

## INTRODUZIONE

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

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

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

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

---

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

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

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

Pur senza entrare nel merito delle specifiche questioni, la Presidente della Consulta, facendo eco ad una consolidata giurisprudenza della Corte<sup>4</sup>, ha ricordato come nessuna di queste prerogative costituzionali, per quanto irrinunciabile, sia di per sé insuscettibile di restrizione. Al contrario, «nella Costituzione sono indicate le ragioni che possono giustificare limitazioni dei diritti e gli strumenti con cui tali limitazioni si possono imporre. Nella giurisprudenza costituzionale, poi, si trovano orientamenti anche sulla misura di queste limitazioni, che devono sempre essere ispirate ai principi di necessità, proporzionalità, ragionevolezza, bilanciamento e temporaneità»<sup>5</sup>.

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

---

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

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

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

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

porzionalità di alcuni divieti imposti dalle autorità tedesche alla popolazione a causa del Covid-19<sup>6</sup>. Nel compiere tale ponderazione, il tribunale federale costituzionale ha sottolineato la necessità di prendere in considerazione elementi quali l'impatto concreto di un eventuale allentamento delle limitazioni, le acquisizioni più aggiornate sulle modalità di diffusione del virus e i rischi relativi al sovraccarico degli ospedali<sup>7</sup>.

Le contingenze legate alla pandemia ci introducono al tema di fondo della presente trattazione, ossia la «formidabile questione del rapporto tra fatto e norma nel giudizio di legittimità costituzionale»<sup>8</sup>, mostrandoci come l'elaborazione di orientamenti giurisprudenziali volti a misurare la razionalità materiale<sup>9</sup> della legislazione<sup>10</sup>, comporti che il sindacato di co-

---

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

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

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

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

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

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

<sup>10</sup> Elaborazione che affonda le proprie radici ideologiche nella concezione del costi-

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Questa dinamica si percepisce con chiarezza se si osservano i vari test di ragionevolezza riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale italiana<sup>12</sup>. Infatti, nella valutazione sull'esistenza di un'irragionevole diversità di trattamento tra situazioni uguali, oppure sull'irragionevolezza della scelta compiuta dalla legge di un determinato mezzo per raggiungere uno specifico scopo o, ancora, circa la mancanza di ragionevolezza di una norma che si fondi su di un presupposto scientifico fallace, è inevitabile che la Corte costituzionale compia «*eine empirische Wende*»<sup>13</sup>, ossia vada oltre il dato normativo attingendo a dati di realtà e tenendo in considerazione i diversi contesti cui le leggi si riferiscono.

Naturalmente lo spettro delle possibili fattualità a cui la Corte può rivolgersi è vario ed eterogeneo: esiste una fattualità storica, culturale, sociale, economica, documentale, scientificamente orientata e così via<sup>14</sup>. Molteplici e di diversa natura sono, del resto, quei «contesti umani»<sup>15</sup> nell'atrito coi quali i paradigmi che guidano il sindacato di costituzionalità, da rigidi e formali, allentano le proprie maglie e consentono valutazioni che poi si esprimono in termini di proporzionalità, ragionevolezza o bilanciamento.

---

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

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

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

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

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

Il *Bundesverfassungsgericht*, ad esempio, applica da anni un preciso scrutinio di proporzionalità, articolato in più moduli decisorio: il celebre *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, sui cui contenuti si sono pronunciati i grandi Maestri del diritto pubblico tedesco<sup>19</sup>. Secondo uno di questi, Robert Alexy, «il principio di proporzionalità nella sua accezione ristretta deriva dal fatto che i principi sono imperativi di ottimizzazione relativi alle possibilità di diritto»<sup>20</sup>. Di conseguenza, la sua applicazione si risolve, ultima-

---

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

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

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

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

<sup>20</sup>R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Francoforte, 1984, p. 101.

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

Imporre un divieto totale di fumare all'interno di pub o di ristoranti può essere considerato una misura adeguata rispetto allo scopo di tutelare la salute degli avventori se i locali sono di dimensioni ridotte e poco areati (anche se questo provocherà una riduzione delle presenze negli esercizi commerciali e di conseguenza degli introiti). La medesima misura apparirà, invece, sproporzionata se applicata ai ristoranti all'aperto o dotati di spazi sufficientemente grandi da poter riservare una zona isolata e ben ventilata ai clienti fumatori<sup>21</sup>.

