *L'obiezione di coscienza alla pillola del giorno dopo è un diritto?*, op. cit.

riflettere sulle fonti a cui essa deve rivolgersi. Il Giudice costituzionale si trova infatti nella difficile posizione di dover valutare, da non perito, l'attendibilità di opinioni – magari discordanti – espressi da esperti. Per questa ragione uno dei nodi più complessi tra quelli affrontati dai c.d. *Science and Technology Studies* (STS)³⁸⁴ è quello dell'individuazione di criteri di validità delle teorie scientifiche che le Corti si trovano a dover applicare.

Il dibattito sul tema è molto vivace negli Stati Uniti, dove la giurisprudenza della Corte Suprema (ma non solo) tenta da decenni di coniare test di validazione applicabili in maniera quanto più standardizzata a tutte le tipologie di teorie e acquisizione che la scienza, *latu sensu*, offre. Nel 1923, decidendo il caso *Frye v. United States*³⁸⁵, la Corte d'Appello del distretto della Columbia ha enunciato il criterio della opinione generalmente accettata dalla comunità scientifica³⁸⁶. Il c.d. *Frye Standard* è stato successivamente rielaborato dalla Corte Suprema che, a distanza di settant'anni, ha enucleato degli indicatori più dettagliati di *sound science*, ossia di scienza valida. La pronuncia *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*³⁸⁷ (1993) ha sancito, sebbene senza pretesa di esaustività, che un'ipotesi scientifica, per essere posta a fondamento di una decisione, debba essere testabile, possibilmente oggetto di *peer review* e di pubblicazioni, inoltre ha stabilito che debba esserne nota e valutabile la

³⁸⁴ Come chiarito in TALLACHINI M., *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».

³⁸⁵ Nel caso in parola venne posta ai giudici la questione sull'ammissibilità processuale del *polygraph test*, un test della verità basato sulla registrazione di alcuni indici fisiologici – quali ad esempio la pressione sanguigna, le pulsazioni e la respirazione – che avrebbero dovuto confermare o smentire la veridicità delle affermazioni dell'imputato. La Corte d'Appello del District of Columbia, interrogata la comunità scientifica, decise per l'inammissibilità del test perché non sufficientemente accettato.

³⁸⁶ «Sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs».

³⁸⁷ In questo caso la questione scientificamente controversa riguardava la correlazione tra l'assunzione di un medicinale contro le nausea in gravidanza e la nascita di alcuni neonati con importanti malformazioni.

percentuale di errore. Si noti che successivamente, con il caso *Kumho Tire Co v. Carmichael*³⁸⁸ (1999), la Corte Suprema ha stabilito che i criteri di validazione enunciati in *Daubert* debbano essere applicati a qualunque ambito giacché non è possibile tracciare una chiara divisione tra diversi tipi di conoscenza. A riguardo, si è osservato in dottrina che «complessi e controversi, peraltro, sono [...] i limiti di *Daubert* rispetto a nuove prove scientifiche, come quelle legate alla genetica comportamentale e alle neuroscienze»³⁸⁹, oppure rispetto alle nuove scienze sociali. Tra le altre perplessità, sicuramente non di poco conto è il rischio che la formale presenza degli indicatori richiesti ammantati di oggettività scientifica teorie intrinsecamente legate all'impostazione valoriale, politica e culturale di chi le ha prodotte. In questo senso, «un significativo esempio, destinato a diventare un *landmark case*, è la sentenza *Perry v. Schwarzenegger* (2010, 704 F. Supp. 2d 921), in cui la *United States District of California* ha dichiarato l'incostituzionalità della *Proposition 8*, il provvedimento che proibisce il matrimonio tra individui del medesimo sesso, valutando le “scienze che studiano il matrimonio”, alla luce di *Daubert*»³⁹⁰.

In Italia, probabilmente in ragione della «mancanza di un adeguato “diritto probatorio”»³⁹¹ nel giudizio di costituzionalità, il dibattito sulle fonti di cognizione della Corte non si è focalizzato sui criteri di attendibilità delle opinioni scientifiche. Naturalmente esiste qualche eccezione³⁹², tuttavia esso, oltre a non apparire particolarmente fitto, risulta fondamentalmente imperniato

³⁸⁸ 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.

³⁸⁹ Così TALLACHINI M., *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, op. cit., p. 324.

³⁹⁰ Cfr. TALLACHINI M., *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, op. cit., p. 324.

³⁹¹ V. MENGONI L., op. cit., p. 1159.

³⁹² Si veda ad esempio BIN R., *La Corte e la scienza*, op. cit., p. 1-22. Si veda anche SILVESTRI G., *Scienza e conoscenza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Diritto Pubblico*, 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. Ciò, pur tenendo in considerazione che l'accettazione di una credenza non garantisce la sua veridicità: «il pericolo di adagiarsi sul conformismo scientifico non è meno grave di quello di adagiarsi sul conformismo giurisprudenziale. In entrambi i casi si compie una scelta di comodo su verità comunemente accettate, rinunciando a coraggiose scelte minoritarie che appaiono tuttavia più vicine a quella verità di cui il giudice ha bisogno per decidere in “scienza e coscienza”» (p. 418).

attorno ai soggetti e alle categorie di esperti cui i Giudici dovrebbero rivolgersi. Di seguito alcuni approdi della discussione dottrinale sul tema.

