



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COSTITUZIONALE

CICLO XXI

COORDINATORE Prof. Roberto Bin

I FATTI SCIENTIFICI NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE. IL CASO DEL DIRITTO ALLA SALUTE

Settore Scientifico Disciplinare IUS/08

Dottorando

Dott. Giulia Vaccari

Tutore

Prof. Giuditta Brunelli

Anni 2006/2008

INDICE

INTRODUZIONE	pag. 1
--------------------	--------

CAPITOLO I

FATTO, NORMA E DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE: ERRORE SU PRESUPPOSTI DI FATTO E PROGNOSI LEGISLATIVE

1. Premessa	» 7
2. Discrezionalità legislativa ed eccesso di potere. Un chiarimento terminologico	» 8
3. Eccesso di potere legislativo: <i>adjudicative facts</i> e <i>legislative facts</i> davanti alla Corte.....	» 11
4. Il potere del giudice costituzionale di controllare la ragionevolezza delle leggi sulla base di elementi di fatto.....	» 13
5. La ragionevole configurazione dei fatti presupposti della legge: un controllo tra legittimità e merito.....	» 17
6. Arbitrarietà per errore sui presupposti di fatto e sulle prognosi legislative: un tentativo di classificazione dei casi	» 19
6.1. Concetti costituzionali “indeterminati” e “termini generici”. Quando il parametro necessita di concretizzazioni “fattuali” in sede di giudizio di legittimità.....	» 19
6.2. (segue) - L’intensità del controllo sui “fatti” quando il parametro è elastico	» 23
6.3. Il giudizio di eguaglianza	» 27
6.4. (segue) - Un sindacato più penetrante sui “fatti” nei giudizi di eguaglianza: tra astrattezza della fattispecie e realtà fattuale.....	» 31

6.5.	L’anacronismo legislativo	» 33
6.6.	Un esempio famoso di anacronismo legislativo: la giurisprudenza costituzionale sul monopolio radiotelevisivo	» 37
7.	Le modalità del controllo sui presupposti di fatto della norma e la dimostrazione dell’arbitrarietà della scelta legislativa	» 40
7.1.	La sindacabilità della consistenza del fondamento empirico della legge	» 40
7.2.	(segue) - I gradi di intensità del controllo nei fatti	» 42
7.3.	Il ruolo determinante del diritto fatto valere in giudizio	» 46
7.4.	Una prospettiva particolare: i dati tecnico-scientifici al vaglio della Corte	» 47

CAPITOLO II

UNA PROSPETTIVA PARTICOLARE: IL RILIEVO DEI DATI TECNICO-SCIENTIFICI

1.	Il rapporto tra legge e acquisizioni tecnico-scientifiche	pag. 48
1.1	Norme tecniche e scienza: premesse metodologiche	» 48
1.2	<i>Le science policy issues</i>	» 50
1.3	Il “privilegio” accordato alla discrezionalità tecnica del legislatore	» 51
a)	Indagini e valutazioni tecniche precluse alla Corte	» 52
b)	L’utilizzabilità processuale della scienza	» 53
c)	L’insindacabilità dell’efficacia temporale di una legge che sana l’anacronismo derivante dal progresso tecnico-scientifico	» 54
1.4.	Le ragioni del “privilegio” (che talvolta è solo apparente)	» 54
1.5.	La sindacabilità delle leggi sulla base di valutazioni tecnico-scientifiche. La presunzione favorevole al legislatore e la sua relatività	» 56

1.6.	(segue) - Quando l'arbitrarietà è «evidente». La consistenza (certa) dei fatti e la necessità (o meno) di approfondimento.....	» 57
1.7.	L'affermazione di un vizio di costituzionalità per erronea o mancata considerazione dei dati tecnico-scientifici nella giurisprudenza più recente	» 59
1.8.	Legislatore, Corte e rilievo (costituzionale) delle istituzioni scientifiche	» 60
1.9.	Interrogativi da risolvere: possibili questioni al vaglio della Corte.....	» 61
2	Tipologia delle pronunce costituzionali fondate sui dati tecnico-scientifici	» 62
2.1.	Decisioni di rigetto: la scienza a conferma della scelta legislativa	» 63
a)	Alla contestazione del presupposto scientifico della legge la Corte “risponde” chiamando in causa la scienza	» 63
b)	La Corte richiama (anche autonomamente) acquisizioni scientifiche per dimostrare che la norma impugnata non lede principi (o diritti) costituzionali	» 64
c)	La ricerca di una coerenza tra scienza e diritto in ambito penale	» 68
d)	Brevi considerazioni tratte dal primo esame della giurisprudenza.....	» 70
2.2.	Pronunce di accoglimento: illegittimità della norma per contrasto con le acquisizioni tecnico-scientifiche.....	» 71
a)	La rivalutazione del presupposto scientifico della legge impugnata.....	» 72
b)	La scienza e l'applicazione razionale della norma: l'approfondimento del fondamento empirico della fattispecie penale	» 74
c)	L'inadeguatezza (o eccessiva rigidità) della norma rispetto alla realtà scientifica: l'introduzione di un meccanismo flessibile	» 75
d)	La scienza a dimostrazione della carenza di tutele costituzionali e il valore “esemplare” del caso <i>a quo</i>	» 79

2.3.	Primi rilievi sull'utilizzo del dato scientifico nella giurisprudenza costituzionale.....	» 81
3.	Quando la Corte decide di non decidere: inammissibilità e infondatezza	» 83
4.	Conclusioni provvisorie. La Corte e la scienza: il possibile superamento del <i>self-restraint</i>	» 87
4.1.	Il ruolo dell'ordinanza di rimessione	» 89
4.2.	L'individuazione di un vincolo costituzionale alla considerazione del dato scientifico: il collegamento tra scienza e <i>ratio</i> normativa	» 91
4.3.	Scienza e "rime obbligate": quando la Corte può intervenire nel rispetto della discrezionalità legislativa	» 92
4.4.	La Corte costituzionale tra autolimitazione ed esigenza di tutela dei diritti	» 94

CAPITOLO III

I DATI TECNICO-SCIENTIFICI E I DIRITTI FONDAMENTALI: DIRITTO ALLA SALUTE E SCIENZA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

1.	Considerazioni introduttive: diritti fondamentali e <i>strict scrutiny</i>	pag. 96
2.	Il sindacato penetrante sul presupposto scientifico della legge e il rischio di sconfinare in valutazioni politiche	» 100
3.	La scelta del campo d'indagine: la scienza nella giurisprudenza costituzionale sul diritto alla salute	» 101
3.1.	La salute come diritto fondamentale e il rilievo della scienza per la sua tutela	» 101
a)	L'uso di dati tecnico-scientifici per determinare il contenuto essenziale del diritto alla salute e verificare il suo corretto bilanciamento con altri diritti	» 105
b)	L'uso di dati tecnico-scientifici per dimostrare l'eccessiva rigidità della legge rispetto alla esigenza di tutela della salute ...	» 107

c)	L'incidenza del progresso tecnico-scientifico sul contenuto del diritto alla salute e sul riconoscimento di nuovi diritti costituzionali connessi all'art. 32.....	» 109
4.	Fatti tecnico-scientifici e transessualismo: la scienza medica dimostra un'esigenza costituzionale di tutela o (semplicemente) la ragionevolezza di una scelta discrezionale del legislatore?	» 110
5.	La giurisprudenza costituzionale in tema di trattamenti terapeutici: la scienza come vincolo imprescindibile per il legislatore	» 114
6.	Trattamenti sanitari obbligatori: la ragionevolezza (scientifica) dell'imposizione di vaccinazioni e accertamenti sanitari.....	» 117
6.1.	La giurisprudenza costituzionale in tema di vaccinazioni obbligatorie: l'affermazione di un'imprescindibile connessione tra previsioni legislative e scienza.....	» 119
6.2.	Accertamenti sanitari obbligatori: la scienza come fondamento per la legittimità della loro imposizione	» 120
7.	Alcune riflessioni attorno alla legge sulla procreazione medicalmente assistita.....	» 121
7.1.	La prima questione di costituzionalità avente ad oggetto la legge 40: il rilievo della scienza e l'esemplarità del caso <i>a quo</i> ai fini della proposizione della questione di legittimità	» 122
7.2.	Il rilievo del dato scientifico per l'interpretazione e l'applicazione della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita.....	» 122
7.3.	Il giudizio attualmente pendente davanti alla Corte sulla legge 40	» 124
7.4.	Altri aspetti della legge 40 che richiedono una considerazione dei presupposti scientifici: l'interprete e il linguaggio tecnico-scientifico utilizzato dal legislatore.....	» 126
8.	Conclusioni	» 128
8.1.	L'utilizzo del dato scientifico nella giurisprudenza costituzionale sul diritto alla salute: l'ipotesi di <i>strict scrutiny</i> ..	» 128
8.2.	Autonomia della scienza e discrezionalità legislativa: l'applicazione ragionevole della legge nel caso concreto	» 130

8.3.	Corte costituzionale e questioni scientificamente controverse ...	» 132
8.4.	(segue) - La scienza (anche incerta) come criterio di ragionevolezza o come fondamento per il riconoscimento di una tutela costituzionalmente necessaria?.....	» 135
9.	Problematiche connesse alle modalità con cui i fatti entrano nel procedimento legislativo e nei giudizi della Corte. Rinvio...	» 137

CAPITOLO IV

COME I FATTI (SCIENTIFICI) POSSONO ENTRARE NEI GIUDIZI DELLA CORTE. CONCLUSIONI E PROSPETTIVE

1.	Premessa.....	pag.139
2.	Le questioni scientifiche al vaglio della Corte costituzionale: un'occasione per rivalutare i poteri istruttori?	» 140
2.1.	L'istruttoria come fonte dei fatti necessari alla decisione (e alla motivazione) della Corte	» 140
2.2.	L'insufficienza dell'esame dei lavori preparatori e l'assenza dell'obbligo di motivare la legge: l'istruttoria come possibile strumento di dialogo tra Corte e legislatore	» 142
3.	Il ruolo delle parti (costituite) nel giudizio costituzionale: l'importanza del contraddittorio per risolvere questioni di fatto	» 144
4.	I giudizi in via principale. La Regione: "parte in giudizio" e legislatore che si "giustifica"	» 149
5.	I dati scientifici nei giudizi riguardanti i diritti fondamentali	» 150
6.	Osservazioni conclusive e prospettive	» 153
6.1.	L'esigenza di imporre un vincolo metodologico al legislatore: motivazione contestuale alla legge.....	» 153
6.2.	(segue) - Il ruolo determinante (in potenza) dell'istruttoria legislativa	» 155

6.3.	La Corte come giudice dei diritti: la necessità di una motivazione convincente e l'opportunità di introdurre il <i>dissent</i>	» 158
6.4.	Una sintesi.....	» 163
INDICAZIONI BIBLIOGRAFICHE		pag.165

INTRODUZIONE

La ricerca scientifica e l'innovazione tecnologica con frequenza crescente irrompono nei processi di formazione del diritto, nella sua applicazione (giudiziaria e amministrativa) e nelle sue forme di controllo di costituzionalità¹. A fronte dello sviluppo tecnologico e scientifico che caratterizza la nostra società, infatti, i poteri pubblici sono chiamati ad effettuare scelte complesse e importanti, tali da incidere fortemente sul contenuto di molti diritti, soprattutto quelli fondamentali². Gli ambiti maggiormente toccati da questo fenomeno sono ad esempio la tutela della salute³, dei consumatori, la protezione dell'ambiente: si pensi al rilievo della scienza in campi come la bioetica, le terapie mediche alternative, la produzione e il consumo di organismi geneticamente modificati; o al ruolo della tecnologia nel campo dell'informazione e della comunicazione.

In questi casi, il legislatore può essere chiamato a elaborare normative volte fornire una disciplina, più o meno dettagliata a seconda dei casi, di fenomeni come pratiche mediche (procreazione medicalmente assistita, vaccinazioni obbligatorie, trattamenti terapeutici) o la stessa ricerca scientifica. Si tratta di materie che esigono una regolamentazione normativa, a volte anche a fronte del fatto che la stessa comunità scientifica non è in grado di esprimere posizioni certe ed univoche; oppure di casi in cui il progresso della scienza ha creato rischi che devono essere controllati con un intervento del diritto (si pensi alla questione ambientale e all'operatività del principio di precauzione a fronte dell'incertezza scientifica). In questi ambiti il diritto è chiamato a conformarsi ai fatti, piegandosi ad essi e interrogandosi sulle relative esigenze, ed allo stesso tempo a trasformare i fatti stessi dando loro una regola⁴.

¹ Come è stato evidenziato nel bando del concorso a tema di *Quaderni costituzionali* (2005) "L'impatto della scienza e della tecnica sul diritto e sui diritti".

Con specifico riferimento al collegamento tra scienza e giudizio di costituzionalità, si veda Q. Camerlengo, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 165, secondo il quale «il sindacato sulla costituzionalità delle leggi talora presuppone l'accesso ad elementi conoscitivi extranormativi, per l'appunto enucleati dalle discipline scientifiche e tecniche, al fine soprattutto di appurare il ragionevole, congruo, proporzionato e, in ultima istanza, corretto esercizio della potestà legislativa. Il travisamento dei dati scientifici e, dunque, la carente e fuorviante rappresentazione della realtà di fatto incisa dalla singola disciplina normativa possono vanificare l'attitudine della legge ad assecondare le aspirazioni manifestate in seno alla società, nel quadro dei valori racchiusi e consacrati nel testo costituzionale».

² Nelle considerazioni finali del Presidente Giovanni Maria Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, svolte in occasione dell'Udienza straordinaria del 28 gennaio 2009, Roma, Palazzo della Consulta, in www.cortecostituzionale.it si auspica che «temi come le scelte di autodeterminazione in ordine al diritto alla vita e alla salute, e il consenso ai trattamenti sanitari [...] formino oggetto di chiare opzioni legislative: perché solo con la legge può raggiungersi un ponderato equilibrio dei valori in gioco, soprattutto di fronte alla "esplosione" dei nuovi diritti determinata, in particolare, dalle incessanti conquiste della scienza e della tecnica. Allo stesso modo, solo la enunciazione di un preciso dettato normativo è in grado di circoscrivere l'impiego di un "diritto giurisprudenziale" che altrimenti, secondo alcuni, correrebbe il rischio di spingersi oltre il limite dell'interpretazione; ma che al tempo stesso si giustifica in qualche modo con l'esigenza - fortemente avvertita dalla collettività - di non lasciare aree dell'ordinamento (specie se particolarmente "sensibili") prive di garanzia e tutela giurisdizionale».

³ Cfr. P. Veronesi, *Il corpo e la costituzione: concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano 2007, 8-9, secondo il quale «la percezione del corpo e le possibilità di intervento su di esso procedono di pari passo con il travolgente evolvere della medicina e della scienza in genere». Nell'opera citata l'A. riflette, infatti, sul «grado di reattività dell'ordinamento a fronte dei vorticosi progressi della scienza»

⁴ Rileva tale circolarità della relazione tra fatto e diritto («il fatto conformando la norma e la norma il fatto»), A. Ruggeri, *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in *Diritto e Società*, 2/2004, 262.

Vi sono, inoltre, normative che trovano il loro fondamento nei dati scientifici, poiché questi sono presupposti di cui il legislatore deve tenere conto per la loro elaborazione: si pensi a tutti quei casi in cui risultanze di fatto forniscono giustificazione a limitazioni di diritti (come nella vicenda del monopolio radiotelevisivo) o ne determinano i contenuti (ad esempio, relativamente al riconoscimento giuridico e alla tutela del transessuale). Un caso emblematico è rappresentato dal disegno di legge riguardante il c.d. “testamento biologico”, attualmente in discussione in Parlamento⁵: è infatti evidente come la possibilità di qualificare o meno, da un punto di vista medico-scientifico, le tecniche di idratazione e nutrizione artificiale come trattamenti terapeutici finisca per avere immediate ripercussioni sulla tutela di beni primari quali la salute e la vita stessa.

Relativamente a questi settori ordinamentali, caratterizzati da un forte tecnicismo e strettamente condizionati al dato scientifico, la dottrina ha sottolineato l'esigenza di elaborare norme su precise basi tecnico-scientifiche, mediante procedimenti adeguati che comprendano una fase informativa tale da fornire i dati tecnici essenziali della materia e chiarire gli aspetti scientifici dai quali non si può prescindere, creando la necessaria interazione tra scienza e diritto⁶. Ma affermare che in questi casi il legame tra scienza e

⁵ Si tratta del c.d. disegno di legge Calabrò (dal nome del relatore); lo schema del testo unificato, recante *Disposizioni in materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, e il resoconto sommario della seduta del 19.02.2009 della Commissione igiene e sanità del Senato, sono reperibili in www.senato.it.

Come è noto, la problematicità della lacuna legislativa esistente in tema di “testamento biologico” si è resa evidente, a seguito della vicenda giudiziaria relativa al caso Englaro. La richiesta di autorizzare la sospensione del trattamento di nutrizione ed idratazione artificiale di una persona in stato vegetativo permanente ed irreversibile, da parte del tutore, ha dato origine ad una lunga vicenda processuale, risolta, da ultimo, con la pronuncia della Cassazione, Sezione prima civile, sentenza 4-16 ottobre 2007, n. 21748. In tale decisione, al punto 7 della motivazione, si afferma che «pur a fronte dell'attuale carenza di una specifica disciplina legislativa, il valore primario ed assoluto dei diritti coinvolti esige una loro immediata tutela ed impone al giudice una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali (cfr. Corte cost., sentenza n. 347 del 1998, punto n. 4 del Considerato in diritto)». Nel merito, la Cassazione riconosce il principio secondo il quale il giudice può autorizzare l'interruzione del trattamento medico «(a) quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico, secondo gli standard scientifici riconosciuti a livello internazionale, che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una percezione del mondo esterno; e (b) sempre che tale istanza sia realmente espressiva, in base ad elementi di prova chiari, concordanti e convincenti, della voce del rappresentato, tratta dalla sua personalità, dal suo stile di vita e dai suoi convincimenti, corrispondendo al suo modo di concepire, prima di cadere in stato di incoscienza, l'idea stessa di dignità della persona» (punto 8 della motivazione).

Tale sentenza, unitamente al decreto 25.06.2008 della Corte d'Appello di Milano (giudice del rinvio), è stata oggetto del conflitto di attribuzione sollevato dalla Camera dei Deputati e dal Senato della Repubblica. Le Camere ritenevano che con tali pronunce le autorità giudiziarie avessero esercitato attribuzioni proprie del potere legislativo, creando una disciplina innovativa basata su presupposti non ricavabili dall'ordinamento. Con ord. 334/2008 la Corte ha rigettato il ricorso, specificando che «l'ammissibilità di un conflitto avente ad oggetto atti giurisdizionali sussiste “solo quando sia contestata la riconducibilità della decisione o di statuizioni in essa contenute alla funzione giurisdizionale, o si lamenti il superamento dei limiti, diversi dal generale vincolo del giudice alla legge, anche costituzionale, che essa incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali” (ordinanza n. 359 del 1999)» e che «un conflitto di attribuzione nei confronti di un atto giurisdizionale non può ridursi alla prospettazione di un percorso logico-giuridico alternativo rispetto a quello censurato, giacché il conflitto di attribuzione “non può essere trasformato in un atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici” (ordinanza n. 359 del 1999)». Nella stessa ordinanza si precisa, peraltro, che «il Parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti».

⁶ Sottolinea il «ruolo giocato dall'avanzamento della scienza e della tecnologia nella soluzione delle questioni relative al campo della bioetica, della medicina, delle telecomunicazioni, ecc», A. Ruggeri, *Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*, in *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino 2000, 546-547; secondo l'A. sono i dati extratestuali (e, specificamente, “fattuali”), che danno corpo allo scheletro costituzionale, lo riempiono di significati e lo rinnovano. Rileva, inoltre, A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione, I, Fra democrazia relativistica e assolutismo etico*,

diritto si fa stringente, quali implicazioni comporta sul piano costituzionale? Quando l'erronea o la mancata considerazione del dato scientifico comporta un vizio di costituzionalità? Per rispondere a tali quesiti è necessario verificare come il giudice costituzionale⁷ intervenga in questi casi e, conseguentemente, delineare quando sia possibile sovrapporre le sue valutazioni dei fatti a quelle del legislatore.

Prima di interrogarsi sul rapporto tra il mondo scientifico e quello giuridico, in particolare nella prospettiva del diritto costituzionale⁸, va però precisato che cosa si intenda per scienza: la «mitica concezione della necessaria univocità e perfezione delle soluzioni che la scienza e la tecnica possono offrire a determinati problemi»⁹ rappresenta, infatti, un equivoco metagiuridico¹⁰, dimostrato dall'esistenza di situazioni incerte, complesse, dati in evoluzione, pronostici e dissensi tra gli esperti, in cui non esistono (per lo meno, non ancora) risposte ragionevolmente certe a problemi che il legislatore non può ignorare¹¹. Ad un primo sguardo, mentre potrebbe sembrare meno problematico un intervento della Corte che si sovrapponga alla scelta legislativa in tutti quei casi in cui il contesto scientifico e tecnico offra certezze incontestabili, rendendo la decisione scientificamente necessitata, la questione pare diventare più delicata in tutti quei casi in cui la scienza non offre soluzioni sicure.

Con questa ricerca ci si propone di affrontare il tema del rapporto tra diritto e scienza nella prospettiva del giudice costituzionale. Lo specifico taglio che si vuole dare alla tesi parte dalla constatazione che non sempre lo studio delle interazioni tra il piano scientifico e quello giuridico arriva a coinvolgere valutazioni di tipo costituzionale, poiché è possibile ragionare anche in termini di semplice opportunità di dialogo tra questi due ambiti, valutando, ad esempio, la possibilità di un miglioramento delle normative che presentino una stretta correlazione con il sapere tecnico-scientifico, tenendo conto delle sue acquisizioni. L'indagine concentra invece l'attenzione sull'imprescindibile legame che in taluni ambiti esiste tra scienza e diritto, rilevando come il dato tecnico-scientifico possa rappresentare un vero e proprio vincolo per la discrezionalità legislativa; in tali casi, conseguentemente, è possibile configurare la necessità di uno *strict scrutiny* nel controllo di costituzionalità sulla valutazione di tali presupposti dal parte del legislatore, soprattutto in riferimento alla tutela di diritti fondamentali, e del diritto alla salute in particolare

Milano 1994, 132, che «la stessa conservazione della Costituzione come “sistema di valori” dipende fortemente dalla “conciliabilità” di questi ultimi con il livello delle moderne conquiste scientifiche».

⁷ Nella consapevolezza che questa tematica riguarda non solo il caso italiano, ma anche e soprattutto il controllo di costituzionalità in ordinamenti diversi dal nostro, nazionali (si pensi al ruolo della scienza nei giudizi della Corte Suprema statunitense oppure nel sindacato del Tribunale costituzionale tedesco) e sopranazionali (quale, ad esempio, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo), in questa ricerca ci si concentrerà essenzialmente sulla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana.

Più in generale, per una visione d'insieme sul ruolo delle Corti europee rispetto alla tutela dei diritti, si veda, ad esempio, M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna 2007. In tema di rapporti tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia delle Comunità europee e Corte Europea dei diritti dell'uomo, si vedano anche P. Bilancia-E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti, punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano 2004; N. Zanon (a cura di), *Corte costituzionale e Corti europee*, Napoli 2006; P. Falzea-A. Spadaro-L. Ventura, *La Corte costituzionale e le Corti d'europa*, Atti del seminario svoltosi a Copanello (Cz), 31 maggio-1 giugno 2002, Torino 2003.

⁸ Rileva A. Ruggieri, *Teoria e “usi” della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 3/2007, 522, che l'incidenza del “fatto” sul piano costituzionale riguarda in particolar modo quelle norme della Carta fondamentale che «evocano interessi o beni della vita soggetti agli sviluppi dell'esperienza (ad es. per ciò che attiene ai mutamenti della scienza e della tecnologia)».

⁹ V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano 1967, 38.

¹⁰ L. Violini, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano 1986, 158.

¹¹ *Ibidem*.

(diritto, com'è noto, fortemente inciso dalle acquisizioni della scienza, in costante evoluzione)¹².

La struttura della tesi procede per “cerchi concentrici”: partendo da un'analisi del ruolo dei *legislative facts* nella giurisprudenza della Corte costituzionale, l'oggetto di studio viene progressivamente circoscritto, prendendo in considerazione dapprima il tema più specifico dei dati scientifici, e in seguito il rilievo che la scienza riveste nei giudizi di costituzionalità che coinvolgono diritti fondamentali. Le conclusioni di ogni capitolo vengono così a costituire il punto di partenza per l'indagine svolta nel capitolo successivo, mentre l'ultima parte del lavoro riguarda le modalità ed i procedimenti attraverso i quali le informazioni scientifiche entrano nei giudizi di legittimità costituzionale (apporti delle parti costituite, fascicolo d'ufficio, esercizio dei poteri istruttori).

In particolare, nel primo capitolo si mette in luce il ruolo centrale svolto dai c.d. fatti “legislativi” nel controllo di costituzionalità, analizzando tre ambiti della giurisprudenza (questioni riguardanti concetti costituzionali “indeterminati”, giudizi di eguaglianza, anacronismo legislativo) e verificando come il sindacato della Corte, normalmente qualificabile in termini di *self-restraint*, assuma caratteri ben più penetranti ogni volta che il giudizio possa essere condotto sulla base di fatti dalla consistenza certa, strettamente collegati alla *ratio* della legge, soprattutto quando quest'ultima regoli l'esercizio di diritti fondamentali. Nel secondo, l'attenzione viene posta sulle modalità attraverso le quali il giudice costituzionale utilizza i dati della scienza, allo scopo di verificare se (e a quali condizioni) sia configurabile un sindacato di legittimità che ripercorra, ed eventualmente metta in discussione, le premesse tecnico-scientifiche delle leggi. Viene dato spazio ad un esame approfondito di pronunce nelle quali la Corte ha utilizzato la scienza ai fini della sua decisione, prendendo in considerazione alcuni casi esemplari (tra i quali transessualismo, determinazione del concetto di morte, differimento della pena nei confronti di persone affette da AIDS, vaccinazioni obbligatorie, ecc.). Si evidenzia in tal modo come i dati scientifici possano costituire parte centrale dell'argomentazione, sia in caso di rigetto che in caso di accoglimento (in quanto necessari per l'interpretazione della disposizione o della sua *ratio* o perché sono il presupposto della scelta legislativa), o come possano essere invece utilizzati soltanto come argomento retorico (ciò che comunque rappresenta un rilevante segnale della loro importanza). Emerge, in definitiva, che il rilievo dei dati tecnico-scientifici nel giudizio di costituzionalità sembra dipendere da tre elementi: la loro connessione con la *ratio* della norma; l'effettiva possibilità per il giudice costituzionale di modificare la situazione normativa oggetto del giudizio (ad esempio, attraverso l'introduzione di un meccanismo flessibile: si pensi ad una pronuncia interpretativa che consenta al giudice di bilanciare nel caso concreto oppure all'utilizzazione di una sentenza additiva di principio); il contenuto dell'ordinanza di rimessione, alla quale è affidato il compito di superare la presunzione favorevole al legislatore nella valutazione dei dati scientifici.

¹² La giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute, nonché la considerazione di questioni scientifiche ad esso connesse, costituiranno un ambito di indagine esemplare per studiare il rapporto esistente a livello costituzionale tra diritto e progresso scientifico e tecnologico. Come rileva G. Vassalli, *La protezione della sfera della personalità nell'età della tecnica*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano 1962, 681 ss., la sperimentazione e l'applicazione di nuove metodiche sanitarie, infatti, pone in stretto rapporto lo sviluppo tecnico-scientifico e la tutela della complessiva personalità dell'individuo. Non sono da sottovalutare, inoltre, i forti legami esistenti tra ricerca e sperimentazione medica e tutela dell'integrità psico-fisica della persona, che può essere al tempo stesso oggetto e soggetto di cure innovative non ancora consolidate, cfr. E. Castorina, *Riflessioni sul contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute: la sperimentazione terapeutica di farmaci ed il rispetto della persona umana*, in *Giur. cost.*, 1998, 2539.

E' nel terzo capitolo che si verificano le conclusioni già raggiunte attraverso l'analisi della giurisprudenza costituzionale in materia di diritto alla salute, nella quale la considerazione dei presupposti tecnico-scientifici si rivela spesso di essenziale importanza. In esso si dimostra, ancora una volta attraverso l'esame di casi giurisprudenziali emblematici, come la Corte abbia preso in considerazione ed approfondito i presupposti scientifici della legge impugnata: a) al fine di determinare il contenuto essenziale del diritto alla salute e verificare il suo corretto bilanciamento con altri diritti; b) per dimostrare l'eccessiva rigidità della legge rispetto alle esigenze di tutela della salute; c) per definire come si atteggi il contenuto del diritto alla salute, anche in relazione ai nuovi diritti costituzionali ad esso connessi. Del resto, anche a livello di affermazioni di principio, la Corte ha in più occasioni sottolineato la necessità di garantire i diritti fondamentali attraverso un sindacato di costituzionalità penetrante che, nel controllare la ragionevolezza della scelta legislativa, proceda ad approfondimenti scientifici e ne utilizzi le risultanze nella decisione. Questo tipo di controllo, che in alcuni casi potrebbe comportare anche una vera e propria rivalutazione dei presupposti fattuali della legge, sembra essere ammesso più facilmente quando il collegamento tra *ratio legis* e scienza sia imprescindibile e l'ordinanza di rimessione approfondisca il dato scientifico su cui si fonda la censura, fornendo alla Corte elementi che mettano in discussione il fondamento empirico della legge.

Tale ultima considerazione apre la strada ad una riflessione ulteriore, legata questa volta ai caratteri del processo costituzionale: quali sono i "canali d'entrata" dei dati e delle informazioni tecnico-scientifiche necessarie alla decisione della Corte? Il tema si colloca all'interno della più ampia – e irrisolta – questione della centralità del "fatto" nel giudizio di costituzionalità e della conseguente esigenza di un uso più adeguato dei poteri conoscitivi del giudice delle leggi, anche formalizzando un nuovo (e più completo) "diritto probatorio" nel processo costituzionale. Viene ipotizzata, in primo luogo, una valorizzazione dei poteri istruttori della Corte, per reperire i fatti (soprattutto scientifici) necessari alla pronuncia costituzionale e alla sua corretta motivazione. Infatti, l'incisione della discrezionalità legislativa, con riferimento a normative la cui ragionevolezza viene valutata alla luce della scienza, dovrà essere giustificata sulla base di dati il più possibile obiettivi o, comunque, essere argomentata con elementi fattuali convincenti, che dimostrino l'arbitrarietà della scelta legislativa, legittimando l'intervento del giudice delle leggi.

Si considera poi la possibilità che la Corte verifichi in che modo i presupposti di fatto della legge siano stati identificati e valutati in sede di elaborazione della norma. Poiché, tuttavia, nel procedimento parlamentare la fase dell'istruttoria legislativa non è indefettibile, non è certo che l'analisi dei lavori preparatori fornisca alla Corte informazioni pertinenti, rivelandosi spesso difficile (se non impossibile) verificare quali dati di fatto il legislatore abbia posto a fondamento della sua scelta, anche a fronte di un'assenza di obbligo di motivazione della legge. Una ipotetica soluzione potrebbe forse trovarsi nell'utilizzazione dell'istruttoria costituzionale come strumento di dialogo tra Corte e legislatore: quest'ultimo, sollecitato dal giudice delle leggi, potrebbe infatti fornire argomenti (anche e soprattutto "fattuali") tali da giustificare la "sua" scelta normativa.

Potenzialmente rilevante è anche il ruolo delle parti costituite nel processo costituzionale, per l'apporto che esse possono fornire attraverso il deposito di memorie. Il contraddittorio avente ad oggetto i presupposti empirici della disciplina può divenire un momento fondamentale del giudizio davanti alla Corte, soprattutto nei casi in cui sono contestati proprio i dati tecnico-scientifici posti a fondamento della legge impugnata.

Su un piano più generale, infine, si riflette sull'opportunità di imporre un vincolo metodologico al legislatore: gli interventi normativi in materie "scientificamente sensibili"

dovrebbero essere preceduti da una adeguata istruttoria legislativa e corredati da una sorta di motivazione, che dia atto del fondamento scientifico della scelta operata.

Nel corso della ricerca si evidenzierà che spesso la Corte costituzionale può essere “giudice dei diritti”. Al fine di meglio svolgere tale ruolo, è necessario che essa motivi in modo specifico e persuasivo le sue pronunce (eventualmente, anche attraverso l’introduzione del *dissent*); ciò soprattutto quando vengono coinvolte questioni scientifiche strettamente connesse alla tutela dei diritti fondamentali. In questi casi, nell’argomentare la sua decisione la Corte dovrà dar conto del contesto tecnico-scientifico in cui si colloca la disciplina oggetto del giudizio, anche e soprattutto al fine di rendere evidente l’estraneità del suo intervento rispetto a logiche di natura politica. Tale esigenza diventa sempre più impellente, affinché il giudice delle leggi mantenga la propria legittimazione, in particolar modo quando vengono impugnate normative riguardanti settori delicati, nei quali l’attuazione dei diritti della persona risulta strettamente collegata al progresso tecnico-scientifico e in cui le scelte politiche possono essere anche fortemente “divisive”.

CAPITOLO I

FATTO, NORMA E DISCREZIONALITÀ DEL LEGISLATORE: ERRORE SU PRESUPPOSTI DI FATTO E PROGNOSE LEGISLATIVE

1. Premessa

Questo primo capitolo ha carattere preliminare rispetto all'analisi del ruolo della scienza nel sindacato del giudice costituzionale, che sarà l'oggetto specifico di questo lavoro. In esso si porrà l'attenzione sul rilievo degli elementi fattuali nei giudizi della Corte, con specifico riferimento a quella categoria di fatti, cd. "legislativi"¹³, acquisibili mediante cognizioni extragiuridiche e direttamente collegati alla norma, con l'obiettivo di dimostrare il loro ruolo centrale, e talvolta decisivo, nel controllo di costituzionalità.

L'indagine sarà costituita dall'analisi di tre diversi ambiti della giurisprudenza costituzionale.

In primo luogo, si prenderanno in considerazione le questioni di legittimità riguardanti concetti costituzionali "indeterminati" e "termini generici", nelle quali è lo stesso parametro a necessitare di concretizzazioni "fattuali". Verranno poi presi in considerazione i giudizi di eguaglianza, per la risoluzione dei quali i fatti possono diventare un elemento determinante, al fine di valutare la ragionevolezza dell'assimilazione di situazioni disciplinate in modo uguale o della differenziazione tra fattispecie che ricevono un diverso trattamento normativo. Infine, l'attenzione si sposterà sui casi in cui entra in gioco l'anacronismo legislativo, cioè un vizio che trova origine proprio nei mutamenti dei presupposti fattuali della legge (ne è un esempio emblematico la giurisprudenza costituzionale sul monopolio radiotelevisivo).

Si anticipa fin d'ora che il controllo sulla verità dei presupposti di fatto e delle prognosi legislative, sebbene comporti valutazioni delicate, per le quali spesso può diventare sfumato il confine tra legittimità e merito, viene ammesso dalla Corte costituzionale. Se l'atteggiamento al riguardo è riconducibile – come si dimostrerà – ad un generale *self-restraint*, va però detto che, in alcuni casi, si assiste ad un maggior interventismo del giudice costituzionale: il sindacato assume, infatti, modalità particolarmente penetranti tutte le volte in cui la Corte potrà giudicare sulla base di fatti dalla consistenza certa, strettamente collegati alla *ratio* della legge, soprattutto quando quest'ultima regola l'esercizio di diritti fondamentali¹⁴.

Prima di procedere a tale analisi, però, si rendono necessarie alcune premesse teoriche, allo scopo di chiarire quale sia il rapporto tra sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore quando la Corte procede al controllo sui presupposti di fatto della scelta normativa. Ci si soffermerà, in particolare, sul rilievo dei fatti nell'accertamento dell'eccesso di potere legislativo e, più in generale, sulla necessità di verificare sulla base di elementi di fatto la ragionevolezza delle leggi.

¹³ Si tratta di fatti politici, sociali, economici, scientifici, tecnologici o culturali, «tratti dalla realtà ordinamentale complessivamente considerata», come rilevano G. Brunelli-A. Pugiotto, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del "fatto" nelle decisioni della Corte*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino 1996, 265.

¹⁴ Come si vedrà, la prima fonte dei "fatti" è l'ordinanza del giudice *a quo*, poiché la contestazione del presupposto fattuale della normativa dovrà essere supportata da un'adeguata dimostrazione già al momento in cui la questione viene sollevata.

2. Discrezionalità legislativa ed eccesso di potere. Un chiarimento terminologico

Per affrontare il tema del rilievo dei “fatti” nel giudizio costituzionale e verificare in quali casi la Corte può prendere in considerazione tali elementi, eventualmente sovrapponendo la propria valutazione a quella del legislatore, è necessario chiarire da subito cosa si intenda per “discrezionalità legislativa” – nozione incerta, poiché passibile di molteplici interpretazioni e significati – e quale sia il suo ruolo nel controllo di legittimità.

In generale, la nozione di discrezionalità corrisponde ad un concetto a doppio volto¹⁵, poiché talvolta è usata per indicare che un potere è libero e non sottoposto a vincoli, mentre in altri casi esprime l'esatto opposto, cioè che il potere non è totalmente libero ma almeno in parte vincolato. Quando tale termine viene riferito all'attività legislativa, tradizionalmente considerata libera nel fine, diventa fonte di notevole ambiguità¹⁶; infatti, da un lato, può indicare che nell'esercizio della sua attività il legislatore è necessariamente condizionato ad uno scopo prefissato e, dall'altro, invece, può descrivere uno spazio di scelta politica non sindacabile.

La Corte costituzionale utilizza il termine in questa seconda accezione, cioè per configurare uno spazio di libertà per il legislatore e la conseguente insindacabilità delle sue scelte¹⁷. È questo il significato che si può dare all'art. 28 della l. 87/1953¹⁸, in cui viene specificato che non spetta alla Corte sovrapporsi ai giudizi di merito del Parlamento. Va però precisato che tale discrezionalità non è insindacabile in assoluto, ma soltanto «finché non trasmodi in arbitrio»¹⁹: al giudice costituzionale, quindi, rimane sempre la possibilità di valutare in questo senso la corrispondenza delle leggi alla Costituzione. Più nello specifico: nessuna scelta legislativa potrà sottrarsi ad un giudizio di ragionevolezza rispetto a canoni come coerenza, congruità e proporzionalità, che costituiscono i criteri da rispettare nell'esercizio della funzione legislativa e sulla base dei quali la Corte potrà delimitarne la discrezionalità²⁰. Autorevole dottrina²¹ rileva che «il problema della discrezionalità legislativa non può essere risolto procedendo per deduzione da una preventiva qualificazione concettuale dei vincoli cui è soggetta la funzione legislativa, ma piuttosto cercando di comprendere, fuori dalle gabbie dogmatiche, i limiti che caratterizzano il sindacato di legittimità costituzionale, e di esaminare le modalità con cui la Corte costituzionale lo svolge in concreto».

È per questo che, fin da subito, si intende porre in risalto il ruolo centrale rivestito in questo ambito dalla giurisprudenza costituzionale²² e, conseguentemente, la necessità, ai

¹⁵ A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*. Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986, Milano 1988, 71.

¹⁶ G. Scaccia, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 1999, 392.

¹⁷ L. Paladin, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 314.

¹⁸ Tale articolo dispone che «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

¹⁹ L'espressione è di impiego assai frequente sia nella dottrina che nella giurisprudenza costituzionale; tra le innumerevoli pronunce, si veda ad esempio l'ord. 135/1985.

²⁰ Cfr. A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale: atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano 1988, 140. L'A. rileva che l'esigenza della Corte di non sovrapporsi alle scelte di politica legislativa del Parlamento va contemperata con l'esigenza di attuare il dettato costituzionale anche se, nell'identificare i limiti del proprio controllo, il giudice delle leggi è piuttosto vago e impreciso basandosi per lo più su valutazioni operate in concreto, di volta in volta, dell'area di rispetto delle scelte del legislatore.

²¹ L. Paladin, *Legittimità e merito* cit., 304; tesi poi ripresa in R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, 265, al quale si riferisce la citazione testuale.

²² Come rileva R. Bin, *Atti normativi*, cit., 266-267.

fini dello sviluppo di questa ricerca, di concentrare l'attenzione sull'analisi delle decisioni della Corte, che saranno un punto costante di riferimento.

Va, inoltre, precisato che la nozione di discrezionalità, così delineata, risponde all'esigenza di determinare i confini di sindacabilità delle scelte del Parlamento e va distinta da quella che invece si potrebbe definire "discrezionalità legislativa nell'intervento". A quest'ultima nozione²³ la Corte costituzionale fa ricorso (seppur utilizzando il termine generico "discrezionalità legislativa") tutte le volte in cui la soluzione della questione richiede l'introduzione di una disciplina basata su complesse valutazioni, ad esempio di carattere tecnico, o implica una scelta tra più possibili opzioni. In questi casi la modifica della situazione normativa²⁴ oggetto del giudizio spetta esclusivamente al legislatore – seppure la questione sia fondata nel merito –, poiché è necessario un intervento di tipo creativo, tale da implicare una scelta politica che esula dai poteri del giudice costituzionale²⁵.

Tornando al tema iniziale, cioè alla tipologia di controlli sulle leggi spettanti al giudice costituzionale, parte della dottrina ha riflettuto sulla possibilità di riferire all'attività legislativa il vizio dell'eccesso di potere.

L'art. 28 della l. 87/1953 esclude «ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del parlamento». Interpretando il "potere discrezionale" come vincolo al perseguimento dei fini costituzionalmente stabiliti²⁶, la norma sembrerebbe voler inibire un sindacato sull'eccesso di potere, così come inteso dal diritto amministrativo. È stato però dimostrato, in più occasioni, che tale disposizione porta unicamente ad escludere un giudizio sul merito della legge, non vietando di per sé un controllo sull'osservanza delle norme costituzionali di scopo²⁷. Non è quindi in questo dato normativo che va ricercata una risposta per quanto riguarda la configurabilità, o meno, dell'eccesso di potere legislativo.

L'opportunità di mutuare dalla dottrina amministrativistica tale vizio, rendendolo sindacabile nel giudizio di costituzionalità, è stata al centro di importanti dibattiti dottrinali nel passato²⁸. Ad essere messa in discussione era l'applicabilità del concetto di discrezionalità, intesa come vincolo nel fine, ad un'attività tendenzialmente libera. Solo in certi casi, infatti, la Costituzione subordina gli interventi legislativi a condizioni particolari²⁹ ed è limitatamente a queste ipotesi (per le quali si può parlare di una

²³ Cfr. A. Cerri, *Inammissibilità "assoluta" ed infondatezza*, in *Giur. cost.*, 1983, II, 1227.

²⁴ Per la definizione di "situazione normativa", come termine che qualifica l'oggetto del sindacato della Corte, si veda A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2005. Secondo gli Autori tale formula «vuol ricomprendere il complesso dei materiali, normativi e fattuali, considerati nelle loro reciproche interconnessioni ed idonei a variamente comporre la questione ed a confluire nel giudizio di costituzionalità» (p. 89).

²⁵ Cfr. A. Pizzorusso, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 312, il quale rileva che l'art. 28 della l. 11 marzo 1953 n. 87, oltre ad impedire alla Corte di valutare i vizi di merito che inficiano la norma sottoposta al suo esame, impedisce ad essa anche di sostituirsi al legislatore nella scelta fra più soluzioni che appaiono tutte egualmente compatibili con i principi costituzionali.

L'argomento verrà affrontato diffusamente nel par. 3 del capitolo II, al quale si fa rinvio.

²⁶ In argomento si veda G. Guarino, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Ius*, 1951, 381, nota 3; l'A. critica la formulazione dell'art. 28 «perché fa ritenere: 1) che le leggi sono atti discrezionali e quindi sono vincolate nel fine e 2) che, malgrado ciò, la Corte non può esercitare nei loro confronti il sindacato sull'eccesso di potere».

²⁷ A. Pizzorusso, *Il controllo*, cit., 75.

²⁸ Cfr. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, V ed., Padova 1984, 368, il quale ritiene che «la disputa dottrinale sulla trasferibilità di detto vizio agli atti legislativi e alle loro norme coinvolga, anzitutto e pregiudizialmente, quella in ordine alla possibilità di applicare alla funzione legislativa [...] i connotati della discrezionalità: tutt'altro che pacifici, d'altronde, già nella dottrina amministrativistica».

²⁹ Si pensi alle riserve di legge rinforzate, come ad esempio le deroghe alle garanzie disposte per la libertà di domicilio che la Costituzione prevede all'art. 14 «per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini

«legislazione funzionalizzata»³⁰) che può chiamarsi in causa una nozione di discrezionalità analoga a quella amministrativa, relativamente alla quale risulta, quindi, meno problematica la configurazione del vizio in questione, il quale potrà essere rilevato ogni qual volta la legge disponga oltre e contro i motivi ed i fini costituzionalmente previsti³¹.

La disputa dottrinale si risolveva, essenzialmente, in una contrapposizione tra chi caldeggiava forme incisive di sindacato di costituzionalità e quanti auspicavano, al contrario, un ridimensionamento dei poteri della Corte costituzionale³². Un controllo sul corretto uso della discrezionalità del Parlamento, secondo Paladin³³, può arrivare a comprendere la censura degli eccessi del legislatore anche al di fuori di potestà specializzate e oltre l'ambito delle norme programmatiche. Crisafulli configura la discrezionalità non solo come vincolo teleologico per la legislazione³⁴, ma anche come estremo limite ad una creatività della legge in principio illimitata e libera³⁵. In una simile prospettiva il richiamo all'eccesso di potere può arrivare a definire non tanto un vizio dotato di autonomia concettuale rispetto agli altri vizi di legittimità costituzionale quanto, piuttosto, una particolare tipologia di controllo praticata dalla Corte: un sindacato penetrante «in ordine ai fini, ai presupposti, ai criteri metagiuridici, cui alludono le norme costituzionali»³⁶, simile a quello condotto dal giudice amministrativo.

Ma, indipendentemente dalla scelta di individuare nell'eccesso di potere un vero e proprio vizio di legittimità costituzionale³⁷ – anche a fronte di una giurisprudenza che non affronta mai direttamente il tema, limitandosi invece a timidi accenni³⁸ –, ciò che preme

economici e fiscali», o all'art. 43, che autorizza la legge al trasferimento di determinate imprese «a fini di utilità generale».

³⁰ V. Crisafulli, *Lezioni*, cit., 369. Considera, in generale, la legislazione come attività “funzionalizzata”, F. Modugno, *L'invalidità della legge*, Milano 1970, 616-618, secondo il quale essa non sarebbe libera nel fine, costituendo sviluppo della Costituzione ed essendo vincolata alla sua realizzazione, indipendentemente dalle finalità specifiche e puntuali assegnate alla legge da singole disposizioni del testo costituzionale.

³¹ Cfr. C. Mortati, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, I, 1, 1949, 458, che ravvisa l'eccesso di potere in caso di «sorpasseamento dei limiti posti all'esercizio della discrezionalità». Sul rapporto tra Costituzione e legge si veda F. Modugno, *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino 2007, 126-127, secondo il quale «limiti alla legge possono discendere solo dalla Costituzione» ma, al contempo, «la legislazione, essendo sviluppo e mantenimento della Costituzione, svolge un ruolo che non può che essere definito come integrativo della Costituzione».

³² Come ricostruito da G. Scaccia, *Eccesso di potere legislativo*, cit., 389.

³³ L. Paladin, *Legittimità e merito*, cit., 315.

³⁴ V. Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 61, nota 13, secondo il quale la legge ordinaria rivestirebbe un carattere esecutivo in senso largo della Costituzione e sarebbe quindi lo strumento per attuare questa ultima attraverso l'esercizio del potere discrezionale.

³⁵ Cfr. V. Crisafulli, *Osservazione alla sent. 56/1958*, in *Giur. cost.*, 1958, 868-869, il quale prospetta la seguente alternativa: «O, infatti, nel timore di riconoscere al giudice della costituzionalità un sindacato così penetrante, da poter sconfinare in giudizi politici, si esclude che le valutazioni legislative, in ordine ai fini, ai presupposti, ai criteri metagiuridici, cui alludono le norme costituzionali, possano mai essere oggetto di controllo da parte della Corte, ed allora molti limiti costituzionali (positivi ma anche negativi) finirebbero per vanificarsi, essendone rimessa l'osservanza alla mera libertà di apprezzamento degli organi politici; oppure si considera prevalente l'esigenza di far valere effettivamente il limite, e si dovrà ammettere in conseguenza il sindacato della Corte, sia pure cercando al tempo stesso di determinarne l'estensione entro confini quanto più possibile precisi e circoscritti».

³⁶ V. Crisafulli, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giur. cost.*, 1958, 868-869.

³⁷ Riconduce la qualificazione del vizio ad una mera scelta terminologica A. Celotto, *Corte costituzionale ed “eccesso di potere legislativo”*, in *Giur. cost.*, 1995, III, 3735. Vedi anche A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001, 18-19, il quale rifiuta la trasposizione del vizio dell'eccesso di potere dal campo amministrativo a quello legislativo sulla base della «necessità di abbandonare schemi concettuali poco adatti a spiegare la complessità della ragionevolezza».

³⁸ Un primo accenno al vizio si può trovare nella sent. 38/1965, nella quale la Corte afferma di non riscontrare «alcun eccesso nell'esercizio del potere discrezionale del legislatore» (punto 4 del considerato in diritto); nel senso della non sindacabilità dell'eccesso di potere si esprime invece la sent. 37/1969, nella quale si può leggere che «l'ipotizzabilità stessa di un vizio di eccesso di potere legislativo, rilevabile dalla Corte,

mettere in evidenza è che la discrezionalità legislativa incontra una serie di limiti³⁹, il cui rispetto può essere verificato attraverso un controllo approfondito, sotto alcuni aspetti analogo «al controllo del Consiglio di Stato sulle cosiddette “figure sintomatiche” dell’eccesso di potere amministrativo (“contraddittorietà, illogicità del provvedimento”, “travisamento dei fatti”, “disparità di trattamento”, “ingiustizia manifesta”))»⁴⁰.