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

In Italia, come in altri ordinamenti, l'appello all'autorità dell'esperienza nel giudizio sulle leggi è, per certi versi, il risultato di processi storico-culturali che hanno investito innanzitutto le nostre società e, di conseguenza, anche la giurisdizione costituzionale. La capacità di interpretazione e rappresentazione della realtà, anche grazie al progresso scientifico-tecnologico è, negli ultimi decenni, incrementata a dismisura, sebbene, al contempo, sia emersa altresì la difficoltà di offrire interpretazioni univoche, anche a ragione della complessità della realtà stessa. Inoltre, tramite l'informatica e la globalizzazione, la possibilità di circolazione e condivisione di dati e informazioni è divenuta immediata. Si tratta di fenomeni a cui difficilmente una Corte costituzionale può restare del tutto indifferente e che non possono che ripercuotersi, in qualche misura, sulle sue tecniche argomentative e nel modo di motivare le proprie decisioni<sup>22</sup>, le quali possono così risultare maggiormente consapevoli.

---

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

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

D'altro canto, la crescita della concretezza del sindacato di costituzionalità<sup>23</sup> è dinamica preta di conseguenze e problematiche significative, sia relativamente al ruolo della Corte all'interno della forma di governo, sia quanto a ricadute processuali e tecniche tutt'altro che di dettaglio.

Quanto al primo aspetto, che richiederebbe lo spazio di un'autonoma trattazione monografica, ci si limita qui a segnalare come più voci in letteratura<sup>24</sup> abbiano individuato l'esito principale della deformalizzazione del sindacato di legittimità costituzionale nell'esaltazione del ruolo del Giudice delle leggi, ossia del soggetto deputato a compiere quell'attività di adeguamento dei principi alla fattualità, che indebolisce l'aspetto formale e strettamente giuridico del suo operato traghettandolo sul piano della politica.

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

---

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

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

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

lative all'evoluzione del ruolo della Corte costituzionale nel nostro ordinamento (sarebbe, del resto, impossibile scindere le due tematiche), si focalizza principalmente sul nesso tra ricorso alla fattualità, poteri istruttori e percorso motivazionale<sup>25</sup>: se la Corte giudica la legge tramite principi modulati sulla base dei dati di realtà e dei diversi contesti, affatto secondario è il modo attraverso cui tali elementi entrano nell'orizzonte conoscitivo dei giudici e il rilievo che ricevono nel corpo della motivazione.

Come si avrà modo di precisare, le problematiche in questione si esasperano e, quindi, possono essere oggetto di un'analisi più completa, quando la fattualità cui si rivolge la Corte è scientificamente orientata. Infatti, se in generale le situazioni con cui il Giudice costituzionale s'interfaccia sono sempre situazioni interpretate<sup>26</sup>, quando la fattualità è di natura tecnico-scientifica, «il conoscibile non è 'uno'»<sup>27</sup> e le competenze di cui il collegio dei giudici dispone potrebbero non consentirgli di scegliere agevolmente tra diverse interpretazioni eventualmente acquisite. È noto, del resto, come anche le scienze considerate esatte<sup>28</sup> esprimono teorie, valuta-

---

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

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

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

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

zioni, rappresentazioni e prognosi che, oltre ad essere fonte di conflittualità a causa della «non stabilità del “fatto scientifico”, sempre più percepito come incerto»<sup>29</sup>, sono soggette, nel tempo, a cambi di credenze e perdita di validità<sup>30</sup>.

Ma allora, se le acquisizioni scientifiche sono sempre passibili di revisione e in molti casi si presentano *ab origine* come controverse<sup>31</sup>, il problema della capacità di rappresentazione della realtà e dell'acquisizione di elementi scientifici si gioca, ultimamente, sul piano del consenso<sup>32</sup>, ossia sulla possibilità di ottenere interpretazioni che, in un certo momento storico, appaiono essere più accreditate e condivise di altre. Ricorda Luciani che «la Terra “è” sferica solo da quando si è formata un'opinione condivisa tanto dai *doctores*, quanto dalla *societas*»<sup>33</sup>.

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

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

---

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

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

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

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

<sup>33</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p. 408.

«Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» (d'ora in poi N.I.)<sup>34</sup>, di aprire le porte di Palazzo della Consulta sia agli esperti<sup>35</sup> sia, tramite l'istituto dell'*amicus curiae*, alla società civile<sup>36</sup>. Sempre la medesima riforma ha anche esteso a terzi portatori di interessi qualificati la possibilità di intervenire nel giudizio, nella veste di parti processuali<sup>37</sup>.