Nel 2015 due pronunce della Corte costituzionale (la n. 10, avente ad oggetto la c.d. Robin Hood Tax, e la n. 70, in materia di rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici³⁹³) hanno dato nuova linfa al risalente dibattito circa le conseguenze sulla spesa pubblica delle sentenze costituzionali e, conseguentemente, sui soggetti che si dovrebbero occupare di quantificarle. Sebbene il problema delle conseguenze economiche delle sentenze costituzionali sia stato ampiamente indagato, non risulta altrettanto «studiata, anche da parte degli autori che ritengono che la Corte costituzionale non possa ignorare le conseguenze sulla spesa pubblica delle sue pronunce, [...] la questione della necessità, per il giudice delle leggi, di avere una adeguata informazione preventiva circa i possibili effetti finanziari delle sue decisioni»³⁹⁴. Come ricorda

³⁹³ 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 pari al 5,5%, da applicarsi nei confronti di alcune categorie di imprese. Parte delle entrate derivanti dall'addizionale sarebbero dovute servire a costituire un fondo per il sostegno dei cittadini meno abbienti, ciò le è valso la denominazione *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: un effetto retroattivo avrebbe infatti comportato gravi conseguenze per le casse dello Stato.

La sent. cost. n. 70 del 2015 ha, invece, dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 24, comma 25, del decreto-legge n. 201/2011, nella parte in cui prevedeva che «In considerazione della contingente situazione finanziaria, la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici, secondo il meccanismo stabilito dall'art. 34, comma 1, della legge 23 dicembre 1998, n. 448, 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». Una simile decisione comporta per lo Stato un mancato risparmio di spesa (stimato intorno ai 21 miliardi di euro) che esporrà il Governo a recuperare le risorse corrispondenti da restituire ai pensionati, con conseguente necessità di rivedere gli equilibri di bilancio prestabiliti e concordati con le istituzioni europee nella legge di stabilità.

A riguardo, tra i numerosi commenti e contributi, si segnalano: LONGO E - PIN A., *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità "in concreto" o realistico?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 24 aprile 2015; MORRONE A., *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015; LONGO E. - PIN A., *Dalla 10 alla 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diventa imprevedibile*, in corso di pubblicazione in *Quaderni Costituzionali*; LIETO S. - PASQUINO P., *Metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2015, p. 351 ss.

³⁹⁴ Così GROPPI T., *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, op. cit., p. 272.

Tania Groppi, è accaduto in anni passati che, al fine di ottenere valutazioni economiche utili ad indirizzare giudizi pendenti, la Corte ricorresse alle ordinanze istruttorie. «Nel complesso, tuttavia, l'utilizzo degli strumenti istruttori al fine di fornire al giudice delle leggi la previa conoscenza del costo delle decisioni non [è mai apparso] soddisfacente. Ciò non soltanto perché ne è stato fatto un uso estremamente parco [...], ma anche perché presenta dei limiti oggettivi: non appare implausibile, come è stato evidenziato in dottrina, che le amministrazioni dello Stato, richieste dalla Corte, diano dati arrotondati più per eccesso che per difetto, gonfiando addirittura i costi, allo scopo di spingere verso una decisione di rigetto»³⁹⁵. Del resto affidarsi alle stime fornite da una sola delle parti in causa - lo Stato -, non consente di garantire appieno la terzietà del giudice. Queste considerazioni hanno condotto l'Autrice a suggerire una soluzione alternativa all'istruzione tramite ordinanza: la ricostituzione di una struttura permanente presso la Corte che, come l'ufficio "per la documentazione degli oneri finanziari e delle decisioni" istituito presso la Consulta sotto la presidenza Baldassarre³⁹⁶, «sia finalizzata alla elaborazione, preventiva alla decisione, di dati e stime tecniche sui costi che ne seguirebbero [...]. Questa opzione appare maggiormente rispettosa della autonomia della Corte»³⁹⁷.

Tra le isolate eccezioni si veda SALVEMINI G. (a cura di), *I guardiani del bilancio. Una norma importante ma di difficile applicazione: l'articolo 81 della Costituzione*, 2003, Venezia; v. anche SCAGLIARINI S., *La quantificazione degli oneri finanziari delle leggi tra Governo, Parlamento e Corte costituzionale*, 2006, Milano.

³⁹⁵ GROPPI T., *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, op. cit., p. 274-275.

³⁹⁶ Dell'ufficio in questione si è già trattato al Capitolo 1, Sezione I, par. § 1.3. Qui ci si limiti a rinviare, quanto alle ragioni che portarono all'istituzione dell'ufficio, a BALDASSARRE A., *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in COSTANZO P. (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, p. 23 ss. Si ricordi inoltre che altre voci, oltre a Tania Groppi, hanno auspicato la ricostituzione di tale Ufficio. In particolare, si veda SCAGLIARINI S., *La quantificazione degli oneri finanziari delle leggi tra Governo, Parlamento e Corte costituzionale*, 2006, p. 250 e CASSESE S., *Pensioni, le strade possibili della Corte costituzionale*, ne *Il Corriere della Sera* del 12.5.2015.