3. Eccesso di potere legislativo: *adjudicative facts* e *legislative facts* davanti alla Corte

Questi ultimi rilievi aiutano a comprendere perché l’accostamento della figura dell’eccesso di potere al sindacato di costituzionalità possa offrire alcuni spunti interessanti per uno studio sul ruolo dei “fatti” nel giudizio della Corte. Il tipo di indagini che un sindacato su tale vizio può implicare si concretizza in un controllo su «l’attenersi dell’atto medesimo ai criteri extragiuridici che quella norma richiami od implicitamente assuma ovvero l’esistenza delle circostanze materiali che ne danno la giustificazione e la legittimità degli effetti che esso realmente produce»⁴¹. Sembrano, infatti, essere proprio i

deve escludersi» (punto 3 del considerato in diritto). Successivamente, la locuzione “eccesso di potere legislativo” è stata impiegata nella sent. 53/1974, per escluderne la sussistenza nel caso di specie e con la precisazione che «le scelte politiche operate dal legislatore sfuggono al controllo di questa Corte, rigorosamente circoscritto all’ipotesi di assoluta carenza di motivi logici e coerenti, o di palese contraddizione sui presupposti, tale da incidere negativamente nel campo di diritti costituzionalmente garantiti» (punto 8 del considerato in diritto). Con tale affermazione si ribadiscono i limiti del controllo di costituzionalità in merito alla rispondenza di una legge ai “fini di interesse generale” previsti all’art. 42 Cost.; nella sent. 187/1982 la Corte denuncia uno «sviamento strumentale» della funzione legislativa; l’esplicita ammissione dell’esistenza di un vizio di eccesso di potere legislativo si ha invece con la sent. 195/1982, che però è una sentenza di inammissibilità. Nelle pronunce successive la Corte elude i profili teorici del problema; ancora accenni si ritrovano in pronunce più vicine nel tempo come nella sent. 70/1994 (nella quale si sovrappone l’eccesso di potere alla violazione di diritti fondamentali) e nelle sentt. 313/1995 e 146/1996. In queste ultime due pronunce, la Corte sembra distaccarsi dalla configurazione dell’eccesso di potere come vizio tradizionalmente legato all’area della legislazione costituzionalmente funzionalizzata e lo inquadra invece come forma di sindacato sulla ragionevolezza. In quest’ultimo filone giurisprudenziale si inserisce anche la sent. 111/1998, nella quale l’inesistenza di un “eccesso di potere legislativo” viene argomentata dimostrando la ragionevolezza della disciplina impugnata. Similmente, la figura dell’“eccesso di potere legislativo” viene richiamata da numerose ordinanze di remissione, che lamentano un vizio di irragionevolezza nella normativa impugnata: di fronte a tali questioni la Corte procede ad un vero e proprio giudizio di ragionevolezza pur non riferendosi espressamente, nella motivazione della decisione, alla nozione di eccesso di potere, ma più genericamente all’art. 3 Cost. (in questo senso si vedano, ad esempio, le sentt. 381/2001, 76/2004, 39/2006; 50/2006, 220/2007).

³⁹ A questo proposito si veda V. Crisafulli, *Lezioni*, cit., 370-372; secondo l’A. la Corte «può e deve spingersi anche a riscontrare se sussistano, caso per caso, i particolari presupposti e condizioni, cui norme costituzionali subordinano talora la validità delle leggi in ordine a certe materie, nonché più largamente se la normativa dettata dal legislatore non contrasti con i motivi ed i fini che ad essa risultino, di volta in volta, costituzionalmente prescritti»; ed, inoltre, tale controllo si esplica anche «nella vasta area dei giudizi nei quali si fa questione del rispetto o meno del principio di eguaglianza [...] che nella prassi costituzionale è venuto sempre più assumendo il ruolo di una sorta di *clausola generale di “ragionevolezza”*».

⁴⁰ V. Crisafulli, *Lezioni* cit., 372. Cfr. anche R. Tosi, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, I, 555. Esclude che difetti analoghi a quelli dell’attività amministrativa possano trovar posto nel sistema dei vizi delle leggi A. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1975, 566, poiché l’irragionevolezza delle leggi è «un vizio non dell’atto, bensì del prodotto dell’atto: del testo normativo, delle disposizioni, delle norme che da queste emanano, così come esse vivono nel momento nel quale sono chiamate ad operare e in relazione al quale debbono essere giudicate [...] fatti del genere [...] potranno semmai contribuire (come sintomi e indizi) a richiamare l’attenzione su un vizio del contenuto normativo (del precetto), e a renderlo manifesto».

⁴¹ L. Paladin, *Legittimità e merito* cit., 316 e 321; secondo l’A. «l’eccesso di potere legislativo si risolve in un “nome” generalmente adottato in dottrina per alludere ai giudizi sulla consistenza e non sulla mera esistenza di certe ragioni d’incostituzionalità, ovvero alle indagini metagiuridiche rivolte a concretare taluni

sintomi dell'eccesso di potere amministrativo (e le sue modalità di accertamento) a permettere di riferire tale figura all'attività legislativa. Si pensi alla sent. 14/1964, avente ad oggetto la normativa di nazionalizzazione dell'energia elettrica⁴², nella quale la Corte costituzionale prende una precisa posizione in ordine alla «controllabilità dei c.d. eccessi di potere legislativi, vale a dire delle oggettive deviazioni del legislatore ordinario dalle finalità e dalle direttive costituzionali»⁴³: essa ripropone i tradizionali strumenti del sindacato di eccesso di potere effettuato dal giudice amministrativo⁴⁴ e, tra i vari criteri che individua, prevede esplicitamente la possibilità di sovrapporre il proprio apprezzamento alle valutazioni fattuali del legislatore⁴⁵.

A ben vedere, però, in questo caso il rilievo degli elementi di fatto viene sancito in un giudizio particolare, poiché verte su una legge-provvedimento. I presupposti fattuali di cui il giudice costituzionale dovrebbe accertare la sussistenza sono, infatti, quelli previsti dalla legge di delegazione e sono al contempo oggetto dell'accertamento del giudizio principale (sono quindi definibili *adjudicative facts*). I “fatti” oggetto di questa ricerca sono, invece, i cosiddetti *legislative facts*⁴⁶, cioè fatti generali che rilevano indipendentemente dal loro collegamento con il giudizio *a quo* e che si pongono in rapporto diretto con la norma oggetto di giudizio.

Sembra comunque utile richiamare, in questa sede, alcune riflessioni del passato dibattito dottrinale in merito alla sindacabilità costituzionale dei decreti legislativi provvedimento. Va, in primo luogo, rilevato che non è mai stata messa in discussione la possibilità di compiere accertamenti e valutazioni di “fatto” nel giudizio di legittimità; per la dottrina, invece, era necessario mantenere distinto il ruolo della Corte, da quello del giudice del processo principale, poiché solo quest'ultimo è competente ad accertare i presupposti di fatto – la mancanza dei quali comporta l'incostituzionalità – degli atti

imprecisi richiami di costituzione: in breve, alle ipotesi in cui si richiede una massima forza di penetrazione del sindacato costituzionale».

⁴² Si tratta della legge 6 dicembre 1962, n. 1643, sull'istituzione dell'Ente nazionale per l'energia elettrica.

⁴³ L. Paladin, *Il sindacato della Corte Costituzionale sull'utilità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1964, 147.

⁴⁴ Cfr. A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia Treccani*, vol. XXV, 1994, 22. Al punto 3 del considerato in diritto della sent. 14/1964 si legge: «Per potere affermare che la legge denunziata non risponda a fini di utilità generale ai sensi dell'art. 43 della Costituzione, bisognerebbe che risultasse: che l'organo legislativo non abbia compiuto un apprezzamento di tali fini e dei mezzi per raggiungerli o che questo apprezzamento sia stato inficiato da criteri illogici, arbitrari o contraddittori ovvero che l'apprezzamento stesso si manifesti in palese contrasto con i presupposti di fatto. Ci sarebbe anche vizio di legittimità se si accertasse che la legge abbia predisposto mezzi assolutamente inadeguati o contrastanti con lo scopo che essa doveva conseguire ovvero se risultasse che gli organi legislativi si siano serviti della legge per realizzare una finalità diversa da quella di utilità generale che la norma costituzionale addita».

⁴⁵ L. Paladin, *Il sindacato cit.*, 157-158, rileva che nel giudizio sull'utilità generale dell'art. 43, la Corte potrà procedere a forme di controllo che implicano «l'indagine diretta sui presupposti di fatto». Vedi anche C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano 1968, 182, secondo il quale «la Corte ha quindi il potere di sostituire il proprio giudizio di fatto a quello espresso dal legislatore».

⁴⁶ Come rileva R. Bin, *Atti normativi*, cit., 334, si tratta di «fatti sociali, economici, tecnologici, culturali, politici e quindi anche concatenazioni causali tra questi accadimenti e relative “leggi” scientifiche», che spesso non hanno alcun collegamento con la vicenda specifica da cui è sorto il dubbio di costituzionalità e, normalmente, non acquisibili attraverso l'interpretazione giuridica ma attraverso cognizioni extra-giuridiche, ovvero sulla base della «comune esperienza». Per la qualificazione del termine “fatto”, in generale, si veda K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1970, 70, secondo il quale devono intendersi per fatti gli «avvenimenti, situazioni rapporti, oggetti e qualità, che appartengono al passato, determinati nel tempo e nello spazio, o anche solo nel tempo, i quali appartengono al mondo delle percezioni, esterno od interno, secondo leggi di natura». Rileva, però, F. Dal Canto, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino 2002, 151, che con specifico riferimento al processo costituzionale tale definizione è apparsa non pienamente congeniale, dal momento che la Corte utilizza fatti, anche di natura extra-processuale, che solitamente trascendono la dimensione individuale e concreta, e che possono essere anche futuri.

legislativi in questione. Il problema di fondo, insomma, era costituito dall'opportunità, o meno, di attrarre una parte del merito del processo principale entro l'orbita del giudizio di costituzionalità e non dal potere, o meno, del giudice delle leggi di effettuare un pieno esame dei fatti connessi alla normativa impugnata. Secondo parte della dottrina⁴⁷ la Corte non è un giudice di solo diritto, ma possiede tutti i poteri necessari per compiere essa stessa l'accertamento dei fatti: ogni questione – anche se di tipo fattuale – riguardante la legittimità costituzionale di un atto legislativo rientrerebbe, quindi, nel sindacato di costituzionalità, non sussistendo ragioni per cui debba evitarsi una pronuncia in merito. In conclusione: il giudizio di costituzionalità può anche comprendere l'accertamento dei fatti e se ciò non si è verificato in alcuni casi riguardanti leggi-provvedimento è perché il loro accertamento in via definitiva è stato fatto rientrare nella competenza esclusiva dei giudici comuni.

Riportando l'attenzione ai c.d. "fatti legislativi" e, in particolare, alla possibilità che il controllo di costituzionalità si estenda alla considerazione di tali elementi empirici collegati alla norma, si rileva che un sindacato di questo tipo si prospetta soprattutto nei giudizi condotti sulla base del canone di ragionevolezza. Non a caso in dottrina⁴⁸ il tema dell'eccesso di potere viene spesso accostato a (o talvolta identificato con) tale principio. Si intende, quindi, continuare l'analisi mettendo in risalto il ruolo dei "fatti" nei giudizi aventi a parametro la ragionevolezza – criterio di cui la Corte fa un uso piuttosto penetrante – attraverso la dimostrazione di come, in questo tipo di sindacato, possa essere necessaria una valutazione di elementi di fatto extragiuridici.

4. Il potere del giudice costituzionale di controllare la ragionevolezza delle leggi sulla base di elementi di fatto

Il giudizio di ragionevolezza rappresenta, nei suoi vari aspetti, il momento principale del controllo di costituzionalità sulla discrezionalità del legislatore. Come è noto, il fondamento normativo, origine della varie tipologie di sindacato in cui il principio in questione può esplicarsi, è costituito dall'art. 3 della Costituzione.

Da tale norma discende, in primo luogo, la necessità di una giustificazione della scelte legislative rispetto al principio di eguaglianza, inteso come esigenza di coerenza dell'ordinamento⁴⁹. Il divieto di differenziazioni o assimilazioni normative arbitrarie costituisce, infatti, un limite alle valutazioni politico-discrezionali del legislatore valido in tutte le materie e, quindi, anche in quelle non regolate da precise norme costituzionali. Il modello di controllo, in questi giudizi, segue la struttura trilaterale (norma impugnata, *tertium comparationis* e *ratio legis*)⁵⁰; questo confronto tra norme mira ad assicurare la

⁴⁷ A. Cervati, *Il sindacato della Corte Costituzionale sui decreti legislativi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1965, 1161.

⁴⁸ Come rileva, criticamente, G. Scaccia, *Eccesso di potere legislativo*, cit., 389-390; secondo l'A. la ragione di tale riflessione congiunta andrebbe «colta nel fatto che la trasposizione della sintomatologia dell'eccesso nel giudizio sulle leggi potrebbe conferire un minimo di struttura logica al logicamente destrutturato scrutinio di ragionevolezza».

⁴⁹ E' violato il principio di eguaglianza sia quando la legge, senza un ragionevole motivo, disponga un trattamento diverso per uguali situazioni (sent. 15/1960), sia qualora imponga a situazioni diverse una medesima disciplina (sent. 5/1960).

⁵⁰ Per tale ricostruzione si veda R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino 2007, 460: «La Corte procede attraverso un ragionamento trilaterale, molto simile nella struttura a quello per analogia. Essa pone a confronto due norme, la norma impugnata [...] e la norma assunta a confronto, che si chiama in gergo *tertium comparationis* [...]. Ma il confronto non può svolgersi senza che la Corte ricostruisca la *ratio legis* della norma assunta a *tertium comparationis* [...] per poi poter valutare se, dal punto di vista della *ratio legis*, sia giustificabile la diversa disciplina normativa data dalla norma impugnata rispetto a quella prevista dal *tertium comparationis*».

“conseguenziarietà del ragionamento” del legislatore⁵¹, intesa come “razionalità logica” dei dispositivi legislativi⁵², e quindi la coerenza dell’intero ordinamento giuridico⁵³.

Oltre a tale giudizio relazionale di eguaglianza-ragionevolezza, la Corte ha desunto dal medesimo art. 3 Cost. un principio di “razionalità” della legge⁵⁴. Ciò implica l’«esigenza di conformità dell’ordinamento a valori di giustizia e di equità»⁵⁵ ed è svincolato dalla necessità di una normativa di raffronto⁵⁶. La legge viene, in questo modo, ad essere sindacata sotto il profilo della “intrinseca razionalità”, intesa come idoneità della disciplina al raggiungimento del fine cui è destinata: il controllo riguarda quindi sia la “non contraddizione” tra previsioni all’interno dello stesso atto, sia la “coerenza”, “congruità”, “proporzionalità” o “adeguatezza”, tra mezzi predisposti dalla prescrizione legislativa e *ratio legis (o Constitutionis)*⁵⁷.

⁵¹ A. Cerri, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano 1976, 99; ripreso da A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 13.

⁵² A. Cerri, *L’eguaglianza nella giurisprudenza*, cit., 117 e ss.

⁵³ R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., 461-462: «La regola di coerenza, implicita nel principio d uguaglianza, potrebbe essere espressa così: il legislatore è libero di scegliere le finalità, il programma, il “principio” da sviluppare con le sue disposizioni [...]; ma una volta che ha scelto il principio deve svilupparlo con coerenza senza escludere dalla fattispecie situazioni in essa ragionevolmente sussumibili (sarebbe una discriminazione irragionevole) e senza includervi situazioni ragionevolmente distinguibili. Ogni volta in cui il legislatore deroghi a questa regola, la Corte può essere chiamata a ripristinare la coerenza [...]».

⁵⁴ Al fine di evitare, per quando possibile, sovrapposizioni terminologiche è necessario ricordare la distinzione, nell’ambito del generico concetto di «non arbitrarietà» della legge, proposta da G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 148 ss. L’A. tripartisce la nozione in a) «razionalità», b) «ragionevolezza» e c) «giustizia»: il vizio di irrazionalità riguarda una «rottura dell’interna coerenza dell’ordinamento», dovuta al fatto che il legislatore ha contraddetto, non un principio costituzionale, ma le scelte che esso stesso ha fatto («il principio di razionalità in questione significa il *dovere del legislatore di equiparare il trattamento giuridico delle situazioni analoghe e, al contrario, di differenziare il trattamento di situazioni diverse*»); il vizio di irragionevolezza si differenzia dal primo perché la contraddizione non riguarda valutazioni dell’ordinamento diverse sulla medesima fattispecie, ma attiene a fattispecie diverse tra le quali si vuole istituire un’analogia, o una differenziazione (la regola precedentemente enunciata deve quindi essere integrata con il principio secondo il quale «grava sul legislatore il dovere di equiparare il trattamento giuridico delle situazioni *ragionevolmente* analoghe e, al contrario, di differenziare le situazioni *ragionevolmente* diverse»); infine, il terzo tipo di controllo sull’arbitrarietà delle leggi concerne la «giustizia» ed è volto a sanzionare l’inadeguatezza della legge rispetto al caso regolato, attraverso «criteri di giustizia *a priori* rispetto ai contenuti dell’ordinamento giuridico», subordinando quindi «il diritto legislativo alle esigenze pratiche in vista delle quali è prodotto».

⁵⁵ Sent. 421/1991, con la quale la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4, comma 1, della l. 152/1968, nella parte in cui, qualora nel corso del rapporto il dipendente sia passato da un servizio a tempo pieno a un servizio a tempo parziale o viceversa, non prevede un proporzionamento del calcolo dell’indennità premio di servizio alle diverse dimensioni temporali della prestazione di lavoro nei periodi corrispondenti alle dette variazioni; nella sentenza si legge che «invero, nella prima delle situazioni sopra distinte, nella quale versa l’odierno ricorrente, l’indennità di fine rapporto viene liquidata sulla base della retribuzione ridotta anche per gli anni pregressi di servizio a tempo pieno, senza tenere conto che per questi anni è stata versata – in parte a carico dell’ente datore di lavoro, in parte a carico del dipendente – una contribuzione commisurata all’intera retribuzione» (punto 4 del considerato in diritto).

⁵⁶ Nella sent. 81/1992 si afferma che «è giurisprudenza costante di questa Corte che, in mancanza di un termine di confronto, una valutazione di illegittimità costituzionale per violazione dell’art. 3 Cost. può essere fondata soltanto su una irrazionalità manifesta» (punto 5 del considerato in diritto).

⁵⁷ Per una esaustiva analisi di questi termini, qui solo evocati, si rimanda ad A. Morrone, *Il custode*, cit., 12 e ss. In tema si veda anche F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, 16, secondo il quale i canoni di congruità, congruenza o proporzionalità sono trattati dalla giurisprudenza come un unico e composito criterio che permette di apprezzare la funzionalità, la plausibilità (in una parola la ragionevolezza) degli strumenti normativi rispetto al perseguimento dei fini assunti dal legislatore o stabiliti nella Costituzione. Anche R. Bin, *Atti normativi* cit., 266, ritiene che «questi canoni rappresentano criteri di condotta a cui il legislatore deve attenersi nell’esercizio della sua funzione, e di cui la Corte intende essere il giudice, con ciò delimitando la discrezionalità legislativa».

Infine, la ragionevolezza entra in gioco tutte le volte in cui la Corte si trova a dover controllare la correttezza del bilanciamento legislativo di interessi costituzionali: le scelte del legislatore in questi casi devono, oltre che mostrare la congruità minima sufficiente del mezzo rispetto al fine⁵⁸, risultare “proporzionate”, cioè essere tali da comportare il minor sacrificio per l’interesse concorrente e rispettare il contenuto essenziale del diritto⁵⁹.

In questi casi, il giudizio di legittimità è generalmente volto alla ricerca della “palese arbitrarietà” o della “manifesta irrazionalità” della scelta legislativa: solo nei casi in cui l’esercizio del potere discrezionale trasmodi in queste figure, esso sarà censurabile dal giudice costituzionale. Rimane aperta la questione della determinazione della «palese arbitrarietà o irrazionalità», che sarà uno degli oggetti di approfondimento della ricerca, con particolare attenzione al ruolo dei “fatti”. I canoni elaborati per controllare la ragionevolezza delle leggi possono spesso implicare – come si vedrà, anche per espressa ammissione del giudice costituzionale⁶⁰ – la considerazione della verità di fatto che la norma presuppone e, più in particolare, un controllo sull’adeguatezza della ponderazione degli elementi empirici da parte del legislatore. Autorevole dottrina⁶¹ rileva, infatti, che la composizione dei vari interessi da parte del legislatore non può essere razionalmente fondata se procede da un’erronea rappresentazione della realtà. A dimostrazione di ciò si consideri che tra i diversi criteri che permettono alla Corte di controllare il rispetto del principio di eguaglianza, nella sent. 163/1993, viene esplicitata l’esigenza di verificare: «la correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati»; «la previsione da parte dello stesso legislatore di un trattamento giuridico omogeneo, ragionevolmente commisurato alle caratteristiche essenziali della classe (o delle classi) di persone cui quel trattamento è riferito»; e, in ultimo, «la proporzionalità del trattamento giuridico previsto rispetto alla classificazione operata dal legislatore, tenendo conto del fine obiettivo insito nella disciplina normativa considerata: proporzionalità che va esaminata in relazione agli effetti pratici prodotti o producibili nei concreti rapporti della vita»⁶². Nel caso di specie la Corte ha censurato la normativa che selezionava l’accesso al posto di lavoro sulla base di criteri attinenti alla statura fisica poiché «basata su un presupposto di fatto erroneo, vale a dire l’insussistenza di una statura fisica mediamente differenziata tra uomo e donna», ovvero «fondata su una valutazione altrettanto erronea, concernente la supposta irrilevanza, ai fini del trattamento giuridico (uniforme) previsto, della differenza di statura fisica ipoteticamente ritenuta come sussistente nella realtà naturale»⁶³. Più risalente nel tempo, ma altrettanto significativa, è la sent. 99/1971 che si serve di valutazioni fattuali per ritenere non costituzionalmente dovuta, ex art. 36 comma 2

⁵⁸ R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., 482; gli Autori definiscono la congruità come la «capacità della disposizione impugnata di servire alla tutela dell’interesse che il legislatore ha inteso proteggere: se non ci fosse congruità vi sarebbe difetto di *ragionevolezza* e una ingiustificata compressione dell’interesse antagonista, con conseguente pronuncia di illegittimità».

⁵⁹ G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, 348 e ss., ricostruisce i tre criteri per i giudizi di bilanciamento dei diritti fondamentali nel modo seguente: il contemperamento, il minimo mezzo, la coesistenzialità del limite.

⁶⁰ Si prenda ad esempio quanto affermato nella sent. 1130/1988: «in realtà, il giudizio di ragionevolezza, lungi dal comportare il ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati, si svolge attraverso ponderazioni relative alla proporzionalità dei mezzi prescelti dal legislatore nella sua insindacabile discrezionalità rispetto alle esigenze obiettive da soddisfare o alle finalità che intende perseguire, tenuto conto delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti.»

⁶¹ M. Luciani, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 538. L’A. precisa, peraltro, che configurare l’erronea rappresentazione della realtà quale sintomo di un vero e proprio vizio di eccesso di potere o di qualcosa di diverso sarebbe questione eminentemente terminologica.

⁶² Sent. 163/1993 punto 4 del considerato in diritto.

⁶³ Sent. 163/1993 punto 5 del considerato in diritto.

Cost., «una disciplina unica e indifferenziata per le prestazioni di lavoro non continuativo, data la varietà dei modi in cui queste si esplicano»⁶⁴.

La Corte ha però puntualizzato, in più occasioni, che ai fini del giudizio di costituzionalità non rilevano le «disparità di mero fatto», cioè «quelle differenze di trattamento derivate da circostanze accidentali e da fatti contingenti, non riferibili alla norma in sé considerata»⁶⁵; come del resto non rilevano le «circostanze fattuali della controversia oggetto del procedimento instaurato dinnanzi all'autorità giudiziaria ordinaria»⁶⁶. Il giudice costituzionale, invece, viene chiamato a confrontarsi con il *fatto tipizzato*, relativo «al significato e alla portata della norma sottoposta a giudizio» come consolidati nell'applicazione giurisprudenziale, nonché con i presupposti di fatto assunti dalla disposizione normativa quale elemento fondante la disciplina⁶⁷. Solo in questo senso, si può arrivare ad affermare che in tutti i giudizi di ragionevolezza la Corte arriva a esaminare la particolarità delle singole controversie⁶⁸ e l'adequatezza delle norme di legge alle necessità del caso⁶⁹. L'esigenza di giustizia rispetto al caso concreto⁷⁰ è l'elemento essenziale del controllo di “giustizia” o di “equità”, ipotizzato da Zagrebelsky, secondo il quale «le esigenze dei casi valgono più della volontà legislativa e possono invalidarla. Dovendo sacrificare le esigenze del caso e quelle della legge sono queste seconde che soccombono nel giudizio di costituzionalità al quale la legge stessa viene sottoposta»⁷¹.

In tutti i casi in cui il giudizio di ragionevolezza assume connotati diversi rispetto al principio di eguaglianza, il controllo della Corte non viene più condotto con un preciso riferimento costituzionale ma sulla base di una eterogenea serie di parametri. Secondo Paladin «il cosiddetto principio di ragionevolezza si risolve in una denominazione riassuntiva di tecniche o di criteri valutativi assai diversi»⁷²: tra questi rientra il controllo sull'attendibilità della consistenza degli elementi fattuali su cui la legge si basa, che è, per

⁶⁴ Sent. 99/1971, nella quale si precisa che «dall'art. 36, secondo comma, della Costituzione non discende che il limite della giornata lavorativa debba essere fissato dalla legge in modo uniforme per ogni tipo di lavoro. È conforme alla comune esperienza, e corrisponde a un criterio di razionalità, che la disciplina della durata giornaliera del lavoro subordinato applicabile alle prestazioni di lavoro continuo non può essere la stessa per quelle prestazioni che non si svolgono continuativamente nel tempo o che non si svolgono alle dipendenze di una impresa»

⁶⁵ Sent. 417/1996 punto 2 del considerato in diritto. Tale orientamento compare per la prima volta nella sent. 163/1972, nella quale vengono presi in considerazione i diversi effetti dell'amnistia a seconda che il decreto presidenziale venga emanato in un momento anteriore o posteriore al passaggio in giudicato della sentenza di condanna; in merito la Corte osserva che tale circostanza è «espressione di una mera disparità di fatto, cui è estranea la legge» e quindi è «irrelevante ai fini dell'applicazione dell'art. 3 della Costituzione» (punto 3 del considerato in diritto). Si veda inoltre la recente ord. 8/2006 nella quale si legge che «la disparità di trattamento denunciata dal giudice remittente – legata ai molteplici fattori che possono, nei singoli casi concreti, determinare differenze applicative della normativa di cui si tratta – si risolve in una disparità di mero fatto, inidonea come tale, per costante giurisprudenza di questa Corte, a fondare un giudizio di violazione del principio di eguaglianza». Secondo A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 134-135, le “disparità di fatto” possono rilevare ai fini della dichiarazione di illegittimità costituzionale: quando dipendono dall'assoluta indeterminatezza della norma (es. sent. 49/1980); quando la prassi applicativa arriva a costituire diritto vivente; e quando la disparità lede un diritto costituzionale o ne comprime il contenuto essenziale.

⁶⁶ Sent. 249/1984, punto 2 del considerato in diritto.

⁶⁷ A questo proposito si veda anche A. Cerri, *Differenze di fatto e differenze di diritto valutate alla stregua del principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1977, 887, secondo il quale «le differenze fattuali assumono rilevanza quante volte abbiano attinenza con la ratio delle norme considerate oppure con gli effetti di esse, quali si producono inevitabilmente in un certo contesto economico e sociale».

⁶⁸ E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna 1996, 79.

⁶⁹ F. Modugno, *La ragionevolezza* cit., 31

⁷⁰ Si pensi allo stesso giudizio di bilanciamento che appare strettamente collegato alla necessità di risolvere il caso concreto, poiché è proprio nella decisione relativa a quest'ultimo che finiscono con l'entrare in conflitto i diversi principi.

⁷¹ G. Zagrebelsky, *Il diritto “mite”*, Milano 1992, 183.

⁷² L. Paladin, *Ragionevolezza (Principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento 1997, 905.

l'appunto, volto alla verifica del rispetto di quel canone di razionalità da cui non può prescindere una corretta tecnica legislativa⁷³.

Per esemplificare, si pensi ai giudizi di costituzionalità in cui si verifica il rispetto del principio di determinatezza in materia penale, che si risolve nella necessità di una ragionevole rappresentazione normativa della realtà storico-naturalistica⁷⁴; oppure, sempre rimanendo in tema di configurazione delle fattispecie criminose, il riconoscimento, da parte della Corte, che una presunzione legislativa di pericolosità può considerarsi costituzionalmente legittima solo se si basa sull'*id quod plerumque accidit*⁷⁵. Autorevole dottrina⁷⁶, infatti, rileva che la funzione di prevenzione generale del diritto penale «espone qualsiasi valutazione penalistica alla verifica (continua!) dell'esperienza»; più nello specifico «l'assunzione di principio di *legislative facts* a possibile oggetto del controllo di costituzionalità, tiene aperta la possibilità teorica del passaggio dal piano delle valutazioni politico-criminali a quello del vincolo costituzionale per il legislatore, nel senso che – in funzione di taluni risultati “fattuali” del controllo – scelte di penalizzazione siano precluse o, all'opposto, obbligate».

5. La ragionevole configurazione dei fatti presupposti della legge: un controllo tra legittimità e merito

Più in generale, è stato evidenziato – fin dai primi anni Settanta – che «per ragionevolezza si deve dunque intendere, nel campo giuridico, la utilizzazione razionale dei contesti umani nella costruzione di norme»⁷⁷; ed è proprio prendendo in considerazione tali i contenuti esterni che la Corte arriva a valutare «la erroneità della legge sulla base di nozioni e cognizioni comuni, pacifiche universali: per trarre, a seconda dei casi, da tale erroneità, un giudizio di illegittimità per alterità del fine, non pertinenza o incongruità»⁷⁸. Si configura così un controllo di “evidenza” o “logicità”, che prevede la censura della legge in casi limite di contrasto con regole di esperienza o con regole desumibili da leggi naturali, ossia con la “natura delle cose”⁷⁹.

Il rilievo dei fatti, quindi, può entrare in gioco in riferimento a qualsiasi disciplina legislativa. Partendo dalla considerazione che un giudizio di fatto è razionale se ha un riscontro empirico, può affermarsi che quando il sindacato sulla ragionevolezza è costituito da considerazioni di carattere fattuale, cioè di natura oggettiva, si tratta di un giudizio che investe il rapporto tra una valutazione e l'oggetto della medesima e mira a verificare la possibile fondatezza della prima⁸⁰. In questi casi il controllo risente dei termini in cui il

⁷³ Bin R., *Atti normativi cit.*, 329.

⁷⁴ Vedi, ad esempio, la sent. 96/1981 sul reato di plagio, che sarà oggetto di approfondimento nel II capitolo.

⁷⁵ Sent. 139/1982. Così anche la sent. 333/1991, secondo la quale «l'individuazione sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale far riferimento, purché, peraltro, l'una e l'altra determinazione non siano irrazionali od arbitrarie, ciò che si verifica allorché esse non siano collegabili all'*id quod plerumque accidit*».

⁷⁶ D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1983, 502, 506. Ripreso poi da G. Brunelli-A. Pugiotto, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale*, cit., 259, i quali analizzano nello specifico la possibilità di un controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici delle scelte legislative in tema di pene e reati.

⁷⁷ C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova 1973, 1580; l'A. definisce questa tipologia di sindacato di legittimità “giudizio di corrispondenza”, e rileva che in esso si fa ricorso ai contesti umani, perché richiamati dalla legge controllata o dalle stesse disposizioni costituzionali, attraverso i due diversi canali della *coerenza* e dell'*evidenza*.

⁷⁸ *Ivi*, 1586.

⁷⁹ F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., 28.

⁸⁰ G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 76.

quesito è prospettato e di un costante riferimento a dati “fattuali”, risolvendosi in buona parte sulla ragionevole configurazione dei *legislative facts* e delle relazioni causali presupposte dal legislatore⁸¹.

Un tale sindacato – sulla verità dei presupposti di fatto e delle prognosi legislative – sfiora indubbiamente l’ambito del merito, tuttavia l’obiettiva consistenza dei dati che il legislatore ha tenuto presenti non può non essere accertata, ove sia necessario, dal giudice delle leggi⁸². La Corte stessa ha precisato che «l’impossibilità di fissare in astratto un punto oltre il quale scelte di ordine quantitativo divengono manifestamente arbitrarie e, come tali, costituzionalmente illegittime, non può essere validamente assunta come elemento connotativo di un giudizio di merito»⁸³: il legislatore deve ponderare e contemperare i vari interessi in gioco «tenendo conto di tutti i dati del problema»⁸⁴, compreso il fondamento empirico della disciplina, sul quale potrà espandersi il controllo di costituzionalità.

Già, di per sé, il giudizio di ragionevolezza – nel quale non si fa necessariamente ricorso a criteri di valutazione assoluti e astrattamente prefissati – presenta tratti in comune con i giudizi di merito⁸⁵. A tal proposito, in dottrina, è stato evidenziato il ruolo fondamentale svolto da una buona motivazione della decisione⁸⁶. La differenza tra giudizi di legittimità e giudizi di merito va infatti ricercata nella natura giuridica del parametro di raffronto, che nel primo caso trova fondamento negli enunciati della Costituzione⁸⁷ e nella necessità di una motivazione, che non può essere costruita liberamente dal giudice costituzionale ma deve essere verificabile⁸⁸. Quando l’attività del legislatore prende le mosse da valutazioni di fatto, il corrispondente controllo di costituzionalità può e deve essere ammesso, onde evitare di «privare di concrete garanzie giuridiche la parte maggiore

⁸¹ Ciò è stato ampiamente dimostrato da R. Bin, *Atti normativi*, cit., 313 e ss.

⁸² M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 542. Vedi anche R. Bin, *Atti normativi*, cit., 331; secondo l’A. «il compito di difendere i diritti costituzionali non può essere svolto dalla Corte con un controllo sui fini della legge generico e verbale, e ad un giudizio sulla congruità del mezzo meramente esterno e formale; ma essa deve gettare uno sguardo il più vasto possibile sui fatti della vita, e saggiare le relazioni causali ipotetiche, che sorreggono la disciplina legislativa, sulla base della loro “verosimiglianza”, sia pure attraverso un esame a “grandi linee” che escluda valutazioni soggettive».

⁸³ Sent. 1130/88, punto 2 del considerato in diritto,

⁸⁴ Sent. 134/1982, avente ad oggetto una questione relativa alle spese sanitarie che, secondo il giudice remittente dovrebbero essere detraibili senza limite dal reddito imponibile; la Corte decide per l’infondatezza in quanto «la detraibilità non è secondo Costituzione necessariamente generale ed illimitata, ma va concretata e commisurata dal legislatore ordinario secondo un criterio che concili le esigenze finanziarie dello Stato con quelle del cittadino chiamato a contribuire ai bisogni della vita collettiva, non meno pressanti di quelli della vita individuale. Il punto di incontro e di contemperamento di tali esigenze varia a secondo dell’evoluzione economica, finanziaria e sociale del Paese e, come si è detto, spetta al legislatore ordinario di determinarlo, tenendo conto di tutti i dati del problema» (punto 2 del considerato in diritto).

⁸⁵ Cfr. A. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 575, secondo il quale «non v’ha dubbio che l’indagine sulla ragionevolezza trascina il giudice costituzionale ai limiti del merito della legislazione, inducendolo nella tentazione di immischiarsi, o quanto meno nell’errore di ingerirsi, nelle scelte politiche del legislatore. Il metro per definire la linea di demarcazione tra contraddizione e discriminazione consentita, tra misure pertinenti e impertinenti, adeguate e inadeguate, è estremamente difficile da operare, e va impiegato con straordinaria prudenza».

⁸⁶ R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., 481.

⁸⁷ L. Paladin, *Legittimità e merito*, cit., 329, rileva che «la distinzione della legittimità dal merito costituzionale, non diversamente dalla determinazione di ogni figura giuridica, non deve per definizione operarsi in astratto, immaginando una mitica oggettività che non dia luogo a discussioni, ma viene tracciata dai limiti stessi delle norme contenute in costituzione». La stessa Corte costituzionale, nella sent. 1130/1988 (richiamando la precedente sent. 991/1988) sancisce che «le censure di merito non comportano valutazioni strutturalmente diverse, sotto il profilo logico, dal procedimento argomentativo proprio dei giudizi valutativi implicati dal sindacato di legittimità, differenziandosene, piuttosto, per il fatto che in quest’ultimo le regole o gli interessi che debbono essere assunti come parametro del giudizio sono formalmente sanciti in norme di legge o della Costituzione» (punto 2 del considerato in diritto).

⁸⁸ F. Modugno, *La ragionevolezza*, cit., 70.

e più sensibile della costituzione»⁸⁹: ma in che modo la Corte può operare un controllo di tipo fattuale ed evitare un'intrusione nel merito delle scelte politiche?

In dottrina⁹⁰ si è rilevato che, anche volendo optare per una concezione restrittiva nel sindacato sulla ragionevolezza – riconoscendo l'irrazionalità della norma solo quando l'arbitrarietà sia accertabile in modo incontrovertibile e fuoriesca dal campo della opinabilità – non sarebbe preclusa la possibilità di censurare una legge sulla base di considerazioni di tipo fattuale: in presenza di un errore sui fatti presupposti della norma, rilevabile con certezza nel giudizio di costituzionalità, la Corte può porre a fondamento della decisione di illegittimità tale dato empirico non opinabile, dimostrando così che si è in presenza di un'irragionevolezza "oggettiva". L'intervento del giudice costituzionale sarebbe quindi legittimato proprio poiché si fonda su elementi fattuali obiettivi ed incontestabili, allontanandosi in tal modo, per quanto possibile, dal merito delle scelte di politica legislativa.

A prescindere da tali astratte considerazioni, nella giurisprudenza costituzionale sono frequenti i casi, e diversi gli ambiti, in cui ci si serve di argomentazioni imperniate sul controllo, più o meno penetrante, della consistenza dei fatti e delle relazioni causali presupposti dal legislatore⁹¹. A seguire si richiama una serie di pronunce sul tema, la cui analisi costituirà una prima tappa della verifica del tipo del controllo sui "fatti legislativi" che la Corte opera.

6. Arbitrarietà per errore sui presupposti di fatto e sulle prognosi legislative: un tentativo di classificazione dei casi

In questo paragrafo ci si soffermerà sul sindacato di legittimità relativo alle premesse in fatto da cui muovono le decisioni legislative, allo scopo di valutare il rilievo costituzionale che la Corte attribuisce ad una corretta rappresentazione del dato fattuale connesso alla norma oggetto di impugnazione.

Premettendo che si tratta di giudizi in cui entra pressoché sempre in gioco, in maniera più o meno esplicita, il principio di ragionevolezza, verranno di seguito prese in esame alcune pronunce nelle quali è stata centrale la considerazione dei "fatti", ipotizzando una ricostruzione della casistica in riferimento a due diversi elementi: il parametro (in particolare i "concetti indeterminati" e i "termini generici" della Costituzione, da un lato, ed il principio di eguaglianza, dall'altro) e la tipologia di vizio (l'anacronismo legislativo). Sono questi gli ambiti nei quali la dottrina ha maggiormente messo in evidenza il rilievo di elementi fattuali nelle decisioni di costituzionalità e, pertanto, lo studio di questa giurisprudenza potrà fornire alcune prime indicazioni in merito al grado di penetrazione del controllo sulle valutazioni fattuali operate in sede legislativa.

6.1. Concetti costituzionali "indeterminati" e "termini generici". Quando il parametro necessita di concretizzazioni "fattuali" in sede di giudizio di legittimità

Vi sono previsioni costituzionali che per essere applicate – attuate in sede legislativa o utilizzate come parametro nel controllo di costituzionalità – richiedono all'interprete di «usare criteri o fissare concetti extragiuridici per determinare i frequenti rimandi ai valori di ragione o di natura o di giustizia, nonché per definire in maniera non del tutto

⁸⁹ L. Paladin, *Legittimità e merito*, cit., 322-325.

⁹⁰ E. Spagna Musso, *Norma anacronistica e norma costituzionalmente illegittima*, in *Foro it.*, 1973, I, 2718.

⁹¹ R. Bin., *Atti normativi* cit., 315.

formalistica i dati materiali della nomenclatura costituzionale»⁹². Pertanto, la considerazione delle realtà fattuali presupposte dagli interventi normativi può diventare un momento essenziale del controllo sull'uso non arbitrario della discrezionalità legislativa.

Nel giudizio di legittimità può essere necessario procedere a verifiche di fatto tutte le volte in cui si devono interpretare e applicare i principi costituzionali⁹³, siano essi norme programmatiche o specifici criteri che si impongono in un determinato ambito⁹⁴, e in particolare quando entrano in gioco le c.d. "clausole generali"⁹⁵ – come i concetti di «utilità sociale», «interesse generale», «utilità generale», «funzione sociale» etc. – cioè quelle norme costituzionali che richiamano "concetti indeterminati"⁹⁶, «anche di ordine metagiuridico, spesso storicamente mutevoli»⁹⁷. Gli elementi fattuali concorrono, in questi casi, a definire il rispetto o meno del parametro di costituzionalità: ai criteri in questione le leggi non possono contraddire (si pensi all'«utilità sociale» richiamata nell'art. 41 Cost.) e ad essi talvolta, come nei casi di riserve rinforzate (ad esempio degli artt. 14, 16, 43 Cost.)⁹⁸, devono addirittura positivamente conformarsi⁹⁹.

Nei giudizi sulle leggi condotti sulla base di detti parametri, la Corte è chiamata a pronunciarsi – sebbene entro i dovuti limiti¹⁰⁰ – sulla razionalità e la congruenza delle scelte legislative rispetto agli specifici indirizzi costituzionali¹⁰¹, per sanzionare eventuali «arbitri del legislatore, cioè le manifeste violazioni dei fini e dei criteri di per sé metagiuridici, ma fatti positivamente rilevanti dai richiami della carta»¹⁰². In questi casi, il giudizio di costituzionalità può estendersi ad un controllo sulla ragionevolezza della

⁹² L. Paladin, *Legittimità e merito*, cit., 322. Più in generale, sulla vaghezza e l'ambiguità del linguaggio normativo e sui problemi interpretativi che esso comporta, si veda R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. Iudica-P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano 1993, 350-351, secondo il quale «un predicato è ambiguo ogniqualvolta la domanda "Che cosa si intende?" ammetta un pluralità di risposte». Per quanto concerne, in particolare, le tecniche dell'interpretazione costituzionale cfr. ID. *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 2004, 277 e ss.

⁹³ Si veda, a questo proposito, S. Bartole, *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in *Giur. cost.*, 1983, 574-575; nel commento alla sent. 15/1983, l'A. fa notare che i giudici della Consulta, interrogandosi sul significato da dare agli artt. 4 e 35 Cost., lasciano intravedere un approccio al tema dei principi del diritto basato su un ragionamento interpretativo che prende le mosse dalla ricostruzione della situazione di fatto in cui il giudizio della Corte si colloca ed alla quale il legislatore ordinario è tenuto a rifarsi. Nel caso di specie la Corte opera infatti «una ricognizione della situazione economica e sociale al cui interno vengono a trovare applicazione i principi di cui si richiede l'osservanza. E sono appunto le presenti difficoltà economiche e sociali del nostro Paese [...] ad integrare quel "motivo plausibile" in base al quale si evita la dichiarazione di incostituzionalità».

⁹⁴ Si pensi al principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.) che, al fine di ritenere legittima l'imposizione di un tributo, richiede la sussistenza di un «necessario collegamento tra presupposto di fatto e capacità contributiva» (sent. 54/1980), cioè l'esistenza di un autentico indice di capacità, che dovrà essere valutata in concreto.

⁹⁵ A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 328

⁹⁶ Si riferisce agli artt. 41, 42, 43, 97 Cost. come «formule elastiche», alle quali si ricollegano molti giudizi di ragionevolezza, R. Tosi, *Spunti per una riflessione*, cit, 547.

⁹⁷ V. Crisafulli, *Lezioni*, cit., 370.

⁹⁸ L'art. 14 ammette deroghe alla libertà di domicilio «per motivi di sanità ed incolumità pubblica o a fini economici e fiscali»; l'art. 16 stabilisce la possibilità di stabilire imitazioni alla libertà di circolazione soltanto «per motivi di sanità o di sicurezza»; l'art. 43 autorizza la legge a riservare o trasferire allo Stato etc. determinate imprese «a fini di utilità generale».

⁹⁹ V. Crisafulli, *Lezioni*, cit., 370.

¹⁰⁰ La dichiarazione d'incostituzionalità dovrà riguardare solamente quegli atti legislativi che in maniera palese «fuoriescano dagli amplissimi confini che i concetti generali pongono alla discrezionalità del legislatore»; così A. Morrone, *Il custode* cit., 333.

¹⁰¹ Cfr. R. Bin, *Atti normativi*, cit., 283, secondo il quale nei giudizi sulla corrispondenza della norma ai fini prescritti da disposizioni costituzionali si ritrovano spesso argomentazioni esplicite sulla congruità dello strumento.

¹⁰² L. Paladin, *Legittimità e merito*, cit., 335.

configurazione dei *legislative facts* e delle relazioni causali presupposte dal legislatore, poiché quest'ultimo «non può esimersi dal considerare correttamente»¹⁰³ tali elementi. Per verificare la corrispondenza della norma alle finalità previste dalla Costituzione, la Corte stessa ha fornito, nella sent. 14/1964, una serie di indicazioni che, partendo dalla ricostruzione della *ratio* della legge, conducono ad una possibile verifica dei presupposti di fatto, della congruità dei mezzi rispetto ai fini, nonché dell'impatto nella disciplina sul sistema normativo e dei riflessi di questa sulla realtà fattuale¹⁰⁴.

Si noti che la considerazione dei fatti presupposti dalla norma – esplicitamente ammessa dalla citata sentenza – può risultare un momento necessario del controllo di costituzionalità in riferimento a «buona parte del linguaggio di cui si serve la Costituzione, sia perché indica concetti peculiari di certe discipline non giuridiche, sia – soprattutto – perché si riferisce in ogni modo a situazioni giuridicamente indefinite»¹⁰⁵. Quindi, anche i parametri costituzionali costituiti da termini che non rappresentano veri e propri “concetti indeterminati”, ma che rendono comunque generica la disposizione che li contiene¹⁰⁶, possono richiedere alcune valutazioni fattuali.

Passando ad un'analisi specifica della giurisprudenza costituzionale si nota che in diverse occasioni, soprattutto all'inizio della sua attività, la Corte non si è preoccupata di approfondire il significato di locuzioni quali, ad esempio, «razionale sfruttamento del suolo», «equi rapporti sociali» e «funzione sociale», limitandosi a ribadire l'ampio margine di discrezionalità che essi lasciano al legislatore¹⁰⁷; successivamente, invece, il controllo è stato esteso alla verifica dell'astratta riconducibilità delle finalità prescritte dalla legge alle clausole costituzionali generali, contribuendo così alla determinazione del contenuto di queste ultime¹⁰⁸. Ai fini di questa ricerca interessa evidenziare come nel porre in essere l'attività ricostruttiva ed interpretativa di tali nozioni, e colmare così il loro margine di indeterminatezza, la Corte può svolgere indagini dirette sui presupposti di fatto e acquisire dati ed elementi sulle modalità ed i risultati dell'applicazione della legge¹⁰⁹, nonché fare

¹⁰³ R. Bin, *Atti normativi*, cit., 313.

¹⁰⁴ Nella sent. 14/1964 si legge infatti che «la Corte ha esaminato i dati [...]. Ma l'esame non ha rivelato un contrasto palese delle decisioni adottate dal legislatore con i fatti e le esigenze da considerare» (punto 3 del considerato in diritto).

¹⁰⁵ L. Paladin, *Legittimità e merito* cit., 326, il quale mette in evidenza che nozioni come «buon costume», «sicurezza», «sciopero», «programmi», o locuzioni come «unità familiare», «servizi pubblici essenziali», «buon andamento [dell'amministrazione]», richiedono di essere integrate dall'esame della realtà materiale che presuppongono.

¹⁰⁶ Per questa distinzione si veda T. Martines, *Concetti indeterminati e attività interpretativa della Corte costituzionale*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna 1969, 173, nota 2.

¹⁰⁷ Ad esempio, in tema di riforma fondiaria, si pensi alle sentt. 62-64-65/1957, nelle quali la Corte ha dato un ruolo puramente formale alle finalità poste dall'art. 44 Cost., o ai limiti alla proprietà privata ammessi nella sent. 37/1959, ricollegati ad un non precisato concetto di “funzione sociale”.

¹⁰⁸ Si veda a questo proposito la sent. 11/1960, nella quale si riconduce all'«utilità generale», ex art. 43, la finalità igienico-sanitaria sottesa alla disciplina del monopolio comunale in materia di centrali del latte, che regola «con accorgimenti sempre più efficienti la raccolta, la produzione e la vendita del latte; precisando che le centrali istituite dai Comuni devono sottoporre il latte ai controlli necessari nonché alla pastorizzazione o ad altro trattamento che venisse riconosciuto idoneo allo scopo di assicurarne la genuinità e la salubrità»; nonché la sent. 4/1962, che fa rientrare nell'«utilità sociale», ex art. 41, la necessità di autorizzazione alla tenuta di bovini maschi per la monta, poiché «l'incremento quantitativo ed il miglioramento genetico del bestiame bovino garantiscono la soddisfazione degli interessi sociali collegati alla massima utilizzazione del bestiame stesso» e si rende perciò necessario un «accertamento tecnico (quale può essere effettuato con il sussidio della scienza e della sperimentazione genetica) non solo della immunità dei riproduttori da malattie atte a compromettere la salute della prole, ma altresì del possesso da parte loro dei caratteri (rilevabili anche attraverso l'istituzione di appositi alberi genealogici) che ne assicurino una razionale selezione».

¹⁰⁹ In questo senso T. Martines, *Concetti indeterminati* cit., 181; l'A. ritiene inoltre che ove si renda necessario, la Corte possa avvalersi dei poteri istruttori.

ricorso a massime di esperienza, dati della realtà economico-sociale e conoscenze di ordine extragiuridico¹¹⁰.

In dottrina si rileva che la necessità di rispettare le scelte di politica legislativa non può costituire un ostacolo per questa tipologia di sindacato, poiché «la discrezionalità del legislatore, in tanto è tale in quanto incontri dei limiti e proprio nelle norme costituzionali»¹¹¹. A questo proposito, in riferimento al parametro dell'utilità sociale, c'è chi ha sostenuto che la necessità di mantenere l'esame del giudice costituzionale a distanza dal merito legislativo porterebbe a riconoscere, tra i vari criteri di giudizio relativi a tale parametro, un ruolo di privilegio al «controllo sulla corrispondenza tra l'apprezzamento del legislatore ed i dati di fatto a sua disposizione»¹¹². A ciò conseguirebbe l'opportunità di sindacare con più incisività proprio le basi fattuali dell'intervento legislativo, verificando se tali scelte siano «fondate su dati materiali certi ed adeguatamente considerati dal legislatore»¹¹³: l'erroneità dei presupposti di fatto varrebbe in questo caso da sintomo del vizio di divergenza del fine della legge dal perseguimento dell'utilità sociale imposto dalla Costituzione¹¹⁴.

Prima di verificare quale spessore abbia il controllo operato dalla giurisprudenza costituzionale in merito all'utilità sociale, è necessario soffermarsi sull'affermazione centrale della tesi di Luciani: infatti, sostenere l'oggettività di un controllo sui presupposti di fatto della legge sembra essere in contraddizione con quanto rilevato, nel precedente paragrafo, a proposito della possibilità che un simile sindacato porti la Corte a decisioni prossime al merito e quindi sconfinanti nell'ambito delle scelte politiche del legislatore. Per riportare la coerenza nel ragionamento è sufficiente notare che, con particolare riferimento all'utilità sociale, tale pericolo viene meno nel momento in cui il dato fattuale, relativo ai presupposti della legge, abbia consistenza certa e non richieda una nuova valutazione da parte del giudice delle leggi, portando così a ritenere arbitraria la determinazione legislativa che lo considera erroneamente. Lo stesso Luciani precisa che «un conto sarà il semplice *accertamento* di questa situazione (sul quale può esplicitarsi il sindacato della Corte), un conto la sua vera e propria *valutazione* (che non può non spettare al legislatore)»¹¹⁵.