Queste innovazioni, nel loro complesso, mettono in luce due tendenze che caratterizzano l'operato della Corte degli ultimi anni<sup>38</sup>: una valorizzazione del ruolo delle parti nel giudizio in via incidentale (già per via pretoria si era, infatti, consolidata la propensione ad ammettere soggetti terzi che fossero titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio<sup>39</sup>) e l'anelito della Corte al dialogo col mondo esterno (si è, del resto, osservato come proprio attraverso la lente dello «spiccato carattere “relazionale”»<sup>40</sup> assunto dalla Corte degli

---

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

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

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

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

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

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

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

ultimi anni possa essere inquadrata anche l'attenzione dedicata alle conoscenze extra-giuridiche<sup>41</sup>).

Il primo aspetto, ossia quello relativo al ruolo delle parti e alla possibilità per un numero più ampio di soggetti di divenire ufficiali interlocutori della Corte, presenta profili di connessione con l'ampia e *vexata quaestio* del contraddittorio nel processo alla legge<sup>42</sup>. È possibile, infatti, che l'integrazione dei soggetti che sono potenzialmente in grado di contribuire, *inter alia*, alla realizzazione della fase istruttoria, solleciti la ricerca di soluzioni al problema della lacunosità della disciplina del contraddittorio sostanziale, la quale si declina, ad esempio, nella mancanza nelle N.I. di «qualunque norma che assicuri un ordinato “scambio” degli argomenti»<sup>43</sup> ovvero nella «assenza del diritto di replica»<sup>44</sup> in fase di udienza. Il verificarsi di questa previsione andrebbe, peraltro, letta alla luce del risalente dibattito<sup>45</sup> sulla natura del giudizio sulla legge in via incidentale: è ben noto, infatti, che l'idea della valorizzazione del contributo delle parti di-

---

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

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

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

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 132.

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

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

Quanto, invece, alla propensione dialogica della Corte, l’apertura agli *amici curiae*, agli esperti e a i terzi intervenienti non è che un tassello da inserire in un mosaico assai più ampio<sup>48</sup>. Basti pensare che nell’ultima relazione annuale sull’attività della Corte costituzionale si parla del 2019 come dell’anno della «grande apertura» alla società civile (oltre che alla dimensione internazionale)<sup>49</sup>. A supporto di questa affermazione si menzionano, insieme alla riforma delle N.I., la possibilità concessa al pubblico e ai giornalisti di assistere alle udienze pubbliche e di visitare Palazzo della Consulta; il ricorso massiccio ai comunicati stampa; la traduzione in lingua inglese delle sentenze; la valorizzazione degli strumenti di comunicazione informatica (sito internet e *social network*); le visite dei giudici costituzionali nelle scuole e nelle carceri e altre spie dell’attenzione della Consulta verso l’esterno<sup>50</sup>.

Questo sforzo della Corte di porsi in relazione<sup>51</sup> appare coerente con l’idea in base alla quale “utenti” della giustizia costituzionale sono la «in-

---

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

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

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

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

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 2-3.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 4.

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

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

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

---

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

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

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

<sup>55</sup> *Ibidem*.

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

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

Si tratta di domande complesse, che emergono in un momento storico in cui il concetto stesso di "*expertise*" attraversa una profonda crisi<sup>58</sup> e, nei processi di *decision-making*, il confronto con le voci della scienza è tutt'altro che semplice e privo d'insidie. E non di meno, si tratta di questioni che devono essere trattate, almeno nel dibattito dottrinale, al fine di prospettare soluzioni applicative, quanto più fruttuose, degli istituti processuali entrati in vigore a gennaio 2020. L'urgenza della riflessione si coglie in tutta la sua profondità se si considera la velocità di sviluppo di nuove tecnologie che vengono sempre più a incidere sui diritti fondamentali dell'individuo<sup>59</sup>, come ben rivela la giurisprudenza costituzionale in ambito medico-terapeutico.

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

---

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

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

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

teri di selezione dei soggetti a cui prestare ascolto nell'acquisizione di elementi extragiuridici utili alla decisione e sugli *standard* di validazione delle teorie e delle opinioni specialistiche sottoposte alle Corti. Un dibattito che in parte si è tradotto nell'emanazione di dettagliate regole processuali a vari livelli (*in primis* nelle *Federal Rules of Evidence*), in parte è stato prodromico all'elaborazione di test giurisprudenziali<sup>60</sup>.

### 5. *Il metodo dell'indagine.*

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

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

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

---

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

<sup>61</sup> Cfr. sent. cost. n. 141/2019.

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

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

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

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

---

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

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