³⁹⁷ GROPPI T., *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, op. cit., p. 275-276. Secondo l'Autrice una «possibilità appare quella di collegare l'attività alla istruttoria compiuta dal giudice relatore (con la collaborazione dei suoi assistenti di studio), su iniziativa del quale dovrebbe attivarsi il competente ufficio (sia esso costituito *ad hoc*, sia una sezione di servizio esistente ...)». «Una seconda soluzione in questo ambito sarebbe quella di incorporare l'attività di quantificazione alla attività istruttoria vera e propria, in modo tale da farle perdere il carattere "ufficioso" [...] anche ai fini della instaurazione del

In dottrina³⁹⁸ si è poi proposto che la Corte costituzionale, quando chiamata a giudicare sull'osservanza da parte del legislatore (anche regionale) del precetto costituzionale di indicazione di mezzi di copertura adeguati per le nuove spese, faccia riferimento alla relazione tecnica che, *ex art. 11ter* comma 2 della l. 468/1978, deve accompagnare i disegni di legge, gli schemi di decreto legislativo e gli emendamenti di iniziativa governativa che comportino conseguenze di natura finanziaria. In questo caso la relazione tecnica potrebbe costituire «uno strumento fondamentale per la formazione del giudizio sulla copertura finanziaria. Un'accurata predisposizione delle quantificazioni dovrebbe quindi essere di interesse primario non solo ai fini del controllo preventivo delle norme, ma anche di quello successivo della Corte dei conti e della Corte costituzionale. Le relazioni tecniche possono costituire di fatto una base per le loro valutazioni»³⁹⁹. Tuttavia, nella prassi, «la relazione tecnica è spesso considerata, da parte delle amministrazioni proponenti l'intervento legislativo, come un mero adempimento formale e non come uno strumento per valutare gli effetti finanziari dei provvedimenti presentati»⁴⁰⁰. Pertanto prima che si possano considerare le relazioni tecniche quale utili fonti di cognizione per la Corte, sarebbe opportuno che le amministrazioni adottino procedure di stima degli oneri rigorose ed obiettive.

Sempre nell'ottica di una maggior attenzione al *modus agendi* del legislatore è poi la proposta di Giacomo D'Amico⁴⁰¹, la quale non si riferisce esclusivamente allo specifico contesto delle valutazioni di natura economica bensì al generale contesto fattuale (e quindi anche scientifico-tecnico) su cui le

contraddittorio. [...] In tal modo il sistema risulterebbe sì "appesantito" dalla introduzione di un ulteriore passaggio istruttorio (che potrebbe rendere più lenti i tempi della decisione), ma a tutto vantaggio della trasparenza del processo decisionale: sarebbe così possibile svelare quelli che, altrimenti, seguirebbero a restare *arcana decidendi* della motivazione. In altre parole, questo meccanismo potrebbe inserirsi tra quelle innovazioni volte a "riconduurre ad un livello di maggiore riconoscibilità dei comportamenti delle Corti nell'ambito della dialettica che esse instaurano con gli altri poteri dello Stato, sancendone una sorta di responsabilità politica "diffusa"». Sul punto cfr. anche GROPPI T., *I poteri istruttori*, *op. cit.*, p. 256 ss.

³⁹⁸ Si veda SALVEMINI G., *Introduzione, sommario e conclusioni*, in ID (a cura di), *op. cit.*, p. 25 ss.

³⁹⁹ SALVEMINI G., *Introduzione, sommario e conclusioni*, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁰⁰ SALVEMINI G., *Introduzione, sommario e conclusioni*, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁰¹ Cfr. D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, p. 275-279.

leggi poggiano. Questi, partendo dalla constatazione che l'istruttoria svolta a monte dal legislatore possa rivelarsi utile ai fini del sindacato di costituzionalità operato dalla Consulta, ha auspicato un rafforzamento degli strumenti di comunicazione tra quest'ultima e gli organi tecnici di cui si avvale il legislatore. In particolare è stata suggerita una valorizzazione del Comitato per la valutazione delle scelte scientifiche e tecnologiche (VAST)⁴⁰², costituito nel corso della XVI legislatura con il compito di coordinare le iniziative e le attività a livello parlamentare in materia di ricerca scientifica e di applicazione tecnologica, anche partecipando agli Organismi internazionali cui aderiscono gli analoghi Comitati costituiti presso i Parlamenti europei, e riferendone all'Ufficio di Presidenza. Secondo l'Autore, «se questi meccanismi di valutazione preventiva funzionassero adeguatamente, il compito del giudice delle leggi sarebbe di gran lunga agevolato, potendo facilmente attingere al patrimonio di informazioni raccolte dall'organo parlamentare»⁴⁰³.