Fatta questa precisazione, si noti che la Corte costituzionale sceglie un atteggiamento di *self-restraint*, nel valutare in concreto la funzionalità dell'intervento legislativo all'attuazione dei fini costituzionali enunciati dalla clausola in questione. Ne troviamo conferma nella sent. 20/1980¹¹⁶: sebbene vengano formalmente acquisiti i dati fattuali

¹¹⁰ Come rileva V. Crisafulli, *Lezioni* cit., 371.

¹¹¹ T. Martines, *Concetti indeterminati*, cit., 181.

¹¹² M. Luciani, *La produzioni economica privata nel sistema costituzionale*, Padova 1983, 239.

¹¹³ M. Luciani, *La produzioni economica*, cit., 240. Alla nota 76, però, l'A. si preoccupa di precisare che «problematico, comunque, è definire cosa possa correttamente intendersi per “fatto” [...]. Ci si può ad es. chiedere se tali debbano essere considerate le “previsioni” che di futuri sviluppi economici o sociali fa il legislatore, fondandovi poi le proprie scelte normative. Dubbia essendo la questione, grande dovrebbe comunque essere la cautela del giudice costituzionale».

¹¹⁴ M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit, 542. Lo stesso giudice costituzionale, fin dalle prime sentenze, sembra prospettare la possibilità di un controllo sugli aspetti fattuali connessi a leggi che limitano i diritti garantiti in materia economica, ad esempio ritenendo di sua competenza «il potere di verificare la effettiva sussistenza [...] della utilità sociale, alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti stessi» (sent. 65/1966).

¹¹⁵ M. Luciani, *La produzioni economica privata*, cit., 241. Nello stesso senso si veda anche *ID*, *I fatti e la Corte*, cit., 544.

¹¹⁶ Nel caso di specie, si trattava di un giudizio in cui il giudice *a quo* dubitava della costituzionalità del divieto di produzione di pasta integrale (contenuto e sanzionato negli artt. 29 e 36 della legge 4 luglio 1967, n. 580) e, per questo, chiedeva alla Corte di non arrestarsi ad una verifica generica dell'idoneità dei mezzi ai fini «senza verificare la validità e congruità dei motivi indicati dal legislatore» (punto 1 del considerato in diritto).

necessari al controllo della discrezionalità tecnica del legislatore¹¹⁷ – dimostrando in tal modo che questo tipo di sindacato non è in assoluto precluso al giudice costituzionale –, la Corte conclude che il suo controllo sulle ragioni di «utilità sociale», tali giustificare limitazioni alla libertà di iniziativa economica, deve «arrestarsi di fronte alla valutazione fatta dal legislatore» in ordine alla «esistenza e congruità dei motivi posti a fondamento della sua statuizione». Come rileva Luciani¹¹⁸, una volta stabilito (con istruttoria) che le ragioni di quell'intervento non erano tecniche, ma fondate, invece, sull'utilità sociale *ex art. 41 Cost.*, la Corte ritiene di non poter estendere il suo controllo ai fatti presupposti e andare oltre la presunzione favorevole al legislatore. Del resto, già nella sent. 137/1971 il giudice delle leggi specifica che «nei casi in cui le leggi apportino limitazioni ai diritti di libertà economica, [la Corte] ha certamente il potere di giudicare in merito alla utilità sociale alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere su quei diritti. Ma tale potere concerne solo gli aspetti logici del problema e cioè la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo»¹¹⁹.

Dal giudizio concluso con la sent. 20/1980 si evincono due elementi molto importanti che conducono ad una riflessione di carattere generale. Innanzitutto, per valutare l'idoneità del mezzo rispetto al fine la Corte deve ricercare la *ratio* della norma oggetto del suo sindacato e, per far ciò, si può servire dell'analisi dei lavori preparatori e può interpellare il Governo attraverso un'ordinanza istruttoria. Inoltre, la considerazione di elementi fattuali, al fine di verificare la congruità dei motivi posti a fondamento della disciplina, non è in generale, di per sé, preclusa alla Corte – tant'è che, nel caso di specie, questi elementi vengono dalla stessa reperiti in maniera ufficiale –: è solo il riferimento all'utilità sociale che ne impedisce l'apprezzamento e che, conseguentemente, limita il sindacato di costituzionalità.

6.2. (segue) - L'intensità del controllo sui “fatti” quando il parametro è elastico

La scelta di non procedere ad un sindacato penetrante che comprenda la verifica dei presupposti fattuali e delle prognosi legislative riguarda, oltre all'utilità sociale, anche altri parametri costituzionali costituiti da clausole indeterminate, il cui significato è ricostruito dalla Corte in maniera parziale e mediante contenuti tratti essenzialmente dalla legge impugnata (o dall'analisi dei lavori preparatori¹²⁰). Ciò è dovuto all'oggettiva difficoltà e

¹¹⁷ Al fine di conoscere le ragioni di ordine tecnico poste a fondamento della disciplina che vietava l'uso di sfarinati di grano duro nella produzione della pasta ma non del pane, la Corte ha disposto un'istruttoria (ord. 32/1979): «a integrazione di quanto risultava dai lavori preparatori della legge n. 580, richiese ai Ministeri della Sanità e dell'Agricoltura e Foreste [...] ogni utile elemento in loro possesso» (punto 2 del considerato in diritto).

¹¹⁸ M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 545, nota 46.

¹¹⁹ Nel considerato in diritto della sent. 137/1971, a tal proposito, si richiamano le sentt. 11 e 59/ 1960, 14/1964 e 65/1966; nel caso specifico, inoltre, la Corte specifica che «sia per il contenuto stesso delle norme, come per quanto si rileva dai lavori preparatori della legge, appare chiaro che il legislatore si sia proposto, nel prescrivere che la pasta si confezioni solo col grano, anzi soltanto col grano duro, due specifiche finalità: quella dell'incremento della produzione granaria, mediante la difesa delle culture granicole specializzate, in particolare notevoli nell'Italia meridionale, e quella della tutela dei consumatori e della loro salute. Ebbene, in entrambi quei fini deve riconoscersi carattere di utilità sociale, come é stato ritenuto in precedenti sentenze per quanto riguarda la produzione (sentenze n. 45 e 54 del 1962 e 30 del 1965) e come risulta dallo stesso art. 32 della Costituzione per quanto concerne la salute».

¹²⁰ Si veda ad esempio la sent. 65/1966, nella quale la Corte rileva che «gli intenti ispiratori della legge in esame – chiaramente risultanti dai lavori preparatori, espressamente enunciati nell'art. 3, ed effettivamente perseguiti in concreto – furono quelli di assicurare, da un canto, “una equa remunerazione per il lavoro dell'affittuario e della sua famiglia”, e, dall'altro, – anche con lo strumento della prima – “la buona conduzione dei fondi” (inseparabile da quella, come anche l'esperienza storica insegna): finalità entrambe strettamente corrispondenti a quelle considerate di utilità sociale».

alla non opportunità di definire tali clausole costituzionali, che spesso risultano strettamente legate a scelte di politica economica ed ai contesti applicativi¹²¹. In tale ambito, il ricorso agli elementi fattuali finisce per essere spesso funzionale alla dimostrazione della non arbitrarietà della scelta legislativa, e quindi a definire in senso negativo la clausola che funge da parametro¹²². Non stupisce, quindi, che il rilievo dei fatti in tale tipologia di giudizi, sebbene in astratto possa essere centrale, finisca per risultare, in concreto, il più delle volte marginale. È infatti la Corte che dà un senso al parametro indeterminato e la scelta di optare per un'interpretazione estensiva o restrittiva ha, in questi casi, un'immediata ripercussione sulla modulazione della sfera di competenza del giudice costituzionale rispetto al Parlamento¹²³.

In alcuni casi, in particolare in giudizi riguardanti la tutela del diritto di proprietà, il giudice delle leggi ha assunto un atteggiamento più interventista ed è arrivato a censurare la norma impugnata, ponendo gli elementi fattuali al centro dell'argomentazione, riducendo così lo spazio riservato alla discrezionalità legislativa. In questo modo la Corte dimostra che nel suo giudizio può essere necessario procedere alla valutazione di dati empirici e che questi ultimi – come si vedrà – possono diventare parte integrante di un dispositivo che fornisca specifiche e puntali indicazioni al legislatore, al fine di rendere la normativa in questione adeguata ai dettami costituzionali.

In un giudizio avente ad oggetto la disciplina sull'affitto dei fondi rustici, il giudice costituzionale argomenta la «assoluta inadeguatezza dei coefficienti stabiliti dalla legge» riportando una serie di calcoli e dati statistici¹²⁴, nonché «altri elementi deducibili da uno studio proveniente dall'Amministrazione del Catasto e pubblicato in calce alle relazioni parlamentari sulla legge in esame»¹²⁵. A seguito di tali rilievi la Corte può concludere che «la legge impugnata, rendendo, specie a ragione della insufficienza dei suoi coefficienti di

¹²¹ A. Morrone, *Il custode* cit., 333.

¹²² Cfr. V. Crisafulli, *Osservazioni alla sentenza 14 febbraio 1962, n. 5*, in *Giur cost.*, 1962, 45, il quale rileva l'esistenza di un orientamento consolidato nella giurisprudenza costituzionale in merito alla sindacabilità del ricorrere dei «fini di interesse generale», di «utilità sociale» e simili, che accerti la «manifesta constatabilità della rispondenza delle norme denunciate ai criteri e concetti metagiuridici richiamati in costituzione». L'A. esprime, peraltro, alcuni dubbi sull'effettiva capacità della Corte di effettuare un adeguato controllo senza sconfinare in apprezzamenti politici.

¹²³ Cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., 64.

¹²⁴ Nella sent. 155/1972, al punto 4 del considerato in diritto si legge che: «la assoluta inadeguatezza dei coefficienti stabiliti dalla legge risulta innanzi tutto dal loro confronto con l'entità della svalutazione monetaria che, rispetto al 1939, ha, secondo i dati Istat, superato la quota 100. Ma, in modo che appare anche più evidente, risulta dall'ammontare del carico fiscale che, per il solo complesso dei tributi strettamente gravanti sul reddito dominicale dei terreni, ha superato la cifra di lire 1.400 per ogni 100 lire accertate in catasto a seguito della revisione del 1939. Ove si aggiungano a quei tributi gli altri connessi, come l'imposta complementare e quella di famiglia, si vedrà che una larga fascia di canoni, ottenuta con coefficienti di rivalutazione anche superiori al minimo di 12, resta assorbita dalle imposte e che il beneficio fondiario ne risulta annullato. La constatazione resta confermata e non eliminata dal successivo intervento legislativo (l. 4 agosto 1971, n. 592) che ha esentato dal pagamento delle imposte e sovrimposte sui terreni quei proprietari di fondi concessi in affitto il cui reddito dominicale complessivo non superi le lire 8.000 e l'imponibile in complementare non superi lire 1.800.000. Ciò perché tale intervento, se ha sollevato i minori e i minimi proprietari, non ha modificato la situazione rispetto a tutti gli altri, le cui condizioni economiche meno disagiate, o anche addirittura floride, non autorizzano a privarli di quanto è loro dovuto entro i limiti segnati dalla tutela costituzionale loro spettante».

¹²⁵ La Corte, dopo aver confrontato i coefficienti con l'entità della svalutazione monetaria, nonché dall'ammontare del carico fiscale, arriva ad affermare che «partendo da questi dati, e, con un calcolo assai semplice ma indicativo, applicando ad essi i coefficienti di ulteriore svalutazione della lira 1971 rispetto a quella del 1960, che è di 1,5365 (Istat, costo vita) si ha che ora essi dovrebbero raggiungere i valori di 38 nel minimo e di 105 nel massimo. La minore misura dei coefficienti, che la legge fissa in cifre tanto lontane da queste, non è giustificata sul piano economico e quindi neppure su quello giuridico-costituzionale». Nel dispositivo, infatti, viene dichiarata l'illegittimità dell'art. 3, commi 2 e 6, della l. 11/1971 «nella parte in cui fissa fra 12 e 45 e, con riferimento a un caso particolare, in 36, i coefficienti di moltiplicazione del reddito dominicale ai fini della determinazione del canone».

rivalutazione, a volte addirittura onerosa la proprietà della terra, ed a volte determinandone il reddito in misura irrisoria, viola gli artt. 42, secondo comma, e 44, primo comma, della Costituzione perché incide fortemente, fino ad annullarlo, su di un diritto riconosciuto e garantito, e talvolta addirittura oggetto di una specifica tutela»¹²⁶.

A distanza di cinque anni, la sent. 153/1977 risolve una questione pressoché identica¹²⁷. Riconosce ancora una volta l'illegittimità della normativa impugnata¹²⁸ ponendo al centro della motivazione i «fatti»¹²⁹: dopo aver precisato che spetta al legislatore stabilire i coefficienti di moltiplicazione minimo e massimo nella sua ampia discrezionalità di valutazione politica, il giudice costituzionale «ritiene di dover esprimere l'esigenza che [...] i coefficienti di moltiplicazione dei redditi riferiti al triennio 1937-1939 vengano fissati in misure più congrue, e con più ampio divario tra il coefficiente minimo ritenuto idoneo a garantire ad ambo le parti l'equità del canone di affitto, e quello massimo consentito dalla produttività dei migliori terreni, sì da permettere alle commissioni tecniche provinciali di procedere alla formazione delle tabelle, in conformità alle direttive della commissione tecnica centrale, con una maggiore elasticità di apprezzamento, aderente alla multiforme varietà delle situazioni caratteristiche delle diverse zone agrarie».

In maniera ancora più evidente è stato effettuato un controllo penetrante sulla realtà fattuale collegata alla disciplina in tema di indennizzo espropriativo¹³⁰; la giurisprudenza costituzionale ha individuato una serie di limiti che incontra il legislatore nello stabilire i criteri di determinazione dell'indennizzo, al fine di garantire agli espropriati un «serio ristoro»¹³¹. L'indennizzo¹³² deve infatti essere determinato sulla base di criteri che tengano

¹²⁶ Sent. 155/1972, punto 4 del considerato in diritto.

¹²⁷ Si tratta di un giudizio avente ad oggetto la nuova disciplina emanata in materia, ritenuta contrastante con i principi enunciati nella precedente sent. 155/1972, poiché prevede ancora una volta coefficienti di moltiplicazione del reddito dominicale del tutto incongrui. A parere dei remittenti tali valori risultano non solo nettamente inferiori a quelli in precedenza indicati dalla Corte, ma altresì inadeguati per effetto dell'ulteriore svalutazione della moneta.

¹²⁸ Punto 4 del considerato in diritto: «Deve invece riconoscersi il contrasto sia con l'art. 3 Cost., per le gravi disparità di trattamento determinate dall'applicazione delle tabelle, anche tra i proprietari di terreni appartenenti a zone agrarie omogenee d'una stessa provincia, secondo quanto risulta dagli atti e documenti prodotti in giudizio, sia con le fondamentali disposizioni dell'art. 42, secondo comma, e dell'art. 44, primo comma. La legge riconosce e garantisce la proprietà privata, e in particolare aiuta la piccola e media proprietà terriera, alla quale può bensì imporre obblighi e vincoli, ma per il duplice fine del razionale sfruttamento del suolo e del conseguimento di equi rapporti sociali, senza incidere eccessivamente sulla sostanza del diritto di proprietà, a beneficio di altri soggetti privati, pur meritevoli di speciale tutela».

¹²⁹ Per controllare la rispondenza del meccanismo di determinazione e di aggiornamento dei canoni ai suoi fini funzionali, la Corte ha disposto la produzione di una serie di atti e documenti da parte del Ministero dell'agricoltura e delle foreste e del Ministero delle finanze attraverso l'ordinanza istruttoria 113/1976.

¹³⁰ A questo riguardo la Corte ha disposto diverse ordinanze istruttorie tra cui possono ricordarsi le ordd. nn. 140/1967, 153/1972 e 138/1976.

¹³¹ Con la sent. 283/1993 la Corte conferma il principio del serio ristoro, che esclude la pura e semplice identificazione dell'indennità espropriativa con il valore venale del bene. Si precisa, inoltre, che l'adeguatezza dei criteri di calcolo deve essere valutata nel contesto storico, istituzionale e giuridico esistente al momento del giudizio, poiché la loro collocazione nel sistema e la loro compatibilità con i parametri costituzionali subiscono variazioni legate al decorso del tempo o al mutamento del contesto istituzionale e normativo, che non possono restare senza conseguenze nello scrutinio di costituzionalità della norma che li contiene. Tale pronuncia viene poi ripresa dalla recente sent. 348/2007, nella quale la Corte esamina analiticamente il criterio di calcolo dell'indennità di espropriazione previsto dall'art. 5-bis del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333, anche sulla base della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo: dopo una serie di approfondite valutazioni il giudice costituzionale conclude che «la norma censurata – la quale prevede un'indennità oscillante, nella pratica, tra il 50 ed il 30 per cento del valore di mercato del bene – non supera il controllo di costituzionalità in rapporto al «ragionevole legame» con il valore venale, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il «serio ristoro» richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte. La suddetta indennità è inferiore alla soglia minima accettabile di riparazione dovuta ai proprietari espropriati, anche in considerazione del fatto che la pur ridotta somma spettante ai proprietari viene ulteriormente falcidiata dall'imposizione fiscale, la quale – come rileva il

conto del «valore effettivo del bene espropriato, in relazione alle sue caratteristiche e alla sua destinazione economica»¹³³ e non può quindi essere di misura «del tutto irrisoria»¹³⁴ o «meramente simbolica»¹³⁵; conseguentemente, le relative previsioni legislative saranno viziate quando l'ammontare dello stesso sia determinato in modo non equo¹³⁶.

Si tratta di casi in cui è la stessa norma parametro che, «facendo sostanzialmente riferimento a situazioni concrete, reali» orienta il giudizio «verso la verifica e la valutazione concreta dei dati di fatto»¹³⁷.

Dalla giurisprudenza analizzata è possibile trarre alcune primissime conclusioni. Il differente grado di penetrazione del sindacato di costituzionalità relativo ai presupposti di fatto sembrerebbe riconducibile al tipo di intervento legislativo oggetto di giudizio, o meglio alla situazione giuridica soggettiva su cui la norma denunciata incide: da un lato, vi sono clausole costituzionali generiche, che costituiscono parametri di valutazione per la legittimità di norme limitative di libertà della sfera economica – come il sacrificio cui può essere sottoposta l'iniziativa privata in nome dell'utilità sociale –, relativamente alle quali la Corte opta per un atteggiamento di *self-restraint* nel controllo dei fatti dai quali la disciplina prende le mosse; dall'altro lato, vi sono invece previsioni costituzionali – come la pretesa del singolo privato diretta ad ottenere la corresponsione dell'indennità in caso di esproprio – dalle quali scaturisce un diritto a cui la Corte deve garantire effettività, nel suo contenuto minimo, anche attraverso un controllo particolarmente rigoroso sui presupposti empirici della normativa¹³⁸. L'indennizzo rappresenta infatti una necessaria forma di

rimettente – si attesta su valori di circa il 20 per cento. Il legittimo sacrificio che può essere imposto in nome dell'interesse pubblico non può giungere sino alla pratica vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà».

¹³² Cfr. R. Tosi, *Spunti*, cit., 549, secondo la quale l'indennizzo è «un termine che non si presenta elastico *prima facie*, ma lo diventa in seguito ad una scelta interpretativa [...] è formula elastica se inteso come serio ristoro, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale: tale non sarebbe – o, comunque, in misura molto minore – se a quel termine si attribuisse diverso significato, di indennizzo stabilito dalla legge o, dall'altro estremo, di integrale ristoro».

¹³³ Ord. 444/2000. Lo stesso criterio era già stato affermato nelle precedenti sentt. 442/1993, 5/1980, 231/1984 e 61/1957.

¹³⁴ Sent. 67/1959, nella quale si procede alla dichiarazione di illegittimità dell'art 2 del d.lgs. 409/1948 poiché «nella specie è fuori dubbio che il legislatore non fece alcuna valutazione né alcun apprezzamento, essendosi limitato a dettare un congegno in base al quale l'indennità da liquidare sarebbe stata sicuramente nient'altro che un'apparenza»

¹³⁵ Sent. 5/1980, nella quale si stabilisce che l'indennizzo «non può essere, tuttavia, fissato in una misura irrisoria o meramente simbolica ma deve rappresentare un serio ristoro. Perché ciò possa realizzarsi, occorre far riferimento, per la determinazione dell'indennizzo, al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso, secondo legge. Solo in tal modo può assicurarsi la congruità del ristoro spettante all'espropriato ed evitare che esso sia meramente apparente o irrisorio rispetto al valore del bene».

¹³⁶ Si veda ancora, più nello specifico, la sent. 5/1980 in cui la Corte si interroga sulla conformità dell'adozione del valore agricolo medio, come criterio per la determinazione della misura dell'indennità di esproprio, rispetto al precetto dell'art. 42, comma terzo, Cost. e conclude che «è palese la violazione di tale principio ove, per la determinazione dell'indennità, non si considerino le caratteristiche del bene da espropriare ma si adotti un diverso criterio che prescindendo dal valore di esso. E proprio quanto avviene nella materia in disamina perché il criterio del valore agricolo medio dei terreni secondo i tipi di coltura praticati nella regione agraria interessata, adottato per la determinazione dell'indennità di esproprio dall'art. 16 della legge n. 865 del 1971 come modificato dall'art. 14 della legge n. 10 del 1977, non facendo specifico riferimento al bene da espropriare ed al valore di esso secondo la sua destinazione economica, introduce un elemento di valutazione del tutto astratto, che porta inevitabilmente, per i terreni destinati ad insediamenti edilizi che non hanno alcuna relazione con le colture praticate nella zona, alla liquidazione di indennizzi sperequati rispetto al valore dell'area da espropriare, con palese violazione del diritto a quell'adeguato ristoro che la norma costituzionale assicura all'espropriato».

¹³⁷ M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 549.

¹³⁸ Cfr. G. Morbidelli, *L'indennizzo diversificato: un criterio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1990, 2450, il quale rileva che una disciplina che espropria il diritto di proprietà lo priva del suo contenuto essenziale e per questo la giurisprudenza costituzionale è costante nell'affermare che la limitazione del diritto

compensazione del sacrificio imposto al proprietario con l'atto che limita il suo diritto, in forma individuale e concreta anziché generale e astratta, svuotandolo di contenuto apprezzabile¹³⁹.

Nella prima tipologia di giudizi il sindacato sulla congruità della norma può invece risultare più problematico, anche a fronte dell'incertezza della valutazione probabilistica (sulle relazioni causa-effetto) sulla base della quale deve essere condotto: in questi casi, come rilevato da autorevole dottrina¹⁴⁰, spesso il giudice delle leggi preferisce ricondurre il controllo nell'ambito dello schema trilaterale di eguaglianza¹⁴¹. Tale principio permette infatti di valutare analogie e diversità esistenti tra fattispecie normative attraverso un ragionamento basato su precise norme positive: «questo meccanismo di argomentazione è indubbiamente più rassicurante – per chi lo impiega, s'intende – di quanto non lo siano motivazioni condotte (e decisioni assunte) sulla base del confronto diretto tra mezzo e fine»¹⁴².

Il paragrafo che segue avrà ad oggetto alcune pronunce relative a giudizi di eguaglianza nei quali la Corte ha operato un sindacato sui presupposti fattuali della disciplina, ponendo tali elementi al centro della motivazione.

6.3. Il giudizio di eguaglianza

Un sostanzioso gruppo di pronunce, in cui il giudice costituzionale arriva a censurare la scelta legislativa operando valutazioni di tipo fattuale, riguarda i giudizi aventi come parametro l'art. 3 Cost., cioè il principio di eguaglianza¹⁴³. In dottrina¹⁴⁴ c'è chi ha riferito

di proprietà è considerata “espropriativa” solo se viene ad atteggiarsi come sacrificio particolare di un determinato bene; se invece la limitazione è generale, perché investe un'intera categoria di beni determinabile secondo criteri obiettivi, non trova applicazione la tutela del contenuto minimo, perché trattasi di un limite che attiene al regime di godimento di una particolare categoria di beni.

¹³⁹ F. Rimoli, *Espropriazione, indennizzo, principio di eguaglianza: di una scelta interpretativa della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1991, 753.

¹⁴⁰ R. Bin, *Atti normativi*, cit., 291-292; l'A. si riferisce sia ai giudizi «interni» (tra la norma ed il suo fine), che ai giudizi «esterni» (tra la norma ed il fine imposto dalla «riserva rinforzata» posta dalla Costituzione), seppure nella consapevolezza delle «difficoltà operative che la distinzione incontra».

¹⁴¹ Un esempio può essere fornito dalla citata sent. 153/1977, in tema di affitto dei fondi rustici, in cui la Corte sovrappone all'argomentazione vertente sull'eccessiva incisione del diritto di proprietà il contrasto con l'art. 3, «per le gravi disparità di trattamento determinate dall'applicazione delle tabelle, anche tra i proprietari di terreni appartenenti a zone agrarie omogenee d'una stessa provincia, secondo quanto risulta dagli atti e documenti prodotti in giudizio» (punto 4 del considerato in diritto).

¹⁴² R. Bin, *Atti normativi*, cit., 291.

¹⁴³ Cfr. G. Brunelli-A. Pugiotta, *Appunti*, cit., 255-256. Gli A. evidenziano come nei giudizi di eguaglianza il rilievo dei fatti dovrebbe negarsi se si seguisse la tesi di Paladin – secondo il quale la sottostante realtà risulterebbe comunque filtrata dalle qualificazioni normative e dalle finalità che il legislatore si è proposto in materia –; mentre aderendo alla tesi di Cerri – che considera i termini del raffronto imposti dal principio di eguaglianza nella loro concretezza – si aprirebbe uno spazio per valutazioni di tipo fattuale. Aderisce alla tesi di Paladin dello schema triangolare “puro” del giudizio di eguaglianza anche R. Bin, *Atti normativi*, cit., 340-341, per il quale la considerazione dei fatti non può essere che esterna e formale in quanto diretta a rilevare soltanto casi di palese arbitrarietà. L'A. ritiene, però, che nel giudizio di eguaglianza il controllo della Corte sui fatti diventi più stringente quando entra in gioco la tutela dei diritti fondamentali. Secondo M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 549, la possibilità di un impiego del fatto esisterebbe anche nella ricostruzione di Paladin, nella fase della valutazione della giustificatezza o meno della differenziazione: «se quella fase, infatti, consiste nell'accertamento dell'adeguatezza della norma impugnata ai fini perseguiti dal legislatore [...] il controllo [...] è fruttuoso in quanto e se può spingersi a verificare che l'ordinamento dei fini e la scelta dei mezzi non si fondano su presupposti di fatto erronei od inconsistenti».

¹⁴⁴ P. Barile, *Leggi e regolamenti discriminatori per motivi di sesso*, in *Giur. cost.*, 1958, 1245. Vedi anche V. Crisafulli, *Lezioni*, cit., 372, il quale rileva che un «penetrante controllo, per molti aspetti analogo a quello a quello sull'eccesso di potere amministrativo, si esplica nella vasta area dei giudizi nei quali si fa questione del rispetto o meno del principio di eguaglianza, enunciato nel primo comma dell'art. 3 Cost.».

la figura dell'eccesso di potere legislativo alle leggi che violano in concreto tale principio, individuando nel travisamento dei fatti presupposti la possibile origine del vizio in questione. Può comunque considerarsi un punto fermo nella giurisprudenza costituzionale la possibilità di un controllo "nei fatti", al fine di verificare la ragionevolezza di trattamenti differenziati, rispetto a situazioni che secondo il giudice *a quo* sono simili, o di fattispecie ritenute diverse, ma che soggiacciono ad uno stesso trattamento¹⁴⁵.

Fin dalla sent. 7/1962, infatti, la Corte precisa che «rimane, tuttavia, aperto al giudice della costituzionalità l'accertamento delle circostanze dalle quali si desuma l'inesistenza di ogni presupposto idoneo a giustificare la diversità del trattamento»¹⁴⁶. E ciò viene meglio specificato nella successiva sent. 7/1963 in cui si afferma che «il principio fondamentale dell'eguaglianza contenuto nell'art. 3 della Costituzione [...] consente bensì al legislatore ordinario di emanare norme differenziate riguardo a situazioni obiettivamente diverse, purché queste norme rispondano inoltre all'esigenza che la disparità di trattamento sia fondata su presupposti logici obiettivi, i quali razionalmente ne giustificano l'adozione»¹⁴⁷.

Sono diversi gli esempi di pronunce in cui i richiamati principi sono stati applicati e la considerazione di elementi fattuali, connessi alla disciplina impugnata, ha avuto un ruolo decisivo ai fini della dichiarazione di illegittimità.

a) In alcune occasioni, la Corte costituzionale ha preso atto dell'esistenza di fatti notori, presupposti della normativa oggetto di sindacato, tali da rendere irragionevole la previsione in essa contenuta¹⁴⁸. È il caso della sent. 163/1993¹⁴⁹, nella quale la Corte censura la norma che prevede, come condizione per la partecipazione ad un concorso pubblico, il possesso del requisito fisico (una statura minima) identico per gli uomini e per le donne, poiché «tale classificazione risponde evidentemente a una valutazione legislativa che è basata su un presupposto di fatto erroneo, vale a dire l'insussistenza di una statura fisica mediamente differenziata tra uomo e donna, ovvero è fondata su una valutazione altrettanto erronea, concernente la supposta irrilevanza, ai fini del trattamento giuridico (uniforme) previsto, della differenza di statura fisica ipoteticamente ritenuta come

¹⁴⁵ Emblematico, a riguardo, è l'esempio fornito dall'ord. istrutt. 116/1977 – della quale si dà atto nella sent. 45/1978, che definisce il giudizio concernente una legge della Provincia di Bolzano relativa all'aggiornamento dell'indennità integrativa speciale per i dipendenti della medesima – in cui la Corte richiede alla Presidenza del Consiglio, al Ministro dell'Interno e al Commissario del Governo presso la Regione Trentino-Alto Adige l'esibizione di determinati dati, concreti e analitici, relativi alla normativa impugnata, poiché «trattandosi di ricorso incentrato sull'asserita violazione dell'art. 3 Cost. [...] va ritenuto congruo, nel caso, addivenire preliminarmente ad un'indagine globale» per acquisire elementi utili al raffronto tra le situazioni che si assumevano trattate diversamente.

¹⁴⁶ Punto 3 del considerato in diritto.

¹⁴⁷ Punto 2 del considerato in diritto.

¹⁴⁸ Alcuni esempi sono costituiti dalle sentt. 173/1983 e 137/1986: nella prima la Corte dichiara illegittima, per contrasto con l'art. 3 Cost., la normativa che esclude gli allievi maschi dalla frequenza delle scuole magistrali «giacché non può certo presumersi che alcun discente sia, in funzione del sesso, inidoneo all'ordine o al tipo di studi qui considerato» (punto 4 del considerato in diritto); nella seconda, l'illegittimità della normativa che prevede il conseguimento della pensione di vecchiaia e, quindi, il licenziamento della donna lavoratrice per detto motivo, al compimento del cinquantacinquesimo anno d'età anziché al compimento del sessantesimo anno come per l'uomo, viene fondata sul rilievo che «il lavoro, in via generale, è divenuto meno usurante oltre che più sicuro».

¹⁴⁹ Il giudizio di costituzionalità ha ad oggetto l'art. 4 della legge provinciale 15 febbraio 1980, n. 3 (Norme concernenti il trasferimento alla Provincia autonoma di Trento del personale della Regione Trentino-Alto Adige addetto agli uffici dell'ispettorato provinciale del servizio antincendi e di quello appartenente al corpo permanente dei vigili del fuoco di Trento e altre disposizioni riguardanti il personale provinciale), che ha introdotto l'art. 56-bis della legge provinciale 23 agosto 1963, n. 8 (Ordinamento degli uffici e Statuto del personale della Provincia di Trento): tale normativa prevede, in modo indifferenziato per uomini e donne, la statura non inferiore a metri 1,65 tra i requisiti richiesti per l'accesso alle carriere direttive e di concetto del ruolo tecnico del servizio antincendi.

sussistente nella realtà naturale»¹⁵⁰. Anche in tema di obblighi assicurativi il giudice delle leggi ha ritenuto, sulla base di considerazioni fattuali, non giustificata la diversità di trattamento, per motivi d'età, tra lavoratori agricoli autonomi e altri lavoratori autonomi¹⁵¹. Ed è sempre sulla base di rilievi di fatto che viene dimostrata l'irragionevolezza di una differente disciplina tra le lavoratrici a domicilio e quelle subordinate, con conseguente dichiarazione di illegittimità della mancata estensione a queste ultime dell'interdizione anticipata dal lavoro per gravidanza; in particolare, «le caratteristiche del lavoro a domicilio, ancorché peculiari soprattutto in relazione alle concrete modalità di svolgimento, non sono idonee a giustificare l'inapplicabilità dell'interdizione anticipata alle lavoratrici occupate in tali attività»¹⁵².

b) Vi sono poi giudizi nei quali è attraverso informazioni e dati tecnici e statistici reperiti, oltre che dalle allegazioni delle parti costituite, anche mediante istruttoria¹⁵³, che il giudice delle leggi arriva a censurare violazioni del principio di eguaglianza. È il caso della dichiarazione d'illegittimità della disciplina dei contratti di miglioria in uso nel Lazio¹⁵⁴: sebbene nella sentenza non sia fatta palese – a differenza di altri casi – la valutazione strettamente fattuale e concreta degli effetti della legge impugnata, il giudice delle leggi afferma il principio secondo il quale «il legislatore non può, senza evidente arbitrio, e perciò, senza incorrere nella violazione del principio di eguaglianza, attribuire una qualificazione giuridica a un rapporto nel presupposto che esso corrisponda nella sua

¹⁵⁰ Punto 5 considerato in diritto.

¹⁵¹ Sent. 262/1976: «Invero, la situazione dei lavoratori agricoli autonomi e quella di altri lavoratori indipendenti, quali gli artigiani, sono da considerare, quanto alla detta età, ragionevolmente simili. Sono entrambe categorie di lavoratori indipendenti, né la denunziata disparità di trattamento può considerarsi basata sulla diversa natura delle due attività, artigianale e agricola, dato che nella materia in esame occorre avere riguardo al rischio. Il rischio non ha spiccate caratteristiche diverse, dato che la probabilità di eventi dannosi non può ritenersi maggiore nello svolgimento di attività da parte dell'artigiano indipendente, che non sempre adopera mezzi più pericolosi di quelli utilizzati dal lavoratore agricolo autonomo. E la dottrina da tempo aveva auspicato l'abolizione del suddetto limite massimo, per la tutela assicurativa, in considerazione delle caratteristiche e delle esigenze dell'ambiente socio-economico dell'agricoltura. L'utilizzazione degli ultrasessantenni era ed è determinata dalla necessità, per la crisi dell'agricoltura, delle famiglie contadine di ridurre le spese, evitando il ricorso alla mano d'opera estranea».

¹⁵² Sent. 360/2000 (punto 4 del considerato in diritto), nella quale si rileva inoltre che «è ben vero che la lavoratrice a domicilio non è sottoposta agli stessi ritmi del lavoro che si svolge all'interno dell'impresa e che può eventualmente beneficiare dell'aiuto accessorio di membri della sua famiglia conviventi e a carico; così come è innegabile che alla lavoratrice a domicilio, tenuta ad osservare le direttive dell'imprenditore circa le modalità di esecuzione, le caratteristiche e i requisiti del lavoro da svolgere, deve riconoscersi una certa autonomia gestionale nella concreta organizzazione dell'attività commissionata. Ciò non esclude tuttavia che qualora insorgano eventi o condizioni pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino, tali da impedire di fatto lo svolgimento dell'attività, la lavoratrice potrebbe essere indotta ad eseguire comunque il lavoro commissionato al fine di non subire la perdita di reddito; ove poi si consideri che le lavoratrici a domicilio sono retribuite in base alle tariffe di cottimo, nella cui determinazione assume particolare rilievo l'elemento temporale nella lavorazione dei prodotti, risulta ancora più evidente come la lavoratrice, pur in presenza di cause ostative all'esecuzione dell'attività, potrebbe essere costretta a mantenere un insostenibile ritmo di lavoro per evitare decrementi di reddito, non potendo beneficiare in tali circostanze delle forme di provvidenza a sostegno della maternità, che invece vengono riconosciute alle altre lavoratrici dipendenti».

¹⁵³ Ord istrutt. 47/1965.

¹⁵⁴ Sent. 30/1966 avente ad oggetto gli artt. 1, 2, 3, 4, 5, 7 e 8 della legge 25 febbraio 1963, n. 327, contenente «Norme sui contratti a miglioria in uso nelle province del Lazio». Tale normativa (nello specifico gli artt. 4 e 5 della legge, che stabiliscono i criteri e la procedura per la determinazione della quota di prodotto del concedente o del canone a lui spettante ai fini di stabilire l'ammontare del capitale di affrancazione) «introduce una disparità di trattamento tra proprietari di fondi enfiteutici, proprietari di fondi concessi a miglioria perpetua, assimilata, come si è visto, all'enfiteusi, e proprietari rientranti nella particolare categoria configurata dalla legge, e a danno di questi ultimi. La latitudine dei criteri stabiliti dall'art. 3 della legge alla quale si rinvia, non è sufficiente per impedire che si verifichi questa diversità di trattamento, perché essi per la maggior parte non sono idonei e quindi non sono applicabili alla fattispecie legislativa oggetto dell'esame della Corte».

sostanza a quella e, nello stesso tempo, assoggettare il rapporto così qualificato a una disciplina affatto diversa».

c) La Corte utilizza inoltre argomentazioni di tipo fattuale, in riferimento al principio di eguaglianza, anche per sostenere la non arbitrarietà di una disciplina, cioè al fine di supportare decisioni di infondatezza¹⁵⁵. In diversi casi, la questione sollevata dal giudice *a quo* viene rigettata poiché la differenziazione di trattamento fornita da due discipline risulta fondata su presupposti logici obiettivi, che ne giustificano razionalmente l'adozione. Ciò è avvenuto, ad esempio, in un giudizio avente ad oggetto la deroga alla disciplina generale della produzione e della vendita di sostanze alimentari dettata, nello specifico, per la pasta prodotta con impiego di uova¹⁵⁶; in questo caso, la Corte ha ravvisato nel prodotto in questione caratteristiche tali da far ritenere legittime le prescrizioni contestate, poiché volte a fornire una più incisiva tutela al consumatore. In un'altra occasione, il giudice remittente ha chiesto l'estensione della disciplina relativa alla costituzione coattiva della servitù di acquedotto anche a quella di metanodotto, sulla base del rilievo che «l'energia termica costituirebbe oggi un bisogno della vita al pari dell'acqua e della ritenuta insussistenza di qualsivoglia componente di maggior pericolosità nel trasporto attraverso condutture del gas metano rispetto al trasporto dell'acqua»¹⁵⁷; ma le situazioni poste a raffronto non vengono ritenute omogenee al punto da imporre tale soluzione come costituzionalmente obbligata, poiché «le utilità conseguibili dall'impiego del metano, a differenza di quelle connesse alla utilizzazione dell'acqua, possono essere acquisite anche con altre fonti di energia; sicché non appare irragionevole la valutazione che il legislatore ha compiuto allorché ha previsto la costituzione coattiva della servitù di acquedotto e non anche di metanodotto». È sempre sulla base di dati tecnici che viene giustificata la disciplina previdenziale speciale riguardante la riduzione del limite di età pensionabile per i lavoratori delle miniere, cave e torbiere: la differenziazione di trattamento rispetto ad altre categorie professionali non risulta arbitraria in quanto «la condizione dei lavoratori di imprese edilizie, saltuariamente addetti a lavorazione in galleria, non è parificabile alla condizione professionale dei minatori, sia sotto il profilo degli effetti usuranti della prestazione di lavoro, sia sotto il profilo del rischio ambientale. Il progresso tecnologico, che risparmia all'uomo fatica e rischi, è minore nelle attività estrattive che nelle attività di escavazione di gallerie stradali o ferroviarie, per le quali sono oggi disponibili potenti mezzi meccanici»¹⁵⁸.

¹⁵⁵ Ad esempio, nella sent. 99/1979 (e nella successiva sent. 1/1982), la Corte sancisce il principio secondo il quale non è «irrazionale attribuire un analogo potenziale pericoloso a condotte che, pur nella loro diversità, sono ugualmente idonee ad indebolire taluno dei presidi avanzati posti dal legislatore a difesa della salute pubblica» (punto 8 del considerato in diritto). Nel caso di specie il giudice *a quo* impugnava le norme penali che punivano con la stessa pena il fatto grave dell'impiego di coloranti non autorizzati che mette in pericolo la salute pubblica (poiché l'autorizzazione è negata ai coloranti nocivi) e l'omissione della formalità di indicazione dei coloranti consentiti, nonché il mancato rispetto delle norme regolamentari per l'impiego dei coloranti consentiti. La Corte basa la sua decisione sui seguenti rilievi: «Basta leggere l'elenco delle sostanze coloranti autorizzate, [...] le prescrizioni sulle caratteristiche fisico-chimiche e sui requisiti generali e specifici di purezza che tali coloranti devono possedere [...] l'indicazione dei diluenti [...] per rendersi conto della delicatezza dei processi chimici che attraverso l'aggiunta dei coloranti vengono o possono essere determinati nelle sostanze alimentari; basta ancora por mente alla rapidità con cui nuove cognizioni scientifiche vengono ad aggiungersi alle precedenti, talvolta anche in modi radicalmente confliggenti, per riconoscere la opinabilità di qualsiasi valutazione comparativa, in termini di gravità, tra le diverse fattispecie di reato previste dalla legge 283/1962».

¹⁵⁶ Sent. 57/1974: «Il legislatore, nel prescrivere, per la produzione e la vendita della pasta all'uovo, più appropriati criteri restrittivi di quelli di massima previsti dalla legge generale n. 283 del 1962, si è proposto di assicurare ai consumatori, anche nelle modalità di presentazione, maggiori garanzie e una più incisiva tutela circa la natura, la composizione e le caratteristiche qualitative e quantitative del prodotto smerciato e ciò prevalentemente al fine di eliminare ogni possibile abuso o induzione in errore».

¹⁵⁷ Ord. 357/2002.

¹⁵⁸ Sent. 270/1995, punto 3 del considerato in diritto.

Come evidenziato dai giudizi considerati, la Corte basa le sue decisioni, sia di rigetto che di accoglimento, per lo più su fatti notori o rientranti nell'*id quod plerumque accidit*¹⁵⁹. Ad esempio, è stata ritenuta ragionevole la differenziazione, ai fini penali, tra detenzione, acquisto, importazione di sostanze stupefacenti, da un lato, e coltivazione delle stesse, dall'altro,¹⁶⁰ sulla base del fatto che il nesso di immediatezza con l'uso personale mancherebbe nell'ipotesi della coltivazione.

6.4. (segue) - Un sindacato più penetrante sui “fatti” nei giudizi di eguaglianza: tra astrattezza della fattispecie e realtà fattuale

Vi sono, però, anche giudizi nei quali il giudice costituzionale procede ad un'analisi approfondita degli elementi fattuali posti alla base della disciplina. Un esame particolareggiato della realtà è stato necessario per decidere sulla ragionevolezza dell'equiparazione, ai fini penali, delle armi ad aria compressa, sia lunghe che corte, alle armi comuni da sparo: in tale giudizio la Corte riconosce nella corrispondenza della norma ai fatti presupposti un vero e proprio canone di razionalità. Nell'ambito penale, invero, «il legislatore non ha da tener conto soltanto della naturale destinazione dell'oggetto materiale del fatto che intende incriminare bensì anche, e soprattutto, dell'uso concreto che dell'oggetto stesso l'esperienza mostra»¹⁶¹; è sulla base di alcuni rilievi empirici¹⁶² che, nel giudizio in questione, si arriva a dimostrare la pericolosità delle armi ad aria compressa e ad affermare la non arbitrarietà della loro classificazione tra le armi da sparo¹⁶³. Nella

¹⁵⁹ Per la definizione di tale figura si veda R. Bin, *Atti normativi* cit., 324, secondo il quale l'*id quod plerumque accidit* «serve a richiamare una realtà “media” dei comportamenti sociali o delle relazioni economiche: si assume, quindi, un criterio di tipo statistico, operando però esclusivamente sulla base di dati generici di comune esperienza», così già L. Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova 1985, 657.

¹⁶⁰ Si tratta della sent. 360 del 1995, nella quale la Corte rileva che «la detenzione, l'acquisto e l'importazione di sostanze stupefacenti per uso personale rappresentano condotte collegate immediatamente e direttamente all'uso stesso», a differenza del caso della coltivazione ove «manca questo nesso di immediatezza con l'uso personale e ciò giustifica un possibile atteggiamento di maggior rigore, rientrando nella discrezionalità del legislatore anche la scelta di non agevolare comportamenti propedeutici all'approvvigionamento di sostanze stupefacenti per uso personale». E tale posizione viene ribadita nella sent. 296/1996, con la precisazione che «è l'elemento teleologico della destinazione della droga all'uso personale ad assicurare (secondo l'*id quod plerumque accidit*) tale nesso di immediatezza».

¹⁶¹ Sent. 132/86, punto 3 del considerato in diritto.

¹⁶² Si legge infatti nella citata sentenza che «non può certo esser precluso al legislatore penale tener conto dell'uso distorto delle armi ad aria compressa, già realizzato e prevedibilmente verificabile in futuro. E nessuno può disconoscere che, non di rado, esse sono (e possono essere) usate in modo da destare concreto pericolo almeno per l'incolumità individuale»; al fine di argomentare la capacità offensiva delle armi ad aria compressa la Corte rileva, tra le possibili conseguenze del loro utilizzo, «gli “accecamenti” che, appunto i ragazzini, per scopi ricreativi, possono provocare: la penetrazione sia pur per meno di un centimetro, in una parte vitale del corpo umano, normalmente non coperta da indumenti, può provocare danni irreversibili che, se non giungono alla morte, sono certamente da evitare mediante rigorose sanzioni tese a prevenire offese a beni di grande rilevanza», ed osserva inoltre che «l'esperienza insegna che danni gravi ed irreversibili sono spesso provocati, per gioco, imprudentemente, negligenzemente, per mancanza di perizia ecc. nell'uso delle armi in esame», infine c'è «una caratteristica delle armi ad aria compressa che va qui posta in rilievo: ed è la “silenziosità”. Esse possono raggiungere il bersaglio, finalisticamente proposto dal soggetto attivo del fatto o colposamente perseguito, in maniera silenziosa; e si prestano, pertanto, agevolmente ad uso fraudolento».

¹⁶³ Sollecitata, inoltre, dallo stesso remittente a dar conto della circostanza che una presunta uguale pericolosità sarebbe smentita dallo stesso legislatore, dal momento in cui esclude dal novero delle armi agli effetti penali «quelle destinate alla pesca, ancorché ad aria compressa e ancorché aventi una potenza offensiva maggiore delle altre armi ad aria compressa e di quelle indicate nella norma impugnata», la Corte precisa che «soltanto in base a sorpassate concezioni dottrinali sarebbe sostenibile che il legislatore possa ignorare la realtà, non verificando l'esperienza dalla quale la normazione statale prende avvio», e che nel caso delle armi ad aria compressa destinate alla pesca «non risulta che si siano verificate, per il passato,

motivazione viene inoltre fatto notare che non si è di fronte ad una vera e propria equiparazione delle armi ad aria compressa alle armi comuni da sparo «giacché soltanto le armi ad aria compressa che, per le proprie, particolari caratteristiche, hanno attitudine a recare offesa alla persona, sono effettivamente considerate, dall'articolo in esame, quali armi comuni da sparo: non tutte, dunque». In questo modo viene lasciata al giudice la possibilità di operare una verifica, caso per caso, della potenzialità offensiva delle armi ad aria compressa, il cui utilizzo integra la condotta oggetto del concreto giudizio penale.

Quest'ultimo rilievo sposta l'attenzione su tutti quei giudizi costituzionali nei quali l'elemento portante della censura rivolta alla norma consiste nell'eccessiva rigidità e astrattezza di essa rispetto alla realtà fattuale. La pronuncia di incostituzionalità può, infatti, essere necessitata dall'eccessiva estensione della classificazione legislativa che porta a sottoporre ad un trattamento eguale situazioni molto diverse. Nella sent. 141/1984, esplicitamente, si afferma che «ogni qualvolta il legislatore deve ricorrere necessariamente a tipizzazione [...] non può che attenersi a criteri generali ed astratti, con ovvi caratteri di presuntività, che ben possono dar luogo, nella concreta applicazione, a situazioni di discriminazione»: è compito della Corte «valutare se il sacrificio imposto a taluni casi particolari rientri nella regola discendente dalla imprescindibile astrattezza della norma, oppure se, eccedendo tali limiti, la norma determini situazioni di irragionevole disparità»¹⁶⁴.

La presunzione di pericolosità del minore di anni quattordici imputabile di un delitto non colposo, sanzionato con l'ergastolo o la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, e il conseguente automatico ricovero obbligatorio in riformatorio giudiziario, sono considerati illegittimi¹⁶⁵ dal giudice costituzionale per contrasto con l'art. 3 Cost. poiché «situazioni diverse sono riguardate in modo identico». Nella motivazione della sentenza si legge che «non può negarsi davvero che diverso sia l'atteggiamento psichico [...] allorché si tratti di un minore che si avvicini ai quattordici anni di età (cioè sia in età matrimoniale: art. 84, secondo comma, cod. civ.) e allorché si tratti di un infante o di un bimbo in tenera età»¹⁶⁶; inoltre, «la presunzione di pericolosità, che negli altri casi previsti dal codice si basa sull'*id quod plerumque accidit*, non ha fondamento allorché si tratti della non imputabilità del minore di anni quattordici: ché, al contrario, può ben dirsi che qui, data la giovanissima età del soggetto, la pericolosità rappresenti l'eccezione, per cui

rilevanti deviazioni, continui usi distorti». La sentenza prosegue con un approfondimento relativo alle armi ad aria compressa destinate alla pesca: «Per la loro conformazione, struttura, esse sono particolarmente ingombranti e certamente meno delle altre armi ad aria compressa si prestano ad utilizzazioni fraudolente. Va aggiunto che ad esse non sono, di norma, apponibili sistemi di puntamento tali da rendere le stesse armi strumenti di "speciale precisione" nel raggiungimento del bersaglio. Il che basta ad escludere che, nella specie, si sia invece trattato, come pure è stato sostenuto, di favorire alcune industrie».

¹⁶⁴ Punto 4 del considerato in diritto. Nel caso di specie si trattava di una questione relativa alla legittimità dell'esclusione dell'amnistia e del condono per chi ha riportato una condanna superiore ai due anni, per delitto non colposo nei cinque anni precedenti l'entrata in vigore del decreto impugnato; i remittenti contestano la valutazione su cui il legislatore basa la norma, cioè che, nel corso di un quinquennio, almeno i giudizi relativi a reati minori avessero grande probabilità di pervenire al giudicato. Sebbene in effetti in molti casi la previsione si sia rivelata inesatta, la Corte ritiene che ogni possibile modifica sul sistema normativo darebbe luogo a inconvenienti che solo il legislatore potrebbe risolvere discrezionalmente, ed esclude pertanto qualsiasi intervento additivo in merito.

¹⁶⁵ Si tratta della sent. 1/1971, avente ad oggetto l'art. 224, secondo comma, del codice penale.