4. La scienza a cui si rivolge il legislatore.

La valorizzazione della fase istruttoria dell'*iter legis* caratterizza, in alcuni ambiti, anche l'esperienza della giustizia costituzionale francese. Tuttavia, in quel contesto, l'attenzione all'istruttoria parlamentare non è atta a dedurre nozioni che permettano alla Corte di valutare a propria volta i presupposti empirici dell'opzione legislativa, bensì a verificare se quello della Corte sia stato un agire informato e sufficientemente ponderato. Esemplificativo di questo modo di procedere è quanto emerge dalla *décision n° 2012-249 QPC*⁴⁰⁴, in materia di prelievo di cellule dal cordone ombelicale. In tale occasione il *Conseil*

⁴⁰² Il Comitato VAST è stato costituito ai sensi dell'articolo 6 del Regolamento dei Servizi e del personale il quale sancisce quanto segue: «L'Ufficio di Presidenza può istituire, con riferimento a specifiche esigenze, anche di carattere temporaneo, comitati composti da propri membri. Di tali comitati fa parte il Segretario generale o un suo delegato e possono essere chiamati a far parte deputati esperti nelle materie oggetto delle competenze dei comitati stessi e persone estranee alla Camera, in possesso di particolari requisiti scientifici o professionali nelle medesime materie».

⁴⁰³ Così D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, op. cit., p. 276.

⁴⁰⁴ Per un commento alla sentenza si veda 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 *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 3/2012.

constitutionnel ha esplicitamente negato la propria competenza a valutare il fondamento scientifico della legge impugnata⁴⁰⁵, affidandosi alla scelte e alle ponderazioni del Parlamento: «*il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur*»⁴⁰⁶. La ragione di questo *self restraint* non è da ricercarsi in un disinteresse del *Conseil* alla “ragionevolezza scientifica” della *loi*, bensì nella consapevolezza dell’accuratezza del procedimento legislativo che spesso precede le scelte del legislatore francese in materia bioetica. Nel caso della legge sul prelievo e l’uso del cordone ombelicale, ad esempio, «l’accesso ai dati scientifici da parte del legislatore è stato ... reso possibile dal rapporto di una specifica *mission parlementaire sur la révision des lois de bioéthiques*, seguito da uno studio del *Conseil d’Etat* e da diversi rapporti e pareri resi da organismi specializzati, come l’*Agence de la biomédecine*, l’*Académie de médecine* e il *Comité consultatif National d’éthique pour les sciences de la vie (CCNE)*»⁴⁰⁷. Come osservato in letteratura, «a fronte di un simile metodo dell’intervento legislativo, è comprensibile che gli spazi per un sindacato di costituzionalità si riducano considerevolmente, poiché, se l’organo rappresentativo ha svolto un’adeguata istruttoria, un eventuale sanzione del giudice costituzionale più facilmente si presta alla critica di una sovrapposizione della propria valutazione discrezionale a quella del Parlamento»⁴⁰⁸. Inoltre l’affidamento del *Conseil* è giustificato alla luce del fatto che, periodicamente, il legislatore rimette in discussione le proprie opzioni *science based*, al fine di verificare che esse – alla luce delle evoluzioni della scienza e della tecnica intervenute nel tempo – siano ancora scientificamente fondate. Pertanto, il tipo di controllo a cui è chiamato il giudice costituzionale francese è perfettamente sovrapponibile a quel che si è descritto come sindacato esterno o approccio

⁴⁰⁵ Con la *loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique*, il legislatore francese ha inteso vietare le biobanche private che praticano la conservazione ad uso autologo del cordone ombelicale considerando il suddetto utilizzo privo di un’attendibile base scientifica.

⁴⁰⁶ Cfr. il par. §8 della decisione.

⁴⁰⁷ PARIS D., *La disciplina*, op. cit., p. 7.

⁴⁰⁸ PARIS D., *La disciplina*, op. cit., p. 8.

procedurale⁴⁰⁹: in base a questo archetipo, i giudici delle leggi sono chiamati a verificare che l'atto legislativo oggetto di giudizio sia frutto di un procedimento legislativo affidabile, preceduto da un serio accertamento dei fatti e dalla consultazione di validi esperti. Verificato tale presupposto, è precluso loro sostituire la propria valutazione nel merito a quella del legislatore.

Una concezione simile del ruolo della Corte dinanzi a fatti che, per essere accertati, richiedono l'impiego di metodi scientifici di analisi, sposta il problema: il punto non è più la modalità con cui è bene che si istruisca la Corte, ma quella con cui si è istruito il legislatore. Se la procedura seguita da quest'ultimo appare completa e scrupolosa, la Corte può ritenere scientificamente ragionevole la sua valutazione. Pertanto ad un alto grado di accortezza dei metodi dell'intervento legislativo in materie di caratura scientifica corrisponde una concezione del potere di controllo giudiziario più deferente e meno pervasiva.

Un modello di tal genere sembra particolarmente adeguato per il giudizio su leggi che involgono le questioni scientifiche controverse, evita infatti che si rischino sovrapposizioni tra pretese evidenze scientifiche e valutazioni politiche o valoriali. Per quelle questioni che, invece, siano notorie oppure, seppur non notorie, non siano controverse, restano percorribili le altre vie indicate, le quali ammettono un maggior spazio valutativo alla Corte.