¹⁶⁶ La Corte prosegue poi con un'argomentazione *ab absurdo* rilevando che «con la disposizione impugnata, al limite, anche l'infante dovrebbe essere ristretto in riformatorio giudiziario, per pericolosità presunta (il che, talvolta, è avvenuto): conseguenza, questa, tanto palesemente contraria a qualunque criterio di ragionevolezza, da costituire di per sé una condanna della norma da cui deriva» (punto 5 del considerato in diritto).

l'obbligatorietà ed automaticità del ricovero in riformatorio giudiziario non ha giustificazione alcuna»¹⁶⁷.

Con decisioni come quest'ultima, la Corte riesce a temperare la disciplina normativa, intervenendo direttamente sulla norma attraverso la dichiarazione di illegittimità – attraverso la censura della classificazione legislativa troppo rigida e astratta rispetto alle differenze fattuali –, o proponendo un'interpretazione adeguatrice, che permetta di ricavare nel processo applicativo un momento di valutazione discrezionale in capo al giudice (o alla p.a), tale da consentire una graduazione degli effetti secondo le diversità fattuali del caso concreto¹⁶⁸. Si tratta di casi in cui il giudice costituzionale, con il suo intervento, attenua le rigide previsioni legislative sottratte agli apprezzamenti delle autorità amministrative o giurisdizionali competenti¹⁶⁹.

In ultimo, si rileva che la considerazione di elementi fattuali può risultare centrale, al fine di dimostrare la violazione del principio di eguaglianza, quando entra in gioco il vizio dell'anacronismo legislativo. Tale figura, che sarà presa in considerazione nel paragrafo che segue, può infatti rendere incostituzionale una diversificazione di disciplina a causa dell'«obsolescenza dei motivi di trattamento derogatorio con riflessi di ordine propriamente costituzionale in relazione al criterio della “corrispondenza alla realtà” (giustamente accolto ai fini del controllo del rispetto del principio di eguaglianza)»¹⁷⁰.

6.5. L'anacronismo legislativo

Parzialmente diversa rispetto alle ipotesi sopra analizzate, nelle quali la Corte costituzionale rileva un'erronea valutazione legislativa dei fatti presupposti di una disciplina, è la questione della modificazione di tali elementi dovuta al passare del tempo: si tratta del cd. “anacronismo legislativo”. Tale fenomeno riguarda quei casi in cui la norma «non trova più giustificazione nella attuale realtà giuridica e sociale»¹⁷¹, a causa del venir meno o del mutare dei presupposti “fattuali” – sociali, economici, tecnici o scientifici – che invece sussistevano al momento dell'emanazione¹⁷². La censura di una legge “anacronistica” non coinvolge quindi direttamente la discrezionalità del legislatore¹⁷³, poiché il giudice costituzionale interviene al fine di sanare un vizio non originario, ma provocato dal semplice passaggio del tempo¹⁷⁴; spesso, infatti, la Corte richiama questa figura per modificare precedenti pronunce di rigetto e mutare il suo indirizzo

¹⁶⁷ Per supportare ulteriormente tale affermazione posta alla base della censura, la Corte evidenzia che «da tale premessa muove la relazione ministeriale al recente disegno di legge che sopprime la norma denunciata (Atti del Senato, V Leg., doc. n. 351)»¹⁶⁷.

¹⁶⁸ R. Bin, *Atti normativi*, cit., 326. Dello stesso Autore si veda anche *Diritti e argomenti*, Milano 1992, 90-93.

¹⁶⁹ Riscontra un atteggiamento più severo da parte della giurisprudenza costituzionale allorché si tratta di applicare gli specifici imperativi di eguaglianza, dettati dall'art. 3 comma 1, L. Paladin, *Ragionevolezza (Principio di)*, cit., 907.

¹⁷⁰ Sent. 20/1978 (punto 5 del considerato in diritto); in questa pronuncia la Corte dichiara l'illegittimità del divieto di brevettare i medicinali e i relativi procedimenti di fabbricazione, giudicando ingiustificata la deroga rispetto alla disciplina generale in tema di brevetto in campo industriale.

¹⁷¹ Sent. 140/1979, punto 3 del considerato in diritto.

¹⁷² R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., 476-477.

¹⁷³ Come rileva Zagrebelsky G., *La giustizia costituzionale*, cit., 157, secondo il quale «in presenza di norme legislative che appaiono relitti di epoche trascorse e perciò ormai non più sorrette da alcuna ragione giustificativa, la dichiarazione di incostituzionalità non è idonea, in concreto, a sollevare reazioni di lesa violazione dell'autonomia legislativa».

¹⁷⁴ Ciò non toglie che, in prima istanza, spetta pur sempre al legislatore intervenire ad “aggiornare” la disciplina ma di fronte ad «un anacronismo al quale non ha in tanti anni posto rimedio il legislatore», come si legge al punto 3 del considerato in diritto della sent. 508/2000, «deve ora provvedere questa Corte nell'esercizio dei suoi poteri di garanzia costituzionale».

interpretativo¹⁷⁵. L'analisi di tale casistica può risultare interessante, poiché essa costituisce una ulteriore dimostrazione del rilievo degli elementi fattuali nel giudizio di costituzionalità, indipendentemente dalla necessità di *self-restraint* nei confronti delle scelte legislative.

I mutamenti riscontrati nella realtà, ritenuti costituzionalmente rilevanti in sede di sindacato intorno alla ragionevolezza della legge, hanno riguardato diversi ambiti, quali: il progresso scientifico¹⁷⁶ e tecnologico¹⁷⁷, i cambiamenti del contesto storico¹⁷⁸ e della società¹⁷⁹, le modificazioni della coscienza e dei costumi sociali¹⁸⁰, le trasformazioni del mercato del lavoro¹⁸¹ e dei processi produttivi¹⁸². Spesso, in questi casi, il parametro di

¹⁷⁵ R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., 476-477.

¹⁷⁶ Questi e altri rilievi di fatto, rientranti nella comune esperienza, relativi ai presupposti da cui nasce il diritto ad agire per il disconoscimento della paternità, portano a dichiarare illegittime le limitazioni temporali stabilite in materia dal codice civile: si tratta della sent. 134/1985, in cui la Corte dichiara «la illegittimità costituzionale dell'art. 244, secondo comma, del codice civile, nella parte in cui non dispone, per il caso previsto dal n. 3 dell'art. 235 dello stesso codice, che il termine dell'azione di disconoscimento decorra dal giorno in cui il marito sia venuto a conoscenza dell'adulterio della moglie».

Un'altra pronuncia il cui rileva il progresso scientifico è la sent. 226/1987, in cui si dichiara l'illegittimità costituzionale della norma che prevede l'esclusione, tra i casi di infortunio sul lavoro, dell'evento dannoso derivante da infezione malarica poiché tale malattia è ormai stata debellata e può quindi essere fatta rientrare tra i rischi generici e non più in quelli specifici.

¹⁷⁷ Sent. 132/1985, punto 5 del considerato in diritto.

¹⁷⁸ Nella sentenza avente ad oggetto la disciplina sulla proroga del vincolo alberghiero (sent. 4/1981), si conclude per l'illegittimità poiché esso trovava giustificazione solo «nelle circostanze del dopoguerra». L'anacronismo deriva, quindi, dal mutamento delle circostanze economiche e sociali che ha reso inattuale il fine originariamente perseguito (cioè i fini sociali): «la necessità di non diminuire le ridotte ed insostituibili attrezzature turistiche allora esistenti» – esigenza pressante a suo tempo – «è venuta affievolendosi, a misura che si è accresciuto ed ammodernato il patrimonio alberghiero; mentre la discriminazione introdotta nel regime vincolistico è troppo a lungo trascorsa da una proroga all'altra, sconfinando oltre il ragionevole esercizio della discrezionalità legislativa».

¹⁷⁹ La sent. 108/1994 accoglie la questione di legittimità relativa alla condizione dell'appartenenza a famiglia di estimazione morale indiscussa per l'accesso ai ruoli del personale della polizia di Stato. Secondo la Corte, «la norma denunciata riflette una situazione storica della società italiana propria di molti decenni or sono, quando la famiglia era, di norma, l'ambito di socializzazione pressoché esclusivo dei giovani»; si precisa infatti che sarebbe arbitrario «a seguito dell'evoluzione dei rapporti sociali generali, che permette ai giovani un'accresciuta possibilità di interazione in ambiti extrafamiliari», presumere che valutazioni o comportamenti riferibili alla famiglia di appartenenza o a singoli membri debbano essere automaticamente trasferiti all'interessato medesimo.

Un ulteriore esempio può essere fornito dalla sent. 41/1999, che argomenta l'irragionevolezza della presunzione di liberalità di trasferimenti immobiliari tra coniugi attraverso una serie di esemplificazioni (si pensi ai casi di separazione legale o di separazione di fatto) e sulla base del «dato fattuale, rappresentato dal consistente numero delle separazioni tra coniugi, le quali vengono regolate dal lato patrimoniale mediante attribuzioni a carattere oneroso, incide direttamente sulla rispondenza della norma all'*id quod plerumque accidit*».

¹⁸⁰ La Corte dimostra di prestare attenzione al contesto sociale e culturale, ad esempio, portando diversi elementi concreti a sostegno della decisione di dichiarare incostituzionale il reato di «incitamento a pratiche contro la procreazione». Nella sent. 49/1971 si rileva, infatti, che «il problema della limitazione delle nascite ha assunto, nel momento storico attuale, una importanza e un rilievo sociale tale, ed investe un raggio di interesse così ampio, da non potersi ritenere che, secondo la coscienza comune e tenuto anche conto del progressivo allargarsi della educazione sanitaria, sia oggi da ravvisare un'offesa al buon costume nella pubblica trattazione dei vari aspetti di quel problema, nella diffusione delle conoscenze relative, nella propaganda svolta a favore delle pratiche anticoncettive» e si aggiunge, inoltre, che «il rilevante numero degli aborti è portato, dalla difesa della parte privata nel presente giudizio e da gran parte della letteratura sull'argomento, come una delle ragioni a favore della diffusione della conoscenza delle pratiche antifecondative».

¹⁸¹ È sulla base di riscontri fattuali che la sent. 160/1971 nega che sia ancora valida una distinzione tra impiegati ed operai per quanto riguarda l'età pensionabile, essendo venuta meno tale differenziazione a fronte della crescente specializzazione richiesta dal mercato e per il fatto che, conseguentemente, anche per l'operaio diventa difficile trovare un nuovo lavoro.

riferimento della Corte è costituito dall'art. 3¹⁸³: come esplicitamente affermato nella sent. 20/1978, un trattamento normativo differenziato può non risultare più giustificabile alla luce delle nuove circostanze storiche e fattuali¹⁸⁴.

In generale, l'anacronismo legislativo è quindi un fenomeno che si ricollega al passaggio del tempo¹⁸⁵; si noti però che questo vizio può configurarsi solo se la funzione originaria della norma viene meno senza la possibilità di intravederne una nuova. Infatti, qualora la *ratio legis* di una disciplina subisca nel tempo trasformazioni tali per cui a questa ultima possa essere attribuita una funzione diversa da quella originaria, ma plausibile per il sistema giuridico¹⁸⁶, si verifica l'«eterogenesi dei fini», grazie alla quale la norma può continuare ad operare nell'ordinamento¹⁸⁷.

¹⁸² L'incostituzionalità del divieto di brevettabilità dei prodotti farmaceutici viene dichiarata (sent. 20/1978) perché «non appaiono ormai corrispondenti a realtà» i motivi della deroga: da un lato, è superato «il timore di agevolare ciarlatani, speciali e segretisti da quando la produzione dei medicinali ha superato le arcaiche condizioni che potevano (in ipotesi) facilitare quel tipo di sfruttamento della credulità popolare», dall'altro, il mezzo legislativo è inidoneo allo scopo (impedire il rincaro dei prezzi) poiché – come dimostra l'esperienza di paesi in cui è ammessa la brevettabilità dei farmaci – non è possibile stabilire «un legame di causa-effetto tra brevettabilità e livello dei prezzi, risultando ovunque il mercato dei medicinali largamente corretto da interventi autoritativi, che debbono tener conto non solo del costo delle materie prime e della mano d'opera, del normale profitto e della spesa di confezionamento, ma pure della possibile diffusione del farmaco, dell'incidenza della ricerca, nonché di altri fattori più peculiari».

¹⁸³ Si veda ad esempio il giudizio avente ad oggetto la proroga del vincolo alberghiero concluso con la sent. 4/1981 (citato alla nota precedente), nel quale la Corte ha rilevato e censurato una discriminazione tra proprietari non più giustificabile.

¹⁸⁴ In tema di responsabilità dei vettori aerei, la limitazione dell'obbligo risarcitorio e il conseguente sacrificio imposto a chi subisce il danno non trovano più giustificazione, secondo la Corte, a fronte di un'evoluzione della realtà, costituita dalla «continua ed imponente crescita del traffico aereo» e dal «livello di sicurezza conseguito nel suo svolgimento e la flessione dei costi assicurativi, dovuta alla riduzione del rischio» (sent. 20/1978, punto 5 del considerato in diritto). Nella medesima pronuncia si precisa inoltre che «negli ultimi anni la presa di coscienza della sopravvenuta mancanza di ogni fondamento razionale della deroga è cresciuta di pari passo con l'affermarsi del valore della ricerca scientifico-tecnica e del dovere della Repubblica di promuoverla; con la più elevata capacità dell'industria farmaceutica italiana di organizzare la ricerca, anche in rapporto alle condizioni di competitività con quella degli altri paesi; ed infine con le più intense relazioni con i mercati esteri, particolarmente nell'ambito degli stati appartenenti alla organizzazione del Consiglio d'Europa ed a quella della Comunità economica europea (come è attestato dalle convenzioni stipulate dal governo italiano, tutte orientate a restringere o a eliminare radicalmente la possibilità di vietare la brevettazione in singoli settori)».

¹⁸⁵ Per ragioni di completezza risulta doveroso fare solo un cenno, poiché ai fini della presente ricerca non è argomento rilevante, all'esistenza di altre ragioni, diverse dal cambiamento della realtà fattuale, che possono dare origine all'anacronismo: ci si riferisce ad esempio all'evoluzione del diritto positivo e quindi dell'ordinamento giuridico stesso.

Si pensi alla riforma del diritto di famiglia e ai numerosi interventi della Corte costituzionale al fine di espungere dall'ordinamento quelle disposizioni che rispondevano ai principi della vecchia legislazione. Nella sent. 64/1982, ad esempio, la Corte ha riconosciuto che, con la suddetta riforma, il legislatore del 1975 ha attribuito prevalenza al *favor veritatis* rispetto al *favor legitimitatis* in tema di filiazione.

¹⁸⁶ Si veda, ad esempio, la sent. 5/1962, nella quale si ritiene che la normativa sull'ammasso del risone, emanata nell'immediato dopoguerra per far fronte alle necessità impellenti dell'alimentazione nazionale, può conservare la funzione di tutela della relativa produzione. Come si legge al punto 3 del considerato in diritto: «Non può esser negata, infatti, la legittimità della conservazione in vita, per nuove esigenze di interesse generale (nella specie, di tutela della produzione di certe derrate), di una disciplina giuridica particolare, originariamente introdotta in funzione di esigenze diverse (nella specie, di assicurazione della alimentazione nazionale): ciò perché è da riconoscere al legislatore la possibilità di valutare (sempre che ciò non avvenga in modo arbitrario) se sopravvivano ragioni di interesse generale per la conservazione, nell'ordinamento, di istituti in esso presenti, indipendentemente dai motivi che dettero loro origine».

¹⁸⁷ Cfr. A. Cerri, *Eterogenesi dei fini, anacronismo legislativo, limiti del giudicato costituzionale – Riflessioni a proposito della caduta del vincolo alberghiero*, in *Le Regioni*, 1981, 735-736. *Contra* si veda Modugno F., *La ragionevolezza* cit., 30, secondo il quale il fenomeno dell'eterogenesi dei fini implicando un'insorta contraddizione tra fini e *rationes*, comporterebbe sempre un vizio di legittimità.

Quest'ultimo fenomeno sarà ravvisabile più facilmente relativamente a parametri costituzionali elastici – come il principio di eguaglianza o il limite dell'utilità sociale –, cioè laddove la Costituzione non prescriva al legislatore uno scopo preciso, ma ponga solo un'indicazione finalistica suscettibile di diverse concretizzazioni; invece, relativamente a parametri costituzionali rigidi e precisi l'eterogenesi dei fini incontra limiti più stringenti, poiché occorrerà che la nuova *ratio* della norma rientri tra quelle consentite dal parametro costituzionale e risponda ai requisiti da questa fissati¹⁸⁸. Ad esempio, la norma relativa alla protezione della produzione del grano duro, passata al vaglio della Corte nella sent. 20/1980, viene ritenuta non priva di ragionevolezza anche se le importazioni nel settore risultano accresciute.

La configurazione dell'anacronismo legislativo, a ben vedere, rappresenta un modo attraverso cui il giudice costituzionale arriva ad operare un sindacato sulla ragionevolezza che si estende fino ad individuare una sorta di eccesso di potere legislativo, in particolar modo in riferimento al principio di eguaglianza, sia formale che sostanziale¹⁸⁹. Un esempio a questo proposito può essere fornito dalla sent. 167/1999, che ritiene costituzionalmente illegittima la mancata previsione di una servitù coattiva di passaggio per esigenze abitative dei portatori di handicap¹⁹⁰. Come sostenuto in dottrina¹⁹¹, l'anacronismo integra una figura del controllo di ragionevolezza delle leggi, in quanto si ravvisa ogni qual volta una norma di legge ordinaria violi norme costituzionali, pur essendo ragionevole nel suo contesto originario, perché divenuta irragionevole nel mutato e sopravvenuto contesto socioeconomico e normativo in cui essa continua ad essere vigente: «la irrazionalità della norma è pacifica e scuramente accettabile quando vi sia un errore sul fatto presupposto della norma stessa [...], in sostanza in ogni caso in cui la irrazionalità della norma sia accertabile in modo incontrovertibile fuoriuscendo dal campo della opinabilità».

La stessa giurisprudenza costituzionale, rende massimamente evidente come l'aderenza alla realtà, e quindi la corretta valutazione dei fatti che stanno alla base della determinazione normativa, sia un condizione che può diventare essenziale ai fini della costituzionalità della norma.

In questa sede, interessa mettere in evidenza come, in diverse occasioni, la pronuncia di incostituzionalità ponga al centro della motivazione il riconoscimento di un anacronismo che può essere dimostrato sulla base di rilievi fattuali. In tutti i casi analizzati, però, la Corte non ha avuto necessità di procedere ad approfondimenti particolari o a valutazioni sulla consistenza di tali dati empirici. Un caso invece molto particolare in cui la Corte

¹⁸⁸ Cfr. A. Cerri, *Eterogenesi dei fini, anacronismo legislativo*, cit., 736-737.

¹⁸⁹ In questo senso G. Serges, *Anacronismo legislativo eguaglianza sostanziale e diritti sociali*, in *Giur. it.*, 2000, 688.

¹⁹⁰ Al punto 6 del considerato in diritto si legge infatti che «la impossibilità di accedere alla pubblica via, attraverso un passaggio coattivo sul fondo altrui, si traduce nella lesione del diritto del portatore di *handicap* ad una normale vita di relazione, che trova espressione e tutela in una molteplicità di precetti costituzionali: evidente essendo che l'assenza di una vita di relazione, dovuta alla mancanza di accessibilità abitativa, non può non determinare quella disuguaglianza di fatto impeditiva dello sviluppo della persona che il legislatore deve, invece, rimuovere. L'omessa previsione della esigenza di accessibilità, nel senso già precisato, della casa di abitazione, accanto a quelle, produttivistiche, dell'agricoltura e dell'industria rende, pertanto, la norma denunciata in contrasto sia con l'art. 3 sia con l'art. 2 della Costituzione, ledendo più in generale il principio personalista che ispira la Carta costituzionale e che pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana».

¹⁹¹ E. Spagna Musso, *Norma anacronistica* cit., 2718. Va peraltro precisato che secondo l'A. una norma anacronistica non sarebbe sempre necessariamente viziata da illegittimità costituzionale, anche se antiquata ed erronea; nel caso di specie viene criticata la sent. 91/1973, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 781 c.c. come elaborato dal legislatore del 1942, in quanto contrastante con il principio di eguaglianza, poiché la previsione del divieto di donazioni tra coniugi, sebbene inopportuna in quanto segue una linea di politica legislativa antiquata ed erronea, sarebbe comunque da considerarsi costituzionalmente legittima, perché collegata ad uno *status* costituzionale protetto che consentirebbe tale limitazione all'attività negoziale dei coniugi.

rileva e sanziona, attraverso diverse di pronunce di illegittimità, una serie di anacronismi legislativi, è costituito dalla vicenda del monopolio radiotelevisivo, oggetto di approfondimento nel prossimo paragrafo.

6.6. Un esempio famoso di anacronismo legislativo: la giurisprudenza costituzionale sul monopolio radiotelevisivo

Nei giudizi di legittimità costituzionale aventi ad oggetto la disciplina relativa al monopolio radiotelevisivo, la valutazione dei presupposti fattuali della normativa ha indubbiamente rivestito un ruolo centrale. La giustificazione della riserva allo Stato trova, infatti, la base nel dato che in assenza di quest'ultima si creerebbe (molto probabilmente) una situazione di oligopolio privato, a causa delle caratteristiche tecnologiche del sistema di diffusione e dei costi di gestione degli impianti. Come si rileva fin dalla sent. 59/1960: «data la attuale limitatezza di fatto dei “canali” utilizzabili, la televisione a mezzo di onde radioelettriche (radiotelevisione) si caratterizza indubbiamente come una attività predestinata, in regime di libera iniziativa, quanto meno all'oligopolio»¹⁹² e, pertanto, rientra tra le categorie di imprese che l'art. 43 Cost. permette di sottrarre alla libera iniziativa economica¹⁹³.

Per la disciplina del servizio radiotelevisivo, la considerazione dei dati tecnici, che ne costituiscono il presupposto di fatto, è quindi imprescindibile sia in sede legislativa che di legittimità¹⁹⁴.

Vi sono, in particolare, tre aspetti della vicenda giurisprudenziale in questione che risultano particolarmente interessanti.

In primo luogo, si tratta di giudizi in cui sia il giudice remittente che quello costituzionale si trovano a costruire le loro motivazioni essenzialmente sulla base di elementi fattuali. La realtà tecnologica è il presupposto della normativa ed è la Corte stessa che, fin dalla prima pronuncia, eleva tali dati di fatto a criteri di giustificazione della disciplina. Nei successivi giudizi¹⁹⁵ la qualificazione dei fatti presupposti assume quasi le

¹⁹² Punto 5 del considerato in diritto.

¹⁹³ L'esercizio esclusivo da parte dello Stato, che è in grado di assicurare «più favorevoli condizioni di obiettività, di imparzialità, di completezza e di continuità in tutto il territorio nazionale» ad un'attività (la diffusione radiotelevisiva) «di preminente interesse generale», si giustifica, inoltre, per ragioni «di utilità generale».

¹⁹⁴ Il giudice delle leggi ribadisce, in ognuna delle successive pronunce in materia, che le ragioni giustificatrici del monopolio statale della radiotelevisione via etere (nonché degli analoghi servizi via cavo quando questi riguardano l'intero territorio nazionale o comunque la massima parte di esso) risiedono nell'esistenza di determinate circostanze fattuali: la limitatezza delle frequenze e gli ingenti costi degli impianti che, in assenza di riserva, comporterebbero il pericolo di oligopoli privati.

¹⁹⁵ Con la sent. 225/1974, viene confermata la legittimità del monopolio, specificando che la radiotelediffusione soddisfa un bisogno essenziale della collettività e che, pertanto, va qualificata come un servizio pubblico essenziale; ma, al contempo, si rileva che «la riserva allo Stato, in quanto trova il suo presupposto nel numero limitato delle bande di trasmissione assegnate all'Italia, non può abbracciare anche attività, come quelle inerenti ai c.d. ripetitori di stazioni trasmittenti estere, che non operano sulle bande anzidette». Viene quindi dichiarata incostituzionale l'estensione della suddetta disciplina ai servizi di radiotelediffusione circolare a mezzo di onde elettromagnetiche, cioè per i ripetitori esteri, essendo in tal caso ritenuto sufficiente, al fine di salvaguardare i pubblici interessi, un regime di autorizzazione.

Analogamente, la successiva sent. 226/1974, ritiene illegittima la sottoposizione al regime di monopolio delle trasmissioni radiotelevisive via cavo a raggio limitato, bastando, anche in questo caso, ricorrere ad un'autorizzazione amministrativa. L'ordinanza di rimessione pone al centro della sua argomentazione proprio l'inesistenza di presupposti fattuali tali da giustificare la riserva allo Stato in questo particolare ambito, sostenendo che «giacché i canali realizzabili mediante cavo sono illimitati e di costo non rilevante, l'estensione del monopolio statale alla televisione via cavo, non potendo giustificarsi in base all'esistenza di un monopolio di fatto dovuto a ragioni tecniche, come per la televisione via etere, contrasta con gli artt. 41 e 43 della Costituzione». Dal momento che l'Avvocatura dello Stato nega tali rilievi di fatto, il giudice costituzionale, al fine di risolvere la questione, procede ad una serie di precisazioni, volte a condividere la

caratteristiche di una questione preliminare, che la Corte si trova a dover definire prima di poter procedere al giudizio nel merito, condotto sulla base di ragioni “di diritto”¹⁹⁶.

Inoltre, le pronunce prese in considerazione presentano un collegamento con i profili esaminati in precedenza¹⁹⁷. Si tratta, innanzitutto, di giudizi in cui entrano in gioco parametri quali l'utilità sociale e l'interesse generale, cioè quelle clausole generali e astratte per la qualificazione delle quali, nel caso specifico, la considerazione dei fatti assume importanza primaria. È infatti sulla valutazione della probabile formazione di una situazione di oligopolio privato, in assenza della riserva allo Stato, dati quei particolari presupposti fattuali, che si basano le risposte del giudice costituzionale. In realtà, la Corte non mette mai in discussione l'attendibilità della prognosi legislativa, ma solo l'oggettiva esistenza o meno dei dati tecnici posti a fondamento della stessa: è infatti la confutazione del presupposto di fatto l'elemento forte della motivazione delle ordinanze di rimessione e delle decisioni di accoglimento. Addirittura, nella sent. 148/1981, a fronte della possibilità che tale realtà tecnica sia venuta meno, è lo stesso giudice delle leggi che ravvisa, sulla base di altri rilievi fattuali, il permanere delle ragioni di utilità sociale che giustificano, alla luce della Costituzione, la compressione della libertà di iniziativa economica privata imposta dalla disciplina impugnata¹⁹⁸. Si noti come in questa decisione la Corte dia importanza ai mutamenti della tecnica delle comunicazioni, ma è ancora una volta sulla

ricostruzione fattuale operata dal giudice *a quo*, mettendo in evidenza che «la differenza pratica di maggior rilievo ai fini del presente giudizio, fra televisione via cavo e televisione via etere, è data dalla limitatezza dei canali realizzabili via etere e dall'illimitatezza dei canali realizzabili via cavo, potendosi questi aumentare indefinitamente moltiplicando il numero dei cavi, com'è pacificamente e universalmente riconosciuto» (punto 3 del considerato in diritto). Considerato, inoltre, che «gl'impianti di televisione via cavo a carattere locale non hanno, entro certi limiti, un costo non sostenibile da singole imprese, come dimostrano l'esperienza estera e la stessa modesta esperienza italiana al riguardo [...] non si vede infatti quale “utilità generale” possa avere, nel nostro ordinamento costituzionale, inibire, comprimendo l'iniziativa privata, la realizzazione di una pluralità di reti televisive via cavo, attraverso le quali sia più largamente attuata la libertà di manifestazione del pensiero sancita dal primo comma dell'art. 21 della Costituzione» (punto 4 del considerato in diritto).

A distanza di un anno appena, con la sent. 202/1976, la Corte si trova ad estendere le medesime conclusioni – sempre sulla base del ragionamento secondo il quale il presupposto del riconoscimento della legittimità del monopolio è la limitatezza dei canali disponibili – alle trasmissioni radiofoniche e televisive via etere su scala locale, per le quali si ritiene che, «sulla base delle diffuse cognizioni tecniche e delle pratiche realizzazioni in atto esistenti», non sussista una concreta limitatezza in ordine alle frequenze utilizzabili. Si rileva, infatti, l'esistenza per le suddette stazioni locali, di «una disponibilità sufficiente a consentire la libertà di iniziativa privata senza pericolo di monopoli od oligopoli privati, dato anche il costo non rilevante degli impianti, cosicché il non consentirla – al contrario di quanto si è fatto per le trasmissioni via cavo – implica violazione del principio di eguaglianza [...]. Sotto il profilo della violazione dell'art. 21 della Costituzione, giacché, esclusa la possibilità di monopoli od oligopoli per le trasmissioni su scala locale, viene meno l'unico motivo che per queste ultime trasmissioni possa giustificare quella grave compressione del fondamentale principio di libertà, sancito dalla norma a riferimento, che anche un monopolio di Stato necessariamente comporta».

¹⁹⁶ Sul ruolo che, a tal fine, rivestono l'ordinanza di rimessione, le allegazioni delle parti costituite e i poteri istruttori si dirà nel capitolo IV, dove sarà ripresa e analizzata questa giurisprudenza sotto lo specifico punto di vista dell'entrata dei fatti nel giudizio della Corte.

¹⁹⁷ Vedi *supra* parr. 5.1., 5.2., 5.3. e 5.5.

¹⁹⁸ Il remittente, ritenendo venuti meno i presupposti di fatto impugnati, per contrasto con gli artt. 21 e 43 Cost., la normativa che stabilisce l'appartenenza in esclusiva allo Stato dei servizi di telecomunicazione via etere su scala nazionale. Con la sent. 148/1981 la Corte si pronuncia per l'infondatezza della questione, poiché ritiene irrilevante, ai fini del decidere, «ogni indagine, anche istruttoria, volta a stabilire se sussistano l'asserito aumento delle frequenze disponibili e la diminuzione dei costi di impianto e gestione dei servizi televisivi, non essendo gli anzidetti elementi determinanti e risolutivi per escludere il pericolo di formazione di oligopoli privati», in quanto sussisterebbe comunque il pericolo di oligopoli privati; questi ultimi sarebbero realizzabili «attraverso lo strumento della interconnessione e degli altri ben noti mezzi di collegamento di vario tipo oggi esistenti per le trasmissioni televisive».

base del progresso tecnologico, costituito da fatti diversi ed ulteriori da quelli fino a quel momento considerati, che fonda la sua decisione.

Per quanto riguarda il richiamo al principio di eguaglianza, l'estensione del monopolio anche alle trasmissioni via etere su scala locale viene dichiarata illegittima sulla base di un'argomentazione che, oltre all'art. 43, chiama in causa anche l'art. 3 Cost.; non è, infatti, ragionevole la diversità di trattamento tra le trasmissioni locali via cavo, ammesse al regime autorizzatorio dalla sent. 226/1974, e quelle locali via etere, a fronte di un medesimo presupposto fattuale (come già rilevato, anche in quest'ultimo caso, non esiste una concreta limitatezza in ordine alle frequenze utilizzabili).

Le dichiarazioni di illegittimità sopra ricordate sono state altresì ricondotte alla necessità di superare l'anacronismo della legge, dovuto al metamento dei suoi presupposti tecnologici¹⁹⁹. A ben vedere, però, in dottrina c'è chi configura un'erroneità *ab origine* della valutazione dei fatti operata in sede legislativa, poiché probabilmente «certe cose erano note agli scienziati della materia fin dall'inizio e forse la Corte avrebbe potuto avere fin dall'inizio una visione chiara della problematica assumendo consulenza tecnica»²⁰⁰; sarebbe quindi bastato un minimo approfondimento per rilevare la scorrettezza della configurazione della realtà tecnica e fattuale tanto in sede di costituzionalità quanto, prima ancora, in sede legislativa.

L'ultimo aspetto riguarda il problema delle garanzie che devono accompagnare la riserva allo Stato, al fine di assicurare che l'esercizio del monopolio dei servizi radiotelevisivi a trasmissione circolare sia effettivamente diretto al conseguimento di quei fini di utilità generale che lo giustificano. Questo tema è affrontato nella prima sentenza di accoglimento, la 225/1974, nella quale viene fornita una serie di indicazioni²⁰¹ con le quali la Corte ritiene di «adempiere al suo dovere di accertare quali siano le condizioni minime necessarie perché il monopolio statale possa essere considerato conforme ai principi costituzionali»²⁰². Quello che interessa rilevare è che il giudice delle leggi ha scelto un atteggiamento interventista, al fine di tutelare l'interesse primario della libertà di informazione e del pluralismo, arrivando, anche con valutazioni strettamente connesse a considerazioni fattuali, a definire con estrema precisione i mezzi con cui potrà (dovrà) essere conseguito l'interesse della collettività e quindi l'utilità sociale. Come si è osservato²⁰³, in materia radiotelevisiva la Corte ha avuto un ruolo che si potrebbe definire di prima “formalizzazione” di un indirizzo politico ancora in corso di formazione²⁰⁴:

¹⁹⁹ R. Bin, *Atti normativi cit.*, 330.

²⁰⁰ A. Cerri, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 1354.

²⁰¹ Si tratta dei famosi “comandamenti”, che orientano la stesura della successiva legge di riforma 103/1977. A tal proposito P. A. Capotosti, *Tanto tuonò..., ma non piovve*, in *Giur. cost.*, 1990, 2623, rileva che, per quanto riguarda la regolamentazione del settore radiotelevisivo, anche le decisioni di rigetto hanno costituito una forma di sollecitazione contro l'inerzia legislativa ed un'importante punto di riferimento per la stesura dei vari progetti di legge, che si sono vanamente succeduti almeno fino alla l. 223/1990.

²⁰² Punto 8 del considerato in diritto, ove si precisa che: «La sottrazione del mezzo radiotelevisivo è legittima solo se si assicuri che il suo esercizio sia preordinato a due fondamentali obiettivi: a trasmissioni che rispondano alla esigenza di offrire al pubblico una gamma di servizi caratterizzata da obiettività e completezza di informazione, da ampia apertura a tutte le correnti culturali, da imparziale rappresentazione delle idee che si esprimono nella società; a favorire, a rendere effettivo ed a garantire il diritto di accesso nella misura massima consentita dai mezzi tecnici». Segue poi il c.d. “decalogo”, nel quale il giudice costituzionale indica una serie di previsioni ritenute necessarie al fine dell'attuazione degli obiettivi indicati.

²⁰³ M. Luciani, *La produzioni economica*, cit., 234.

²⁰⁴ In altre occasioni, invece, il giudice delle leggi si è limitato a rivolgere “moniti” ed “inviti” al legislatore, evitando di intervenire con pronunce di accoglimento fondate sull'erroneità dei presupposti fattuali, proprio per evitare di stravolgere la logica complessiva del sistema e non perché elementi di fatto non fossero idonei ad essere posti alla base di tali decisioni. Si veda, ad esempio, relativamente all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, la sent. 101/1965 in cui la Corte rileva come «le questioni di legittimità costituzionale che vengono in materia sollevate, a parte la loro fondatezza in ciascun caso, stiano a

l'inesistenza di un consolidato impianto normativo stabile ed organico avrebbe permesso il superamento del *self-restraint*, attraverso un intervento basato su di un consenso diffuso riguardo certi principi della nuova regolamentazione. Questo tipo di riflessione potrà essere particolarmente utile quando si affronterà, in seguito, la questione relativa alla possibilità per il giudice costituzionale di intervenire, al fine di garantire il rispetto dei principi costituzionali, con pronunce che si pongono al limite dello spazio riservato alla discrezionalità dell'intervento legislativo.

7. Le modalità del controllo sui presupposti di fatto della norma e la dimostrazione dell'arbitrarietà della scelta legislativa

7.1. La sindacabilità della consistenza del fondamento empirico della legge

Nei precedenti paragrafi si è dimostrato come in sede di giudizio di legittimità possa essere determinante la considerazione di elementi fattuali. A tal proposito, autorevole dottrina²⁰⁵ rileva che non è possibile negare al giudice costituzionale di valutare nei "fatti" la ragionevolezza della scelta legislativa; ciò che può invece essere messa in discussione è l'estensione, o meglio le modalità, che tale controllo può assumere. La questione è appunto quella di individuare i limiti e le caratteristiche di un sindacato che miri a verificare la correttezza (e la completezza) della ricostruzione dei presupposti di fatto delle leggi.

Si tenterà quindi di trarre le prime conclusioni a riguardo, prendendo in considerazione la giurisprudenza costituzionale analizzata in questo capitolo.

In primo luogo, emerge che nel controllo di costituzionalità le valutazioni di ordine fattuale possono risultare rilevanti sotto diversi profili²⁰⁶, e principalmente: a) per la ricostruzione della *ratio distinguendi* di due discipline (nei giudizi di eguaglianza); b) per l'individuazione della *ratio legis* della norma impugnata (nei giudizi in cui si contesta la verità dei presupposti di fatto ad essa collegati, o nei giudizi di congruità che richiedono la verifica della prognosi legislativa ad essa sottesa); e c) più in generale, per valutare se la tutela legislativamente fornita ai diritti costituzionali sia sufficiente ed effettiva.

In tutte queste ipotesi (che verranno di seguito considerate in maniera unitaria) il vizio di costituzionalità può trovare origine sia da un'errata (o mancata) valutazione legislativa dei presupposti empirici della disciplina – in tal caso il giudizio di ragionevolezza valuterà la «corrispondenza a realtà delle premesse da cui muove la valutazione legislativa ed alle regole di esperienza delle previsioni onde risulta orientata»²⁰⁷ – sia da una non corrispondenza tra presupposti di fatto, correttamente qualificati dal legislatore, e relativo apprezzamento in diritto.

rivelare uno stato della pubblica coscienza assai sensibile al principio costituzionale della parità morale e giuridica dei coniugi, per la cui piena attuazione, nel rispetto dell'altro principio costituzionale dell'unità familiare, è da auspicare un organico intervento del legislatore»; ancora, nella sent. 144/1967, sempre in tema di diversità di trattamento tra coniugi, si legge che «può convenirsi nell'opinione che considera il sistema del Codice non aderente in ogni sua parte allo spirito informatore della sopravvenuta costituzione repubblicana, la quale ha tenuto conto della trasformazione verificatasi nella posizione della donna nella moderna società. Sull'esigenza di una sollecita adeguazione del sistema al nuovo ordine sociale la Corte ha ripetutamente richiamato l'attenzione del legislatore (v. sentenze n. 101 del 1965, nn. 49 e 71 del 1966) senza tuttavia che abbia ritenuto possibile farne decadere singole disposizioni, per l'incertezza che ne sarebbe derivata, data l'intima connessione che le lega fra loro e ne fa un tutto unitario»

²⁰⁵ R. Bin, *Atti normativi*, cit., 338.

²⁰⁶ Per tale differenziazione si veda R. Bin, *Atti normativi*, cit., 332 ss., per i punti sub a) e b); e G. Brunelli-A. Pugiotta, *Appunti per un diritto probatorio*, cit., 252-253, per i punti sub a) e c).

²⁰⁷ A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi* cit., 22, il quale colloca questo strumento tra quelli riconducibili *latu sensu* alla ragione scientifica.

Ammettere un intervento del giudice costituzionale in questa seconda ipotesi è – forse solo apparentemente²⁰⁸ – meno problematico rispetto al primo caso. Il potere di controllare la correlazione logica tra una disciplina legislativa e i fatti sui quali essa si basa viene del resto affermato fin dalle prime pronunce della Corte. Già nella sent. 53/1958, riguardante il principio di eguaglianza, si afferma esplicitamente che «la valutazione delle diverse situazioni é riservata al potere discrezionale del legislatore e sottratta perciò al giudizio di legittimità costituzionale. Ma é anche vero che non si contraddice a queste affermazioni, né si compiono valutazioni di natura politica, e nemmeno si controlla l'uso del potere discrezionale del legislatore, se si dichiara che il principio dell'eguaglianza é violato, quando il legislatore assoggetta ad una indiscriminata disciplina situazioni che esso stesso considera e dichiara diverse». Questo ragionamento è stato applicato, ad esempio, nella sent. 476/2002, in cui viene dichiarata illegittima la mancata previsione di un indennizzo agli operatori sanitari che, in occasione del servizio, abbiano riportato danni a seguito di infezione contratta per contatto con soggetti affetti da epatiti; il personale sanitario, secondo la legge impugnata, è ammesso al beneficio solo nel caso di contagio da infezioni da HIV e ciò rende irragionevole l'omissione, poiché lo stesso legislatore ha considerato equivalenti, ai fini dell'indennizzo, le due patologie se contratte a seguito di somministrazione o trasfusione di sangue²⁰⁹.

Se la Corte si limitasse a questo tipo di controllo²¹⁰, però, non arriverebbe mai a verificare la bontà delle valutazioni fattuali operate in sede legislativa e, conseguentemente, limiterebbe la causa di illegittimità ad una mera contraddizione – vizio di illogicità o contraddittorietà della legge – tra i fatti, così come qualificati dal legislatore, e la disciplina approntata. Un'indagine sulla consistenza dei presupposti empirici, implicante un controllo più penetrante su “coerenza”, “adeguatezza” e “proporzionalità” della legge, è invece ammessa dalla giurisprudenza costituzionale²¹¹, che in diverse pronunce verifica i dati fattuali cui la norma è collegata – con relativa censura di legittimità qualora la considerazione di tali elementi sia mancata o sia stata erronea²¹² –, facendo così venir meno l'idea di una discrezionalità legislativa assoluta in tale ambito²¹³.

²⁰⁸ Possono infatti presentarsi occasioni in cui il giudizio relativo al rapporto tra la tutela dei beni costituzionali oggetto di disciplina e presupposti fattuali richieda valutazioni che implicano delicati bilanciamenti; e questo, in particolar modo, quando entrano in gioco i diritti fondamentali della persona. Per un approfondimento in tal senso, con particolare riferimento alle acquisizioni tecnico-scientifiche, si rinvia al capitolo 3.

²⁰⁹ Al punto 2 del considerato in diritto, si legge infatti che «la ragione indennitaria, che giustifica le misure a vantaggio delle categorie previste e che il legislatore ha esplicitamente fondato sull'insufficienza dei controlli sanitari fino ad allora predisposti, vale allo stesso modo per la categoria di soggetti non prevista e dunque esclusa».

²¹⁰ Un ulteriore esempio è fornito dalla sent. 30/1966, in cui la Corte giudica arbitraria la differenziazione di trattamento tra proprietari di fondi enfiteutici e proprietari di fondi concessi a migliorìa perpetua, relativamente ai criteri per determinare l'ammontare del capitale di affrancazione, a fronte del fatto che tali rapporti sono stati assimilati tra loro dalla legge medesima; nonché la sent. 370/1985, nella quale si dichiara illegittima la disciplina delle provvidenze a favore dei territori montani che esclude l'intervento nei territori di altitudine superiore ai 700 metri, poiché tale limitazione si pone in contrasto con il rilievo del presupposto della situazione di dissesto, operato dallo stesso legislatore.

²¹¹ Si vedano le affermazioni generali delle sentt. 7/1962 e 7/1963 riportate nel paragrafo 3.2.

²¹² Si pensi ad esempio alla citata sent. 163/1993, riguardante un giudizio di eguaglianza, in cui la Corte afferma che tra le verifiche che spettano al giudice di costituzionalità vi è il criterio della «correttezza della classificazione operata dal legislatore in relazione ai soggetti considerati» (punto 4 del considerato in diritto).

²¹³ In alcune occasioni, la Corte sembrerebbe escludere la possibilità di procedere a tale controllo. Si prenda ad esempio la sent. 66/1992, che decide sul preteso contrasto della l. 16/1987 della Regione Emilia-Romagna – laddove prevede che tutto il territorio regionale sia classificato territorio di bonifica di seconda categoria – con il principio fondamentale di “specialità” della bonifica; in tale pronuncia si afferma esplicitamente che «pur configurando la disposizione impugnata un'ipotesi di legge-provvedimento, il giudizio di legittimità costituzionale non può esorbitare, anche in tal caso, dai limiti di un esame sulla palese irragionevolezza della scelta compiuta dal legislatore e non può spingersi fino a considerare la consistenza

7.2. (segue) - I gradi di intensità del controllo nei “fatti”

In generale, un sindacato sulla correttezza della qualificazione dei fatti presupposti e delle prognosi legislative può essere esercitato in maniera un più o meno penetrante. La Corte costituzionale tedesca, ad esempio, effettua tre diverse tipologie di controllo²¹⁴: un primo livello, in cui si limita a sindacare il “non evidente errore”; un secondo livello, in cui cerca un riscontro di “aderenza alla realtà” della valutazione legislativa, che viene condotto in prevalenza attraverso strumenti indiretti (quale può essere l’analisi dell’adeguatezza dell’istruttoria svolta dal legislatore); ed un terzo livello, nel quale il grado di incisione della discrezionalità legislativa è elevato, poiché si arriva ad un controllo sostanziale della consistenza stessa dei dati fattuali su cui si basa la norma.

Per quanto riguarda l’esperienza della Corte costituzionale italiana, dall’analisi delle pronunce considerate, risulta che l’atteggiamento dominante è di *self-restraint*; ma questa affermazione necessita di alcune precisazioni.

Perché si possa arrivare alla dichiarazione di illegittimità della scelta normativa, il giudice costituzionale precisa che l’irragionevolezza o l’arbitrarietà devono essere palesi, manifeste o evidenti. La preoccupazione della Corte è ovviamente quella di evitare un’intromissione nell’ambito del merito, cioè delle scelte politiche, e per questo mette in chiaro che il suo intervento è destinato ad operare in ipotesi limite, in cui la determinazione legislativa non può essere sostenuta da una giustificazione plausibile. In relazione ai casi particolari, in cui il giudizio si incentra sulla valutazione dei presupposti fattuali, ci si può chiedere quale sia il significato da attribuire a tali affermazioni: l’arbitrarietà è “evidente” quando non sono necessarie indagini approfondite oppure quando sia “certa” la consistenza del dato fattuale oggetto di verifica?

La giurisprudenza costituzionale in tema sindacabilità dei decreti legge può fornire un interessante spunto di riflessione a riguardo. La recente sent. 171/2007, che ha rimosso il limite al sindacato sulla discrezionale valutazione della necessità e urgenza, confermando ed applicando quanto enunciato nella precedente sent. 29/1995, ha specificato che per poter procedere alla dichiarazione di incostituzionalità il difetto dei presupposti della decretazione d’urgenza deve risultare “evidente”. Ciò si giustificerebbe a fronte del largo margine di elasticità che la stessa Costituzione riserva all’intervento del Governo «in casi straordinari di necessità e di urgenza», cioè al fine di evitare un’ingerenza della Corte in un ambito essenzialmente politico (un discorso simile a quanto visto in tema di clausole generali e astratte). Si rileva in dottrina²¹⁵ che, in questo modo, il giudice costituzionale si riserverebbe la possibilità di intervenire caso per caso ottenendo, al contempo, comunque sempre l’effetto di “minacciare” il Governo, prospettando la possibilità di un annullamento

degli elementi di fatto posti a base della scelta medesima» (punto 4 del considerato in diritto). A ben vedere, però, tale assunto non ha portata generale, poiché subito dopo la Corte precisa che «assume particolare rilievo il fatto che la legislazione della Emilia-Romagna ha fatto proprio un concetto di bonifica particolarmente comprensivo, il cui oggetto copre, oltre che le attività proprie della bonifica integrale, anche quelle riferibili alla bonifica montana e a quella idraulica [...] Né può negarsi rilevanza al fatto che il territorio dell’Emilia-Romagna è tradizionalmente considerato, in larghissima parte, come zona suscettibile di bonifica (tanto che, prima dell’avvento della legge impugnata, una notevole porzione del territorio regionale era classificato come area di bonifica). Ma ciò che è decisivo, sotto il profilo del giudizio di legittimità costituzionale, è il rilievo che il sistema prescelto dal legislatore regionale comporta che la classificazione del territorio come area di bonifica preceda la precisa definizione dei perimetri dei comprensori e contenga semplicemente l’individuazione e la delimitazione di massima dei comprensori stessi».

²¹⁴ Come rileva Cerri A., *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 13; l’A. precisa, però, che non sono possibili nette scansioni dei livelli di protezione giuridico costituzionale, vista anche la rilevanza di tutte le circostanze del caso concreto.

²¹⁵ A. Simoncini, *Tendenze recenti della decretazione d’urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in A. Simoncini (a cura di), *L’emergenza infinita. La decretazione d’urgenza in Italia*, Macerata 2006, 41.

(che però, nella realtà dei fatti, appare molto improbabile). C'è chi ipotizza che il requisito della "evidente violazione" comporti un rovesciamento dell'onere della prova, «non gravando esso su chi attacca l'atto del Governo che prende il posto della legge bensì su chi lo difende»²¹⁶, tentando in tal modo di controbilanciare i margini lasciati alla discrezionalità legislativa in questo ambito. Ciò che più interessa, ai fini della presente ricerca, è che in questi casi la violazione del parametro può aversi indipendentemente dal grado dell'evidenza²¹⁷: è quindi sotto questo punto di vista che si potrebbe criticare il *self-restraint* del giudice costituzionale, che spesso limita il suo controllo ad una ricerca di segni, anche minimi²¹⁸, che rendano «non manifestamente implausibile la valutazione governativa»²¹⁹. La formula dell'evidente mancanza è infatti stata costantemente utilizzata, fino alla citata sentenza 171/2007, per salvare il decreto legge quando non è evidente la carenza dei presupposti. Ad ogni modo, nulla sembra vietare alla Corte un accertamento più penetrante sull'esistenza dei presupposti ed una valutazione sulla pertinenza del mezzo (il decreto legge) rispetto al fine (far fronte all'urgenza), attraverso un'applicazione dei consueti canoni del giudizio di ragionevolezza²²⁰.

Generalizzando il ragionamento, pare quindi assurdo ipotizzare che solo quando appaia già a prima vista un vizio nella valutazione dei fatti presupposti di una disciplina, si possa ritenere la norma palesemente arbitraria e, conseguentemente, procedere all'annullamento: la giurisprudenza costituzionale, infatti, ha nel tempo ammesso la possibilità di un controllo, più o meno approfondito a seconda dei casi, sulla correttezza della valutazione legislativa dei fatti connessi alla norma denunciata. Il sindacato di legittimità tende a verificare che la norma impugnata non sia irragionevole rispetto ai suoi fondamenti fattuali principalmente sulla base di due tipologie di valutazioni: in alcuni casi, il controllo si arresta ad una verifica relativa al "metodo" utilizzato dal legislatore nell'elaborazione della disciplina e, conseguentemente, ricerca i "segni" di un'adeguata valutazione dei fatti²²¹ senza entrare nel merito della stessa²²² (questo atteggiamento

²¹⁶ A. Ruggeri, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Diritto e Società*, 1/2007, 39. Ragiona in termini di onere di giustificazione del ricorso alla decretazione d'urgenza gravante sul Governo anche A. Rauti, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge ed i suoi problematici riflessi sulla forma di governo*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 68.

²¹⁷ A. Ruggeri, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it.

²¹⁸ Nella sent. 341/2003 la Corte ritiene non sussistente l'evidente mancanza dei presupposti sulla base della semplice analisi dei lavori parlamentari. In altre occasioni la Corte ha fatto riferimento al contenuto della premessa del decreto (sent. 270/1996) o nella motivazione della relazione governativa che accompagna il disegno di legge di conversione del decreto-legge (sent. 330/1996, ord. 432/1996 e ord. 90/1997).

²¹⁹ L'espressione è stata utilizzata dalla Corte nella sent. 398/1998 avente ad oggetto alcuni decreti-legge concernenti il regime delle quote latte.

²²⁰ In questo senso A. Rauti, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge*, cit., 67; l'A. sottolinea, a questo proposito, la possibile valorizzazione dell'attività istruttoria all'interno del giudizio costituzionale.

²²¹ Similmente a quanto fa la Corte tedesca quando procede al secondo livello di giudizio su fatti presupposti e prognosi legislative.

²²² Si consideri ad esempio la sent. 188/1982, relativa ad un giudizio in cui si contesta la scelta legislativa di equiparare le pene di due fattispecie ritenute di diversa gravità: la correzione di vino genuino (zuccheraggio di vino o mosto genuino) sarebbe, secondo i remittenti, fatto più lieve rispetto alla produzione di mosto o vino artificiale. La questione viene ritenuta non fondata poiché non vengono apportati argomenti a sostegno «della validità oggettiva dell'affermazione sul piano giuridico»: a fronte della «mancanza nelle ordinanze di qualsivoglia motivazione dell'assunto, dell'indicazione del metro di valutazione adottato, non può ritenersi – come implicitamente mostrano di ritenere i giudici *a quibus* – che il legislatore delegato, il quale dispone di organi tecnici altamente qualificati e con il compito istituzionale della raccolta ed elaborazione di tutti gli elementi utili, abbia optato per l'equivalenza sul piano penale dei due fatti, senza la previa ponderazione dei disparati profili che interessano la materia, quali quello industriale, merceologico,

consegue spesso a carenze argomentative dell'ordinanza introduttiva²²³); in altri casi, si arriva invece a verificare la bontà della ricostruzione dei presupposti empirici della normativa impugnata²²⁴, ma solo raramente la conclusione è nel senso dell'annullamento della legge, mentre, il più delle volte, l'approfondimento ha lo scopo di sostenere la ragionevolezza della scelta legislativa.

Questa ultima tipologia di giudizi dimostra che il giudice di costituzionalità fa rientrare tra i suoi poteri quello di procedere ad una nuova valutazione dei dati empirici presupposti della norma. A tal proposito, in dottrina si rileva che nel nostro sistema costituzionale la qualificazione legislativa degli elementi di fatto non è assistita da un vero e proprio privilegio, al quale conseguirebbe un'insindacabilità della stessa, ma sarebbe coperta da quella che Luciani definisce «una sorta di presunzione *iuris tantum* di adeguatezza», la quale «salterà, se sarà dimostrata la fattuale inconsistenza di quei dati»²²⁵. In tempi più recenti tale presunzione favorevole, che opera in merito alla correttezza di simili valutazioni legislative, è stata definita “debole”, in quanto destinata a cedere tutte le volte in cui essa possa, *prima visu*, essere messa in discussione²²⁶. Si è, inoltre, evidenziato che nel sindacato di ragionevolezza, in ipotesi di dubbio relativo alla ricostruzione legislativa del dato fattuale, ci si trova di fronte ad un onere della prova²²⁷ che diviene il vero e proprio criterio di giudizio²²⁸: un ruolo di primaria importanza è

tecnico, sanitario, tributario, etc. Al contrario, nella relazione del Ministro per l'agricoltura, che accompagnava il disegno di legge poi approvato – legge n. 991 del 1964 – si pone in evidenza “il progresso delle scienze chimico-biologiche” ai fini dell'alterazione del vino e nella relazione Desana al Senato – terza legislatura – si afferma la esigenza “di rendere le nuove disposizioni più aderenti alle necessità della produzione e del consumo del mondo moderno”, di “evitare sofisticazioni di natura economica”, nonché “depressioni nel mercato del vino”, constatandosi che le “disposizioni emanate da oltre un trentennio” erano “in ritardo notevole con i ritrovati della tecnica e dei progressi della chimica di cui ampiamente si avvalgono i sofisticatori” [...]. È tutt'altro che inverosimile, allora, l'osservazione dell'Avvocatura dello Stato, secondo cui l'impugnato art. 76 ha anche lo scopo di tutelare la produzione vinicola meridionale, i cui mosti da taglio vengono impiegati in alternativa alle sostanze zuccherine [...]. Stante quanto testé rilevato, non può ritenersi irragionevole l'elevazione di entrambi i fatti ad illecito penale della medesima gravità, né violatrice del principio d'eguaglianza la loro equiparazione, *quoad poenam*, disposta con la legge delegata de qua».

In questo caso, il privilegio delle valutazioni tecniche del legislatore viene accordato sulla base del fatto che le ordinanze introduttive non adducono elementi atti a confutare i presupposti delle scelte legislative e la Corte si limita a ricercare negli atti preparatori i segni di una valutazione razionale dei presupposti di fatto.

²²³ Come rileva R. Bin, *Atti normativi* cit., 328.

²²⁴ Si pensi, a titolo esemplificativo, alla citata sent. 132/1986, che dichiara non fondata la denuncia di illegittimità della equiparazione ai fini penali delle armi da sparo e di quelle ad aria compressa, sulla base di approfondite valutazioni fattuali, o alle varie sentenze di accoglimento in tema di radiotelevisione.

²²⁵ M. Luciani, *I fatti e la Corte* cit., 543.

²²⁶ R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bioteologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 6.

²²⁷ Anche da un punto di vista generale l'arbitrarietà di una scelta normativa, a fronte della quale è possibile per la Corte intervenire sulla discrezionalità legislativa, deve essere dimostrata: ciò viene affermato ad esempio nella sent. 34/1999, riguardante il principio di buon andamento della p.a., nella quale si legge che «spetta al legislatore, statale e regionale, un ampio margine di discrezionalità, il cui esercizio può essere sottoposto a censura solo allorquando si *dimostri* la palese arbitrarietà o la manifesta irragionevolezza della scelta compiuta» (corsivo mio); il concetto viene poi ribadito nella sent. 192/2005, secondo la quale «occorrerebbe *dimostrare* la manifesta arbitrarietà» (corsivo mio); nella sent. 451/2000 la Corte dà atto che la verifica del rispetto dei limiti della manifesta irragionevolezza e della palese arbitrarietà è stato dimostrato dalle «risultanze della ampia istruttoria».

²²⁸ Cerri A., *Ragionevolezza* cit., 23; l' A. richiama, a questo proposito, quanto affermato nella sent. 266/1993, avente ad oggetto una legge della Regione Sicilia che, prevedendo un incremento di personale nel servizio sanitario regionale, secondo il ricorrente contrasterebbe con le esigenze del buon andamento dell'amministrazione pubblica in quanto basata su motivi di carattere meramente occupazionale e implicante un aumento di spesa pubblica in presenza di una congiuntura economico-finanziaria che richiede, invece, il contenimento delle erogazioni di denaro pubblico. La Corte respinge l'eccezione d'inammissibilità formulata dalla Regione, secondo la quale la questione riguarderebbe il merito della scelta legislativa e non la sua legittimità, poiché «il riferimento operato dal ricorrente alle finalità sociali della legge contestata e al quadro

quindi rivestito dalla costruzione della *quaestio* nell'ordinanza di rimessione, che deve fornire gli elementi, anche fattuali, da cui emerge l'arbitrarietà della scelta legislativa.

Riportando l'attenzione alle pronunce costituzionali analizzate in cui si procede ad un approfondimento, seppur minimo, "nei fatti", il bilancio che si può trarre è il seguente. Il più delle volte, quando la Corte procede ad un controllo sostanziale, si limita a verificare che la scelta legislativa non poggia su valutazione di fatto palesemente erronee: «il giudizio costituzionale assume dunque non tanto i caratteri di un controllo negativo sull'assenza di contrasto tra legge e Costituzione, quanto quelli di un riscontro positivo circa la sussistenza di quella dose minima di adeguatezza, congruenza, proporzionalità rispetto al fatto (in una parola di ragionevolezza) che la scelta politica deve incorporare per essere considerata come legittimo esercizio della funzione legislativa»²²⁹. Quando, invece, una legge viene censurata a causa di una scorretta valutazione dei presupposti fattuali, ciò avviene soprattutto in presenza di fatti notori o rientranti nell'*id quod plerumque accidit*. In questi casi la Corte non ha quasi mai bisogno di operare indagini empiriche approfondite (in rari casi si è fatto ricorso all'istruttoria) e non si pone, quindi, il problema del reperimento dei dati in questione; come visto nelle pronunce considerate, l'informazione del giudice costituzionale rimane alquanto approssimativa, risolvendosi nella registrazione di massime di esperienza o eventualmente basandosi su valutazioni o notizie considerate pacifiche da tutte le parti intervenute nel processo²³⁰. È ancorando il suo giudizio, e la motivazione della relativa decisione, a questi "solidi" elementi di fatto che la Corte legittima il suo intervento, e questo in particolar modo nei giudizi di ragionevolezza in cui il parametro vero e proprio può arrivare a coincidere con la corretta valutazione della base empirica della disciplina.

Inoltre, se in alcuni casi è dall'analisi dei lavori parlamentari che il giudice costituzionale ha ricavato informazioni circa le intenzioni del legislatore e le relative valutazioni di fatto, spesso nelle decisioni di accoglimento non si dà atto degli elementi empirici che sono stati posti alla base della scelta normativa oggetto di sindacato, ma solo della motivazione che sorregge la decisione della Corte. Quando si arriva a censurare una disciplina per erroneità dei presupposti fattuali a seguito di approfondimenti ed accertamenti empirici, il giudice delle leggi non sembra porsi il problema di una possibile sovrapposizione con le valutazioni operate in sede legislativa, ma anzi prescinde dal prenderle in considerazione. Come già notato, ad esempio in tema di indennità di esproprio o di radiotelevisione nonché in alcuni giudizi di eguaglianza, l'illegittimità è stata pronunciata proprio sulla base di una ricostruzione della realtà concreta, senza una preventiva ricerca del *come* e del *perché* (cioè sulla base di quali rilievi fattuali) il legislatore abbia optato per quella scelta normativa²³¹.

di politica economica nel quale s'inserisce la legge medesima è indubbiamente funzionale al tentativo di dimostrare l'asserita violazione del principio del buon andamento e, in particolare, la pretesa arbitrarietà o irragionevolezza della scelta effettuata dal legislatore regionale in vista del perseguimento di obiettivi di efficienza e di razionalità operativa. Quel riferimento, in altri termini, è necessario al fine di mettere in luce l'esistenza di eventuali sintomi di irragionevolezza della disposizione contestata. E, in effetti, corrisponde al consolidato orientamento di questa Corte ritenere che, al fine di accertare l'asserita violazione del principio del buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 della Costituzione), occorre dimostrare la palese arbitrarietà o la manifesta irragionevolezza della disposizione contestata in relazione al rispetto del valore dell'efficienza dell'azione amministrativa».

²²⁹ G. Scaccia, *Gli strumenti* cit., 378

²³⁰ L. Paladin, *Legittimità e merito* cit., 337.

²³¹ Si pensi alla sent. 163/1993 in cui la Corte censura la normativa che seleziona l'accesso al posto di lavoro sulla base di criteri attinenti alla statura fisica poiché «basata su un presupposto di fatto erroneo, vale a dire l'insussistenza di una statura fisica mediamente differenziata tra uomo e donna», ovvero «fondata su una valutazione altrettanto erronea, concernente la supposta irrilevanza, ai fini del trattamento giuridico (uniforme) previsto, della differenza di statura fisica ipoteticamente ritenuta come sussistente nella realtà naturale»: in questo caso nella motivazione non si prende posizione sul tipo di valutazione che avrebbe

In conclusione, si può quindi affermare che, in linea di principio, in sede di giudizio di costituzionalità non è preclusa una verifica sulla consistenza dei *legislative facts* e che, in taluni casi, essa può assumere modalità particolarmente penetranti. La possibilità di procedere a questo tipo di controllo sembra in particolar modo dipendere, oltre che dalla configurazione della questione nell'ordinanza di rimessione, anche dalla relazione che emerge tra "fatti" e "interessi", poiché è la *ratio* della legge a qualificare i primi come rilevanti nel giudizio di legittimità²³². Sarà poi sulla base del grado di certezza che mostreranno gli elementi fattuali considerati, che la Corte deciderà se esistono le basi per ritenere arbitrario l'intervento legislativo e quindi censurarlo.

Conseguentemente, non pare possibile attribuire un significato preciso alla "manifesta arbitrarietà" rispetto ai "fatti", che il giudice costituzionale richiede al fine di dichiarare l'illegittimità di una legge: tale nozione, a dispetto del significato strettamente letterale che sembrerebbe escludere eventuali approfondimenti, viene concretizzata e applicata di volta in volta dalla Corte stessa che, a seconda dei casi, deciderà se ritenerla dimostrata o meno.

7.3. Il ruolo determinante del diritto fatto valere in giudizio

Nei giudizi considerati, la decisione della Corte di procedere ad un sindacato penetrante sembra essere legata in particolare alla situazione giuridica soggettiva su cui incide la legge impugnata. Nel caso dell'indennità di esproprio, ad esempio, l'equo ristoro costituzionalmente previsto rappresenta un nucleo minimo di tutela del privato titolare del diritto di proprietà, che non può in nessun caso essere vanificato: l'intervento del giudice delle leggi, che non esita in questi casi a sovrapporre la propria valutazione a quella operata dal legislatore, è quindi volto a dare attuazione diretta ad un diritto costituzionale, la cui tutela, in questo caso, richiede che la commisurazione del vantaggio economico in questione sia ancorata a parametri (anche e soprattutto) fattuali e ben definiti. In dottrina²³³ si è evidenziato che la necessità di un controllo sul dato fattuale presupposto può derivare non solo dai richiami del dettato costituzionale, ma anche dalla necessità di garantire l'intangibilità del nucleo essenziale dei diritti fondamentali: quest'ultimo non viene inteso dalla Corte come una realtà normativa ma come una realtà di fatto, che può richiedere una valutazione concreta della situazione di vantaggio da parte del giudice costituzionale. Le limitazioni legislativamente poste ai diritti fondamentali, infatti, devono rispettare la misura minima di questi ultimi e, pertanto, saranno giustificate solo qualora si rivelino tollerabili sulla base di soddisfacenti riscontri fattuali, che possono implicare indagini di «consistenza e congruenza» tali da garantire l'effettività della tutela dei diritti costituzionali²³⁴. Anche per quanto riguarda la vicenda del monopolio radiotelevisivo, la giustificazione della disciplina che prevede la riserva a favore dello Stato (e quindi la possibilità di limitare l'iniziativa economica privata) è strettamente collegata alla necessità di garantire la libertà di informazione e il pluralismo, la cui effettività dipende dall'esistenza di determinate condizioni di fatto. Il giudice costituzionale, quindi, opta per un approfondito controllo "nei fatti" relativamente a normative che devono fondarsi su determinati presupposti concreti, poiché solo in presenza di talune specifiche condizioni le

operato il legislatore, ma si prospettano le due possibili alternative del ragionamento effettuato in sede parlamentare e si procede alla censura in quanto entrambe sarebbero errate.

²³² Così R. Bin, *Atti normativi* cit., 345, il quale precisa che «sono quindi le esigenze e gli interessi cui la legge si rivolge a determinare quali "fatti" vadano presi in considerazione, e quale importanza vada ad essi attribuita nell'economia del giudizio».

²³³ M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 550-551. E così anche G. Brunelli-A. Pugiotto, *Appunti per un diritto probatorio*, cit., 258.

²³⁴ G. Brunelli-A. Pugiotto, *Appunti per un diritto probatorio*, cit., 1995, 258. L'espressione virgolettata va ricondotta a L. Paladin, *Legittimità e merito*, cit., 324.

previsioni in esse contenute sono costituzionalmente legittime. In questo senso si spiega anche il controllo più approfondito che la Corte adotta nei giudizi di eguaglianza, in cui differenze o uniformità di trattamento si giustificano molto spesso (come visto nel paragrafo 3.2) sulla base di considerazioni empiriche: «la rilevanza dei fatti e delle ipotesi di interdipendenza causale sarà tanto maggiore nel giudizio di legittimità quanto più sarà marcato l'«orientamento al fine» o alla «situazione» della legge o della norma»²³⁵.

7.4. Una prospettiva particolare: i dati tecnico-scientifici al vaglio della Corte

Si intende a questo punto proseguire la ricerca prendendo in considerazione i giudizi di costituzionalità riguardanti una specifica tipologia di fatti (che volutamente non sono stati fino ad ora presi in considerazione, se non indirettamente in relazione al monopolio radiotelevisivo): le acquisizioni tecnico-scientifiche.

Come anticipato nell'introduzione, possono essere molteplici gli ambiti in cui la scienza e il diritto entrano in contatto, e ciò può spesso condurre all'approvazione di leggi che implicano uno stretto collegamento con valutazioni fattuali e concrete. Astrattamente, in tutti questi casi, è possibile ipotizzare che un eventuale sindacato di costituzionalità richieda la considerazione dei dati scientifici sui quali poggia la scelta legislativa. Tale controllo – sempre a livello ipotetico – potrà essere estremamente superficiale e consistere in una vaga ricerca di elementi che supportino una corretta considerazione della scienza e della tecnica; oppure, potrà essere più penetrante e spingersi fino alla verifica della plausibilità delle valutazioni scientifiche sindacate, sulla base della consistenza delle adesioni degli esperti e della serietà (che non significa fondatezza) degli argomenti o delle prove che le sorreggono. Infine, lo *strict scrutiny* può essere praticato fino alla formulazione quasi di un giudizio di merito, che comporta un'indagine molto penetrante sulla dimostrazione che supporta il giudizio scientifico²³⁶.

Qual è l'atteggiamento della nostra Corte costituzionale al riguardo? Si noti fin d'ora che nei giudizi di legittimità che coinvolgono fatti tecnico-scientifici possono venire il rilievo alcune questioni problematiche che non si pongono quasi mai nei casi considerati in questo primo capitolo. Le pronunce fin qui considerate riguardano infatti elementi fattuali costituiti essenzialmente da dati empirici appartenenti ad una realtà certa e incontestabile, che il più delle volte non necessitano di approfondimenti poiché sono generalmente conosciuti o facilmente conoscibili.

Con riferimento alle acquisizioni della scienza e della tecnica, è invece possibile che il giudice costituzionale si trovi al cospetto di fatti ulteriori e differenti (a volte addirittura contrastanti) da quelli presi in considerazione dal legislatore: ci si chiede se, in questi casi, la Corte debba limitarsi ad un controllo per linee interne (limitato ai fatti valutati in sede legislativa) e negativo (cioè limitato alla mera sostenibilità del ragionamento del legislatore), oppure possa anche sindacare sulla completezza delle valutazioni legislative. In quest'ultimo caso il giudizio si dilaterrebbe molto, arrivando a controllare nei fatti la considerazione degli interessi in gioco ed il corretto bilanciamento tra essi²³⁷. Necessita, inoltre, di un'attenta riflessione la possibilità di intervento del giudice costituzionale nei casi in cui la scienza non sia in grado di fornire risposte certe, cioè quando ci si trovi di fronte a questioni scientifiche controverse.

²³⁵ R. Bin, *Atti normativi*, cit., 346.

²³⁶ G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, cit., 41; l'A. evidenzia che l'adozione di giudizi di ordine scientifico può essere una componente della determinazione dei mezzi per l'individuazione della finalità politiche.

²³⁷ Cfr. R. Bin, *Atti normativi*, cit., 338-339.

CAPITOLO II

UNA PROSPETTIVA PARTICOLARE: IL RILIEVO DEI DATI TECNICO-SCIENTIFICI

1. Il rapporto tra legge e acquisizioni tecnico-scientifiche

1.1 Norme tecniche e scienza: premesse metodologiche

In questo secondo capitolo si concentrerà l'attenzione sulle modalità attraverso le quali la Corte costituzionale utilizza i dati della scienza nei suoi giudizi, al fine di verificare se (e a quali condizioni) sia configurabile un sindacato di legittimità che ripercorra, ed eventualmente metta in discussione, le premesse tecnico-scientifiche delle leggi.

L'obiettivo dell'indagine è la ricostruzione del rapporto tra scienza e discrezionalità legislativa: esiste l'esigenza costituzionale che le leggi trovino fondamento su solide basi empiriche (scientifiche)? In altre parole, ci si chiede se e fino a che punto la Corte possa approfondire, rivalutare e, nel caso, smentire i presupposti scientifici della legge davanti ad essa impugnata.

La sindacabilità della discrezionalità tecnica del legislatore è un tema che la dottrina non ha quasi mai affrontato in maniera diretta, ma che in più occasioni è stato oggetto di brevi e isolate riflessioni. Una prima parte dello studio sarà quindi dedicata alla ricostruzione delle opinioni a riguardo e alla contestuale analisi delle pronunce della Corte che affrontato più o meno indirettamente l'argomento. Si noterà che a fronte dell'iniziale "privilegio" che sembra essere accordato alla discrezionalità tecnica del legislatore, progressivamente, va delineandosi la possibilità di sindacare la scelta legislativa sulla base di valutazioni tecnico-scientifiche quando l'arbitrarietà della legge sia «evidente». Si metterà quindi in discussione il significato di quest'ultima nozione, cercando di ricavare quale applicazione concreta ne abbia fatto il giudice costituzionale e si dimostrerà che, soprattutto nella giurisprudenza più recente, l'erronea o mancata considerazione di dati tecnico-scientifici connessi ad una disciplina può portare alla configurazione di un vero e proprio vizio di costituzionalità.

Nella seconda parte del capitolo, si privilegerà l'analisi delle pronunce in cui la Corte ha fatto uso della scienza ai fini della decisione. Va rilevato fin da ora che i casi in cui il giudice costituzionale è stato chiamato a giudicare sui presupposti scientifici della disciplina non sono numerosi; ad essi si uniranno anche i giudizi di costituzionalità in cui sia stata la Corte stessa a ricorrere alla scienza per decidere.

Il primo ambito al quale si intende porre attenzione, per il quale il rapporto tra scienza e legislazione rappresenta una questione centrale, è quello della "normazione tecnica", relativamente alla quale il collegamento tra scienza e diritto è sicuramente immediato.

La nozione di "normazione tecnica" si riferisce a quella particolare tipologia di norme giuridiche che si fondano direttamente su valutazioni e acquisizioni tecnico-scientifiche²³⁸ e si differenzia dal più ampio concetto di "normativa tecnica", che può comprendere al suo interno anche regole elaborate da soggetti privati²³⁹. La categoria delle

²³⁸ Cfr. V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., 91, secondo il quale «norme tecniche sono, dunque, quelle norme di comportamento che impongono un doveroso riferimento a criteri tecnici, cioè alla utilizzazione dei risultati delle scienze ed arti e dei loro processi applicativi».

²³⁹ Per tale differenziazione si veda M. Cecchetti, *Prospettive per una razionalizzazione della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano*, in S. Grassi-M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano 2006, 42. L'A. definisce nello specifico la

“norme tecniche”, intesa nel senso più circoscritto, della quale fanno parte vere e proprie norme giuridiche, è stata oggetto di studio da parte della dottrina che, nel corso del tempo, ha elaborato per essa definizioni tutt’altro che univoche. Tradizionalmente il concetto di “norma tecnica” è stato riferito a quelle regole condizionate al raggiungimento di un fine, nelle quali il requisito della tecnicità sarebbe identificabile con il vincolo (deterministico e non valutativo) che collega i mezzi ai fini²⁴⁰; ma la medesima locuzione è stata utilizzata anche per definire norme «che genericamente dipendono da, o hanno per oggetto, un contenuto scientifico-tecnico»²⁴¹.

Sebbene l’oggetto di questa ricerca sia costituito dall’incidenza della scienza sul diritto, in particolare nella prospettiva del giudice costituzionale, e vada quindi ben oltre un’indagine specifica che tenti di ricostruire una precisa definizione di norme tecniche²⁴², la considerazione di questa categoria di norme da parte del giudice delle leggi può costituire un punto di partenza per un’indagine sul rapporto tra diritto e scienza nei giudizi della Corte.

La Corte costituzionale «è dell’avviso che vanno intese per norme tecniche quelle prescrizioni che vengono elaborate generalmente sulla base dei principi desunti dalle c.d. “scienze esatte” o dalle arti che ne sono applicazione (come, ad esempio, le prescrizioni che individuano *standards* qualitativi o metodologie di rilevazione dati e/o di trattamento materiali)»²⁴³. Certa dottrina ha visto in questa affermazione, la volontà di affrontare la delicata questione della rilevanza delle questioni tecnico-scientifiche nel processo costituzionale e la consapevolezza dell’intreccio che lo sviluppo tecnologico ha prodotto tra tecnica e diritto²⁴⁴. In realtà, però, questa definizione fornita dalla giurisprudenza costituzionale è tutt’altro che chiarificatrice, poiché lascia aperta una serie di interrogativi. In primo luogo, richiamando la nozione di “scienze esatte” sembra riferirsi alla tradizionale concezione del diritto a contenuto scientifico-tecnico, caratterizzato dalla presunta neutralità di quanto recepito e quindi dalla “avalutatività” della scelta normativa²⁴⁵. Nel linguaggio corrente con tale espressione si indicano, infatti, quelle scienze sperimentali o naturali (diverse da quelle storiche filosofiche o letterarie) in grado di fornire un certo grado di certezza e precisione alle loro acquisizioni, attraverso determinati meccanismi di controllo empirico. Tali conoscenze non costituiscono, però, una categoria omogenea e la stessa Corte pare rilevarlo, dal momento che sente l’esigenza di esemplificare quali tra le prescrizioni riconducibili alle scienze esatte si configurino come norme tecniche²⁴⁶.

Come accennato, da tale concezione di scienza – recepita dal giudice costituzionale – viene fatto discendere il carattere “obiettivo” delle norme tecniche ed è proprio questo

“normazione tecnica” come «l’attività di produzione con atti fonte di norme che risultano caratterizzate specificamente dal contenuto o dal fondamento tecnico-scientifico»; vedi anche F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano 2001, 90.

²⁴⁰ Si veda, a tal proposito, G. Azzoni, *Regola tecnica* (voce), *Digesto* IV ed., vol. XVI, 470-475, il quale identifica come “norme tecniche nella struttura” quelle che indicano la correlazione mezzi-fini cui è subordinato il carattere prescrittivo della norma.

²⁴¹ M. Tallacchini, *Evidenza scientifica e normazione ambientale: la coproduzione di scienza e diritto*, in *Governo dell’ambiente* cit., 2.

²⁴² Come rileva M. Tallacchini, *Politica della scienza e diritto: epistemologia dell’identità europea*, in *Notizie di Politeia*, XVII, 62, 2001, 7, «la consistente presenza di sapere scientifico all’interno di materie di competenza normativa rende necessari esplorare i rapporti tra scienza e diritto – ben oltre la riflessione sulle norme tecniche – come intersezione tra categorie e qualificazioni scientifiche e giuridiche».

²⁴³ Sent. 61/1997, punto 7 del considerato i diritto. In questa pronuncia la Corte richiama la nozione di norma tecnica al fine di escludere che si possano ricondurre a tale categoria le disposizioni contenute nel decreto del ministro della sanità, accogliendo così le doglianze della Provincia autonoma di Trento, che le aveva ritenute lesive della propria competenza.

²⁴⁴ M. Gigante, *Alcune osservazioni sull’evoluzione dell’uso del concetto di tecnica nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur cost.*, 1997, I, 647-649.

²⁴⁵ M. Tallacchini, *Evidenza scientifica*, cit., 1-2.

²⁴⁶ M. Gigante, *Alcune osservazioni*, cit., 649.

l'elemento su cui la sentenza in questione ha voluto porre l'accento, al fine di valutare l'eventuale invasione di competenza in tema di rapporti tra Stato e Regione²⁴⁷. A tal proposito la Corte dimostra di concepire un netta separazione tra tecnica e diritto²⁴⁸, considerando il recepimento delle regole tecniche elaborate da esperti come un'attività oggettiva e neutrale che, semplicemente, incorpora tali conoscenze negli atti normativi statali²⁴⁹. Tali "norme tecniche" trovano (o dovrebbero trovare) sede in fonti secondarie o regolamenti ministeriali, poiché queste fonti, a differenza degli atti di livello legislativo, sono atti in grado di sottostare a costanti e tempestivi aggiornamenti²⁵⁰.

Fatte queste brevi considerazioni, è possibile precisare quale sarà l'oggetto della presente ricerca. Lo studio andrà, infatti, ben oltre la definizione di norme tecniche data dalla giurisprudenza costituzionale e si concentrerà sui giudizi di legittimità in cui la Corte utilizza la scienza ai fini della sua decisione. In questi casi, come si vedrà, le discipline impugnate non necessariamente recepiscono in maniera diretta scienza e tecnica, pur avendo con esse uno stretto collegamento: si tratta di normative che trovano nelle acquisizioni scientifiche i presupposti da prendere in considerazione affinché la scelta legislativa non sia arbitraria e gli eventuali bilanciamenti di interessi in essa presenti siano ragionevoli. Si specifica, inoltre, che da qui in avanti si porrà attenzione alle sole fonti primarie e ci si interrogherà sul ruolo delle conoscenze tecnico-scientifiche sia nel procedimento parlamentare, sia nell'ambito del controllo di costituzionalità.

1.2. Le *science policy issues*

Anche il concetto di scienza appena descritto – preso in considerazione dal giudice costituzionale nella pronuncia citata – dovrà essere superato, in quanto le risultanze scientifiche rilevanti nel mondo del diritto possono, a volte, essere tutt'altro che oggettive e sicure. In tutti i casi in cui la scienza e la tecnica non sanno dare risposte certe a problemi che richiedono un intervento del legislatore, quest'ultimo si trova davanti alle *science policy issues*, cioè questioni molto delicate che impongono una scelta sulla base di fatti scientifici dubbi.

²⁴⁷ Come rilevato nell'*Introduzione* al volume S. Grassi-M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell'ambiente*, cit., VIII. Tra le pronunce della Corte sul riparto della competenza Stato-Regioni in tema di norme tecniche si ricordano: la sent. 31/2001 con la quale viene dichiarata non illegittima la previsione dell'emanazione di un regolamento ministeriale che definisca le caratteristiche tecniche delle piste ciclabili, poiché volto a stabilire «norme tecniche poste al fine della tutela minima dell'incolumità e della sicurezza stradale» (punto 4 del considerato in diritto); e la sent. 7/2004 in materia di progettazione tecnica degli impianti di produzione, distribuzione ed utilizzo dell'energia elettrica, nella quale la Corte evidenzia «come il gestore della rete nazionale debba individuare non già *tutte* le *regole tecniche*, bensì, più semplicemente, *regole tecniche* volte al perseguimento delle specifiche finalità di cui si è detto» ritenendo, pertanto, evidente «che rientra nei poteri delle Regioni la individuazione di ulteriori criteri di realizzazione degli impianti, fermo restando, naturalmente, che questi ultimi dovranno comunque uniformarsi agli *standard* stabiliti dal gestore della rete di trasmissione nazionale» (punto 3 del considerato in diritto).

²⁴⁸ F. Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., 105-106.

²⁴⁹ Si pensi alla sent. 40/1964 in cui la Corte prescrive alle Commissioni tecniche provinciali, istituite con la legge 12 giugno 1962 n. 567 in tema di affitto di fondi rustici, di attenersi alle «regole tecniche dell'economia agraria»; alla più recente sent. 14/1996, in cui la Corte invita ad un recepimento in atti normativi delle regole elaborate dalle scienze forestali; e, in generale, alle pronunce che hanno ad oggetto la legittimità di clausole generali quali «la migliore tecnologia possibile» o il «progresso della tecnica», come ad esempio la sent. 127/1990 in tema di inquinamento industriale.

²⁵⁰ Auspica un ricorso sempre maggiore a tali fonti, mediante un procedimento di formazione che preveda ampia istruttoria e ulteriori modalità concrete per una corretta integrazione tra scienza e diritto, M. Cecchetti, *Prospettive per una razionalizzazione della normazione tecnica*, cit., 57.

In particolare, i casi di incertezza scientifica possono suddividersi in diverse categorie: vi sono questioni, denominate meta-scientifiche²⁵¹, in cui la scienza si trova nell'impossibilità oggettiva (anche per il futuro) di fornire risposte; una seconda categoria riguarda quelle decisioni da adottare prima che la scienza fornisca dati definitivi, e si è quindi di fronte ad una mancanza o insufficienza di dati; vi sono poi casi in cui l'incertezza deriva dall'inesistenza di opinioni concordi nella comunità scientifica; e, infine, casi in cui ad essere incerto non è un dato scientifico, ma una situazione di fatto sugli sviluppi della quale sia necessario operare un giudizio prognostico. In tutte queste ipotesi la scienza e la tecnica non sono in grado di fornire risposte univoche e si deve ammettere l'esistenza di questioni irrisolte (o ancora irrisolvibili) attraverso scelte meramente tecnico-scientifiche: viene così posta in primo piano la necessità di interazione tra norme tecniche e norme giuridiche, ovvero tra sfera scientifica e sfera del diritto²⁵². La scelta politica che spetta al legislatore quando il presupposto scientifico è controverso rientra a pieno nella discrezionalità del Parlamento (si tratta cioè di una *political question*) oppure è ipotizzabile un intervento del giudice costituzionale?

Le implicazioni che la soluzione di tale interrogativo possono comportare sono particolarmente importanti; basti pensare che le questioni da ultimo considerate entrano spesso in gioco relativamente ai diritti fondamentali che trovano riconoscimento nella Carta costituzionale (si pensi alla salute o all'ambiente). Per la tutela di tali situazioni giuridiche possono, appunto, assumere rilievo acquisizioni scientifiche dal grado di certezza variabile, poiché queste costituiscono il fondamento delle relative discipline legislative, nonché di un eventuale controllo giurisdizionale, che potrebbe ipotizzarsi anche a livello costituzionale²⁵³.

Per rispondere alla domanda posta sopra è necessario, però, procedere per gradi. In particolare, il primo ambito di indagine, a cui è dedicato questo secondo capitolo, sarà costituito da un'analisi generale della dottrina e della giurisprudenza costituzionale in tema di sindacabilità delle scelte legislative basate su valutazioni tecnico-scientifiche.

1.3. Il “privilegio” accordato alla discrezionalità tecnica del legislatore

Il rapporto tra diritto e scienza nella giurisprudenza costituzionale può essere analizzato prendendo in considerazione le pronunce della Corte (e la relativa dottrina) riguardanti il sindacato sulla “discrezionalità tecnica” del legislatore. A quale tipo di controllo possono essere soggette le scelte normative che si basano sui dati tecnico-scientifici?

La prima questione da affrontare riguarda la possibilità di verificare la costituzionalità di norme collegate a un contesto scientifico, mettendone in discussione i presupposti fattuali.

In passato uno degli orientamenti dominanti nella giurisprudenza costituzionale era l'insindacabilità delle scelte discrezionali adottate dal legislatore sulla base di valutazioni tecniche e scientifiche. In dottrina si era rilevato come fosse «estremamente limitato il

²⁵¹ Così L. Violini, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano 1986, 15.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ Come rileva L. Violini, *Vuoto normativo, disparità di fatto e scelte “tecniche”*, in *Giur. cost.* 1988, parte I, vol. IV, 4248, la quale a fronte dell'incertezza scientifica ipotizza nuove forme di intervento da parte del legislatore, nonché l'intensificarsi del controllo giurisdizionale. Secondo l'A. «lo schermo della tecnica, al di là del quale sussisterebbe un settore riservato all'attività degli esperti e quindi posto al riparo dalle contaminazioni politiche, ha da tempo cominciato ad incrinarsi e a lasciare intravedere ampi spazi, oltre che per nuove forme di intervento da parte del legislatore, anche per un intensificarsi del controllo giurisdizionale».

controllo della nostra Corte sulle valutazioni tecniche complesse ed opinabili»²⁵⁴, relativamente alle quali andava riconosciuto una sorta di privilegio al legislatore, con conseguente insindacabilità della norma che ne scaturiva. Sono riconducibili a questo orientamento le pronunce in cui il giudice costituzionale rigetta la questione rilevando che, per dare risposta ai giudici remittenti, sarebbe necessario effettuare una serie di indagini ad esso precluse²⁵⁵. Va però compreso quale sia il significato di tale affermazione: se ciò implichi sempre la riconduzione di queste valutazioni ad una discrezionalità legislativa assoluta oppure se vi siano altri significati sottesi.

a) Indagini e valutazioni tecniche precluse alla Corte

In un primo gruppo di pronunce il giudice costituzionale rigetta la questione rilevando che, per dare risposta ai giudici remittenti, sarebbe stato necessario effettuare una serie di *indagini e valutazioni tecniche complesse precluse alla Corte*. È il caso di un giudizio avente ad oggetto la disciplina che sottrae il datore di lavoro alle comuni norme in materia di responsabilità civile per danni da infortuni in fabbrica²⁵⁶: per determinare se la normativa in questione crei una posizione sfavorevole al lavoratore occorrerebbe «una particolareggiata analisi delle varie componenti causali del rischio assicurato e dalla loro diversa incidenza media sugli infortuni» e tale indagine «esula del tutto dai poteri della Corte». Similmente, in un altro giudizio²⁵⁷, dove si contesta il sistema delle retribuzioni medie per la determinazione dei contributi e delle pensioni degli iscritti alla gestione marittimi, viene precisato che «queste doglianze non possono trovare ingresso in questa sede. Esse implicano una indagine sulla completezza e la esattezza di calcoli di retribuzioni, per ricavarne una media, che la Corte non può compiere»²⁵⁸.

²⁵⁴ A. Cerri, *Ragionevolezza*, cit., 21.

²⁵⁵ Come si vedrà negli esempi citati in questo par. *sub a*).

²⁵⁶ Sent. 22/1967.

²⁵⁷ Sent. 124/1971. Nel giudizio in questione si dubita della legittimità costituzionale dei criteri presuntivi di determinazione delle retribuzioni ai fini della previdenza marinara relativamente alle navi da carico, poiché, dando rilievo soltanto all'elemento distintivo del tonnellaggio, il legislatore avrebbe fissato medie tabellari fittizie, non corrispondenti a quelle realmente pagate sulle navi minori, con la conseguente imposizione di un contributo uniforme a carico di soggetti che si trovano in situazioni obiettive diverse, che comporterebbe violazione dei principi di uguaglianza e della capacità contributiva enunciati dagli artt. 3 e 53 della Costituzione. In questo caso, il rigetto della questione, e quindi l'adozione del sistema contributivo in base a tabelle di retribuzioni medie nello specifico settore, viene giustificato poiché formato «ad opera di organi competenti che operano su dati raccolti dalle autorità marittime preposte alla stipula dei singoli contratti di arruolamento nei vari ambienti», con «la partecipazione delle associazioni sindacali di categoria», ed attraverso una procedura di variazione delle tabelle. Tali elementi farebbero presumere, in maniera assoluta, la razionalità della normativa in questione, in quanto «unitariamente rivolti ad assicurare la corrispondenza dei valori medi ai valori retributivi reali», a tal punto che la Corte non ritiene di poterne valutare l'adeguatezza alla realtà nel momento dell'applicazione.

²⁵⁸ Punto 3 del considerato in diritto, che prosegue specificando che «al giudice della legittimità delle leggi spetta soltanto statuire se lo strumento apprestato dal legislatore per la determinazione dei contributi e delle prestazioni previdenziali non sia arbitrario, irrazionale, discriminatorio e non accertare se in concreto detto strumento sia stato poi ben utilizzato e se le medie retributive con esso accertate siano più o meno adeguate alla realtà». Lo stesso principio viene affermato già con la sent. 44/1965, avente ad oggetto la presunta disparità di trattamento assicurativo tra lavoratori agricoli e industriali; nel considerato in diritto si legge, infatti, che «è chiaro poi che in questa materia occorre tenere presente che ogni tipo di assicurazione, non escluse quelle sociali, è necessariamente disciplinato da un sistema proprio di norme e di clausole, in funzione di tanti fattori (numero degli assicurati, frequenza e gravità dei rischi, durata dei rapporti, misura delle retribuzioni e così via), i quali influiscono sensibilmente sulla entità dei premi, la cui massa deve garantire la possibilità di risarcire i danni: un controllo di legittimità della Corte costituzionale sul merito dei calcoli attuariali, che sono a base della determinazione dei premi e delle liquidazioni dei danni nei diversi settori, non sarebbe nemmeno concepibile».

L'insindacabilità della discrezionalità tecnica legislativa, però, non pare essere sancita in modo assoluto, poiché viene sempre fatta salva la possibilità di intervento del giudice delle leggi a fronte della "manifesta irrazionalità" delle conseguenze applicative della normativa²⁵⁹. Sembra, invece, confermata l'impossibilità di (ri)valutare le considerazioni tecniche che stanno alla base della disciplina: è quanto ricavabile dall'interpretazione del passaggio della sent. 180/1982, in cui si accenna alla mancanza di poteri istruttori nel giudizio costituzionale. Tale affermazione, secondo Luciani²⁶⁰, sottolinea proprio l'incapacità per la Corte di procedere ad una nuova ponderazione di fatti per i quali solo l'esecutivo è in grado di delineare un quadro preciso; peraltro, nel caso di specie, si tratta di valutazioni tecniche in materia previdenziale, cioè un ambito strettamente collegato a scelte politiche delicate, soprattutto per l'impatto finanziario che comportano, in cui il giudice delle leggi deve decidere con particolare attenzione *se e quando* esistono le condizioni per un suo intervento.

b) L'utilizzabilità processuale della scienza

La Corte qualifica, esplicitamente, nella sent. 124/1970 come totalmente riconducibile nell'alveo della discrezionalità legislativa il rapporto tra diritto e scienza per quanto riguarda *l'utilizzabilità processuale della scienza*.

Il giudizio in questione merita una breve riflessione. Il remittente contesta la legittimità costituzionale del divieto di perizie psicologiche dirette a stabilire qualità psichiche dell'imputato indipendenti da cause patologiche, poiché riguardanti la "tendenza a delinquere", ma il giudice costituzionale conclude per l'infondatezza, ritenendo non violato l'art. 27, comma 3, Cost.: sebbene la diffidenza verso la perizia psicologica «sia discutibile di fronte allo sviluppo degli studi moderni sulla psiche, ed è auspicabile che la norma sia aggiornata [...] il problema non è di legittimità costituzionale ma di discrezionalità legislativa, poiché importa un giudizio di merito sull'utilizzabilità processuale di una scienza; onde l'esame della Corte non potrebbe spingersi così a fondo come si vorrebbe nell'ordinanza di rinvio»²⁶¹.

Ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di far venir meno tale discrezionalità a fronte di una dimostrazione, da parte del giudice *a quo*, della "necessità costituzionale" di tale perizia. Certa dottrina²⁶² prospetta, ad esempio, una diversa soluzione della questione prendendo in considerazione un parametro diverso da quello invocato: l'illegittimità del divieto di perizia potrebbe essere fatta derivare dal contrasto con l'art. 24 Cost., fondamento del diritto delle parti alla prova, in quanto, ai fini di pervenire all'individualizzazione della pena attraverso l'applicazione del comma 2 dell'art. 133 c.p., la perizia psicologica potrebbe configurarsi come unico mezzo attualmente idoneo per un'effettiva indagine sulla personalità dell'imputato.

A parere di chi scrive, questa conclusione, per essere anche solo astrattamente prospettabile, richiederebbe, probabilmente, una certezza scientifica dell'adeguatezza dello

²⁵⁹ Nella sent. 180/1982 viene ricondotta alla discrezionalità del legislatore «la determinazione dell'ammontare delle prestazioni sociali e delle variazioni delle stesse sulla base di un razionale contemperamento delle esigenze di vita dei lavoratori che ne sono beneficiari e della soddisfazione di altri diritti pur costituzionalmente garantiti da un lato e delle disponibilità finanziarie dall'altro lato [...] una discrezionalità che questa Corte, che è priva dei necessari poteri istruttori, non può sindacare se non quando emerga la manifesta irrazionalità dei risultati attinti nelle disposizioni impugnate». Secondo la Corte, la manifesta irrazionalità «è da escludere nella specie in cui le esigenze di vita, alle quali le prestazioni dell'INPS sono correlate, sono calcolate al livello delle pensioni minime».

²⁶⁰ M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 544.

²⁶¹ Sent. 124/1970.

²⁶² E. Dosi, *Il divieto della perizia psicologica in rapporto i principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1970, 1565.

strumento in questione rispetto alla finalità a cui è preposto; la scelta, nel senso del rigetto, del giudice costituzionale sembra dovuta proprio al fatto che la determinazione delle «modalità tecniche secondo le quali dare attuazione ai precetti costituzionali e rispetto alle quali possono esservi ampi margini di opinabilità», è in sostanza affidata al legislatore, che esclusivamente deve pronunciarsi nel merito²⁶³. L'insindacabilità della scelta discrezionale di carattere tecnico-scientifico non è quindi dovuta al tipo di questione, quanto, piuttosto, alle *caratteristiche del dato scientifico*: quest'ultimo raggiunge un grado di incertezza tale per cui si può affermare di non essere di fronte ad una presunzione favorevole al legislatore, ma ad uno spazio di privilegio in cui la Corte non può ingerirsi.

c) L'insindacabilità dell'efficacia temporale di una legge che sana l'anacronismo derivante dal progresso tecnico-scientifico

Un altro ambito, in cui le valutazioni tecniche legislative sono state ricondotte nella sfera di insindacabilità, è quello relativo alla *determinazione dell'efficacia temporale delle leggi che intervengono a sanare un anacronismo* verificatosi a fronte di un lento e graduale mutamento della realtà. Ad esempio, in un giudizio²⁶⁴ in materia di assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali, in cui si lamentava la disparità di trattamento tra i lavoratori autonomi dell'industria ed i lavoratori autonomi dell'agricoltura, creata da un intervento legislativo privo di efficacia retroattiva, la Corte ritiene di non poter sovrapporre le proprie valutazioni a quelle effettuate in sede legislativa.

Anche in questo caso, come nel precedente *sub b)*, il privilegio viene riconosciuto sulla base della *consistenza incerta dei fatti*, vista l'impossibilità di determinare con sicurezza il momento preciso in cui la legge oggetto di giudizio ha iniziato ad essere inadeguata rispetto alla situazione giuridica (concreta) da tutelare.

1.4. (segue) - Le ragioni del “privilegio” (che talvolta è solo apparente)

Gli esempi di insindacabilità fino ad ora citati sembrano quindi riconducibili a specifiche motivazioni: da un lato, alla complessità dell'accertamento di determinati fatti a cui dovrebbe procedere la Corte, al quale dovrebbe conseguire una altrettanto complessa e delicata valutazione (caso *sub a)*; dall'altro lato, si è in presenza di un'incerta consistenza della scienza (caso *sub b)* o di un'evoluzione della tecnica imprecisa sul piano temporale

²⁶³ A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni*, cit., 141.

²⁶⁴ Sent. 221/85, nella quale si rileva che «la diversità di trattamento, effettuata dalle norme denunciate, ai lavoratori autonomi del settore industriale rispetto a quelli del settore agricolo, al momento della apprestata disciplina normativa trovava adeguata e ragionevole giustificazione nel differente livello di rischio che caratterizzava gli ambienti ed i mezzi propri dei processi lavorativi del settore agricolo rispetto a quelli del settore industriale e propriamente, poi, nel fatto che i mezzi meccanici, come causa del differente livello di rischio, trovavano scarso impiego nel settore agricolo rispetto al settore industriale nel quale, invece, le macchine erano largamente utilizzate». Nel momento in cui la questione viene sottoposta al sindacato di costituzionalità, invece, «l'impiego generalizzato di mezzi meccanici nell'agricoltura, ormai quasi totalmente meccanizzata, non giustificava più la disciplina normativa più restrittiva. Tra l'attività agricola e l'attività industriale non esiste più una rilevante differenza oggettiva; tra le lavorazioni di tipo agricolo e quelle di tipo industriale non esiste più una differenza tale da fondare una differenziazione di trattamento ai fini che interessano». Il legislatore del 1982 ha introdotto una nuova disciplina volta a far venir meno tale diversità di trattamento. Al giudice remittente, che lamenta l'irretroattività della legge in questione, la Corte risponde che «l'assimilazione dell'agricoltura all'industria, per la sempre maggiore introduzione delle macchine, della loro utilizzazione e del loro impiego nei lavori agricoli, si è verificata gradualmente, senza che si possa nettamente individuare il momento in cui sia avvenuta la completa o quanto meno la quasi completa parificazione dei due tipi di lavorazione. Sicché resta al giudice difficile individuare con esattezza il momento in cui essa si è verificata in concreto, onde le situazioni, da non omogenee, siano divenute omogenee, sicché si possa dichiarare, accertare la disparità di trattamento».

(caso *sub c*). In questi casi, ci si trova di fronte all'impossibilità di individuare una diversa soluzione normativa capace di imporsi sul piano costituzionale.

A quanto detto va aggiunto che esistono giudizi, solo apparentemente riconducibili a casi di insindacabilità delle valutazioni tecnico-scientifiche del legislatore, nei quali la Corte non procede all'approfondimento dei fatti richiesto dal giudice *a quo*, non perché tale controllo sia ad essa impedito, ma perché è sulla base di altre argomentazioni che si fonda la sua decisione. Di fronte ad una questione avente ad oggetto il divieto di panificazione nelle ore notturne²⁶⁵, l'insindacabilità dei presupposti tecnico-scientifici sembra fondarsi su un privilegio della qualificazione legislativa dei fatti accordato in ragione della clausola costituzionale invocata, cioè l'utilità sociale²⁶⁶; come già visto nel capitolo I, alla Corte spetta solo verificare se il fine (nella fattispecie tutela della salute pubblica) sia riconducibile ad una ragione di utilità sociale, mentre la valutazione dei fatti presupposti della disciplina (tra cui le nuove acquisizioni della scienza e della tecnica), che in questo caso giustificano le limitazioni all'iniziativa economica, spetta solo ed esclusivamente al legislatore. Quindi, quando nella citata decisione si legge che «queste nuove possibilità, che il legislatore – e solo il legislatore – potrebbe valutare per eventuali modificazioni della disciplina vigente, non si presentano tali da togliere, rispetto alla situazione generale, quella base di ragionevolezza, su cui resta fondata la norma», la Corte, a parere di chi scrive, non sta implicitamente dicendo che il progresso tecnico-scientifico non è ancora così sufficientemente maturo e consolidato da essere posto a fondamento della sua pronuncia²⁶⁷, ma, piuttosto, sostiene che non rientri tra i suoi compiti effettuare una nuova ponderazione degli elementi fattuali per valutare la ragionevolezza della norma rispetto al parametro dell'utilità sociale.

Per una corretta valutazione del rapporto tra giudizio di costituzionalità e discrezionalità tecnica legislativa, è quindi importante differenziare i casi in cui il dato scientifico è effettivamente legato alla questione, dai giudizi in cui non lo è. La ragione per cui la Corte, in alcune occasioni, non prende in considerazione (o non approfondisce) i fatti tecnico-scientifici, motivando la decisione con altre argomentazioni, non rappresenta necessariamente un rifiuto di procedere ad un controllo “nei fatti” della scelta legislativa, ma la necessità di risolvere la questione sulla base di altre valutazioni²⁶⁸.