5. Conclusioni.

La giurisprudenza esaminata nei precedenti Capitoli, mostra che anche nel processo dinanzi al giudice delle leggi italiano, giudizio non precipuamente indirizzato all'accertamento del merito dei fatti, «*die Welt des Sollen auf der einen und die des Seins auf der anderen [sind] in der Praxis [...] beide aber oft miteinander vermischt*»⁴¹⁰.

Questo pone al giudice delle leggi il problema di distinguere tra proposizioni descrittive – leggi e dati empirici che la scienza gli permette di

⁴⁰⁹ Cfr. in particolare Capitolo 1, Sezione II, par. § 2.1.

⁴¹⁰ Il mondo dell'essere – della realtà empirica – e quello del dover essere – delle norme giuridiche – sono spesso, nella pratica, difficilmente scindibili. Così PETERSEN N., *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, in *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, n. 10/2010, p. 18.

conoscere – e proposizioni prescrittive – ciò che il diritto sceglie come opzione preferibile⁴¹¹, soprattutto nell’ambito del giudizio sulla legittimità di leggi *science based*. Proprio in questo frangente risulta interessante l’ammonimento insito nella legge di Hume, secondo cui dall’essere non si può ricavare il dover essere⁴¹². Infatti se si assumesse il paradigma scientifico quale unico e principale banco di giudizio della legge, si dovrebbe negare che le decisioni politiche – oltre a quella tecnico/scientifica – hanno bisogno di due ulteriori forme di legittimazione: quella democratica e quella costituzionale⁴¹³. Non si trascuri, del resto, «l’incertezza intrinseca del sapere scientifico contemporaneo», la quale «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»⁴¹⁴. Ci troviamo, del resto, in un’epoca in cui anche le c.d. scienze dure hanno smarrito solidità epistemologica.

Pertanto una considerazione del peso della valutazione scientifica nel sindacato sulle leggi che sia esasperata rischia di sottrarre indebitamente terreno a valutazioni etico politiche di competenza del legislatore, le quali possono basarsi tanto su argomentazioni razionali e utilitaristiche quanto su principi e valori.

Come autorevolmente osservato in dottrina⁴¹⁵, il modo d’intendere il rapporto tra scienza/tecnica, da un lato, e diritto, dall’altro, può essere variamente configurato: «un primo modo, [...] tende a considerare lecito tutto ciò

⁴¹¹ Similmente AINIS M., *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, op. 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”. [...] La questione non è solo teorica, non tocca unicamente gli elementi di concretezza che circondano il sindacato sulle leggi. È questione pratica, nella misura in cui uno *screening* a tappeto sulla giurisprudenza della Corte possa rendere quest’ultima pienamente consapevole dei propri standard di giudizio.»

⁴¹² Si tratta del c.d. *Is-ought problem* (cfr. HUME D., *Trattato sulla natura umana* (1739-40), in ID, *Opere Filosofiche*, I, 1987, Roma-Bari, p. 496 ss).

⁴¹³ Così D’ALOIA A., op. cit., p. 18.

⁴¹⁴ Vedi TALLACHINI M., op. cit., p. 4.

⁴¹⁵ VIOLINI L., *I problemi pratici della laicità*, relazione presentata al Convegno Annuale della “Associazione Italiana dei Costituzionalisti”, Napoli – 26/27 ottobre 2007, p. 3.

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»⁴¹⁶. Il che può anche significare che si accettino scelte limitative della scienza e delle potenzialità di cui essa è capace, in nome di valutazioni di diversa natura⁴¹⁷. Proprio come la legge di Hume vieta il salto logico tra proposizioni indicanti fatti (l'essere, *is*, *Sein*) e proposizioni indicanti valori (il dover essere, *ought*, *Sollen*), così è opportuno che si evitino salti logici tra ciò che è scientificamente discutibile e ciò che costituzionalmente illegittimo.

Si è già avuto modo di chiarire che tale invito ad evitare un'eccessiva deferenza verso il paradigma tecnico scientifico, non equivale ad un invito ad ignorarlo. Al contrario, non solo non si può negare la rilevanza ermeneutica delle conseguenze e delle premesse empiriche delle scelte normative, ma neppure si può evitare il problema dell'impostazione di uno schema argomentativo da parte della Consulta che faccia riferimento a basi scientifiche e controllabili.

Certo si concorda con l'opinione secondo cui, «lo statuto probabilistico della scienza contemporanea, l'indeterminazione che ne circonda metodi ed esiti, espande il ruolo del diritto, quindi anche del giudice, quindi del giudice costituzionale. Se la scienza non propone verità assolute; se pressoché ogni scoperta scientifica implica un dilemma etico; se la scienza ormai intrattiene legami inestricabili con la prassi, dal momento che il pensiero scientifico e quello tecnico (per secoli reciprocamente indipendenti) si sono ricongiunti fin dall'età di Galileo: allora il diritto ha titolo per misurare con le sue tecniche e i suoi specifici metri di giudizio gli itinerari della scienza»⁴¹⁸. Tuttavia, stante lo specifico ruolo che riveste il giudice costituzionale, diverso da altri giuristi che si debbano confrontare con i saperi scientifici (il legislatore, il pubblico amministratore, il