²⁶⁵ Sent. 21/1964. Secondo il remittente tale divieto non sarebbe più giustificabile sulla base delle «sfavorevoli condizioni ambientali, igieniche e di lavoro», poiché tali presupposti sarebbero sostanzialmente mutati. In questo caso, però, la Corte procede solamente ad una verifica astratta della riconducibilità dei mezzi ai fini e, quindi, al rigetto della questione, poiché è il parametro dell'utilità sociale ad imporre un controllo limitato

²⁶⁶ Nella sent. 21/1964 la Corte afferma che «la tutela della sanità possa fornire una delle ragioni di utilità sociale che, a mente dell'art. 41 della Costituzione, giustificano le limitazioni all'iniziativa economica privata, è cosa che la Corte ha già affermato con una sua prima sentenza del 22 gennaio 1957, n. 29. E questa affermazione non ha bisogno di ulteriori illustrazioni, basata com'è sopra il principio, consacrato nell'art. 32 della stessa Costituzione, del supremo interesse che lo Stato ha nei riguardi della tutela della pubblica salute».

²⁶⁷ Come invece sostiene G. D'Amico, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scelta alle incertezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in D'Aloia A. (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 244-245. Nella sentenza in questione la Corte afferma, infatti, esplicitamente che «*si potrebbe anche discutere se, dopo tanti anni, le condizioni siano tali da [...]; così pure si potrebbe discutere se gli organi [...]*» (corsivo mio); si tratta, evidentemente, di questioni che richiederebbero una ricostruzione della realtà tecnico-scientifica alla base della scelta normativa ed è di fronte alla necessità di procedere a tale valutazione che la Corte arresta il suo sindacato.

²⁶⁸ Come già evidenziato, lo stesso vale per molte delle pronunce analizzate nel paragrafo 3.1 del primo capitolo.

1.5. La sindacabilità delle leggi sulla base di valutazioni tecnico-scientifiche. La presunzione favorevole al legislatore e la sua relatività

La possibilità per la Corte di prendere in considerazione questioni tecnico-scientifiche e la conseguente inesistenza di un privilegio assoluto delle determinazioni legislative in tale ambito, a ben vedere, non è stata esclusa a priori dalla giurisprudenza costituzionale e ciò in particolar modo a partire dagli anni Ottanta.

I primi indizi in tal senso riguardano l'utilizzo dell'istruttoria costituzionale per acquisire dati tecnici²⁶⁹, nonché il fatto che la Corte non dichiarò inammissibili questioni incentrate su problemi strettamente tecnici²⁷⁰. Importante è anche il principio che ammette la possibilità di sindacare la discrezionalità tecnica del legislatore qualora l'arbitrarietà nell'uso del potere normativo sia evidente²⁷¹, ma sulla portata di questa affermazione si tornerà in seguito. La prima pronuncia veramente rappresentativa, nella quale la Corte procede ad approfondite valutazioni medico-scientifiche, è, invece, la sent. 161/1985, nella quale vengono ritenute ragionevoli le scelte del legislatore in materia di transessualismo «allo stadio attuale delle conoscenze scientifiche»²⁷².

È necessario, a questo punto, riflettere sulla differenza tra i casi presi in considerazione nel precedente paragrafo, nei quali si riconosce un privilegio della valutazione legislativa, e queste ultime pronunce, in cui la Corte sembra configurare una *presunzione favorevole al legislatore*, la quale, essendo relativa, può essere smontata attraverso dimostrazioni e apporti di tipo fattuale, come rilevato nel capitolo I.

Come già visto in precedenza, il privilegio delle valutazioni tecniche del legislatore, cioè della qualificazione dei fatti presupposti e della disciplina che ne consegue, viene riconosciuto in casi particolari²⁷³ nei quali la norma richiede, come presupposto per la sua elaborazione, *indagini e valutazioni complesse* di elementi tecnici; oppure quando si tratta di discipline che trovano il loro fondamento in *dati scientifici incerti*; oppure qualora il giudizio sia condotto sulla base di *parametri* che impongono un limitato controllo sui fatti.

²⁶⁹ Si tratta del giudizio concluso con la sent. 20/1980, avente ad oggetto il divieto di produzione di pasta integrale; sulle ragioni del mancato uso delle risultanze di tale istruttoria si rimanda a quanto già detto nel paragrafo 3.1 del primo capitolo.

²⁷⁰ M. Luciani, *I fatti e la Corte* cit., 545, nota 46, evidenzia che la sent. 368/1985, avente ad oggetto una questione legata alla decolorazione degli olii di semi, dichiara l'inammissibilità, non perché tali questioni siano sottratte al giudizio della Corte, ma perché il giudice remittente aveva prospettato un contrasto meramente potenziale. La scelta di motivare in tal modo l'inammissibilità non è priva di significato: nel caso di specie, qualificare la questione come "politica" avrebbe infatti comportato l'impossibilità di un'eventuale riproposizione da parte del remittente o di altri giudici; mentre incentrare l'inammissibilità sulla non rilevanza della questione, ha effetti tutt'altro che preclusivi. Sulla possibilità di riproporre questioni già dichiarate inammissibili si veda L. Carlassare, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, V, 1986, 9-10.

Ancora per quanto riguarda la sent. 368/1985, si noti che, pur trattandosi di un giudizio avente a parametro l'utilità sociale di cui l'art. 41, la Corte lascia intendere che nel valutare la corrispondenza mezzi-fini «è necessaria la chiarezza sull'*an* e sul *quantum* dell'eventuale pregiudizio arrecato ai privati», lasciando quasi intendere che, nel caso di specie, qualora la questione le fosse stata presentata nei termini corretti, avrebbe potuto procedere ad una valutazione vera e propria delle circostanze fattuali relative all'applicazione della norma.

²⁷¹ Si tratta del principio, affermato nella sent. 170/1982, secondo la quale «è riservata al potere discrezionale del legislatore la valutazione della nocività delle droghe, valutazione i cui risultati non sono sindacabili da questa Corte, a meno che non ne sia *evidente l'arbitrarietà*» (punto 3 del considerato in diritto, corsivo mio). La Corte prosegue e conclude ritenendo che «ciò non ricorre nella specie, ove si consideri soltanto come le convenzioni internazionali, che hanno ricevuto la più larga adesione e alle quali l'Italia si è obbligata ad adempiere, includano la cannabis indica nelle sostanze stupefacenti la cui diffusione va inibita e penalmente sanzionata».

²⁷² Per un approfondimento di tale decisione si rimanda ai paragrafi 2.1. di questo capitolo e 4 del capitolo III.

²⁷³ Come evidenziato dagli esempi considerati nel par. 1.3.

Si tratta di ipotesi in cui non esistono criteri ricavabili dal testo costituzionale, tali da legittimare un intervento del giudice delle leggi che sindachi la base fattuale dell'intervento normativo.

In tutti casi in cui, invece, il giudice remittente è in grado di sostenere l'*inconsistenza* dei presupposti tecnico-scientifici su cui si basa la norma, al punto da metterne in discussione la ragionevolezza rispetto ad un *preciso parametro costituzionale*, sembra prospettabile una presunzione favorevole alla valutazione legislativa, che ammette, quindi, prova contraria e che renderà possibile un'eventuale censura di costituzionalità. Quest'ultima affermazione necessita però di ulteriori specificazioni.

1.6. (segue) - Quando l'arbitrarietà è «evidente». La consistenza (certa) dei fatti e la necessità (o meno) di approfondimento

È un dato costante nella giurisprudenza costituzionale, non solo italiana, che una legge verrà sicuramente dichiarata illegittima qualora la valutazione scientifica ad essa relativa compiuta dal legislatore sia palesemente erronea, cioè non trovi conforto in nessuna ipotesi accreditata²⁷⁴. La Corte si ritiene infatti legittimata ad intervenire ogni qual volta l'arbitrarietà nell'utilizzo della discrezionalità tecnica sia «evidente»²⁷⁵. Ma quando l'arbitrarietà nella considerazione del dato tecnico-scientifico può dirsi «evidente»?

Come rilevato nel primo capitolo, anche per la specifica tipologia di fatti ora considerata, è possibile mettere in discussione la valutazione fattuale operata dal legislatore, a fronte di acquisizioni scientifiche certe che si pongono in maniera manifesta in contrasto con le basi empiriche della norma. I due elementi che permettono di procedere al sindacato sono quindi, da un lato, la "consistenza" dei fatti, che deve essere sicura, dall'altro, "l'evidenza", cioè – letteralmente – non deve essere necessario procedere ad approfondimenti (o valutazioni) al fine di dimostrare l'erroneità dei presupposti. E qualora uno di questi due fattori sia assente?

È necessario riflettere, da un lato, sulla possibilità che la Corte proceda ad una valutazione approfondita e, conseguentemente, intervenga anche a seguito di una vera e propria dimostrazione dell'arbitrarietà²⁷⁶; dall'altro lato, sulla possibilità di sindacare la costituzionalità di una legge anche a fronte di una consistenza incerta dei fatti²⁷⁷, oppure sulla necessità di limitare l'intervento della Corte, riconoscendo il privilegio alla qualificazione legislativa dei presupposti scientifici, e quindi la sua insindacabilità, ogni qual volta la consistenza degli stessi risultasse dubbia.

²⁷⁴ Cerri A., *I poteri istruttori*, cit., 1353, nota 55; l'A. richiama, come esempio, la famosa pronuncia della Suprema Corte USA relativamente alla legge dell'Oklahoma, che prevedeva la sterilizzazione di coloro che avevano commesso determinati delitti sul presupposto, evidentemente infondato, dell'esistenza di un'ereditarietà di certe tendenze a delinquere (Skinner v. Oklahoma, 316 U.S. 535, 1942).

²⁷⁵ Cfr. ord. 386/1987 in cui si afferma che «la Corte è chiamata unicamente a pronunciarsi sulla scelta effettuata in materia dal legislatore nell'uso della sua discrezionalità tecnica, non sindacabile in questa sede [...] a meno che non ne sia *evidente* l'arbitrarietà» (corsivo non testuale). La questione, dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte, concerneva la coltivazione e la detenzione di canapa indiana con denuncia da parte dei giudici remittenti dell'«erroneo presupposto che il legislatore avrebbe assunto a base della disciplina, secondo cui sarebbe possibile distinguere botanicamente, con criteri univoci, la "canapa indiana" (cannabis indica), la cui coltivazione è vietata, da altre varietà di canapa note (cannabis sativa, americana, messicana, ecc.), la coltivazione delle quali è esclusa dalla punibilità; mentre tale distinzione sarebbe allo stato impossibile o non verificabile, anche secondo recenti e accreditati studi scientifici, indipendentemente dal luogo e dalle condizioni di coltura». Nello stesso senso si vedano anche le successive ord. 573/1988 e 327/1988.

²⁷⁶ In tal caso, l'evidenza non andrebbe intesa come mancanza della necessità di fornire "prove da valutare", ma finirebbe per assumere un significato che si sovrappone alla "consistenza certa" del fondamento scientifico della norma.

²⁷⁷ Luciani M., *I fatti e la Corte*, cit., 544. Per quanto riguarda la casistica delle varie tipologie di incertezze scientifiche si rimanda a quanto evidenziato nel paragrafo 1.3.

In riferimento all'ultima questione, Luciani²⁷⁸ ritiene che solo relativamente a questioni scientifiche controverse il controllo di costituzionalità debba essere ristretto alla "manifesta irrazionalità" delle conseguenze normative tratte da determinati presupposti di fatto. In questi casi, l'Autore esclude una sovrapposizione delle valutazioni fattuali della Corte a quelle operate dal legislatore, ma non la sindacabilità della scelta normativa sulla base dei fatti, così come qualificati in sede legislativa. Seguendo questa impostazione, le due tipologie sopra descritte di controllo sulle valutazioni fattuali (quella in cui esiste un privilegio e quella in cui va riconosciuta una semplice presunzione) sembrano essere il rovescio della stessa medaglia, perché il confine tra questi due campi andrebbe determinato sulla base del livello di certezza tecnico-scientifica dei fatti presupposti della norma: di fronte al dubbio sulla loro consistenza (o all'impossibilità di ricostruire in maniera chiara l'insieme degli elementi valutati e posti a fondamento della legge) si afferma il privilegio, mentre di fronte ad un contesto scientifico in grado di fornire risposte precise la presunzione può essere smentita.

Per quanto riguarda, nello specifico, la possibilità per il giudice costituzionale di (ri)valutare la consistenza del presupposto tecnico-scientifico della normativa, sovrapponendosi al legislatore, si tenga presente che si tratta di una questione diversa – e del resto logicamente successiva – rispetto all'opportunità di procedere ad un'istruttoria scientifica nel giudizio di costituzionalità, sebbene sia facile incorrere nell'errore di trattare le due questioni congiuntamente e senza le dovute differenziazioni. L'appiattimento del concetto di "consistenza certa" degli elementi fattuali sulla nozione di fatto notorio, o il riconoscimento del privilegio sopra menzionato a fronte, non dell'incertezza, ma solo della necessità di un approfondimento scientifico, condurrebbero ad una indebita sovrapposizione dei piani. La stessa giurisprudenza iniziale della Corte non ha contribuito a fare chiarezza a riguardo, poiché ha ancorato il suo giudizio, essenzialmente, a dati di fatto tratti dalla comune esperienza, evitando di procedere con istruttorie formalizzate: in questi casi l'errore legislativo nella considerazione della realtà fattuale è risultato talmente macroscopico da non richiedere prove, essendo dimostrabile attraverso il richiamo di fatti notori, cioè quei fatti conosciuti o facilmente conoscibili dalla generalità dei consociati.

La possibilità di un approfondimento scientifico da parte del giudice costituzionale mediante un'attività istruttoria e il più generale tema dell'entrata dei dati di fatto nel giudizio di costituzionalità e della loro prova, sarà oggetto specifico del capitolo IV. Preme qui solo mettere in luce che la questione relativa alle modalità di indagine e di reperimento dei dati scientifici da parte della Corte e quella della valutazione di tali dati, sebbene strettamente collegate, devono, nel ragionamento circa la sindacabilità dei fondamenti scientifici delle scelte legislative, rimanere distinte ed autonome.

Nel corso di questo capitolo ci si concentrerà, in particolare, sulla riflessione relativa al grado di penetrazione del sindacato di costituzionalità, cercando di capire come sia stata applicata la nozione di "evidente arbitrarietà" (e quelle equivalenti), che la giurisprudenza costituzionale spesso richiama al fine di ammettere una possibile censura della discrezionalità tecnica legislativa: si dovrà, quindi, verificare se la Corte sia orientata ad ammettere un sindacato sulla scelta normativa solo qualora la consistenza del dato scientifico sia sicura e non necessiti di approfondimenti, oppure anche nei casi in cui la certezza della consistenza dei fatti presupposti dalla norma sia il risultato di un'indagine più penetrante.

Si intende ora proseguire con un'analisi della giurisprudenza costituzionale che prenda in considerazione le pronunce in cui la Corte si è soffermata esplicitamente, attraverso precise affermazioni di principio, sul ruolo dei dati tecnico-scientifici nel giudizio di costituzionalità.

²⁷⁸ Luciani M., *I fatti e la Corte*, cit., 544.

1.7. L'affermazione di un vizio di costituzionalità per erronea o mancata considerazione di dati tecnico-scientifici nella giurisprudenza costituzionale più recente

Sulla possibilità di configurare un vizio a fronte di un'errata (o mancata) considerazione del dato scientifico alla base della scelta legislativa, il giudice costituzionale si è espresso esplicitamente in tempi piuttosto recenti.

Nella sent. 114/1998 il giudice costituzionale ammette chiaramente che l'errore nella valutazione legislativa dei presupposti scientifici di una norma possa, sebbene entro certi limiti, essere causa di incostituzionalità e ciò non solo in riferimento al parametro della ragionevolezza: il sindacato può e deve essere compiuto, infatti, «anche quando la scelta legislativa si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire [...] tuttavia, perché si possa pervenire ad una declaratoria di illegittimità costituzionale occorre che i dati sui quali la legge riposa siano incontrovertibilmente erronei o raggiungano un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice».

La possibilità che dati scientifici siano portati a dimostrazione dell'arbitrarietà della scelta legislativa viene successivamente ribadita dalla Corte quando, pur affermando di non poter «sindacare il merito e l'opportunità delle opzioni adottate dal legislatore», ritiene tuttavia di sua competenza «verificare che le scelte legislative non siano affette da palese arbitrarietà o irrazionalità ovvero non comportino una lesione del nucleo minimo della garanzia»²⁷⁹. La valutazione dell'arbitrarietà mostra uno stretto legame con le acquisizioni della scienza: nella sentenza (riguardante la previsione di misure di sostegno assistenziale in caso di malattia) si legge infatti che «in mancanza di sicuri dati scientifici – non prospettati dal rimettente – che dimostrino la manifesta arbitrarietà della distinzione dei tempi di presentazione delle domande in relazione alle patologie cui si riferiscono, non esiste alcun vincolo costituzionale che imponga un'equiparazione di disciplina»²⁸⁰.

Con tali affermazioni il giudice delle leggi sancisce una regola passibile di generalizzazione: da un lato, la *manifesta arbitrarietà* della legge è determinabile sulla base di «sicuri riferimenti scientifici», che diventano il fondamento per determinare l'esistenza o meno di un «vincolo costituzionale»²⁸¹ tale da permettere l'intervento della Corte; dall'altro, questi dati devono essere forniti dal giudice *a quo* attraverso l'argomentazione dell'ordinanza di remissione. Si noti, inoltre, che il tenore letterale di

²⁷⁹ Si tratta dell'ord. 342/2006, in tema di indennizzo di soggetti che abbiano subito danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali. Nel caso di specie viene impugnata la normativa in materia di indennizzi ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati, nella parte in cui stabilisce che, ai fini del conseguimento dell'indennizzo di cui all'art. 1 della legge n. 210 del 1992, coloro che presentino danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali devono presentare la domanda amministrativa entro il termine perentorio di tre anni, decorrente dal momento in cui l'interessato risulti aver avuto conoscenza della menomazione. Tale previsione opererebbe una disparità di trattamento, con conseguente lesione del diritto alla salute, tra i soggetti danneggiati da epatiti ed i soggetti che, a seguito del medesimo evento trasfusionale, contraggono il *virus* dell'HIV, essendo applicato a questi ultimi il termine di prescrizione decennale.

²⁸⁰ Punto 3 del considerato in diritto dell'ord. 342/2006. Anche nella sent. 518/2000, riguardante il reato d'incesto, la Corte lascia intendere che la scelta normativa incriminatrice non rientrerebbe nella sfera di discrezionalità legislativa, e quindi sarebbe censurabile per arbitrarietà (rispetto al fine), qualora la sua *ratio* fosse l'interesse eugenetico poiché «essa si baserebbe su un assunto – l'unione tra consanguinei essere di per sé fiera di danni genetici – sul piano scientifico dibattuto» (punto 2.1 del considerato in diritto).

Tale pronuncia pare tutt'altro che irrilevante, dal momento che se ne dà atto nella relazione di fine anno della giurisprudenza costituzionale nel 2006.

²⁸¹ Nel caso specifico il «vincolo costituzionale» si identifica con la necessità di rispettare il principio di eguaglianza e, quindi, di trattare in maniera uguale situazioni assimilabili sulla base di fatti scientifici.

quanto affermato nelle citate pronunce, che richiama la «palese» o «manifesta» arbitrarietà (o irragionevolezza) e che fa riferimento ad una scelta legislativa che «si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici»²⁸², sembrerebbe precludere la possibilità di procedere ad un'approfondita valutazione dei “fatti” in sede di giudizio di costituzionalità; ciò non pare, comunque, comportare l'impossibilità per il giudice costituzionale di prendere in considerazione elementi fattuali tecnico-scientifici così come prospettati dalle parti o dall'ordinanza di rinvio.

1.8. Legislatore, Corte e rilievo (costituzionale) delle istituzioni scientifiche

Merita particolare approfondimento la prima questione, relativa al grado di certezza del fatto scientifico posto alla base della censura della discrezionalità tecnica legislativa. Al riguardo, quando la Corte rileva la mancanza di «sicuri riferimenti scientifici», non sta affermando che in materia non esiste un orientamento sicuro, ma solo che il giudice non lo ha prospettato; questo lascia intendere che qualora tali dati siano forniti al giudice costituzionale si dovrebbe procedere ad una loro esame, al fine di determinarne, con il maggior grado di certezza possibile, la consistenza e, conseguentemente, pronunciarsi sulla ragionevolezza della legge.

Il riferimento a dati scientifici oggettivi rende meno opinabile il giudizio di costituzionalità sulla norma, poiché quest'ultima potrà essere oggetto di contestazione nella misura in cui sia contestabile la micro-verità scientifica su cui si fonda²⁸³. Si potrebbe qui parlare di *self-restraint* non tanto della Corte nei confronti del legislatore, ma rispetto alla doverosa astensione di quest'ultimo e dello stesso giudice delle leggi, dall'entrare in giudizi tecnici e specialistici che non sono di loro competenza²⁸⁴. Il giudizio di scientificità operato dal giudice costituzionale, in questi casi, riguarderà la plausibilità della scelta legislativa sulla base di una ragionevolezza scientifica, che nulla ha a che vedere con un giudizio sulla verità scientifica in sé. A tal proposito la Corte ha precisato, in pronunce aventi ad oggetto la disciplina dei trattamenti terapeutici, che sia i suoi interventi²⁸⁵ che quelli del legislatore²⁸⁶ sono subordinati alle valutazioni degli organi tecnico-scientifici: è quindi solamente sui dati da questi ultimi elaborati che dovranno fondarsi eventuali decisioni (tanto legislative, quanto del giudice costituzionale) in tale materia, e si può supporre che ciò valga anche in tutti gli ambiti in cui vi sia un imprescindibile collegamento tra scienza e diritto. Valorizzando il ruolo delle istituzioni scientifiche (in particolare della tecnica medica), il giudice costituzionale ha quindi chiarito il fondamento del suo ruolo di vigilanza affinché il legislatore non agisca in dissonanza con le acquisizioni della scienza più consolidate²⁸⁷.

²⁸² Corsivo non testuale.

²⁸³ C. Panzera, *Legislatore, giudici e corte costituzionale di fronte alla salute (verso un inedito “circuito” di produzione normativa?)*, in *Diritto e società*, 3/2004, 377.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ Sent. 185/1998, nella quale, al punto 8 del considerato in diritto, la Corte precisa che «non è chiamata, né potrebbe esserlo, a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici».

²⁸⁶ Sent 282/2002: «un intervento 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, 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” (cfr. sent. n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica» (punto 5 del considerato in diritto).

²⁸⁷ G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, cit, 77.

In particolare, la sent. 282/2002 dichiara l'illegittimità di una legge regionale che prevede la sospensione di alcune pratiche terapeutiche particolarmente invasive, sulla base del fatto che il legislatore non aveva condotto alcuna istruttoria tecnico scientifica, ma aveva effettuato la scelta normativa sulla base di semplici valutazioni politiche²⁸⁸. Questa pronuncia sembra richiamare, indirettamente, una riflessione di Cerri²⁸⁹, che individua nella gamma di strumentazioni del controllo di ragionevolezza della nostra Corte quella che definisce una componente "metodologica", costituita anche dalla verifica che una certa scelta legislativa sia frutto di adeguata ponderazione. Inoltre, lo stesso Autore, riconduce ad un contrasto "indiretto" tra norma e Costituzione quei casi in cui la legge non rispetta i criteri della razionalità, ad esempio muovendo da premesse non corrispondenti alla realtà o non attenendosi a regole d'esperienza consolidate: in relazione a tali ipotesi, «ci si può chiedere quanto la Corte possa spingersi in questo controllo e in particolare se ogni errore vizi la legge e se nel dubbio la legge debba essere censurata oppure no»²⁹⁰.

1.9. Interrogativi da risolvere: possibili questioni al vaglio della Corte

All'interrogativo appena posto, si può tentare di rispondere analizzando la giurisprudenza costituzionale che ha preso in considerazione fatti scientifici ai fini della decisione, ponendo particolare attenzione al rapporto tra questione di costituzionalità e scienza; alla dimostrazione, richiesta, dell'arbitrarietà della norma rispetto ai dati tecnico-scientifici; al rilievo della valutazione dei presupposti fattuali operata in sede legislativa e al possibile utilizzo nel giudizio di costituzionalità di fatti diversi ed ulteriori.

Prima di procedere a tale analisi, però, sembra utile porsi nella prospettiva del giudice *a quo* e ipotizzare, in astratto, alcune tipologie di questioni che impongono la considerazione della scienza nel giudizio di costituzionalità, nonché le problematiche connesse alla loro risoluzione. Successivamente – nel paragrafo conclusivo del capitolo – si accerterà quali giudizi si siano in concreto verificati e come la Corte abbia risposto alle diverse richieste dei remittenti.

Innanzitutto, si può ipotizzare che, similmente a quanto rilevato nel primo capitolo con riferimento ai *legislative facts* in generale, anche per quanto riguarda i presupposti tecnico-scientifici, le questioni sollevate davanti alla Corte siano riconducibili a due diverse tipologie: a) il giudizio può riguardare il profilo del mero travisamento dei fatti presupposti (o di un loro mancato approfondimento) in sede legislativa; b) oppure, può essere messo in discussione il rapporto tra il dato scientifico (magari correttamente valutato dal legislatore) e la tutela che il bene costituzionale richiede a fronte di quel determinato presupposto fattuale.

A ben vedere, spesso, le due ipotesi possono risultare collegate, poiché è molto probabile che alla prima valutazione segua la seconda. Infatti, nel momento in cui il giudice *a quo* contesta la ricostruzione legislativa del presupposto fattuale, sta chiedendo alla Corte di annullare (o "manipolare" nel senso imposto dalla Costituzione) una norma irragionevole, perché fondata su un dato scientifico erroneo. In questi casi il giudizio di legittimità può scomporsi in due diverse fasi: in primo luogo, si dovrà procedere alla verifica della correttezza dei fatti posti a fondamento della norma impugnata; successivamente, qualora questo controllo dimostri l'erroneità di tali presupposti fattuali, la

²⁸⁸ Al punto 6 del considerato in diritto, si può leggere: «nella specie, l'intervento regionale contestato dal Governo non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma».

²⁸⁹ A. Cerri, *Ragionevolezza* cit., 23; l'A. ritiene che allo sviluppo della componente "metodologica" del sindacato di ragionevolezza abbia contribuito l'esperienza della giustizia amministrativa con il sindacato sull'eccesso di potere.

²⁹⁰ A. Cerri, *Sindacato di costituzionalità*, in *Enciclopedia Treccani*, vol. XXVIII, 1992, 23.

Corte potrà decidere per un annullamento (secco) oppure per una pronuncia di diverso tipo (interpretativa, additiva etc.), in modo da fornire adeguata tutela al diritto oggetto di giudizio, tenendo conto delle richieste formulate nell'ordinanza di rimessione. È anche pensabile che, pur risultando errato il presupposto fattuale, la Corte decida di considerare la norma ragionevole sulla base di ulteriori elementi (si pensi, tra i vari esempi, alla possibilità di “eterogenesi dei fini”) e si pronunci, quindi, per il rigetto.

Gli esempi considerati presuppongono, però, l'esistenza di un momento del procedimento di formazione dell'atto legislativo in cui vengono valutati i fatti scientifici connessi alla disciplina oggetto di giudizio costituzionale, nonché la possibilità (da parte della Corte e del giudice *a quo*) di reperire chiare indicazioni a riguardo. Ammesso e non concesso che nel nostro ordinamento questa condizione possa dirsi soddisfatta, c'è da chiedersi se e come si possa configurare una questione di costituzionalità che chiami in causa la scienza (in entrambe le ipotesi *sub a* e *b*), qualora l'approfondimento scientifico sia stato assente in sede di elaborazione della norma.

E se nelle ipotesi *sub a*) e *b*) il giudice non facesse riferimento alle valutazioni fattuali effettuate in sede legislativa, ma ne presumesse l'erroneità sulla base di un approfondimento scientifico preciso ed accurato, che dimostri l'irragionevolezza della disciplina rispetto alla scienza? E se l'esigenza di chiamare in causa dati scientifici, al fine di risolvere la questione di costituzionalità, venisse rilevata dalla Corte in assenza di specifici riferimenti nell'ordinanza di rimessione?

Questi e gli altri profili evidenziati verranno ripresi, approfonditi e, per quanto possibile, risolti nel corso della ricerca.

2. Tipologia delle pronunce costituzionali fondate sui dati tecnico-scientifici

Come abbiamo visto, né la dottrina, né la giurisprudenza costituzionale escludono, in linea di principio, un sindacato sulle valutazioni tecnico-scientifiche del legislatore. Si tratta ora di esaminare i giudizi di costituzionalità nei quali è stato necessario prendere in considerazione la scienza ai fini della risoluzione della questione. Si anticipa fin d'ora che il ruolo del dato scientifico può variare a seconda dei casi e del tipo di pronuncia adottata: esso può essere utilizzato ai fini dell'interpretazione della norma²⁹¹, talvolta addirittura per ricavare (e escludere) una possibile *ratio*²⁹², oppure essere l'argomento principale della censura e costituire, quindi, il fondamento di decisioni di accoglimento, ma anche di rigetto. Infatti, oltre ai casi in cui l'illegittimità²⁹³ viene pronunciata ritenendo che l'intervento legislativo non possa prescindere dalla considerazione (corretta) dei dati scientifici, risultano di grande interesse, ai fini dell'indagine, anche le decisioni di infondatezza nelle quali la Corte ha dato rilievo alla scienza, ponendola a sostegno dell'argomentazione sulla ragionevolezza della disciplina. E' inoltre importante ricordare anche i casi in cui la Corte si riferisce alla scienza come uno tra i vari argomenti che sostengono la decisione (in talune occasioni, con una valenza essenzialmente retorica),

²⁹¹ Si pensi ai casi di pronunce di rigetto (o di inammissibilità) in cui la Corte fornisce un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione impugnata dal giudice *a quo*, o ai casi di sentenze interpretative di accoglimento.

²⁹² È il caso, ad esempio, della sent. 518/2000, avente ad oggetto la norma incriminatrice dell'incesto, nella quale si esclude la *ratio* eugenetica proprio per la mancanza di una base scientifica; e anche della sent. 438/1995, dove la Corte esclude che *ratio* della disciplina che sospende la pena detentiva per i malati di HIV sia la salute carceraria, perché non si giustificerebbe scientificamente l'esclusione, tra i destinatari della disciplina, dei malati di AIDS in fase non conclamata, il cui potenziale infettivo è il medesimo dei primi.

²⁹³ Può trattarsi di un accoglimento “secco” (cioè di una pronuncia con effetto meramente ablativo), oppure di una pronuncia additiva, anche di principio.

poiché anche in questo modo il giudice costituzionale dà un segnale dell'importanza di questa categoria di elementi fattuali²⁹⁴.

2.1. Decisioni di rigetto: la scienza a conferma della scelta legislativa

In diverse occasioni la Corte costituzionale ha preso in considerazione il dato scientifico collegato alla legge valutandolo in maniera approfondita e utilizzandolo come argomento a sostegno di decisioni di rigetto. Ciò è avvenuto, come si vedrà, soprattutto in giudizi il cui esito è destinato ad avere ripercussioni, più o meno dirette, sulla tutela dei diritti fondamentali.

Si analizzeranno, di seguito, alcune vicende giurisprudenziali per la risoluzione delle quali è stato determinante il richiamo alla scienza sotto diversi punti di vista: a) in alcuni casi, a fronte di questioni che contestano direttamente i presupposti tecnico-scientifici di una disciplina, la Corte chiama in causa gli elementi fattuali necessari a sostenerne la correttezza, al fine di confermare la ragionevolezza della scelta legislativa; b) l'utilizzo delle acquisizioni della scienza può, inoltre, essere funzionale alla dimostrazione della compatibilità della legge impugnata con la Costituzione, e per questo può essere lo stesso giudice delle leggi a richiamare autonomamente tali elementi fattuali; c) in ultimo, sembra assumere particolare rilievo l'attenzione che la Corte presta ai dati scientifici quando il suo giudizio verte sulla ricerca di una coerenza tra scienza e norme penali.

a) Alla contestazione del presupposto scientifico della legge la Corte "risponde" chiamando in causa la scienza

Uno dei giudizi maggiormente rappresentativi del ruolo determinate dei rilievi medico-scientifici al fine di giustificare la scelta legislativa, dimostrandone la razionalità, è quello avente ad oggetto la normativa che riconosce e tutela il fenomeno del transessualismo²⁹⁵. La Corte ritiene ragionevoli le scelte del legislatore «allo stadio attuale

²⁹⁴ Tra le decisioni in cui il progresso tecnico-scientifico è stato richiamato, in generale ma con un valore non solo retorico, tra le altre argomentazioni poste alla base della censura della scelta legislativa, si ricorda la sent. 134/1985, riguardante l'azione di disconoscimento della paternità. Le limitazioni temporali alla possibilità di far valere in giudizio tale diritto, vengono giudicate illegittime, oltre che sulla base dell'evoluzione della coscienza collettiva e della legislazione che porta ad accentuare il *favor veritatis*, anche a fronte del progresso scientifico raggiunto nella sicurezza della prova negativa di paternità. L'evoluzione della realtà scientifica, che la Corte rileva, permette di motivare l'anacronismo e giustificare il *renvirement* in merito (nelle precedenti sentt. 249/1974 e 64/1982 la stessa questione di legittimità costituzionale fu rigettata. Nella stessa materia interviene anche la sent. 170/1999, con la quale viene dichiarata incostituzionale la norma che non prevede la decorrenza del termine per il marito dal giorno della conoscenza della propria impotenza a generare, «poiché è dato di comune esperienza che l'elemento costitutivo dell'azione, rappresentato dall'impotenza di generare, può rimanere a lungo e a volte anche indefinitamente ignoto». Ancora una volta, il mutamento giurisprudenziale (rispetto alla precedente sent. 249/1974)²⁹⁴ viene giustificato richiamando, tra le varie argomentazioni, anche un dato medico-scientifico: il punto centrale del ragionamento è costituito dal principio del *favor veritatis*, «la cui ricerca risulta agevolata dalle avanzate acquisizioni scientifiche nel campo della genetica e dall'elevatissimo grado di attendibilità dei risultati delle indagini».

Una recente pronuncia in tema, la sent. 266/2006, riguardante la subordinazione dell'esame delle prove tecniche, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie, riporta tra le argomentazioni a sostegno dell'illegittimità di tale norma, i progressi della scienza biomedica che, ormai, attraverso le prove genetiche od ematologiche, consentono di accertare la esistenza o la non esistenza del rapporto di filiazione.

²⁹⁵ Si tratta della legge 14 aprile 1982 n. 164, recante norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso, della quale vengono impugnati gli artt. 1 e 5, che prevedono rispettivamente «la rettificazione di cui all'art. 454 del codice civile», anche «in forza di sentenza di Tribunale passata in giudicato che attribuisce ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenuta modificazione dei suoi caratteri sessuali», ed il rilascio «con la sola indicazione del nuovo sesso e nome» delle «attestazioni di

delle conoscenze scientifiche», confermandone il fondamento empirico: la disciplina non è illegittima perché il presupposto fattuale è un concetto d'identità sessuale (e di sindrome transessuale) supportato dalle nuove acquisizioni della scienza medica, che rende costituzionalmente compatibile (o forse necessaria²⁹⁶) la tutela riconosciuta a questa categoria di persone. Il richiamo alle nozioni tecniche permette di argomentare l'infondatezza della questione sollevata dal giudice *a quo* – estremamente preciso e accurato nella ricostruzione delle due diverse casistiche di mutamento sessuale – basata su un'interpretazione diversa (e scientificamente scorretta) del dato medico: il remittente, non tenendo conto delle esigenze fisiche e psicologiche del transessuale, ritiene irragionevole la possibilità di rettificazione giudiziale del sesso a seguito di trasformazioni del tutto artificiali (originate da una dichiarata psicosessualità), con conseguente violazione degli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost.

Il giudizio di costituzionalità, in questo caso, non viene instaurato al fine di chiedere un riconoscimento (o un ampliamento) di tutela, ma è volto all'eliminazione della norma che attribuisce, a livello legislativo, il diritto in questione e che, secondo il giudice *a quo*, comporterebbe una serie di conseguenze contrastanti con il dettato costituzionale.

Sulla vicenda giurisprudenziale si tornerà nello specifico nel corso del terzo capitolo; in questa sede, preme solo sottolineare che parte della motivazione della sentenza è dedicata ad un approfondimento del dato scientifico, poiché è su questo che riposa la *ratio* stessa dell'intervento legislativo.

La Corte afferma esplicitamente che è «opportuno soffermarsi, per quanto necessario, sul fenomeno del transessualismo» ed evidenzia che «sulla scorta dei cennati elementi conoscitivi si è mosso anche il legislatore italiano accogliendo un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato».

La ricostruzione legislativa del fondamento scientifico è quindi corretta; a dimostrazione di ciò si rileva che «nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche (come ebbe ad esprimersi il *Bundesverfassungsgericht* nella nota sentenza dell'11 aprile 1978), ed a questo effetto, di norma, è indispensabile il ricorso all'operazione chirurgica»; la legge si è quindi allineata «agli orientamenti legislativi, amministrativi e giurisprudenziali, già affermati in numerosi Stati, fatti propri, all'unanimità dalla Commissione della Corte Europea dei Diritti dell'uomo (decisione 9 maggio 1978, nel caso Daniel OostenWijck contro Governo belga) e la cui adozione in tutti gli Stati membri della comunità è stata caldeggiata con una proposta di risoluzione presentata al Parlamento Europeo nel febbraio 1983». Il fondamento scientifico della legge, posto alla base della decisione di rigetto, acquista una consistenza ancora più solida dal momento che viene recepito anche in altri ordinamenti.

b) La Corte richiama (anche autonomamente) acquisizioni scientifiche per dimostrare che la norma impugnata non lede principi (o diritti) costituzionali

Una serie di pronunce costituzionali in cui risulta centrale la considerazione di fatti scientifici riguarda la risoluzione di giudizi di eguaglianza, nei quali si verifica se siano giustificabili le differenziazioni (o le assimilazioni) di trattamento legislativamente stabilite²⁹⁷. In particolare, il richiamo alla scienza è stato indispensabile per risolvere

stato civile riferite a persona della quale sia stata giudizialmente rettificata l'attribuzione di sesso» (art. 5). Il relativo giudizio si è concluso con la sent. 161/1985.

²⁹⁶ Sulla necessità costituzionale di fornire un riconoscimento giuridico al transessuale si dirà nel capitolo III.

²⁹⁷ Un esempio a riguardo è fornito dalla sent. 160/1977, che chiude il giudizio nel quale si contesta, in riferimento agli artt. 32 e 38 Cost., la legittimità della corresponsione della rendita per invalidità solo al lavoratore infortunatosi con ernia non operabile, e non anche per chi è colpito da ernia operabile. Secondo la Corte «non appare invero irragionevole la previsione, alla stregua dei dettami della scienza medica e

questioni aventi ad oggetto la ragionevolezza di termini legali riguardanti l'esercizio di diritti costituzionali strettamente connessi alla tutela della persona, come le garanzie del lavoratore legate al diritto alla salute²⁹⁸ o eventuali disparità nei trattamenti previdenziali²⁹⁹.

dell'esperienza, della reversibilità di quest'ultimo stato morboso, che, debellabile da atto operatorio, non assume carattere di invalidità permanente» a differenza del primo caso (punto 5 del considerato in diritto). Ulteriori elementi scientifici vengono utilizzati dal giudice costituzionale per dimostrare che la norma non contrasta con l'art 32 Cost, a differenza di quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione – secondo cui, di fatto, si imporrebbe il ricorso ad un intervento chirurgico del quale non si potrebbe mai, a priori, escludersi con certezza la pericolosità –: «la scienza chirurgica ha compiuto progressi eccezionali e vi sono atti operatori che, in base alla umana certezza, possono essere dichiarati esenti da pericolo; altri la cui pericolosità varia da un grado minimo ad un massimo, e tutto ciò da valutarsi in concreto per ogni singolo caso in rapporto alla diversa struttura fisica e psichica del paziente» (punto 6 del considerato in diritto). Si rileva, inoltre, che «se dovesse essere vagliata anche la più remota possibilità di un pericolo, addirittura mortale, per ogni atto chirurgico, mai si dovrebbe intervenire sul corpo di un paziente reso inabile da malattia o infortunio sul lavoro, anche quando un semplice atto operatorio potrebbe restituirlo perfettamente efficiente alla normale attività».

Anche l'ord. 306/2001 giustifica sulla base di dati tecnico-scientifici la differente disciplina dettata per gli accertamenti polizia stradale in caso di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti e di l'influenza di alcool (che consente di disporre prelievi ematici sul conducente solo nel primo caso): secondo la Corte le attuali conoscenze tecnico-scientifiche «non permetterebbero di avvalersi, per l'acquisizione della prova dell'uso di sostanze stupefacenti, di una strumentazione tecnica analoga a quella utilizzata per il rilevamento dello stato di ebbrezza alcolica, che assicura, grazie all'esame spirometrico, attendibili riscontri del tasso alcolemico nell'aria alveolare espirata». Il remittente contestava che fattispecie penali del tutto sovrapponibili e ispirate ad una identica finalità riceverebbero, immotivatamente, disuguale disciplina nella fase di accertamento della materialità del fatto di reato. Ma il rigetto della questione appare in accordo con la precedente giurisprudenza costituzionale in materia; già con la sent. 194/1996, infatti, era stata considerata ragionevole la distinzione tra lo stato di ebbrezza da alcool e le condizioni di alterazione fisica e psichica correlata con l'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope, con relativa previsione di due diverse ipotesi di reato, nonché di diverse e peculiari forme di controllo.

²⁹⁸ La scienza, in particolare quella medica, può costituire l'elemento centrale nella valutazione della ragionevolezza di determinati termini prescrittivi. Ad esempio, nella sent. 80/1971, a fronte della denunciata illegittimità della decorrenza del termine ultimo per chiedere la revisione della rendita da infortunio, dalla costituzione della rendita stessa, anziché dalla data degli eventuali successivi aggravamenti della malattia, la Corte nega, sulla base di rilievi scientifici, il contrasto con l'art. 38, comma secondo, Cost.. La fissazione di un periodo di tempo di dieci anni dalla costituzione della rendita rientra nei modi legittimi di esercizio della funzione legislativa, poiché non è «il risultato di una mera scelta, arbitraria o ingiustificata; oltre che rispondere al bisogno di certezza dei rapporti giuridici, ha riscontro nel dato di rilievo sanitario e statistico, secondo cui, nella grande maggioranza dei casi, entro il decennio dalla costituzione della rendita, le condizioni dell'infortunato si stabilizzano e la misura dell'inabilità raggiunge il più alto livello» (punto 2 del considerato in diritto). Questo richiamo al dato scientifico trova ingresso nel giudizio attraverso la memoria dell'INAIL – parte resistente nel giudizio principale costituitasi nel processo costituzionale –, secondo la quale tale termine «è fissato sulla base dell'esperienza sanitaria secondo cui, in genere, nell'indicato periodo massimo di tempo i postumi dell'infortunio si assestano in senso immodificabile, e quindi su esclusive basi di carattere scientifico. E la presunzione di immodificabilità dei postumi appare collegata ad un periodo di tempo, la cui ampiezza è tale da far fondatamente ritenere che allo scadere del termine almeno nella grande maggioranza dei casi, le conseguenze dell'infortunio si siano definitivamente consolidate, anche per quanto riguarda la misura dell'inabilità» (punto 2 del ritenuto in fatto). Il dato in questione non diventa, poi, oggetto di specifico approfondimento nel giudizio di costituzionalità, ma viene fatto proprio dalla Corte e utilizzato come argomento a sostegno del rigetto.

²⁹⁹ Gli stessi dati statistico-sanitari, rilevanti per la risoluzione del giudizio citato alla nota precedente, vengono richiamati nella successiva sent. 228/1987, per risolvere la questione relativa alla disparità di trattamento che conseguirebbe dalla previsione di due diversi termini per proporre domanda di revisione della rendita di inabilità: dieci anni dalla costituzione della rendita per gli infortuni e quindici per le malattie professionali. Il giudice *a quo* ritiene violati gli artt. 3 e 38 Cost., poiché situazioni di fatto uguali vengono disciplinate in maniera diversa; secondo la Corte, invece, «il legislatore si è basato su analoghi dati statistico-sanitari per stabilire il quindicennio come misura di stabilizzazione degli esiti invalidanti delle malattie professionali»; e, ancor più esplicitamente, si ribadisce il collegamento diretto tra la ragionevolezza della normativa in questione e la scienza, specificando che «finché le acquisizioni della osservazione scientifica

Un caso emblematico, nel quale la scienza viene utilizzata dalla Corte come elemento centrale a sostegno della ragionevolezza della legge, riguarda l'ambito penale e nello specifico la determinazione legislativa del concetto di morte ed i suoi metodi di accertamento. Sebbene la questione³⁰⁰ sollevata non verta sulla contestazione del presupposto scientifico della normativa, ma concerne invece la violazione del principio di stretta legalità in materia penale, la Corte arriva, incidentalmente, ad esprimersi, attraverso specifici richiami alla scienza, sulla ragionevolezza della legge 578/1993, recante «Norme per l'accertamento e la certificazione di morte». Dopo aver specificato che la descrizione della fattispecie penale mediante ricorso ad elementi (scientifici, etici, di fatto o di linguaggio comune) e nozioni proprie di discipline giuridiche non penali non viola il principio di legalità – anche qualora tali fonti siano nel tempo mutate, ma non si sia alterato sostanzialmente il contenuto significativo dell'espressione usata per indicare gli estremi costitutivi delle fattispecie ed il disvalore della figura criminosa – la Corte riconosce che «se invero nel 1930 il legislatore non aveva sentito l'esigenza di precisare la nozione di morte, rimettendosi agli orientamenti della scienza medica, in base alla quale furono stabiliti (mediante il regolamento di polizia mortuaria) i criteri da seguire prima della chiusura dei cadaveri, il successivo sviluppo delle conoscenze scientifiche e dei perfezionamenti tecnologici, anche in relazione alle misure di rianimazione e di realizzazione dei trapianti di organi vascolarizzati, ha posto la necessità per il diritto di riconsiderare quei dati scientifici ed operare delle scelte, introducendo per via legislativa una nozione di morte ed ampliando i criteri per il suo accertamento». E' quindi innanzitutto sulla base del progresso medico e scientifico che si giustifica l'emanazione della nuova disciplina in materia. Si afferma, inoltre, che nel «determinare quale sia il momento decisivo per ritenere, a tutti gli effetti, estinta la persona umana», il legislatore è chiamato ad effettuare un'attenta valutazione e a «ponderare, all'interno di una logica di prudente apprezzamento, non solo i dati della scienza medica, ma anche il complesso quadro dei valori di riferimento, in sintonia altresì con le altre norme dell'ordinamento, nonché con i principi deontologici e l'espressione del comune sentire»³⁰¹. È quindi non solo (ma anche) attraverso la considerazione di dati scientifici che la Corte valuta la costituzionalità della normativa in questione, ritenendo che tali elementi costituiscano i presupposti di fatto della scelta legislativa, da prendere in considerazione per giudicarne la legittimità: la conclusione del giudice costituzionale è infatti che «allo stato attuale della scienza e del prevalente pensiero, può dirsi che la recente legge n. 578 del 1993, nel riflettere i progressi scientifici ed al fine di conseguire risultati di solidarietà sociale ed esigenze di fondamentale giustizia (rispetto della vita, unicità del concetto di decesso,

sull'*id quod plerumque accidit* in materia di invalidità da infortunio e da malattia professionale resteranno invariate, la diversità dei due termini temporali non sarà censurabile».

Il collegamento tra sindacato sulla discrezionalità legislativa e fatti scientifici viene riaffermato, in merito a due pressoché identiche questioni, ancora una volta richiamando le pronunce precedentemente citate. Nelle sentt. 544/1990 e 358/1991 il rigetto si basa sul rilievo che «tra aggravamento dei postumi da infortunio e aggravamento delle malattie professionali il discrimine è rappresentato dalla certezza del *dies* per la causa violenta *uno actu* dell'infortunio e per la incertezza temporale della insorgenza della malattia professionale che può manifestarsi a imprecisabile distanza dalla causa patogena o essere accertata addirittura con quell'estremo strumento diagnostico che è l'esame autoptico».

³⁰⁰ Si tratta di un giudizio di legittimità costituzionale, concluso con la sent. 414/1995, in cui il giudice *a quo* impugna l'art. 589 del codice penale, nella parte in cui tale norma incriminatrice viene interpretata e applicata con riferimento ad una nozione di morte rinvenibile nella legge n. 578 del 1993 (la c.d. morte clinica), diversa da quella codicistica (che farebbe riferimento unicamente alla c.d. morte biologica), ravvisando una violazione degli artt. 3, 25, e 27 della Costituzione.

³⁰¹ Punto 3 del considerato in diritto.

certezza della irreversibilità di estinzione della persona), non si ponga in contrasto con norme e principi costituzionali»³⁰².

Il giudice delle leggi considera corrette le acquisizioni scientifiche recepite dalla legge, dopo averne approfondito i presupposti medico-scientifici, ma senza ricorrere ad istruttorie formali, poiché si tratta di fatti notori e di “consistenza certa”. In questo caso è la Corte che ritiene doveroso procedere a tali chiarimenti medico-legali; e ciò, nonostante il remittente non abbia approfondito tale aspetto nell’ordinanza di rimessione³⁰³, poiché la ricerca di una ragionevolezza scientifica della normativa che integra il precetto penale³⁰⁴ diventa condizione imprescindibile per valutare la violazione (o meno) del principio di legalità.

Per completare il quadro, infine, va ricordato che anche in alcuni giudizi in via principale il giudice costituzionale ha avvertito l’esigenza di porre dati tecnico-scientifici a fondamento della decisione; ciò è avvenuto, ad esempio, al fine di qualificare una normativa statale come principio fondamentale di una materia di competenza concorrente³⁰⁵.

³⁰² Punto 4 del considerato in diritto. La necessità di fissare un concetto di morte compatibile con l’espianto e la donazione degli organi rende quindi ragionevole il criterio individuato dalla legge, che fa riferimento alla “morte cerebrale”, cioè alla «cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell’encefalo». Come rileva P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 224, la Corte lascia intendere che, ove il contesto (anche scientifico) mutasse, potrebbero cambiare gli approdi legislativi e il suo stesso giudizio.

³⁰³ Un altro giudizio interessante, in cui il giudice delle leggi chiama in causa la scienza, in assenza di rilievi in merito nell’ordinanza di rinvio, al fine di valutare la lesione di diritti costituzionali, è quello risolto con la sent. 54/1986. Secondo il remittente, la possibilità per il giudice penale di sottoporre a qualsiasi tipo di perizia (nel caso di specie si tratta di prelievi ematici coattivi) non solo l’imputato ma anche terzi estranei, potrebbe comportare una violazione dell’art. 13 Cost. vista la estrema latitudine dei poteri coercitivi in questione. La Corte argomenta l’insussistente contrasto tra i poteri coattivi del giudice e il fondamentale diritto alla libertà personale, attraverso una riflessione di carattere generale che coinvolge anche gli artt. 2 e 32 Cost.: riconosce che i poteri dispositivi e coattivi del giudice penale subiscono i limiti posti da tali articoli e che, conseguentemente, va considerato illegittimo l’esperimento di quei mezzi istruttori che possano mettere in pericolo la vita, l’incolumità o la salute del periziando, o risultassero lesivi della sua dignità, o invasivi dell’intimo della sua psiche. Da tale passaggio nasce la necessità di determinare, nel corso del giudizio di legittimità, la “lesività” (o meno) dell’ordine di sottoporsi a prelievo ematico: infatti, qualora la conclusione sia in senso affermativo, risulterà violato il dettato costituzionale. Nonostante il giudice *a quo* non si soffermi nello specifico su questo profilo, considerando il prelievo del sangue come una “violenza fisica”, senza motivare sul punto, la Corte procede a tale valutazione e conclude il giudizio qualificando il prelievo ematico come «ordinaria amministrazione nella pratica medica», e quindi non lesivo dei suddetti interessi «talché può essere persino effettuato da infermiere professionali, né lede la dignità o la psiche della persona, né mette in alcun modo in pericolo la vita, l’incolumità o la salute della persona, salvo casi patologici eccezionali che il perito medico-legale sarebbe facilmente in grado di rilevare». Tali considerazioni fattuali portano al rigetto della questione.