⁴¹⁶ VIOLINI L., *I problemi pratici della laicità*, op. cit., p. 3

⁴¹⁷ Così, ad esempio, trattando del regime giuridico dell'embrione, Lorenza Violini (*I problemi pratici della laicità*, op. cit., p. 22) si domanda come si possano giustificare scelte restrittive della libertà di ricerca e sperimentazione scientifica sul medesimo, in assenza di opinioni condivise sul momento di effettivo inizio sulla vita. L'Autrice risponde (p. 23) che la ricerca di ragioni giustificatrici può essere orientata, ad esempio, facendo riferimento al dibattito in merito al concetto di dignità umana. «La scelta sul momento a partire dal quale si deve tutelare la dignità umana non sia da lasciarsi alla scienza in quanto tale (che non è in grado) né al diritto in quanto tale (che non è competente)».

⁴¹⁸ AINIS M., *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in D'ALOIA A., *Biotecnologie e valori costituzionali*, op. cit., pp. 23 ss

magistrato), si ritiene che non sia suo il compito di effettuare le suddette misurazioni scientifiche. Egli è semmai chiamato a valutare i metodi dell'intervento legislativo - anche - in materie di caratura scientifica.

Una presa di coscienza del specifico peso che la scienza debba avere nel giudizio sulle leggi gioverebbe poi alla possibilità di ricondurre a coerenza le argomentazioni della Corte costituzionale all'interno di quei giudizi che coinvolgono riferimenti al mondo della scienze.

Bibliografia

- AA. VV., *Science, law and the courts in Europe*, Pavia, 2004.
- AINIS M., *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivistaaic.it*, 20.07.2010.
- ARCONZO G., *Il decreto legge “ad Ilvam” approda alla Corte Costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 1/2013, p. 34-43.
- 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., *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in COSTANZO P. (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, p. 17 ss.
- BALDASSARRE A., *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. Cost.*, 1973, p. 1497 ss.
- BASEDOW J., *Comparative law and its clients*, in *Max Plank private law research paper* n. 14/2.
- BIANCHI P., *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, p. 4750 ss.
- BIN R., *Freedom of Scientific Research in the Field of Genetics*, in BIN R. – LORENZON S. – LUCCHI N. (a cura di), *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, Milano, 2012.
- BIN R., *«Al cuor non si comanda». Valori, regole, argomenti e il “caso” nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in RUGGERI A. (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994, p. 323 ss
- BIN R., *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, p. 313 ss.
- BENELLI F., *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, in BINDI E.- PERINI M.- PISANESCHI A., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, p. 125 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.
- BOGDANDY A. V. – DELLAVALLE S., *Paradigmi dell'ordine*, Torino, 2010.
- 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*, 1998, p. 25 ss.
- 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. e in COSTANZO P. (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino 1996, p. 245 ss.
- CALABRESI G., *Scienza e diritto: alcune annotazioni preliminari*, in COMANDÈ G. – PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004..
- CANZIO G., *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Diritto penale e processo*, 2003, p. 1193 ss.
- 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 disponibile su www.cortecostituzionale.it
- CARTABIA M. (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011.
- CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007.
- CASONATO C., *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti costituzionali* (www.confronticostituzionali.eu), 17 giugno 2014.
- CASONATO C., *Evidence Based Law. Spunti di riflessione sul diritto comparato delle scienze della vita*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2014.

- CATELANI E., *Il ruolo del giudice a quo e dell'ordinanza di rimessione nella determinazione del contraddittorio nel giudizio incidentale*, in ANGIOLINI V. (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998, p. 115 ss.
- 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. 231 ss.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008.
- CERRI A., *Diritto-scienza: indifferenza, interferenza, protezione, promozione, limitazione*, in COMANDÈ G. - PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004.
- CERRI A., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. Cost.*, 1978, I, p. 1337 ss.
- COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.
- D'ALOIA A., *L'(ex) 40*, in *Confronti costituzionali* (www.confronticostituzionali.eu), 23 giugno 2015.
- D'ALOIA A., *Tutela della salute, valutazioni tecnico-scientifiche, limiti all'autonomia regionale. Appunti di giurisprudenza costituzionale*, in VIOLINI L. (a cura di), *Verso il decentramento delle politiche di welfare: Incontro di studio Gianfranco Mor sul diritto regionale*, Milano, 2009.
- D'ALOIA A. (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005.
- D'AMICO G., *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 1 febbraio 2015.
- D'AMICO G., *Tecniche argomentative e questioni scientifiche controverse*, in AA. VV., *Forum di Biodiritto 2008. Percorsi a confronto. Inizio vita, fine vita e altri problemi*, Trento, 2009.
- D'AMICO G., *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008.
- D'AMICO G., *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in Malfatti E., Romboli R.,

- ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, p. 431 ss.
- D'AMICO M., *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal*, n. 2/2014.
- DAL CANTO F., *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in MALFATTI E. - ROMBOLI R. - ROSSI E. (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, p. 145 ss.
- DAVIS K.C., *Judicial, legislative, and administrative lawmaking: a proposed research service for the Supreme Court*, in *Minnesota Law Review*, 1986.
- DE PRETIS D., *La scienza che domina il diritto - Scienza, discrezionalità e pubblica amministrazione*, in COMANDÈ G. - PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004.
- DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010.
- DOTHAN S., *The optimal use of comparative law*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, n. 1/2014, p. 21 ss.
- FAIGMAN D.L., *Constitutional fictions: a unified theory of constitutional fact-finding: exploring the empirical component of constitutional facts*, New York, 2008.
- FERRARI G. F., *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in FERRARA R. - MARINO I. M. (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. Il diritto e il processo penale*, 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 disponibile su www.cortecostituzionale.it
- FORNERO G., voce "Scienza", in ABBAGNANO N., *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.
- GIANNINI M. S., *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, p. 904 ss.
- GIANNINI M. S., *L'illegittimità degli atti e delle norme*, in *Rivista italiana di Scienze Giuridiche*, 1954, p. 39 ss.
- GRABENWARTER C. – KRAUSKOPF B., *S.H. and others vs. Austria: a larger margin of appreciation in complex fields of law*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 1/2012, p. 155 ss.
- GROPPI T., *L'istruttoria e l'udienza innanzi alla Corte*, in ANGIOLINI V. (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998, p. 151 ss.
- GROPPI T., *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997.
- GROPPI T., *La quantificazione degli oneri finanziari derivanti dalle decisioni della Corte costituzionale: profili organizzativi e conseguenze sul processo costituzionale*, in COSTANZO P. (a cura di), *Organizzazione e funzionamento della Corte costituzionale*, Torino, 1996, p. 269 ss.
- HÄBERLE P., *Diritto e verità*, Torino, 2000.
- IANNUZZI A. (a cura di), *La ricerca scientifica tra possibilità e limiti*, Napoli, 2015.
- IANNUZZI A., *Sull'apparente irrilevanza della tecnica nella giurisprudenza costituzionale più recente*, in *Studi parlamentari di politica costituzionale*, n. 173-174/2011, p. 33 ss.
- IRTI N. – SEVERINI E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001.
- JASANOFF S., *Constitutional moments in governing science and technology*, in *Science and Engineering Ethics*, 2011, p. 621 ss.
- JASANOFF S., *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001.
- KAYE D. H., *Is proof of statistical significance significant?*, in *Washington law review*, 1986, p. 1333.

- 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, vol. 16, 1975.
- LAMARQUE E., *Chi sono gli assistenti di studio dei giudici costituzionali*, in D'AMICO M. – RANDAZZO B. (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2011, p. 1065 ss.
- LARSEN A. O., *The trouble with amicus facts*, in *Virginia Law Review*, Vol. 100 (2014).
- LEDDA F., *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 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 *Rivista AIC*, n. 1/2012.
- LICCI G., *Le immagini di scienza criticamente presupposte nella teorizzazione della causalità giuspenalistica*, in COMANDÈ G. – PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004.
- LIETO S. – PASQUINO P., *Metamorfosi della giustizia costituzionale in Italia*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2/2015, p. 351 ss.
- LOMBARDO L., *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 2002, p. 1083 ss.
- LONGO E. – PIN A., *Dalla 10 alla 70 del 2015: quando la giustizia costituzionale diventa imprevedibile*, in corso di pubblicazione in *Quaderni Costituzionali*.
- LONGO E. – PIN A., *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità "in concreto" o realistico?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 24 aprile 2015.
- LUCIANI M., *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, p. 521 ss.
- LUTHER J., *Ragionevolezza e dignità umana*, in CERRI A. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Tomo II, Roma, 2007, p. 185 ss.

- 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.
- MENGONI L., *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 1 ss.
- MENGONI L., *Il diritto costituzionale come diritto per principi*, in AA. VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Venezia, 1996, pp. 1141-1159.
- MONATERI P. G., *Il diritto e le scienze dello spirito*, in COMANDÈ G. – PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004.
- MONTANARI L., *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, in COMANDÈ G. – PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004.
- MORRONE A., *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015.
- 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 di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 11 giugno 2014.
- MORRONE A., *Corte costituzionale e ragionevolezza*, in CERRI A. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Tomo II, Roma, 2007, p. 239 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 *Rivistaaic.it*, n. 3/2013, 20.09.2013.
- PALADIN L., *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1964, p. 304 ss.
- PARIS D., *I rischi di una giurisprudenza "compassionevole". Riflessioni sull'operato della magistratura ordinaria nel caso Stamina*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 31 luglio 2015.

- PARIS D., *L'obiezione di coscienza alla pillola del giorno dopo è un diritto?*, in *Blog di DPCEonline (www.dpce.it)*, 21 luglio 2015.
- 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 *Rivista AIC (www.rivistaaic.it)*, n. 3/2012.
- 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 di Quaderni costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*, 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.
- PENASA S., *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali (www.forumcostituzionale.it)*, 16 giugno 2014.
- 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 *www.forumcostituzionale.it*, 3 aprile 2013.
- 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, pp. 39-55.
- PENASA S., *La «ragionevolezza scientifica» delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2009, p. 817/842.
- PETERSEN N., *Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?*, in *Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, n. 10/2010, p. 1-19.
- PETERSEN N., *Avoiding the common-wisdom fallacy: the role of social sciences in constitutional adjudication*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013, p. 294 ss.
- PIN A. (a cura di), *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Napoli, 2015.