³⁰⁴ Nella sentenza viene rilevato che «nel ricondurre quindi ad unità la definizione della morte, in cui confluiscono i vari tipi di accertamento, il legislatore ha inteso superare i dubbi circa sostanziali discriminazioni, fornendo normativamente il significato attuale che, a tutti gli effetti giuridici, assume nel nostro ordinamento il termine fattuale “morte”, di cui all’art. 589 del codice penale».

³⁰⁵ Nel giudizio concluso con la sent. 162/2004, ad esempio, le acquisizioni «degli organismi scientifici e medici» e «le mutate condizioni igieniche e sanitarie dei processi di produzione e commercializzazione dei prodotti alimentari», contribuiscono a negare il ruolo di principio fondamentale della materia sanitaria all’art. 14 della legge n. 283 del 1962, che impone una serie di obblighi di comportamento ai lavoratori e agli imprenditori nei settori della “preparazione, produzione, manipolazione e vendita di sostanze alimentari”, tra cui anche il divieto di assumere personale privo del libretto sanitario. La scienza, in questo caso, è parte di una più ampia argomentazione (che poggia sul mutato quadro normativo, soprattutto comunitario) a sostegno dell’infondatezza delle censure mosse ad alcune leggi regionali che eliminano l’obbligo del “libretto di idoneità sanitaria”. Di notevole interesse è il ruolo rivestito dalle difese regionali ai fini dell’entrata dei dati scientifici nel giudizio di costituzionalità: nelle loro memorie si fa riferimento al fatto che, anche qualora l’art. 14 «costituisse un principio fondamentale nella materia all’epoca della sua emanazione, oggi, nel mutato contesto della legislazione, delle modalità di produzione e distribuzione degli alimenti, degli studi e delle concezioni igienico-sanitarie, non lo sarebbe più. Esso, anzi, costituirebbe un residuo normativo privo

c) La ricerca di una coerenza tra scienza e diritto in ambito penale

Merita particolare attenzione, poiché contribuisce ad una riflessione sul rapporto tra scienza e diritto in ambito penale³⁰⁶, la sent. 114/1998, nella quale la Corte rigetta la questione relativa all'irragionevolezza della distinzione tra abitudine (nell'ubriachezza e nell'uso di sostanze stupefacenti) e cronica intossicazione (da alcool o da sostanze stupefacenti), operata dagli artt. 94 e 95 c.p.

Il giudice *a quo* contesta la validità scientifica di tale differenziazione sulla base di specifiche considerazioni medico-legali³⁰⁷ avallate dallo stesso consulente tecnico

di giustificazione, in quanto ormai inidoneo a tutelare la salute». Sulla base di quanto dedotto, la Corte rileva che «rispetto all'efficacia della prescrizione relativa alla tenuta del libretto sanitario a tutela dell'igiene degli alimenti si è successivamente sviluppato un ampio confronto critico anche a livello scientifico internazionale» e che «queste ed altre sollecitazioni di ordine scientifico sono evidentemente alla base della adozione di due apposite direttive della Comunità europea»: a fronte di tali risultanze, qualifica il libretto di idoneità sanitaria come una «discussa forma di documentazione episodica dello stato di salute degli operatori del settore alimentare» ritenendo, anche per questo, non illegittima la sua soppressione. Nella motivazione della sentenza si dà anche atto della fonte del dato scientifico: «a sostegno di tale affermazione, le Regioni richiamano in particolare le conclusioni a cui sarebbe pervenuta l'Organizzazione mondiale della sanità già nel 1989: nella relazione finale elaborata all'esito di apposita indagine, essa avrebbe dichiarato che gli esami medici di *routine* per gli alimentaristi sono inefficaci e perciò inutili; che tali accertamenti non sono consigliabili sulla base del rapporto costo/efficacia e non sono affidabili per prevenire le malattie di origine alimentare. Nel medesimo documento sarebbe rinvenibile una raccomandazione ai Governi a non utilizzare più questo tipo di intervento. Ad analoghe conclusioni – riferiscono ancora le difese regionali – sarebbero giunti diversi altri organismi scientifici e professionali; lo stesso Istituto superiore di sanità avrebbe appoggiato le richieste di eliminazione del libretto sanitario, sottolineando la sua inadeguatezza rispetto allo scopo perseguito ed affermando la maggiore efficacia a tal fine della formazione personale degli addetti alla manipolazione degli alimenti. Sulla base di tali considerazioni, numerose Regioni avrebbero già in precedenza adottato delibere con cui sospendono in via provvisoria le procedure per il rinnovo dei libretti sanitari». In conclusione: le norme regionali impugnate non farebbero che adeguarsi alle «conoscenze scientifiche consolidate che fondano la prevenzione delle malattie trasmissibili attraverso gli alimenti sulla sorveglianza epidemiologica, sull'attività di formazione-educazione alla sicurezza alimentare e sul sistema di controlli basato sull'autocontrollo alla produzione».

³⁰⁶ Si noti che, soprattutto in giudizi riguardanti il diritto fondamentale alla libertà personale, le acquisizioni scientifiche sono state il fondamento di decisioni di rigetto che hanno ricostruito una coerenza tra scienza e diritto, fornendo un'interpretazione costituzionalmente orientata della normativa impugnata.

È il caso del giudizio, concluso con la sent. 29/1973, in cui la Corte è chiamata ad esprimersi sulla compatibilità, rispetto all'art. 13 Cost., della disciplina relativa al ricovero volontario in ospedale psichiatrico (art. 4 della legge 18 marzo 1968, n. 431). In particolare, il giudice *a quo* mette in discussione la capacità di autodeterminazione degli affetti da disturbi neuropsichici, che il legislatore avrebbe, erroneamente, ritenuto esistente. A questo proposito, la Corte «ritiene che i dubbi prospettati nell'ordinanza di remissione siano infondati, sol che si dia corretta interpretazione del nuovo istituto, ora introdotto anche in Italia in accoglimento dei voti espressi dagli ambienti scientifici più qualificati». I presupposti fattuali della norma sono considerati acquisizioni mediche certe e notorie, tali da dimostrare la non violazione del parametro costituzionale: «non è assurdo concepire che gli affetti da disturbi neuro-psichici possano esprimere il desiderio di ricoverarsi in ospedale. È noto, infatti, che essi, entro certi limiti, sono in grado di determinarsi volontariamente [...]. Pertanto non può meravigliare l'ammissione volontaria di un malato in ospedale psichiatrico, consentita dalla nuova legge quando il ricoverando abbia, sotto il profilo naturalistico, quel minimo di discernimento, controllato dal sanitario, che gli consenta di determinarsi volontariamente e di chiedere d'essere ricoverato. Discende quindi con certezza, dall'interpretazione logica e teleologica della norma impugnata, che, come è libera l'entrata in ospedale, così è altrettanto libera l'uscita» (punto 2 del considerato in diritto).

³⁰⁷ Come evidenzia la Corte costituzionale, al punto 2 del considerato in diritto della sent. 114/1998, «il Pretore contesta infatti la validità scientifica della distinzione tra abitudine nell'ubriachezza e nell'uso di sostanze stupefacenti e cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti sulla base di considerazioni svolte al riguardo nell'ambito della scienza medico-legale, considerazioni condivise dal perito d'ufficio, il quale [...] ha concluso di non essere in grado di rispondere per la inconsistenza della differenziazione tra le due fattispecie dell'abitudine e della cronicità e per la da lui ritenuta inattendibilità della distinzione operata dalla giurisprudenza, fondata su di una asserita irreversibilità della intossicazione cronica. Il giudice rimettente condivide questo giudizio del perito e constata pertanto di non poter far capo

d'ufficio, il quale, chiamato a giudicare se nell'imputato era da considerarsi presente una intossicazione cronica da alcool e stupefacenti al momento dei fatti allo stesso ascritti, ha concluso di non essere in grado di rispondere per la inconsistenza scientifica della differenziazione tra le due fattispecie. La Corte, invece, ai fini della risoluzione della questione, non ritiene determinante l'erroneità dei fondamenti scientifici delle due norme, poiché tali fattispecie non raggiungono «un tale livello di indeterminatezza da non consentire in alcun modo una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice»; ed anzi, a questo proposito, nella motivazione si rileva che «la giurisprudenza ordinaria, segnatamente la giurisprudenza di legittimità, si è attestata da alcuni decenni e senza apprezzabili divergenze su una interpretazione che si presenta con caratteri di certezza e di uniformità nella identificazione dei requisiti della cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti»³⁰⁸.

Il giudice costituzionale non procede alla valutazione della ragionevolezza della normativa rispetto al presupposto scientifico prospettato come erroneo dal remittente, ma, pur soffermandosi sulle incertezze della dottrina giuridica e medico-legale e riconoscendo la mancanza di una solida base scientifica della disciplina, rigetta la questione, perché ritiene che la disciplina possa giustificarsi sulla base di altri dati scientifici. Infatti, la *ratio* delle due norme è quella di individuare l'imputabilità del soggetto e, a questo fine, è sufficiente che il perito valuti l'esistenza o meno di un'alterazione transitoria; la determinazione di questo stato risulta essere scientificamente accertabile e ciò permette alla norma di recuperare, nel momento dell'applicazione, una sua plausibilità scientifica. La ragionevolezza scientifica riposa, quindi, sul fatto che «l'accertamento dell'imputabilità vien fatto ruotare in ogni caso attorno ad un concetto di "infermità" necessariamente riconducibile, sul piano gnoseologico, ai mutevoli contributi dell'esperienza clinica, cercando in tal modo di dissolvere proprio quei rischi di aperta contraddizione tra scienza e norma sui quali il giudice *a quo* ha fondato le proprie censure»³⁰⁹.

Due sono le osservazioni importanti relativamente a questa pronuncia.

Innanzitutto, la Corte mette in primo piano la necessità di ricercare una coerenza del diritto con la scienza, e lo fa prendendo in considerazione solo i fondamenti scientifici strettamente attinenti alla *ratio* della norma. Tali elementi fattuali non vengono fatti corrispondere a quelli invocati dal giudice *a quo*: il dubbio sollevato nell'ordinanza di rimessione può essere superato a fronte della possibilità, offerta dalla scienza medica, di accertare indipendentemente dalle specifiche categorie utilizzate (l'abitudine e la cronica intossicazione), l'imputabilità (e quindi la colpevolezza). A ben vedere, il remittente lamenta di non essere in grado di applicare le norme in questione – dal momento che egli stesso pone in discussione il concetto medico sotteso agli articoli 94 e 95 – e di fornire una motivazione ragionevole sotto il profilo costituzionale alla sua decisione. Il giudice delle leggi, invece, indicando la possibilità di far ricorso a modalità applicative della normativa scientificamente fondate, dimostra l'inesistenza della necessità di un intervento che ripristini la costituzionalità poiché, in fin dei conti, quest'ultima non risulta essere stata violata.

In secondo luogo, il giudice costituzionale ha potuto tener conto dell'esistenza di un'applicazione consolidata e scientificamente fondata, poiché si tratta di norme che operano da più di sessanta anni. Come si sarebbe concluso il giudizio di costituzionalità se

alla costante interpretazione giurisprudenziale fondata su presupposti non condivisi dalla scienza medico-legale. Nel caso sottopostogli si dovrebbe trovare una linea di demarcazione tra le due alternative contrapposte dell'abitudine e della cronica intossicazione, mentre ciò non è possibile. La normativa in questione, composta dagli articoli 94 e 95 del codice penale, è dunque del tutto irragionevole perché introduce una differenziazione inesistente in astratto in quanto priva di alcun tipo suscettibile di obbiettiva specificazione».

³⁰⁸ Sent 114/1998, punto 6 del considerato in diritto.

³⁰⁹ Sent 114/1998, punto 6 del considerato in diritto.

la norma fosse stata “nuova” e quindi senza una solida certezza nella sua applicazione? Sembra in questo senso rilevante il ruolo del diritto vivente: come appena visto, infatti, la coerenza scientifica di una norma, qualora sia carente nella formulazione della disposizione, sembra poter essere recuperata nel momento dell’applicazione³¹⁰.

A tale proposito si può ricordare la sent. 96/1981³¹¹, che dichiara l’illegittimità del reato di plagio a causa dell’assoluta indeterminatezza e imprecisione della norma incriminatrice, incapace di ricevere applicazione anche per l’inesistenza di solide basi scientifiche della fattispecie delittuosa. In particolare, risultava pressoché impossibile determinare cosa fosse il “totale stato di soggezione” di cui all’art. 603 c.p. e indicare, in concreto, i possibili mezzi di un suo accertamento.

Questi rilievi potrebbero aprire lo spazio ad un’ulteriore riflessione: *se e fino a che punto* l’articolazione del linguaggio normativo vincola l’interpretazione, oltre che dei giudici, anche della stessa Corte costituzionale, in giudizi che hanno a che fare con questioni scientifiche? Dato che la formulazione della legge può oscillare tra rigore e imprecisione, ci si può trovare di fronte a nozioni e definizioni legislative scientificamente errate: tali definizioni sono da considerare inutili (quindi superabili) ed estranee ai compiti del legislatore, dato che dare un significato all’enunciato normativo è un compito che spetta all’interprete, oppure la cattiva redazione tecnica delle leggi in relazione al contesto scientifico è suscettibile di tradursi, quantomeno nei casi più gravi, in un vizio di irragionevolezza dell’atto legislativo che giustifichi un intervento della Corte?³¹²

d) Brevi considerazioni tratte dal primo esame della giurisprudenza

Nelle diverse pronunce considerate³¹³ risulta evidente il collegamento tra acquisizioni della scienza e controllo sulla ragionevolezza della norma, in particolare

³¹⁰ Vedi ad esempio la vicenda della p.m.a e della diagnosi preimpianto che sarà trattata nel capitolo III.

³¹¹ Di questa sentenza si parlerà più diffusamente nel paragrafo seguente.

³¹² Questo interrogativo, posto da M. Ainis, *Sul linguaggio del giudice costituzionale*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale: atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano 1988, 267, resta per il momento aperto, ma verrà ripreso nel capitolo III.

³¹³ Per ragioni di completezza si dà atto dell’esistenza di giudizi, conclusi con il rigetto della questione, in cui il giudice costituzionale richiama genericamente il progresso tecnico-scientifico (quasi come argomento retorico) e invita il legislatore a rivisitare, sulla base di ciò, la disciplina.

Ad esempio, nel ricondurre all’ambito della discrezionalità legislativa l’intervento sulla normativa in materia di assicurazione obbligatoria contro infortuni sul lavoro e malattie professionali la Corte, nella sent. 350/1997, auspica (come nella richiamata sent. 87/1991) una rivisitazione della disciplina attraverso «un intervento legislativo volto ad adeguare la struttura di questa assicurazione obbligatoria al passo evolutivo della moderna società civile, tenendo anche in considerazione il fatto che nel settore non appaiono più esaustive le tradizionali classificazioni di massa (agricoltori, operai, impiegati etc.) richiedendosi invece una più dettagliata individuazione delle diverse categorie delle attività lavorative». Infatti, «così come attualmente strutturato, tale sistema potrebbe apparire inadeguato anche per effetto dell’evoluzione delle tecnologie, della scienza medico-legale, nonché della sensibilità sociale verificatasi nel lungo periodo di tempo trascorso dall’entrata in vigore del testo unico». Di fronte alla richiesta di dichiarare legittimo il diritto vivente che, ai fini del calcolo della rendita per inabilità, intende il concetto di attitudine al lavoro, nel senso di capacità lavorativa generica anziché specifica – capacità riferita, quindi, a qualunque lavoro manuale medio e non al tipo di lavoro confacente alla qualificazione attitudinale dell’assicurato – il giudice costituzionale non può intervenire poiché la questione «involge una molteplicità di profili e di possibili conseguenze, che richiederebbero un intervento legislativo. Tanto più che la mera sostituzione del concetto di capacità generica con quelli di capacità specifica o di capacità attitudinale, prescindendosi da più articolate modulazioni normative, non sempre potrebbe risolversi in un vantaggio per il lavoratore» (punto 6 del considerato in diritto) ed, inoltre, «l’accoglimento della questione in esame andrebbe ad alterare in maniera assai sensibile il sistema risultante dall’attuale assetto normativo, finendo col tradursi in un vero e proprio intervento riformatore surrettiziamente sostitutivo del compito affidato alle scelte legislative».

In casi come questo, il fatto che l’inadeguatezza della disciplina rispetto alla scienza non conduca ad una dichiarazione di illegittimità sembra dipendere, da un lato, dal tipo di parametro invocato, che non impone la

quando quest'ultima riguarda diritti fondamentali. Nel giudizio costituzionale, quindi, è possibile prendere in considerazione i presupposti scientifici della legge, al fine di verificarne la legittimità, e dare rilievo a tali elementi nella motivazione, specificando accuratamente i profili fattuali che supportano la scelta normativa (e quindi il rigetto). E ciò, sia senza procedere ad un approfondimento particolarmente accurato, sia attraverso vere e proprie digressioni. In tutti questi casi, la Corte non si limita a ricercare indizi e segni di una ponderata scelta del legislatore che tenga conto del dato scientifico, ma procede ad un controllo, più o meno approfondito, sui fatti presupposti della normativa.

Si può notare, fin d'ora, che le stesse valutazioni e argomentazioni, qualora portassero alla dimostrazione dell'erroneità del dato scientifico su cui si basa la disciplina impugnata, potrebbero risultare valide anche ai fini dell'accoglimento. Nel paragrafo seguente si analizzerà la giurisprudenza che mette in luce il ruolo concreto delle acquisizioni tecnico-scientifiche ai fini della dimostrazione dell'arbitrarietà della scelta legislativa e quindi della dichiarazione di illegittimità.

2.2. Pronunce di accoglimento: illegittimità della norma per contrasto con le acquisizioni tecnico-scientifiche

Pronuncia cardine della giurisprudenza costituzionale riguardante il rapporto tra scienza e legislazione è la sent. 282/2002, che annulla la legge della Regione Marche n. 26 del 2001³¹⁴ a causa della mancata considerazione dei dati scientifici al momento della sua elaborazione; nella sentenza si rileva, infatti, che l'intervento normativo – in questo caso riguardante il merito delle scelte terapeutiche – «non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma»³¹⁵. Il principio individuato dalla Corte, che sottopone il legislatore al necessario rispetto del dato scientifico, è potenzialmente applicabile a tutti quei casi in cui la *ratio* della norma risulti strettamente collegata alla scienza. Tale affermazione, che sembrerebbe implicare l'illegittimità incondizionata della normativa oggetto di giudizio ogni qual volta si rilevi la mancanza di un approfondimento scientifico, induce a porsi diversi interrogativi di non facile soluzione. In che modo la Corte può verificare la considerazione della scienza al momento dell'elaborazione della legge? E ove ne rilevi la mancanza, la conseguenza sarà sempre l'annullamento? Inoltre: qualora si accerti che un approfondimento scientifico è stato compiuto, la Corte può controllare la razionalità dell'apprezzamento legislativo di questi elementi, compresa la completezza dei dati considerati, ed eventualmente censurare la legge?

Lasciando all'ultimo capitolo la questione relativa agli strumenti che sono (o potrebbero essere) utilizzati nel processo costituzionale al fine di conoscere e valutare l'istruttoria legislativa, si cercheranno risposte agli altri quesiti attraverso l'analisi delle sentenze di accoglimento nelle quali i dati tecnico-scientifici hanno costituito il fondamento della decisione. Oltre alla citata pronuncia, anche in precedenza la Corte ha censurato la scelta legislativa per errore sui presupposti scientifici. Si prenderanno ora in considerazione alcuni casi esemplari che mettono in rilievo il ruolo della scienza nei giudizi di costituzionalità, e nello specifico: a) la possibilità che il giudice delle leggi

tutela ritenuta costituzionalmente necessaria dal remittente, e dall'altro, dal tipo di intervento richiesto alla Corte, che a fronte una pluralità di possibili scelte e quindi della creatività che necessità, esula dalle competenze del giudice costituzionale e rientra invece nella discrezionalità legislativa. Per un approfondimento di quest'ultimo profilo si rinvia al par. 3 di questo capitolo.

³¹⁴ Tale legge prevede la sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia.

³¹⁵ Sent. 282/2002, punto 6 del considerato in diritto.

proceda ad una rivalutazione del dato scientifico su cui la norma si fonda; b) ciò, in particolare, quando questo riguarda i presupposti empirici delle fattispecie penali e c) quando la scienza contribuisce alla dimostrazione dell'inadeguatezza della legge rispetto alla realtà fattuale su cui essa opera. Un'altra serie di pronunce riguarda, inoltre, d) casi in cui la Corte accoglie la questione sollevata, non per contrasto diretto tra la legge e i suoi presupposti tecnico-scientifici, ma ponendo comunque le acquisizioni della scienza alla base della dimostrazione della carenza di tutele e garanzie costituzionalmente dovute alla situazione giuridica oggetto del giudizio principale.

a) La rivalutazione del presupposto scientifico della legge impugnata

Un esempio significativo dell'eventualità che nel giudizio costituzionale si proceda all'approfondimento e alla rivalutazione del presupposto scientifico su cui la legge impugnata si fonda, è fornito dalla sent. 559/1987, che dichiara l'illegittimità della norma che non consente congedi straordinari per cure idrotermali. La motivazione contiene un'articolata argomentazione di carattere medico, che permette di replicare a quanto sostenuto dall'Avvocatura dello Stato, in merito alla non equiparabilità della situazione in esame alla cura di una malattia: la Corte chiarisce quale sia l'efficacia terapeutica dei trattamenti idrotermali e, nel far ciò, richiama dati della scienza medica riguardanti la determinazione di patologie e le relative cure³¹⁶. La questione preliminare di fatto, che il giudice costituzionale deve risolvere, riguarda quindi l'efficacia terapeutica delle cure idrotermali poiché, per ritenere violato l'art. 32 Cost., va dimostrato che la norma impugnata impedisce la fruizione delle cure nei tempi richiesti dalle esigenze terapeutiche. La qualificazione medico-scientifica attribuibile ai trattamenti termali costituisce, quindi, un passaggio imprescindibile della decisione e richiede, inevitabilmente, un approfondimento empirico del fenomeno³¹⁷.

³¹⁶ Al punto 3 del considerato in diritto, si specifica che «la crenoterapia è generalmente ritenuta strumento efficace di intervento – pur se nel quadro di un più ampio piano di cure e con funzione complementare rispetto ad altri mezzi terapeutici – su una serie di situazioni morbose, con funzione preventiva, di cura specialistica e riabilitativa»; inoltre, viene aggiunto che «essa non è in genere indicata – quando non controindicata – nelle affezioni acute, ma può positivamente operare rispetto a numerose affezioni a carattere cronico o recidivante, o nella fase di remissione del processo morboso, per agevolarne l'andamento e consolidarne gli esiti, o a fini di rallentamento o di arresto di un processo morboso, o per impedire complicazioni aggravanti o ricadute, o più in generale in via riabilitativa per il pieno o parziale ripristino della funzionalità di organi lesi dalla malattia».

³¹⁷ Un altro giudizio in cui il giudice costituzionale fa valere valutazioni di ordine medico – in contrapposizione alle considerazioni tecniche del legislatore del passato – è quello avente ad oggetto una questione riguardante la normativa che contempla l'obbligatorietà dell'assicurazione contro le malattie professionali (risolta con la sent. 179/1988). Secondo i giudici *a quibus* il sistema tabellare, che non consente la prova del carattere professionale di malattie non tipiche (o non riconducibili a un certo agente patogeno tramite lavorazioni specificamente indicate) e prevede l'indennizzabilità solo per le malattie che si manifestino nei termini massimi di tempo indicati per ciascuna di esse, presenta considerevoli vuoti di tutela e, pertanto, si pone in contrasto con l'art. 38, comma secondo, Cost. La Corte accoglie la questione: se è vero che tale sistema tabellare ricomprende un numero ampio di malattie, evitando così la «ardua prova» della loro diretta dipendenza dall'attività professionale – come rilevato nella precedente sent. 206/1974, in cui la Corte, relativamente alla medesima questione, conclude per la non fondatezza –, va però rilevato che «la presunzione nascente dalla tabella è diventata insufficiente a compensare il divieto dell'indagine aperta sulla causa di lavoro». Il progresso delle tecnologie diagnostiche viene posto a fondamento dell'*overruling* rispetto alla precedente giurisprudenza in merito (si richiama, come precedente anche la sent. 140/1981): «fa parte della comune esperienza, l'intervenuto progresso delle tecnologie diagnostiche, anche particolarmente nel settore della medicina del lavoro, progresso che indica da un lato l'allargamento di ipotesi della massima probabilità di eziologia professionale di date malattie, definibili come tipiche, dall'altro l'aumento del tasso di agevolezza e di attendibilità dell'indagine su tale eziologia, quando l'indagine non è, come nelle ipotesi ora indicate, già scontata. Né può ignorarsi l'intervenuto sviluppo, anche fortemente innovativo, delle tecnologie produttive, sviluppo che implica l'incremento dei fattori di rischio delle malattie professionali». In

Probabilmente, in questo caso, l'intervento della Corte, che mette in discussione l'uso della discrezionalità tecnica del legislatore e conclude per l'erroneità della qualificazione da quest'ultimo operata³¹⁸, è reso meno problematico da un duplice ordine

conclusione, viene individuata come soluzione l'introduzione di un meccanismo flessibile, che rimanda al giudice ordinario la competenza a stabilire, di volta in volta, se sia provata o meno la causa di lavoro della malattia.

³¹⁸ Da notare che la possibilità di mettere in discussione la discrezionalità tecnica del legislatore è stata negata – incomprensibilmente – in ben due occasioni dal giudice costituzionale, che ha ritenuto estranea alla sua competenza la valutazione della ragionevolezza, di due diversi termini prescrittivi sulla base di dati scientifici, dichiarando le relative questioni manifestamente inammissibili.

Di fronte ad una prima questione, avente ad oggetto la norma che stabilisce che il termine ordinario di cinque anni sia elevato a dieci anni per il solo caso di parkinsonismo e non anche per la sclerosi multipla – secondo il remittente non giustificata poiché entrambe le patologie hanno un decorso lento e latente e sarebbero perciò da considerare similari –, la Corte (nell'ord. 300/2001) prescindendo dalla verifica della assimilabilità, o meno, delle due malattie, conclude che «la scelta di prorogare i termini della domanda per l'una o per l'altra malattia, sulla base di sicuri dati scientifici, appartiene indubbiamente alla discrezionalità del legislatore».

La medesima questione viene risolta (Corte dei Conti, ord. 11 giugno 2002), supportata da più specifiche motivazioni di carattere medico-scientifico, tentando di dimostrare che «la norma, nell'elevare a dieci anni dalla cessazione dal servizio il termine di proponibilità della domanda di pensione privilegiata in caso di parkinsonismo, muove dal presupposto che tale malattia sia di difficile diagnosi, ma tale difficoltà si ripropone nei medesimi termini in riferimento alla sclerosi multipla, malattia dai mutevoli esordio e decorso, non accertabile con sicurezza tramite esami clinici, nonostante i significativi progressi compiuti dalla scienza medica». Nello specifico il giudice *a quo* dimostra che la medesima *ratio legis* della elevazione a dieci anni del termine di ammissibilità della domanda di pensione privilegiata per il morbo di parkinson (che si «ricollega essenzialmente alla natura di infermità di difficile diagnosi»), ricorre anche per la sclerosi multipla. In particolare richiama specifica dottrina medica in materia, ricostruendo anche l'evoluzione storica dello studio diagnostico della malattia, e arriva ad affermare che «non esiste a tutt'oggi un esame che, da solo, consenta di stabilire una diagnosi certa di sclerosi multipla. Non vi sono test che sono specifici alla malattia e nessun test è conclusivo al 100%, ma sono necessari una serie di test diagnostici (test farmacologici, test di evocazione dei potenziali visivi, RMN, ecc.). Di qui la irragionevolezza della previsione legislativa di non ricomprendere nella ipotesi di termine decennale anche la sclerosi multipla, dovuta allo stato della ricerca scientifica dell'epoca in ordine alla eziopatogenesi e alla diagnosi della sclerosi multipla, che contraddice la coerenza interna della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 169 sul parkinsonismo, in relazione alla giustificazione della lunghezza del termine, se confrontato con quello ordinario (quinquennale) strettamente legata alla natura della malattia». Anche in questo caso, però, il giudice delle leggi con l'ord. 246/2003, conferma il precedente citato e conclude per l'inammissibilità, poiché ritiene che «l'odierna ordinanza di rimessione, pur soffermandosi dettagliatamente sugli aspetti diagnostici e clinici della sclerosi multipla, non aggiunge motivi di censura sostanzialmente nuovi o diversi da quelli già scrutinati dalla Corte».

L'orientamento preclusivo della possibilità di censurare di una norma sulla base valutazioni di carattere scientifico, ravvisabile in queste due pronunce (ordd. 300/2001 e 246/2003), sembra però essere superato – per lo meno a parole – nella successiva sent. 342/2006. Si tratta di un giudizio, avente ad oggetto una questione relativa alla ragionevolezza del termine per la richiesta di indennizzo nell'ipotesi di epatite post-trasfusionale, nel quale si contesta che la previsione del termine perentorio di tre anni, decorrente dal momento in cui l'avente diritto risulti aver avuto conoscenza del danno, creerebbe una ingiustificata discriminazione rispetto alla parallela ipotesi della richiesta di indennizzo per infezione da HIV, per la quale è prescritto un termine di dieci anni. In tale occasione il giudice costituzionale ammette un controllo sui presupposti scientifici della legge, riconoscendo addirittura la possibilità che dai rilievi della scienza possa derivare un'esigenza costituzionale di tutela: da un lato, afferma che, nel caso di specie, il termine «non appare talmente breve da frustrare la possibilità di esercizio del diritto alla prestazione e vanificare la previsione dell'indennizzo»; e, dall'altro lato, specifica che «in mancanza di sicuri dati scientifici – non prospettati dal rimettente – che dimostrino la manifesta arbitrarietà della distinzione dei tempi di presentazione delle domande in relazione alle patologie cui si riferiscono, non esiste alcun vincolo costituzionale che imponga un'equiparazione di disciplina».

È, infine, con la sent. 323/2008 che il giudice delle leggi, nuovamente chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della medesima disposizione (art. 169 del d.P.R. n. 1092 del 1973), sebbene «sotto un profilo diverso», ne dichiara l'incostituzionalità. Con questa pronuncia la Corte ammette la sua competenza a giudicare la ragionevolezza di una norma sulla base di dati scientifici, rilevando che «le attuali conoscenze mediche [...] hanno messo in luce l'esistenza di malattie in cui, fra la causa della patologia e la relativa

di ragioni: da un lato, siamo di fronte ad una violazione del «diritto primario» costituzionalmente garantito alla salute, dall'altro, l'oggetto del giudizio è una disciplina non più in vigore, poiché il legislatore è intervenuto con scelte differenti, che tutelano il diritto in questione in modo analogo a quanto fatto dal giudice delle leggi nella pronuncia considerata³¹⁹.

b) La scienza e l'applicazione razionale della norma: l'approfondimento del fondamento empirico della fattispecie penale

Di particolare interesse è il caso – citato nel precedente paragrafo – avente ad oggetto il reato di plagio³²⁰. L'incostituzionalità di tale norma incriminatrice viene dichiarata a causa della sua assoluta indeterminatezza e imprecisione³²¹: il giudice delle leggi verifica l'impossibilità di riscontrare nella realtà concreta il totale stato di soggezione necessario all'applicazione della fattispecie³²², anche a causa della mancanza di solide basi scientifiche della figura delittuosa³²³; a questo proposito, si ritiene che, pur facendo ricorso alla «scienza medica» che «ha accuratamente indagato intorno alla formazione e al

manifestazione, intercorre un lungo e non preventivabile periodo di latenza in assenza di alcuna specifica sintomatologia, come ad esempio in quelle provocate dall'esposizione all'amianto. Risulta, pertanto, evidente che quando l'infermità si manifesta successivamente al decorso del termine quinquennale dalla cessazione del servizio, la norma censurata esige irragionevolmente che la domanda di accertamento della dipendenza della infermità dal servizio svolto sia inoltrata entro un termine in cui ancora difetta il presupposto oggettivo (l'infermità) della richiesta medesima» (punto 2.2. del considerato in diritto). Si può quindi concludere che nelle ord. 300/2001 e 246/2003, il rilievo che «la scelta di prorogare i termini della domanda per l'una o per l'altra malattia, sulla base di sicuri dati scientifici, appartiene indubbiamente alla discrezionalità del legislatore», sulla base del quale viene motivata la manifesta inammissibilità, è ricollegabile al tipo di intervento richiesto alla Corte (e non al tipo di valutazione). Cfr. V. Onida, *Introduzione al seminario su I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Resoconto del 12 dicembre 2003, in *www.luiss.it*, 6, il quale, nel commentare le prime due ordinanze citate (300/2001 e 246/2003), evidenzia che «la questione forse si doveva impostare lamentando l'irragionevolezza di una soluzione legislativa che fa decorrere il termine in questione dalla cessazione del servizio e non dal momento in cui la malattia si manifesta».

³¹⁹ Al punto 3 del considerato in diritto si fa notare che è «evidente che l'impedimento alla fruizione delle cure nei tempi richiesti dalle esigenze terapeutiche si traduce in violazione del diritto primario alla salute. Di ciò il legislatore si è del resto reso ben conto, avendo in breve tempo provveduto a ripristinare – pur se con i considerevoli limiti suaccennati – la fruibilità di cure termali al di fuori del periodo feriale».

³²⁰ Sent. 96/1981.

³²¹ Nella motivazione della sentenza si rileva che «a partire dal 1969 nella dottrina penalistica e nell'opinione pubblica si è venuta a mutare in maniera discorda e polemica e ad ampliare sotto vari aspetti e in diverse direzioni la nozione del plagio», a ciò sono conseguite «gravissime difficoltà [...] per fornire una risposta convincente ed appagante ai problemi giuridici e scientifici, pratici e teorici che l'interpretazione dell'art. 603 comporta».

³²² Al punto 12 del considerato il diritto si rileva che «non si conoscono né sono accertabili i modi con i quali si può effettuare l'azione psichica del plagio né come è raggiungibile il totale stato di soggezione che qualifica questo reato, né se per l'esistenza di questo stato sia necessaria la continuità dell'azione plagiante nel senso che, se la volontà del plagiante non si dirige più verso il plagiato, cessa lo stato di totale soggezione di questo. Non è dato pertanto conoscere se l'effetto dell'azione plagiante sia permanente e duraturo o se può venir meno in qualunque momento per volontà del plagiante o anche perché non persiste l'attività di questo o per altre cause. Nemmeno si conosce se il risorgere della facoltà di determinismo del plagiato possa essere la conseguenza di un mutamento del determinismo del plagiante o di una diversa direzione data al determinismo di questo. Quanto all'elemento psichico si tratterebbe di un delitto a dolo generico».

³²³ Per la configurazione del reato e, in particolare, per la ricerca degli elementi, oggettivi e soggettivi, costitutivi dell'attività illecita si è tentato il ricorso a «dati forniti da moderni trattati di neurologia e psichiatria, cercando di individuare a fini giuridici, i concetti medici, peraltro non ancora pacifici, di suggestione, di convincimento, di persuasione, di soggezione, di determinismo, di annientamento della volontà e di trasferimento della personalità umana da parte di un soggetto ad altro soggetto. Ciò al fine di determinare oggettivamente quale sia in realtà il totale stato di soggezione indicato nella norma, di indicare i possibili mezzi per accertarlo concretamente e di fissare i confini della sfera giuridica entro cui può manifestarsi».

meccanismo della persuasione, della suggestione e della soggezione psichica», l'accertamento «se l'attività psichica possa essere qualificata come persuasione o suggestione con gli eventuali effetti giuridici a questa connessi, nel caso del plagio non potrà che essere del tutto incerto e affidato all'arbitrio del giudice»³²⁴.

L'approfondimento del dato scientifico compiuto dalla Corte è molto accurato; del resto, anche l'ordinanza di rimessione³²⁵ è argomentata “nei fatti” in maniera precisa, al fine di dimostrare l'inconsistenza del presupposto empirico della norma. Secondo il remittente, se il compito del giudice è quello verificare l'eventuale corrispondenza tra la situazione di fatto e quella prevista dalla legge, si impone l'esigenza costituzionale della tipicità del fatto, che può essere soddisfatta solo allorché l'evento sia determinabile in concreto. Il giudice *a quo* dimostra invece – attingendo alla «letteratura psichiatrico-forsense», alla «letteratura scientifica» e «psichiatrica» – che, nel caso di specie, si è nell'impossibilità di precisare il significato della norma incriminatrice, poiché le fonti extragiuridiche a cui è fatto rinvio («*per altro non esplicito da parte del legislatore*») forniscono un parametro incerto per una definizione univoca del fenomeno di condizionamento psichico («il totale stato di soggezione») richiesto per il reato di plagio.

Il ruolo della scienza, in casi come questo, è però passibile di due diverse qualificazioni: da un lato, si potrebbe affermare la necessità di corrispondenza della fattispecie penale al dato scientifico come requisito essenziale per la legittimità costituzionale della norma in esame; dall'altro lato, la coerenza con le acquisizioni scientifiche non sarebbe elemento imprescindibile ai fini della ragionevolezza della norma incriminatrice, ma potrebbe, in taluni casi, permetterne un'applicazione razionale, mettendola al riparo da eventuali censure. La giurisprudenza costituzionale sembra propendere per il secondo orientamento; anche se la correttezza scientifica della qualificazione normativa è stata in più occasioni auspicata, sia dalla dottrina³²⁶ che dal giudice delle leggi, questa non sembra determinante per il giudizio sulla costituzionalità della norma. Se è vero che una corretta ricostruzione della realtà scientifica e l'accordo della fattispecie a tali risultanze sono sicuramente elementi che giocano a favore della ragionevolezza della previsione legislativa, è anche vero che a fronte di una consolidata interpretazione e di un'applicazione razionale – quindi di un diritto vivente che permette alla norma di recuperare coerenza e di essere applicabile – l'eventuale discordanza con il dato scientifico può essere superata³²⁷.

c) L'inadeguatezza (o eccessiva rigidità) della norma rispetto alla realtà scientifica: l'introduzione di un meccanismo flessibile

Un giudizio particolarmente significativo, in cui la Corte si avvale delle acquisizioni della scienza, è quello relativo alla norma che stabilisce il differimento della pena nei confronti di persona affetta da AIDS³²⁸. Il giudice delle leggi censura, per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., il rigido automatismo imposto dal legislatore e introduce la possibilità di operare una valutazione caso per caso da parte del giudice penale, ritenendo irragionevole

³²⁴ Punto 13 del considerato in diritto.

³²⁵ Ord. 2 novembre 1978, Giudice Istruttore Tribunale di Roma.

³²⁶ Cfr. L. Violini, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, 981, la quale rileva la necessità di «ordine, coerenza logica e rigore scientifico» degli interventi legislativi, soprattutto in campo penale.

³²⁷ A riprova di ciò, si richiama quanto detto in precedenza riguardo la sent. 114/1998, sempre in materia penale, in cui viene ricostruita la ragionevolezza della distinzione tra abitudine e cronica intossicazione da alcol e da sostanze stupefacenti, superando l'incoerenza con il dato scientifico relativo alle due fattispecie.

³²⁸ Tale previsione, con la sent. 438/1995, viene dichiarata incostituzionale relativamente ai casi in cui l'espiazione possa avvenire senza pregiudizio della salute del soggetto e di quella degli altri detenuti.

non lasciare spazio ad una verifica in concreto a fronte della varietà della casistica di malati riscontrabile nella realtà scientifica³²⁹. È, quindi, sulla base di elementi medico-scientifici che la Corte motiva la sua decisione e, conseguentemente, giustifica il *renvirement* rispetto alle precedenti pronunce sul tema, che si erano invece concluse con il rigetto della questione³³⁰.

A ben vedere il cambio di giurisprudenza viene giustificato dall'individuazione di una "nuova" *ratio* della norma impugnata, la stessa che era stata esclusa invece nelle precedenti pronunce: la tutela della salute del singolo. La Corte ricostruisce questa nuova prospettiva richiamando i lavori preparatori e le considerazioni espresse in sede scientifica

³²⁹ Al punto 3 del considerato in diritto, si afferma che «è proprio la rigida presunzione stabilita dal legislatore, ad apparire priva di adeguato fondamento e tale, dunque, da rendere del tutto evanescente la razionalità di una norma dalla cui concreta applicazione possono pertanto generarsi inaccettabili disparità di trattamento [...]. Se, infatti, l'istituto del rinvio obbligatorio della esecuzione della pena deve tendere nel caso di specie a preservare le condizioni di salute del condannato, è evidente, allora, che sono soltanto queste ultime a dover essere prese in considerazione dal legislatore e non certo la malattia in quanto tale, giacché, a fronte di un identico stato morboso, qualunque esso sia, le variabili cliniche possono essere tante quanto l'intera casistica è in grado di offrire»

³³⁰ Nella sent. 70/1994, avente ad oggetto la medesima questione, la Corte motiva l'infondatezza facendo rientrare la disciplina nei limiti della discrezionalità legislativa: non vi è arbitrio (o come dice la Corte «eccesso di potere normativo»), perché la *ratio* della previsione sarebbe la tutela della salute in sede carceraria e non la tutela della salute del singolo, come sostenuto dal giudice *a quo*. Secondo il giudice delle leggi, la liberazione del condannato sarebbe la soluzione idonea a tutelare la salute di tutti i detenuti e troverebbe la sua giustificazione nell'eccezionale «situazione di estrema drammaticità» del carcere, essendo esso un luogo in cui si trova concentrato un alto numero di soggetti a rischio. Inoltre, essendo il malato di AIDS diverso da malati comuni, non vi sarebbe alcun contrasto della disciplina impugnata con il principio di uguaglianza. Il remittente sosteneva, invece, che la normativa impugnata generasse un trattamento irragionevolmente discriminatorio per i malati "comuni" rispetto alle persone affette da HIV, considerato che, alla luce dei dati offerti dalla scienza medica, i medesimi caratteri di gravità, irreversibilità ed ingravescenza sono presenti in molte altre patologie; questa argomentazione del giudice *a quo* dimostrerebbe "nei fatti" l'irrazionalità della normativa rispetto alla *ratio* ricostruita nell'ordinanza di rinvio, cioè la necessità di tutela della salute dell'individuo malato. La motivazione della sentenza prescinde, invece, dalla considerazione dei presupposti empirici prospettati dal giudice, perché individua una diversa finalità della norma, cioè la tutela della salute in sede carceraria, e si basa quindi su altri elementi di fatto: sono le peculiari caratteristiche relative al contagio a determinare l'incompatibilità con l'esecuzione della pena e, in questa prospettiva, finisce per perdere di significato la richiesta del remittente di poter procedere ad una valutazione caso per caso, poiché una soluzione di questo tipo sarebbe inutile non escludendo il rischio di trasmissione della malattia. Questa pronuncia costituisce un esempio di come la Corte selezioni i fatti rilevanti nel giudizio di costituzionalità in relazione alla *ratio* che sostiene la legge impugnata.

Si noti che la successiva sent. 308/1994, nella quale viene dichiarata inammissibile la richiesta di estendere il differimento dell'esecuzione alle misure di sicurezza, conferma la ricostruzione delle finalità della normativa fatta nella sent. 70/1994. La questione, avente come parametri gli artt. 3 e 32 Cost., riguarda l'ingiustificata disparità di trattamento tra internati e condannati che presentino la stessa patologia (l'AIDS), tenuto conto della sostanziale identità dell'assistenza sanitaria praticabile nei diversi istituti penitenziari. Il giudice delle leggi respinge la censura perché i presupposti di fatto dei due istituti sono diversi: solo nel contesto carcerario esiste il pericolo di contagio, ed essendo la tutela della salute collettiva nelle carceri la *ratio* del differimento – e non la salute del singolo malato, come sostenuto erroneamente dal remittente – la disciplina delle misure di sicurezza non è riconducibile al *tertium* invocato, cioè alla normativa oggetto del giudizio concluso con la sent. 70/1994. Nella pronuncia si legge, infatti, che «risultando, quindi, fra loro eterogenei i presupposti e le finalità che sostengono, da un lato, l'istituto del rinvio obbligatorio della esecuzione della pena nei confronti degli ammalati di AIDS e, dall'altro, l'identica disciplina che il rimettente mira ad estendere nei confronti degli internati che versino nella medesima situazione, il *petitum* perseguito dal giudice *a quo* finisce per ammettere una pluralità di soluzioni, tutte rispettose dei fondamentali valori coinvolti, ma nessuna delle quali costituzionalmente imposta. La tutela della salute collettiva che, come si è detto, costituisce il fulcro attorno al quale ruota il recente intervento normativo, si opacizza, infatti, nel ben diverso contesto in cui si realizza l'applicazione delle misure di sicurezza detentive, ove assume, invece, risalto esclusivo l'esigenza di salvaguardare appieno il bene della salute del singolo internato e, per esso e di riflesso, i principi di uguaglianza e di umanità del trattamento penitenziario».

relativamente alla pericolosità del carcere per la salute del malato³³¹; esclude, invece, che la ragione giustificatrice della disciplina possa essere (solo) la salvaguardia della salute della collettività carceraria, poiché se il bene tutelato dalla norma fosse questo, non si giustificerebbe l'esclusione dal novero dei destinatari della disciplina dei portatori di infezione da HIV non in fase conclamata³³². L'individuazione di una diversa finalità della norma dà modo alla Corte di porre alla base della sua pronuncia quegli elementi di fatto ritenuti non rilevanti nelle altre sentenze sul tema³³³.

È necessario, a questo punto, porre l'attenzione su tre aspetti fondamentali della vicenda. In primo luogo, la scienza può costituire la base per l'individuazione della *ratio* della norma (similmente a quanto avvenuto nella citata sent. 518/2000 riguardante il reato di incesto³³⁴) permettendo di escludere le ipotesi scientificamente irragionevoli. Inoltre, la Corte si muove con estrema libertà nella determinazione della *ratio* della norma oggetto di giudizio. Ma l'individuazione delle finalità di una disciplina non è forse un'attività che permette al giudice delle leggi di ingerirsi nella discrezionalità legislativa e che, pertanto, dovrebbe essere assistita da particolari cautele? Ciò a maggior ragione se è vero quanto detto poc'anzi riguardo al collegamento che si instaura tra *ratio* della norma e rilievo degli elementi fattuali (in particolare scientifici) nel giudizio di legittimità costituzionale.

In ultimo, va evidenziato che nella sentenza 438/1995, e nella successiva 349/1995, la Corte pone al centro della sua argomentazione il dato medico-statistico relativo alla variabilità della casistica delle condizioni di salute del malato di AIDS, ricavando da ciò la necessità per il giudice di operare una valutazione caso per caso, con riferimento anche alle strutture disponibili³³⁵. Il giudice costituzionale, avendo trovato nell'inserimento di un meccanismo flessibile la soluzione all'irragionevolezza della previsione, può quindi pronunciare l'accoglimento senza interferenze con la discrezionalità legislativa, poiché non si presenta la necessità di un intervento creativo che imponga una scelta tra una pluralità di soluzioni, per la quale il giudice delle leggi non sarebbe competente³³⁶.

³³¹ «D'altra parte, che la tutela della salute dei malati di AIDS in sede carceraria fosse sicuramente uno fra i principali obiettivi perseguiti dal legislatore, si ricava con certezza non soltanto dai lavori parlamentari svoltisi per la conversione in legge del decreto-legge n. 139 del 1993, ma anche da talune autorevoli valutazioni espresse in sede scientifica che, recepite dalla stessa amministrazione penitenziaria, non hanno certo mancato di ispirare le reiterate iniziative legislative del Governo e le scelte finali del Parlamento. Sin dal marzo del 1989, infatti, la Commissione nazionale per la lotta all'AIDS, istituita presso il Ministero della sanità, aveva formulato un giudizio – ribadito, poi, nella seduta del 7 giugno 1990 – di assoluta incompatibilità dei soggetti affetti da AIDS conclamata con il regime carcerario, osservando come detto regime comporti “per il malato di AIDS, il rischio di una riduzione del tempo di sopravvivenza, e per gli operatori che vivono e lavorano con lui e per i detenuti, rischi di contagio delle patologie ad alta trasmissibilità”».

³³² «La tutela della salute di quanti si trovino ristretti negli istituti penitenziari non rappresenta, però, l'unico valore che il legislatore ha inteso salvaguardare con la norma oggetto di impugnativa, dal momento che, come ha osservato lo stesso giudice rimettente, ove così fosse, l'identico regime avrebbe dovuto prendere in considerazione l'intera e ben più estesa gamma dei portatori di infezione da HIV, essendo questo, e non la malattia in sé considerata, il presupposto di insorgenza del rischio di contagio e, dunque, di pericolo per la salute della popolazione carceraria».

³³³ Al fine di mostrare un minimo di coerenza con quanto sostenuto in precedenza, il giudice delle leggi evidenzia che la disciplina in questione deve essere considerata derogatoria ed eccezionale e, conseguentemente, anche la *ratio* originaria come momentanea, nonostante di ciò non si sia mai fatto cenno nelle altre decisioni.

³³⁴ Note 43 e 55 di questo capitolo.

³³⁵ Si noti che i dati riferiti alle strutture disponibili, a differenza di quelli relativi alla variabilità del decorso della malattia, sono stati acquisiti con un'istruttoria di cui si dà ampiamente conto nella motivazione.

³³⁶ L'atteggiamento di autolimitazione che il giudice delle leggi adotta nei confronti della discrezionalità legislativa può quindi essere dovuto ad una pluralità di fattori (tra i quali le modalità con cui viene prospettata la questione da parte del giudice *a quo*), al variare dei quali possono aprirsi spazi per una sindacato più penetrante. In questo caso, come in precedenti pronunce considerate, il giudizio costituzionale viene concluso con un'additiva di principio caratterizzata da un tipo particolare manipolazione, consistente

Lo stesso principio può essere applicato in tutti i giudizi di legittimità in cui la Corte sindacava «alla stregua del principio di uguaglianza, su singole fattispecie di pericolosità costruite in termini “presuntivi” e rigidi», poiché qualora si accerti che «la presunzione di pericolosità non abbia fondamento nell'*id quod plerumque accidit* ed abbia per conseguenza la indiscriminata applicazione [...] in situazioni che differiscono fra loro proprio negli aspetti cui la misura ragionevolmente può riferirsi»³³⁷, tali previsioni saranno incostituzionali³³⁸.

nell'inserimento nella regola generale e astratta di una o più eccezioni concrete, tali da rendere elastica l'applicazione della norma: l'esigenza di protezione di un diritto fondamentale, come il diritto alla salute, richiede infatti, in taluni casi, un bilanciamento diverso rispetto a quello cristallizzato nella formulazione legislativa, che può non essere in grado di offrire elasticità al momento della sua applicazione giudiziaria.