- PIZZETTI F.G., *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali. Spunti costituzionali*, Torino, 2012.
- 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. 135-157.
- POULLET Y., *La technologie et le droit: du défi à l'alliance*, in COMANDÈ G. – PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004.
- RAGONE G. – VIMERCATI B., *Lightness, law and neurosciences: a new tool to protect the unresponsive patient's self-determination?*, in AA. VV., "Legal Imagination(s). Memos for a Law of this Millennium". *Conference proceedings*, Editore Univali, pp. 99-112.
- 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
- 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, 11.6.2015.
- ROVAGNATI A., *La dichiarazione di incostituzionalità della presunzione di compensi fondata sui prelievi bancari: luci ed ombre*, in *Rassegna Tributaria*, n. 3/2015, p. 694 ss.
- RODOTÀ S., *Diritto, scienza tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in COMANDÈ G. – PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004.
- 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.

- RUGGERI A., *Storia di un «falso». L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990.
- SAITTA A., *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996.
- SALVEMINI G., *I guardiani del bilancio*, Venezia, 2003.
- SANDEL M. J., *Giustizia*, Milano, 2010.
- SANDULLI A. M., *La giustizia costituzionale in Italia*, Milano, 1961.
- SCACCIA G., *Controllo di ragionevolezza delle leggi e applicazione della Costituzione*, in CERRI A. (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Tomo II, Roma, 2007.
- SCACCIA G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
- 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.
- SHAPIN S. - SCHAFFER S., *Leviathan and the Air-Pump. Hobbes, Boyle and the Experimental Life*, Princeton, 1985.
- SERENO G., *Il "caso Stamina" all'esame della Corte costituzionale: un esito condivisibile sorretto da una motivazione lacunosa*, in *Osservatorio AIC* (www.osservatorioaic.it), n. 1/2015.
- SNEAD O. C., *Una Costituzione bioetica?*, ne *Il Sole 24 Ore*, 13 gennaio 2013.
- SPADARO A., *Contributo per una teoria della Costituzione, I. Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994.
- STELLA F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000.
- TALLACHINI M., *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 2/2012, pp. 313-336.
- TALLACHINI M., *Sicurezza e responsabilità in tempi di crisi*, in *Rivista di diritto alimentare*, n. 1/2012.

- TALLACHINI M., *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, in COMANDÈ G. – PONZANELLI G. (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004.
- TARUFFO A., *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002.
- TRAVI A., *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, 2004, p. 439 ss.
- 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.
- VENZKE I., *The Role of International Court as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation*, in Loyola L.A. *International & Comparative Law Review*, 2011-2012, p. 99 ss.
- VIOLINI L., *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in Osservatorio AIC (www.osservatorioaic.it), n. 2/2014.
- 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., *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., *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., *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, p. 965 ss.
- VIOLINI L., *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano, 1986.

- VERONESI P., *Al crocevia del "caso Stamina" e dei suoi "problemi costituzionali"*, scritto destinato agli *"Scritti in onore di Gaetano Silvestri"*, disponibile in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it).
- 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, pp. 256 ss.
- WEILER J.H.H., *Epilogue: towards a common law of International trade*, in ID., *The EU, the WTO, and the NAFTA, towards a common law of International trade?*, 2000.
- YOWELL P., *Empirical Research in Rights-Based Judicial Review of Legislation*, in HUBER P.M. – ZIEGLER K. (a cura di), *Current Problems in the Protection of Human Rights–Perspectives from Germany and the UK*, Oxford, 2012.
- YOWELL P., *Practical reason and the separation of powers*, DPhil thesis, University College (University of Oxford), 2010.
- 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 Costituzionale della Rivista AIC*, www.osservatorioaic.it, n. 2/2015.
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.

Al termine del presente lavoro, intendo ringraziare il Professor Pin e la Professoressa Violini che, sempre disponibili al dialogo e pronti ad incoraggiarmi, hanno guidato la mia ricerca con preziosi consigli, critiche e osservazioni.

Un importante ringraziamento va anche alla Professoressa Camardi che, spronandomi a prendere parte a tavole rotonde, *workshop* e *rencontres*, mi ha offerto occasioni di arricchente confronto con studiosi provenienti da ambiti disciplinari diversi dal mio.

Desidero poi esprimere la mia gratitudine al Professor Von Bogdandy, per avermi dato la possibilità di svolgere una parte significativa delle mie ricerche presso il Max Planck Institut di Heidelberg, e al Professor Luther, per le utili indicazioni offertemi in occasione del IV seminario annuale con i dottorandi del "Gruppo di Pisa".

Da ultimo, un inadeguato - quanto sentito - ringraziamento a colleghi ed amici che, nell'arco di questo triennio, hanno condiviso con me interminabili ore, serate e fine settimana di studio. Grazie.