³³⁷ Sent. 139/1982, punto 6 del considerato in diritto. In questa pronuncia viene esplicitamente richiamato il precedente costituito dalla sent. 1/1971 (citata nel capitolo I al paragrafo 3.2.), che dichiara illegittima la presunzione di pericolosità del minore di anni quattordici e il conseguente obbligato di riformatorio giudiziario.

³³⁸ Sulla base di tale principio viene dichiarata illegittima l'automatica applicazione del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'imputato prosciolto per infermità psichica (art. 222, primo comma, c.p.), in quanto «prescinde dalla “attualizzazione” del giudizio di infermità mentale, guardando esclusivamente al momento del fatto» ed «una simile presunzione assoluta di durata dell'infermità psichica, lungi dall'esprimere esigenze di tutela discrezionalmente apprezzate dal legislatore, finisce per allontanare la disciplina normativa dalle sue basi razionali». Tale presunzione, infatti, non è retta da «dati d'esperienza suscettibili di generalizzazione», perché lo stato di salute mentale «è questione di fatto che può e deve essere verificata caso per caso; totalmente privo di base scientifica sarebbe comunque ipotizzare uno stato di salute (anzi di malattia) che si mantenga costante, come regola generale valida per qualsiasi caso d'infermità totale di mente». La Corte conclude, quindi, sancendo che «una regola “presuntiva”, come quella implicita nell'art. 222 cod. pen., che imponga di ricostruire il presente dal passato, si rivela pertanto un'inversione totale della logica del giudizio scientifico, su cui poggia qualsiasi ragionevole disciplina dell'infermità di mente».

Con la successiva sent. 249/1983 il giudice costituzionale ribadisce gli stessi rilievi per quanto riguarda i seminfermi di mente. La disciplina dettata dagli artt. 204 e 219, comma 1, c.p. sottende «anch'essa l'ulteriore presunzione di persistenza, al momento dell'applicazione della misura di sicurezza della casa di cura e di custodia, della condizione di seminfermità psichica accertata rispetto all'epoca del fatto; condizione che ben può, viceversa, aver subito nel frattempo una positiva evoluzione fino alla completa guarigione».

Un altro esempio è offerto dalla sent. 253/2003, nella quale la Corte ritiene che «per l'infermo di mente l'automatismo di una misura segregante e “totale”, come il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, imposta pur quando essa appaia in concreto inadatta, infrange l'equilibrio costituzionalmente necessario e viola esigenze essenziali di protezione dei diritti della persona, nella specie del diritto alla salute di cui all'art. 32 della Costituzione». La scienza medica, richiamata in via generale e senza approfondimenti, supporta la decisione, poiché consente di ritenere la previsione inadeguata rispetto alla tutela del diritto alla salute. Dopo aver specificato che «solo il legislatore (la cui inerzia in questo campo, caratterizzato da scelte assai risalenti nel tempo e mai riviste alla luce dei principi costituzionali e delle acquisizioni scientifiche, non può omettersi di rilevare ancora una volta) può intraprendere la strada di un ripensamento del sistema delle misure di sicurezza», la Corte ritiene, infatti, di non potersi sottrarre «al più limitato compito di eliminare l'accennato automatismo, consentendo che, pur nell'ambito dell'attuale sistema, il giudice possa adottare, fra le misure che l'ordinamento prevede, quella che in concreto appaia idonea a soddisfare le esigenze di cura e tutela della persona, da un lato, di controllo e contenimento della sua pericolosità sociale dall'altro lato». In precedenza, una questione molto simile è stata dichiarata inammissibile (con l'ord. 88/2001), mentre in questo caso il giudice costituzionale ha deciso di adottare un atteggiamento più interventista, al fine di garantire tutela ad una bene costituzionale primario come la salute. È probabile che, ai fini dell'accoglimento, sia stata decisiva – anche se, forse, solo da un punto di vista formale – la prospettazione chiara e lineare della questione da parte del giudice remittente; nel giudizio conclusosi con l'infondatezza, invece, le diverse ordinanze di rimessione avanzavano richieste tra loro molto differenti, al punto da poter mettere in discussione che l'intervento della Corte fosse a “rime obbligate”. Cfr. T. Groppi, *La sentenza 253 del 2003: la Corte e il “diritto mite”*, in www.forumcostituzionale.it, (29 luglio 2003); l'A. ritiene inoltre che tale intervento implichi il riconoscimento dell'incapacità del parlamento di porsi come unico ed esclusivo garante di certi diritti fondamentali, la cui garanzia non può che essere realizzata, caso per caso, dai giudici.

In generale, si può quindi ritenere che in giudizi aventi ad oggetto discipline, non solo penali, che stabiliscono presunzioni legali i dati scientifici possano diventare elementi centrali per la decisione della Corte³³⁹.

d) La scienza a dimostrazione della carenza di tutele costituzionali e il valore “esemplare” del caso *a quo*

Alcuni diritti costituzionali possono trovare nelle acquisizioni della scienza gli argomenti che dimostrano l'insufficienza delle garanzie legislative ad essi accordate. Un esempio emblematico in tal senso è fornito dalla sent. 215/1987, che dichiara l'illegittimità costituzionale della legge 118/1971, nella parte in cui disciplina l'inserimento scolastico dei portatori di handicap attraverso una norma programmatica inidonea a conferire un diritto soggettivo al disabile. In questo giudizio sono le considerazioni medico-scientifiche che conducono all'accoglimento della questione, poiché permettono di qualificare l'inserimento nella scuola e l'acquisizione di una compiuta istruzione come strumenti fondamentali per il “pieno sviluppo della persona umana” e, pertanto, configurano l'esigenza costituzionale di colmare il vuoto di tutela esistente in materia³⁴⁰.

³³⁹ Per lo più si tratta di nozioni e conoscenze che vengono considerate come fatti notori o riconducibili all'*id quod plerumque accidit*, alle quali la Corte si riferisce in maniera generica, come nel caso della dichiarazione di illegittimità della mancata inclusione della dispensa per motivi di salute tra le cause di cessazione dal servizio non ostative alla riammissione (sent. 3/1994). L'assimilazione di tale fattispecie a quelle preclusive della ricostituzione del rapporto di lavoro appare «sfornita di razionale giustificazione», poiché la dispensa per motivi di salute si fonda su una situazione (lo stato di infermità) che «non può considerarsi in assoluto irreversibile, tanto più alla luce delle odierne cognizioni della scienza medica»; deve quindi ritenersi che «l'aver precluso in radice, sulla base evidentemente di una presunzione assoluta di irreversibilità dello stato di infermità, la possibilità della riammissione di chi sia stato dispensato dal servizio per motivi di salute integri la violazione del principio di eguaglianza». Il giudice costituzionale interviene, così, sulla rigida presunzione stabilita dalla legge, che risulta inadeguata nel fornire tutela in talune circostanze concrete; come rilevato dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rinvio, risulta irrazionale la mancata riammissione in servizio di coloro che siano stati dispensati per motivi di salute e che evidenzino, a seguito di convincenti riscontri medici acclarabili anche dalla stessa pubblica amministrazione, l'integrale riacquisto della precedente capacità lavorativa.

Similmente viene risolta la questione avente ad oggetto la norma che esclude la riammissione in servizio del personale della polizia di Stato dispensato per infermità (sent. 284/1999). Il richiamo alla scienza è, ancora una volta, parte integrante del ragionamento che dimostra la violazione del principio di uguaglianza. La disciplina impugnata, infatti, viene dichiarata illegittima, in quanto pone «una preclusione in radice ispirata ad un automatismo che, fondandosi su un'assoluta presunzione di irreversibilità dello stato di infermità, appare manifestamente privo di ragionevolezza, tanto più alla luce delle odierne cognizioni della scienza medica» (punto 3 del considerato in diritto).

³⁴⁰ Un'altra pronuncia in cui si rileva una carenza della tutela costituzionalmente dovuta, sulla base di considerazioni medico-scientifiche, riguarda il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario del minore (sent. 324/1998). Tale misura viene ritenuta totalmente incompatibile con la condizione del minore, in riferimento agli artt. 2, 3, 27 e 31 Cost., poiché il trattamento penale di questi ultimi «deve essere improntato, sia per quanto riguarda le misure adottabili, sia per quanto riguarda la fase esecutiva, alle specifiche esigenze proprie dell'età minorile [...]. Una misura detentiva e segregante come il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, prevista e disciplinata in modo uniforme per adulti e minori, non può certo ritenersi conforme a tali principi e criteri: tanto più dopo che il legislatore, recependo le acquisizioni più recenti della scienza e della coscienza sociale, ha riconosciuto come la cura della malattia mentale non debba attuarsi se non eccezionalmente in condizioni di degenza ospedaliera, bensì di norma attraverso servizi e presidi psichiatrici extra-ospedalieri, e comunque non attraverso la segregazione dei malati in strutture chiuse come le preesistenti istituzioni manicomiali» (punto 4 del considerato in diritto); infatti, «l'assenza, negli ospedali psichiatrici giudiziari, di strutture ad *hoc* per i minori, correlata anche alla mancanza di casi di ricoveri di minori in tali istituti, per un verso conferma la diffusa consapevolezza presso gli operatori e gli stessi giudici minorili della incompatibilità di siffatta misura con la condizione di minore [...]; per altro verso rende ancor più palese detta incompatibilità». In questo caso le acquisizioni della scienza, che costituiscono il fondamento della decisione, non necessitano di particolare di approfondimenti poiché, come rilevato dalla Corte, sono già state recepite dal legislatore.

In casi come questo, in cui la Corte dimostra, attraverso elementi scientifici, l'incapacità della norma di fornire le tutele costituzionalmente garantite ai diritti della persona, il rilievo dell'esemplarità della fattispecie del giudizio principale è tutt'altro che infrequente³⁴¹. Si tratta, molto spesso, di giudizi come quelli considerati *sub c)*, il cui tratto caratterizzante è quello di censurare un meccanismo normativo rigido al punto da non poter essere applicato in taluni casi che rientrerebbero, in linea di principio, nella tutela prevista: il caso *a quo*, in questi giudizi, può rappresentare il primo esempio di tale inadeguatezza³⁴².

Si pensi alla giurisprudenza costituzionale in tema di indennizzi derivanti da un danno alla salute. Nella sent. 116/1969, ad esempio, la Corte rileva l'irragionevolezza della previsione del termine di prescrizione rispetto alla realtà (medico-scientifica): il caso del giudizio *a quo* – descritto nei particolari dall'ordinanza di rinvio³⁴³ – è un esempio che dimostra l'esistenza di ipotesi concrete alle quali la norma non è in grado di fornire tutela³⁴⁴.

³⁴¹ Si pensi al caso, sopra citato, riguardante l'idoneità del sistema tabellare come base per l'assicurazione obbligatorietà per le malattie professionali, o alla nota sentenza in tema di aborto (sent. 27/1975). In quest'ultima pronuncia, la Corte deve chiamare in causa la scienza medica per poter affermare che «la condizione della donna gestante è del tutto particolare e non trova adeguata tutela in una norma di carattere generale come l'art. 54 c.p. che esige non soltanto la gravità e l'assoluta inevitabilità del danno o del pericolo, ma anche la sua attualità, mentre il danno o il pericolo conseguente al protrarsi di una gravidanza può essere previsto ma non è sempre immediato»; i fatti scientifici diventano, così, parte integrante dell'argomentazione che dimostra l'inadeguatezza della tutela fornita dalla legislazione esistente al diritto alla salute della gestante. Il caso oggetto del giudizio *a quo* offre il chiaro esempio di una situazione in cui non ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 54 c.p.: il rischio corso dalla donna, qualora avesse portato a termine la gravidanza, sarebbe stato molto probabilmente una cecità non penalmente apprezzabile, in quanto non inevitabile in maniera assoluta ed essendo dubbia la qualificazione di tale evento come «danno grave alla persona» (talora definito esclusivamente come pericolo di vita della gestante).

³⁴² Rileva P. Veronesi, *Il corpo e la costituzione*, cit., 19, che la stessa idea di meccanismo incidentale impone come punto di partenza la considerazione del caso concreto: «l'incidente di costituzionalità sorge appunto non in astratto bensì nel momento in cui la norma va concretamente applicata, ossia nel corso di un giudizio destinato a risolvere uno specifico problema già venuto alla luce. Sarà appunto attraverso la «finestra» del fatto *sub iudice* che il rimettente avrà modo di saggiare la tenuta della norma che deve applicare (e la Corte di svolgere poi le sue conseguenti valutazioni). Non a caso, la Corte pretende comunque che i giudici *a quibus* descrivano attentamente i fatti da cui procedono, sanzionando altrimenti la *quaestio* con una pronuncia d'inammissibilità. Ed è proprio in relazione a quei fatti «tipizzati» che la Corte riesamina la rilevanza e prefigura – ovviamente – il suo giudizio di merito».

³⁴³ Ord. 28 dicembre 1967 (Tribunale di Enna).

³⁴⁴ Per la richiesta di indennizzo in caso di malattia professionale, la decorrenza del termine dal giorno della manifestazione della malattia (art. 67, comma primo, del decreto n. 1765/1935), secondo la Corte, riguarderebbe solo «l'ipotesi, normale, in cui tra l'insorgere della malattia professionale [...] e l'esistenza di postumi comportanti una inabilità permanente indennizzabile (e cioè di grado superiore al 20 per cento) non passi uno spazio di tempo relativamente lungo». Poiché «nella previsione normativa rientrano però altre ipotesi ed in particolare quella prospettata dal tribunale e alla quale si adatterebbe il caso di specie», nelle quali l'inabilità permanente causata dalla malattia professionale diventa «indennizzabile [...] quando ormai si sia maturato in termine prescizionale» (punto 2 del considerato in diritto), viene dichiarata l'illegittimità della disciplina nella parte in cui «dispone che l'azione per conseguire dall'I.N.A.I.L. la rendita per inabilità permanente si prescrive col decorso del termine ivi previsto anche nel caso in cui entro lo stesso termine tale inabilità non abbia ridotto l'attitudine al lavoro in misura superiore al minimo indennizzabile».

Si ricorda anche il giudizio avente ad oggetto la norma che prevede il decorso del termine prescizionale dell'azione diretta al conseguimento della rendita da malattia professionale da un momento anteriore alla morte dell'assicurato. Tale previsione viene impugnata dal giudice *a quo*, che denuncia la differenza esistente (e scientificamente determinabile) tra accertabilità e assoluta inaccertabilità *ante mortem* del grado di indennizzabilità della malattia. Per verificare tale presupposto fattuale la Corte costituzionale non procede ad un vero e proprio approfondimento scientifico, ma rileva semplicemente l'esistenza della possibilità che ipotesi del genere si verificino nella realtà medica, ed una di queste è rappresentata dal caso oggetto del giudizio principale. Sulla base di tale rilievo la sent. 544/1990 conclude per l'illegittimità dell'applicazione della norma anche nel caso in cui la malattia professionale non sia accertabile se non mediante esame autoptico.

2.3. Primi rilievi sull'utilizzo del dato scientifico nella giurisprudenza costituzionale

Le pronunce analizzate nei due precedenti paragrafi³⁴⁵ permettono di chiarire a quali valutazioni la Corte proceda per determinare l'arbitrarietà della norma rispetto ai dati

³⁴⁵ Cioè sia quelle di rigetto che di accoglimento. Per ragioni di completezza vanno citati anche due casi di giudizi in via principale e un conflitto stato-regione, nei quali è stata la stessa Corte costituzionale che ha avvertito la necessità di fare riferimento ai presupposti fattuali e scientifici della disciplina, al fine di verificare eventuali invasioni di competenza.

Il primo giudizio, concluso con la sent. 166/2004 – che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Emilia-Romagna 1 agosto 2002, n. 20 (*Norme contro la vivisezione*) – qualifica come principio fondamentale della materia "ricerca scientifica" alcune norme del d.lgs. n. 116 del 1992, in quanto esprimono il punto di equilibrio tra l'esigenza di tener conto dello sviluppo della ricerca e la massima tutela degli animali coinvolti. La Corte riconosce come ragionevole il bilanciamento operato dalla legislazione vigente «sulla base delle attuali conoscenze di tipo scientifico», infatti, sebbene esistano «anche opinioni contrarie ad ogni specie di sperimentazione animale, dal momento che si asserisce che queste sperimentazioni sarebbero in realtà inefficaci, [...] si tratta di opinioni scientifiche finora largamente minoritarie e non recepite né dal legislatore nazionale, né da quello europeo». Il giudice costituzionale mostra quindi di ricercare la razionalità della previsione legislativa ricostruendo e valutando la realtà scientifica che ne è il presupposto, al fine di verificare la correttezza della composizione degli interessi operata a livello statale: lo scopo di questa legge è infatti quello di mettere sotto controllo la sperimentazione, per evitare che la vita degli animali sia sacrificata per ricerche *law value* oppure che agli animali siano inferte sofferenze inutili. Il divieto assoluto, previsto dalla disciplina regionale impugnata, non sembra invece riposare su dati oggettivi e finisce per invadere la sfera di competenza statale, poiché "sbilancia" l'equilibrio correttamente individuato della legge dello Stato.

In un altro giudizio, in via d'azione, (sent. 359/2003) avente ad oggetto la legge della Regione Lazio volta a prevenire e contrastare il *mobbing* nei luoghi di lavoro, la Corte conclude per l'illegittimità dopo avere ricostruito le caratteristiche del fenomeno in esame e averlo ricondotto alle materie, di competenza esclusiva statale, della tutela dell'ordinamento civile nonché della sicurezza nel lavoro e della tutela della salute. I dati scientifici di riferimento, che risultano essenziali per l'individuazione del tipo di materia disciplinata – e quindi del parametro – sono considerati come note acquisizioni della scienza sociologica e vengono premessi dal giudice costituzionale al fine di qualificare il fenomeno e individuarne l'ambito di competenza. Nella motivazione si legge, infatti, che «è noto che la sociologia ha mutuato il termine *mobbing* da una branca dell'etologia per designare un complesso fenomeno consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo. Ciò implica l'esistenza di uno o più soggetti attivi cui i suindicati comportamenti siano ascrivibili e di un soggetto passivo che di tali comportamenti sia destinatario e vittima. Per quanto concerne i soggetti attivi vengono in evidenza le condotte – commissive o, in ipotesi, omissive – che possono estrinsecarsi sia in atti giuridici veri e propri sia in semplici comportamenti materiali aventi in ogni caso, gli uni e gli altri, la duplice peculiarità di poter essere, se esaminati singolarmente, anche leciti, legittimi o irrilevanti dal punto di vista giuridico, e tuttavia di acquisire comunque rilievo quali elementi della complessiva condotta caratterizzata nel suo insieme dall'effetto e talvolta, secondo alcuni, dallo scopo di persecuzione e di emarginazione» (punto 4.1 del considerato in diritto).

Vengono inoltre approfondite le conseguenze subite dai soggetti passivi che «secondo le attuali acquisizioni, possono essere di ordine diverso. Infatti, la serie di condotte in cui dal lato attivo si concretizza il *mobbing* può determinare: l'insorgenza nel destinatario di disturbi di vario tipo e, a volte, di patologie psicotiche, complessivamente indicati come sindrome da stress posttraumatico; il compimento, da parte del soggetto passivo medesimo o nei suoi confronti, di atti che portano alla cessazione del rapporto di lavoro (rispettivamente: dimissioni o licenziamento), anche indipendentemente dall'esistenza dei disturbi di tipo psicologico o medico di cui si è detto sopra; l'adozione, da parte della vittima, di altre condotte giuridicamente rilevanti, ed eventualmente illecite, come reazione alla persecuzione ed emarginazione».

Un ultimo giudizio (concluso con la sent. 216/1988), riguardante un conflitto di attribuzioni tra Stato e Regione Liguria, le nozioni tecnico-scientifiche vengono richiamate per determinare l'ambito di competenza dei due soggetti. La Corte dichiara, infatti, che spettano al primo le funzioni amministrative relative all'autorizzazione e all'uso delle apparecchiature diagnostiche a risonanza magnetica nucleare, poiché è riservato alla competenza statale «l'impiego [...] delle forme di energia capaci di alterare l'equilibrio

tecnico-scientifici, cioè quando possa ritenersi provata (o meno) l'irragionevolezza della scelta legislativa.

La Corte utilizza dati tecnico-scientifici di sicura consistenza, certi a tal punto da poter essere considerati alla stregua di fatti notori³⁴⁶; tuttavia ha proceduto al giudizio anche nei casi in cui la valutazione dei presupposti fattuali di una norma abbia reso necessaria un approfondimento di tipo scientifico³⁴⁷. Nelle pronunce analizzate non si è mai fatto ricorso a strumenti istruttori ufficiali, al fine di chiarire il contesto scientifico, ma si sono adottate nelle motivazioni diverse nozioni e conoscenze scientifiche senza renderne nota la fonte: in alcuni casi è evidente, o si intuisce, che si tratta di fatti allegati dalle parti costituite³⁴⁸ o dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione³⁴⁹, ma in altre occasioni è probabile che si sia fatto ricorso ad istruttorie informali. Ad ogni modo, il dato scientifico posto alla base della decisione è sempre prospettato come non problematico, cioè certo e sicuro, e trattato alla stregua di un fatto notorio nel senso più largo del termine, cioè come fatto conosciuto o conoscibile dalla generalità dei consociati, per il quale non è necessario dar conto della fonte³⁵⁰.

Alla luce di quanto rilevato, la nozione di “manifesta arbitrarietà” della norma rispetto al presupposto scientifico, non sembra applicata dalla Corte in maniera rigida, tale da precludere qualsiasi approfondimento o valutazione: viene infatti ammesso un controllo sostanziale, più o meno penetrante a seconda dei casi, sulla bontà del fondamento empirico della legge.

Inoltre, si tenga presente che, nelle questioni prese in esame, la contestazione della ragionevolezza della scelta normativa non consiste solo nel mettere in discussione il

biologico ed ecologico» (così stabilisce l'art. 6, lett. i, della l. 833/1978.). Tale conclusione viene raggiunta sulla base del rilievo che «le apparecchiature diagnostiche a risonanza magnetica nucleare sono strumenti che utilizzano, in combinazione, le onde elettro-magnetiche e le radiazioni nucleari e dal momento che queste ultime, con i loro effetti sulle cellule, sono sicuramente in grado di alterare l'equilibrio biologico delle persone che ne siano oggetto, non vi può esser alcun dubbio che la disciplina e i controlli sul loro uso rientrino a norma della disposizione ora ricordata, nelle competenze statali» (punto 4 del considerato in diritto).

³⁴⁶ La Corte ha fatto ricorso a dati scientifici generici, considerati come notori, ad esempio nelle sentt. 139/1982, 324/1998, 253/2003, aventi ad oggetto l'applicazione obbligatoria della misura del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario rispettivamente per l'infermo di mente, il minore e il seminfermo di mente.

³⁴⁷ Si prendano ad esempio i casi risolti con le sentt. 161/1985 (in tema di transessualismo), 414/1995 (riguardante il concetto di morte ai fini penali e il suo accertamento), 114/1998 (a proposito della differenziazione, a fini penali, della cronica intossicazione e dell'abitualità); 559/1987 (avente ad oggetto la disciplina dei congedi per cure idrotermali), 179/1988 (riguardante il sistema tabellare per la determinazione delle malattie professionali), 96/1981 (avente ad oggetto il relato di plagio).

³⁴⁸ Si veda il caso della sent. 80/1971, citato alla nota 62 e alla sent. 164/2004 citata alla nota 69.

³⁴⁹ Si richiamano gli esempi *sub a*) del par. 2.1 e la sent. 96/1981, avente ad oggetto il reato di plagio, citata nel par. 2.2.

³⁵⁰ Si presti attenzione, ad esempio alla sent. 270/1999, che dichiara l'irragionevolezza della norma che individua nel giorno successivo al parto il *dies a quo* del secondo periodo di astensione dal lavoro per la donna anche in casi di parto prematuro basandosi su un dato scientifico, in particolare, sulla constatazione che «in questa ipotesi è *notoriamente* indispensabile che il bambino – per un periodo talvolta lungo – sia affidato alle cure di specialisti» (punto 4 considerato in diritto, corsivo non testuale). Il richiamo alla scienza, come in altri casi, è generico e sembra fare riferimento a verità notorie. Critica a tal proposito è M. D'amico, *Le insidie della decisioni di principio (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro)*, in *Giur. cost.*, 1999, 2255, secondo la quale, invece, nei casi in cui la decisione viene motivata con dati acquisiti sul piano scientifico, sarebbe più opportuno che la Corte rafforzasse gli argomenti della motivazione con riferimenti precisi alle acquisizioni scientifiche, ottenute eventualmente anche con un procedimento istruttorio. Nel caso di specie, ad esempio, avrebbero potuto essere messi in rilievo gli studi medici che dimostrano il ruolo determinante del rapporto con la madre nello sviluppo psicofisico del bambino, facendo in modo che la decisione costituzionale si rispecchiasse in un parere scientifico oggettivo piuttosto che, come è avvenuto, in un “sottofondo culturale”.

presupposto fattuale su cui essa si basa, considerato erroneo dal giudice *a quo*³⁵¹, ma talvolta prescinde da questa specifica censura: di fronte a questioni in cui si contesta l'insufficiente tutela fornita dalla legge ad un determinato diritto costituzionale, può essere la Corte a chiamare in causa il dato scientifico, poiché è grazie a questo che viene dimostrata la ragionevolezza o meno della previsione normativa³⁵².

Infine, va notato che il più della volte né il remittente né il giudice delle leggi si soffermano sulla valutazione che il legislatore ha fatto dei presupposti scientifici della disciplina; ciò significa che ai fini della decisione di sollevare una questione di legittimità riguardante i fondamenti scientifici di una norma, nonché ai fini della conclusione del relativo giudizio di costituzionalità, non sembra rilevare il tipo di approfondimento effettuato al momento dell'elaborazione della disciplina.

3. Quando la Corte decide di non decidere: inammissibilità e infondatezza

In generale, il rispetto della discrezionalità del legislatore può portare il giudice costituzionale ad adottare due diverse tipologie di pronunce: si tratta delle decisioni di inammissibilità e di infondatezza motivate, appunto, dall'esigenza di non ledere le attribuzioni proprie del potere legislativo.

Autorevole dottrina³⁵³ rileva che mentre nel dichiarare l'inammissibilità di una questione la Corte, pur non prendendo posizioni sul merito, può riscontrare, presupporre o comunque non escludere l'esistenza di un vizio di costituzionalità³⁵⁴, nelle decisioni di infondatezza, invece, non si è in presenza di un giudizio negativo nei confronti del legislatore, la cui scelta, pur potendo essere opinabile, rientra appunto nella sua discrezionalità politica e, pertanto, non è illegittima rispetto al parametro costituzionale invocato. In quest'ultimo caso, il rigetto avviene previo accertamento che l'esercizio del potere normativo si sia mantenuto nei limiti costituzionali, attraverso un giudizio che conduce a ritenere la norma non arbitraria o irragionevole³⁵⁵; mentre nel giudizio che si conclude con l'inammissibilità questo controllo è omesso, poiché la Corte rileva che per adeguare la disciplina al dettato costituzionale s'imporrebbero scelte di merito che sconfinerebbero nella sfera riservata al legislatore, anche se tali soluzioni non sarebbero prive di fondamento costituzionale³⁵⁶. Spesso, quindi, l'inammissibilità «per discrezionalità legislativa»³⁵⁷ non significa che la questione non sia esaminabile nel merito, ma che si sta chiedendo alla Corte «qualcosa che le è precluso»³⁵⁸. Il giudice

³⁵¹ Si vedano in particolare il caso della sent. 161/1985, citato *sub a*) e la sent. 114/1998, richiamata *sub c*), nel par. 2.1; nonché i giudizi conclusi con le sentt. 559/1987, 179/1988, 96/1981, 438/1995, analizzati nel par. 2.2.

³⁵² Si richiamano a questo proposito le pronunce analizzate *sub b*) nel par. 2.1. e *sub d*) nel par. 2.2.

³⁵³ L. Carlassare, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza*, cit., 1986, V, 293 e ss. Vedi anche M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, 116, il quale rileva che le decisioni di inammissibilità in campi riservati alla discrezionalità del legislatore stanno quasi a significare che il mancato accoglimento non derivi tanto da ragioni di merito, quanto da una sorta di incompetenza della Corte costituzionale nei confronti di scelte complesse, che solo il legislatore può legittimamente compiere.

³⁵⁴ Si pensi a quei casi in cui la Corte inserisce nella pronuncia considerazioni sulla necessità di un intervento legislativo (ad esempio la sent. 205/83) per eliminare gli inconvenienti che ritiene sussistano (vedi anche sent. 25/1984 in cui si parla addirittura di «squilibrio normativo», in quanto vengono regolate in modo uguale situazioni sostanzialmente diverse”).

³⁵⁵ Cfr. L. Pesole, *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giur. cost.*, 1994, I, 412.

³⁵⁶ Cfr. A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni*, cit., 126-127.

³⁵⁷ Questo tipo di decisione viene utilizzato per la prima volta con la sent. 137/1981.

³⁵⁸ L. Carlassare, *Un inquietante esempio di “inammissibilità” a proposito dell'imputato inferno di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, 1315 e 1324. Nel criticare la decisione di inammissibilità presa con la sent. 137/1981, l'A. fa notare che la Corte avrebbe potuto propendere per l'accoglimento della questione,

costituzionale, in questi casi, opta per un *self-restraint*, riconoscendo la propria incompetenza ad intervenire in un campo riservato alle scelte politiche; in talune occasioni, però, rivolge al Parlamento moniti e raccomandazioni, fornendo indicazioni, anche precise, per la futura normativa³⁵⁹.

Con specifico riferimento ai casi in cui vengono in considerazione i dati tecnico-scientifici, la Corte si ritiene impossibilitata ad intervenire, e decide per l'inammissibilità, nonostante l'incostituzionalità (accertata o accertabile) della situazione normativa denunciata, quando la decisione richiede l'elaborazione di una articolata e complessa normativa tecnica. Si tratta di casi in cui la semplice soppressione della disciplina impugnata, o la creazione di un'altra norma attraverso una sentenza additiva, non sono interventi idonei ad eliminare l'eventuale incostituzionalità, poiché sarebbero necessarie misure legislative che implicano scelte tra modalità alternative, di competenza del Parlamento³⁶⁰.

Un esempio significativo è dato dalla sent. 258/1994, in tema di vaccinazioni obbligatorie. In tale giudizio il giudice *a quo* contesta l'omessa prescrizione di accertamenti preventivi sul soggetto da vaccinare, ritenendola contrastante con la tutela costituzionalmente dovuta al diritto alla salute. La Corte è costretta a concludere per l'inammissibilità poiché non esiste una "rima obbligata"³⁶¹, ma rileva che sarebbe «necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico», che disponga gli accertamenti preventivi idonei a prevedere ed a prevenire i possibili rischi di complicanze, tenendo conto delle conoscenze scientifiche acquisite.

In situazioni come questa, occorre, dunque, un intervento legislativo, ed in tal senso è solito insistere il giudice delle leggi nella motivazione della pronuncia di inammissibilità. A questo proposito, c'è chi auspica che siano «chiarite adeguatamente tanto le ragioni della non ammissibilità delle questioni proposte quanto quelle che inducono la Corte a manifestare delle perplessità sulla piena conformità a Costituzione della legislazione vigente»³⁶², al fine di esortare il legislatore ad intervenire. L'inammissibilità risponderebbe in questi casi alla necessità di predisporre una pronuncia intermedia tra una sentenza di infondatezza e una di accoglimento, che soddisfi l'esigenza di autolimitazione della Corte e, al contempo, rappresenti un monito per i giudici comuni in caso di prolungata inerzia de

pronunciando un «annullamento puro e semplice», non essendo necessario intervenire unicamente con una pronuncia di tipo additivo; in questi casi è il giudice costituzionale stesso che «pretende di sostituire il legislatore, quando richiede – per pronunciarsi – che non necessiti poi alcuna modifica o integrazione della normazione esistente ad opera degli organi politici».

³⁵⁹ Un esempio, in questo senso, può essere costituito dalla sent. 225/1974, in tema di monopolio radiotelevisivo, citata nel precedente capitolo. La Corte rileva che la disciplina vigente non è in grado di offrire un servizio caratterizzato «da obbiettività e completezza di informazione, da ampia apertura a tutte le correnti culturali, da imparziale rappresentazione delle idee che si esprimono nella società» e che, conseguentemente, non garantisce «il diritto di accesso nella misura massima consentita dai mezzi tecnici»; nonostante ciò, dichiara inammissibile la questione «nel rispetto della discrezionalità del legislatore di scegliere gli strumenti più appropriati ad assicurare il conseguimento dei due fondamentali obbiettivi di cui innanzi si è discusso»; consapevole, però, della necessità di rispettare ed attuare quando previsto dalla Costituzione all'art. 21 indica al legislatore una serie di previsioni minime di cui dovrà tener conto nell'elaborazione della normativa.

³⁶⁰ Cfr. A. Cerri, *Inammissibilità "assoluta" ed infondatezza*, cit., 1220, ripreso da A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni*, cit., 130.

³⁶¹ «Ma al riguardo non può non rilevarsi che pur quando la lamentata omessa prescrizione espressa e specifica della doverosità di accertamenti siffatti fosse – in tesi – da ritenersi non in piena consonanza con la garanzia costituzionale del diritto alla salute assicurata al singolo, il porre rimedio a tale inconveniente esulerebbe dai poteri di questa Corte» (punto 5 del considerato in diritto). «Il giudice *a quo* richiede in definitiva un adeguamento a Costituzione che si prospetta comunque non a rime obbligate e quindi implicherebbe ineludibilmente l'intervento del legislatore, al quale questa Corte non potrebbe sostituirsi» (punto 5bis del considerato in diritto).

³⁶² A. Cervati, *Tipi di sentenze*, cit., 131.

legislatore. Questa tipologia di pronunce si avvicina a quelle di “incompatibilità” (*Unvereinbarkeit*), cioè di «incostituzionalità senza dichiarazione di nullità», del Tribunale costituzionale tedesco³⁶³. Si tratta di uno strumento che permette di reagire in modo più tenue alle violazioni costituzionali che, sebbene siano dichiarate certe, non vengono annullate – ma ne viene solo limitata l’applicazione (*Anwendungssperre*), al fine di evitare intollerabili lacune – fintanto che il legislatore non provvederà alla modifica della legge³⁶⁴.

È evidente che a fronte di simili pronunce di inammissibilità le esigenze di tutela dei diritti costituzionali rimangono eluse³⁶⁵, poiché il giudice delle leggi decide di anteporre al suo intervento il rispetto della discrezionalità legislativa³⁶⁶; per questo motivo, nell’operare

³⁶³ Cfr. L. Pesole, *Sull’inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale: i più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Giur. cost.*, 1992, II, 1589-1590.

³⁶⁴ In tema si veda A. Cervati, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca e italiana*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Atti del Seminario tenutosi a Roma, Palazzo della Consulta 23-24 novembre 1988, Milano 1989, 291 ss.

³⁶⁵ Sulla carenza di tutela fornita alle situazioni giuridiche soggettive in questi casi vedi R. Romboli, *La prospettiva costituzionalistica*, in T. Martines (a cura di), *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Milano 2004, 87 e 98.

³⁶⁶ Relativamente alla scelta della Corte di non intervenire, per rispetto della discrezionalità legislativa, anche a fronte di una situazione normativa costituzionalmente illegittima, è emblematica la vicenda giurisprudenziale avente ad oggetto la disciplina del collocamento obbligatorio degli invalidi civili (legge 2 aprile 1968, n. 482). In più occasioni, vengono sollevati dubbi relativi alla disparità di trattamento che si verifica tra invalidi civili per cause fisiche e per cause psichiche: rispetto questi ultimi, infatti, costante giurisprudenza escludeva l’applicabilità della disciplina in questione sulla base dell’imprevedibilità del minorato psichico e della sua incapacità di intendere e di volere. I remittenti ritengono che tale differenziazione poggi su una presunzione legislativa – la situazione di pericolo della salute o della incolumità dei compagni di lavoro o alla sicurezza degli impianti – priva di ogni fondamento scientifico.

La prima pronuncia sulla questione (sent. 52/1985) rileva, appunto, che la variabilità clinica delle minorazioni psichiche rende priva di giustificazione tale presunzione di incapacità assoluta e che, pertanto, nessuna considerazione politica sembrerebbe poter fondare razionalmente l’esclusione degli invalidi civili psichici dalla avviabilità al lavoro. Il giudice costituzionale ritiene, però, di non poter intervenire, poiché spetta al legislatore «apprestare adeguati rimedi, operando valide e meditate scelte normative, sulla base degli opportuni rilevamenti ed apprezzamenti tecnici e, nell’ambito di soluzioni le più confacenti e idonee ancorché diversificate, nella coerenza del razionale esercizio di un potere che al detto legislatore, e ad esso solo, compete, con una normazione esaustiva, intesa a rispondere alle varie esigenze qui prospettate e – in ogni caso – ad attuare i precetti costituzionali» (punto 6 del considerato in diritto).

Dopo due pronunce di inammissibilità (sentt. 52/1985 e 951/88), nelle quali la Corte pone l’accento sulla necessità di un intervento del legislatore, nella sent. 1088/88 la Corte conclude per l’infondatezza: attraverso questa scelta formale dimostra di poter e voler giudicare il merito della questione, lasciando intendere che in caso di un mancato intervento legislativo, qualora la questione le venisse riproposta, potrebbe propendere per una declaratoria di incostituzionalità. Per tale interpretazione si veda P. Colapietro, *La vicenda del collocamento obbligatorio degli invalidi psichici: un nuovo modo di procedere nei rapporti Corte-Parlamento*, in *Giur. it.*, 1990, 869-870, il quale, però, precisa che tale scelta può essere in questo modo spiegata «ma non certo giustificata».

A distanza di due anni, con la sent. 50/1990 la Corte accoglie la questione ma, avendo in precedenza più volte esposto preoccupazioni per le conseguenze di un accoglimento secco, ricorre ad un dispositivo additivo particolarmente elaborato, la cui autoapplicazione permette di fronteggiare l’inerzia legislativa. L’illegittimità della normativa viene dichiarata «nella parte in cui non considera, ai fini della legge stessa, invalidi civili anche gli affetti da minorazione psichica, i quali abbiano una capacità lavorativa che ne consente il proficuo impiego in mansioni compatibili» e prevede, anche per i minorati psichici, accertamenti medici ai fini della «valutazione concreta di compatibilità dello stato del soggetto con le mansioni a lui affidate». In questo caso, l’aderenza della materia al dato scientifico è talmente forte (poiché è sulla base di rilievi medici che, caso per caso, possono essere individuati i soggetti destinatari della richiesta tutela costituzionale) da permettere una sostituzione, nell’urgenza, delle determinazioni medico-scientifiche a quelle legislative. Nel dispositivo della sentenza si legge, infatti, che la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 5 della legge 2 aprile 1968, n. 482 «nella parte in cui non considera, ai fini della legge stessa, invalidi civili anche gli affetti da minorazione psichica, i quali abbiano una capacità lavorativa che ne consente il proficuo impiego in mansioni compatibili» e che, inoltre, dichiara d’ufficio «l’illegittimità costituzionale dell’art. 20 della legge 2 aprile 1968, n. 482 nella parte in cui in ordine agli accertamenti medici non prevede anche i minorati psichici,

il bilanciamento tra l'esigenza di rendere giustizia e quella di evitare un eccessivo interventismo³⁶⁷, che possa sconfinare nello spazio riservato alla scelta politica, il giudice delle leggi dovrebbe motivare la scelta di non procedere all'esame nel merito sulla base di esplicite ed argomentate giustificazioni³⁶⁸. Qualora, poi, nella medesima pronuncia la Corte prospetti la necessità che l'elaborazione costituzionalmente corretta della futura disciplina prenda in esame determinati elementi fattuali, in particolare nel campo tecnico-scientifico, potrebbero aprirsi spazi di dialogo e di collaborazione tra i diversi organi del sistema³⁶⁹. I dati empirici e le esigenze prospettate potrebbero fornire importanti

agli effetti della valutazione concreta di compatibilità dello stato del soggetto con le mansioni a lui affidate all'atto dell'assunzione o successivamente, da disporsi a cura del Collegio sanitario ivi previsto ed integrato con un componente specialista nelle discipline neurologiche o psichiatriche».

³⁶⁷ Si noti, però, che fintanto che la Corte lascia in vigore una disciplina incostituzionale, sono violate le legittime aspettative dei soggetti del processo *a quo*, costretti ad applicare una normativa illegittima, ed è questo un rilievo fondamentale che, nel caso di specie, gioca a favore della possibilità che l'atteggiamento di *self-restraint* sia (in "seconda battuta") superato. Questa pronuncia si pone, perciò, in accordo con quanto sostenuto da A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 89, secondo il quale il giudice costituzionale, anche qualora le soluzioni possibili per sostituire la normativa incostituzionale siano più di una, potrebbe intervenire fornendo quel «minimo di disciplina, quale risulti indispensabile per non paralizzare la norma costituzionale violata fino a quando il legislatore non provveda a completare e sviluppare (o anche sostituire) tale disciplina in base a sue scelte politiche». Dello stesso autore vedi anche *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, II, 123-124, dove si sostiene che la Corte non esorbita dai suoi poteri con sentenze interpretative o di accoglimento sostitutive e aggiuntive, poiché in tali ipotesi va ravvisata «una carenza del Parlamento o dei giudici comuni alla quale l'intervento della Corte ha supplito, bensì, ma lo ha fatto del tutto legittimamente ed anzi forse addirittura doverosamente».

³⁶⁸ Cfr. R. Tosi, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza*, cit., 554.

³⁶⁹ A questo proposito, può essere interessante volgere l'attenzione a due questioni che, sebbene non decise nel merito per difetto di rilevanza, contribuiscono a ricostruire il rapporto tra diritto e scienza, poiché è sulla base di considerazioni di tipo scientifico – effettuate al momento della risoluzione del caso concreto, che può diventare un esempio tipizzabile di inadeguatezza della disciplina rispetto al dato scientifico – che il giudice *a quo* ha ricostruito la censura per irragionevolezza.

Nel giudizio concluso con l'ord. 374/2004 il remittente lamenta che l'«infermità di mente» di cui agli artt. 88 e 89 c.p. – tale da escludere o diminuire l'imputabilità – può essere identificata solamente in una patologia clinicamente accertata, a «base organica» (le c.d. psicosi), con esclusione (irragionevole), invece, delle c.d. nevrosi. Tali differenziazioni poggerebbero su presupposti scientifici corrispondenti alle tesi correnti all'epoca di redazione del codice penale, oggi largamente superati dalle più recenti acquisizioni della scienza psichiatrica. L'approfondita argomentazione dell'ordinanza di rimessione, di cui la Corte dà atto nella sua decisione, è volta a dimostrare che la base scientifica su cui si fondano le norme impugnate (nonché la dottrina e la giurisprudenza ad esse relative) risulterebbe «incontrovertibilmente erronea»; o raggiungerebbe, comunque, un livello di indeterminazione tale da non consentire in alcun modo un'interpretazione ed un'applicazione razionali da parte del giudice (il richiamo letterale è alla sent. 114/1998).

Si noti che la conclusione per l'inammissibilità, argomentata sulla base del difetto di rilevanza, non preclude affatto una eventuale riproposizione della medesima questione, mentre tale effetto si sarebbe agevolmente potuto ottenere ritenendo la questione sottratta a controllo di legittimità poiché rientrante nell'ambito della discrezionalità legislativa. Similmente ha ragionato M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 545, nota 46, a proposito della sent. 368/1985, avente ad oggetto una questione incentrata su un problema eminentemente tecnico (la decolorazione degli olii di semi), in cui la Corte si pronunciò per l'inammissibilità, «ma non già perché questioni di tal genere siano istituzionalmente sottratte al giudice costituzionale quando perché nella specie il giudice remittente aveva prospettato un contrasto “meramente potenziale” fra la norma impugnata ed il parametro invocato».

Ritornando al caso esaminato, è evidente che la possibilità di chiudere la questione sulla base di motivi processuali mette al riparo la Corte da problemi che potrebbero invece creare una pronuncia attinente al merito, ma ciò non significa che l'interprete non possa ricercare in tali scelte significati impliciti, o per lo meno, come nel caso di specie, ravvisare la mancanza di segnali sfavorevoli ad un sindacato di legittimità che metta in discussione le basi scientifiche della legge. E questo, a maggior ragione, dal momento in cui nella pronuncia si dà atto di tutti i dati scientifici portati dal giudice *a quo* a sostegno della censura.

L'altra pronuncia che si ritiene utile ricordare, in cui la Corte dichiara infondata la questione pur invitando esplicitamente il legislatore a modificare la normativa impugnata, adeguandola alle nuove

indicazioni, sia per il legislatore che per i giudici remittenti, perché è probabile che questi elementi siano da prendere in considerazione in un eventuale futuro giudizio di legittimità, avente ad oggetto la disciplina nel frattempo emanata. Questa ipotesi, del resto, altro non è che la specificazione di quanto già affermato nella sent. 282/2002, relativamente alla necessità che, soprattutto in determinati ambiti, l'intervento legislativo debba essere preceduto da un'adeguata istruttoria tecnico-scientifica³⁷⁰.

4. Conclusioni provvisorie. La Corte e la scienza: il possibile superamento del *self-restraint*

Dopo aver dimostrato la possibilità di configurare come vizio di costituzionalità la mancata o errata considerazione del dato scientifico, si tenterà ora di ricavare alcune prime conclusioni circa il rapporto tra la Corte e la scienza.

La dottrina che si è recentemente interessata al ruolo della scienza nel giudizio di costituzionalità, ne ha prospettato due diverse ricostruzioni. Da un lato, si è evidenziato un attivismo accentuato del giudice delle leggi³⁷¹, fino a configurarlo addirittura come “organo di apertura” del sistema giuridico, pronto a recepire le istanze poste dalla continua evoluzione della scienza e della tecnica³⁷²; mentre, dall'altro lato, questa posizione è stata criticata, sottolineando piuttosto l'atteggiamento di *self-restraint* da parte della Corte costituzionale, dettato dalla volontà di rimettere alla dialettica politica le questioni concernenti valutazioni scientifiche³⁷³.

Dagli esempi fin qui analizzati emerge che, al fine di dimostrare l'esistenza (o meno) dell'evidente arbitrarietà (richiamata esplicitamente dalla sent. 114/1998, quale criterio di giudizio di fronte alla contestazione del presupposto tecnico-scientifico di una norma) il

acquisizioni della scienza e della tecnologia per renderla costituzionalmente compatibile, è l'ord. 111/1990. Il rigetto della questione, relativa all'illegittimità della disciplina che impone la misura del ricovero in casa di cura e custodia per il seminfermo di mente, è piuttosto particolare, poiché viene pronunciato nonostante la Corte riconosca l'inadeguatezza di tale istituto ai fini della tutela della salute. Come rilevato nell'ordinanza di rimessione, la misura in oggetto non consente di attuare le terapie specifiche, farmacologiche e psichiche, idonee al soggetto e, anche per questo, il giudice costituzionale riconosce esplicitamente la necessità che l'intera materia delle misure di sicurezza sia «rimeditata e coordinata con gli apporti più moderni della scienza psichiatrica e di quella criminologica, e che, in particolare, per quanto si riferisce ad infermi e seminfermi di mente che hanno delinquito, dovranno essere studiati idonei luoghi di cura con specifici presidi terapeutici». La normativa viene fatta salva solamente perché agli “inconvenienti” del ricovero si potrà rimediare in sede esecutiva, «sistemando il condannato in casa di cura e di custodia prossima a centri ospitalieri attrezzati al particolare trattamento terapeutico di cui è abbisognevole, poscia trasferendolo periodicamente, sotto le misure che si riterranno più opportune, a ricevere – come il perito prevede – idonee terapie ambulatoriali, oppure autorizzando i medici del centro a praticarle all'interno della casa di cura e di custodia».

Anche in questo caso, per la dimostrazione del contrasto tra la misura denunciata e il diritto fondamentale alla salute, è centrale il rilievo del caso concreto oggetto del giudizio *a quo*. Si tratta infatti di un imputato «affetto da sindrome psicorganica di natura tossica, con alterazioni viscerali e neurologiche e deterioramento mentale, tali da aver prodotto uno stato di infermità che ha grandemente scemato la capacità d'intendere e di volere del giudicabile, rendendolo altresì, per ragioni psichiatriche, persona socialmente pericolosa». A fronte di questi rilievi è evidente che la disciplina non avrebbe potuto superare il vaglio di costituzionalità in assenza delle eccezioni “di fatto”, che vengono prospettate come praticabili dalla Corte.

³⁷⁰ Questo argomento sarà ripreso e approfondito nel capitolo IV.

³⁷¹ G. D'Amico, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino 2002, 442-443.

³⁷² G. D'Amico, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 261-262.

³⁷³ G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, cit., 61, che sottolinea come le dichiarazioni di illegittimità si verificano solo nelle ipotesi in cui i giudizi scientifici risultino così privi di fondamento da comportare un'arbitrarietà dolosa o colposa o perfino senza colpa alcuna (come nel caso di giudizio risalenti al passato e infondati al presente, per il mutamento delle situazioni), delle decisioni politiche (legislative).

giudice delle leggi è disposto a procedere anche ad approfondimenti scientifici³⁷⁴. Si può dunque ritenere che l'aggettivo "evidente" sia, anche in questi casi³⁷⁵, utilizzato dalla Corte in chiave simbolica, per sottolineare che il suo intervento è privo di valutazioni discrezionali e, quindi, molto lontano dal merito politico della scelta legislativa. Si tratterebbe essenzialmente di una scelta lessicale, tale da rafforzare e legittimare la sua decisione, che può arrivare a dichiarare la norma palesemente arbitraria³⁷⁶ (o non manifestamente arbitraria), indipendentemente dal tipo di dimostrazione a cui si procede nel caso specifico e dagli eventuali approfondimenti espletati³⁷⁷. Spesso, però, la Corte preferisce richiamare, in modo più o meno esplicito, i dati della scienza come se fossero fatti noti, ritenendo probabilmente che questa categoria di elementi fattuali possa rappresentare un sintomo della evidenza dell'arbitrarietà, o meglio della certezza della illegittimità.

Ad ogni modo, la giurisprudenza considerata conferma che in sede di costituzionalità è possibile procedere ad un controllo, a volte anche penetrante³⁷⁸, della correttezza della scelta legislativa rispetto ai suoi presupposti tecnico-scientifici. Quando il giudice delle leggi, ad esempio, afferma che «è riservata al potere discrezionale del legislatore la valutazione della nocività delle droghe, valutazione i cui risultati non sono sindacabili da questa Corte, a meno che non ne sia evidente l'arbitrarietà»³⁷⁹, sta giudicando della legittimità dell'inclusione di una determinata sostanza nella categoria degli stupefacenti, la cui diffusione va inibita e penalmente sanzionata. Se, in ipotesi, vi fossero nuovi e approfonditi studi che dimostrassero con certezza scientifica la non pericolosità di una certa sostanza, considerata come oggetto di sanzione penale, la Corte non potrebbe non tenerne conto, riservandosi eventualmente di valutarne la bontà, e, in caso di conferma, non potrebbe esimersi dal riconoscere la relativa norma incriminatrice come arbitraria ed annullarla.

In che cosa si concretizza, quindi, il *self-restraint* del giudice costituzionale?

Si intende qui proporre una posizione intermedia tra le due sopra ricordate. Se è vero che il rilievo della scienza nel giudizio di costituzionalità mette in primo piano il rapporto tra Corte e legislatore – e in particolare la necessità che venga rispettata la discrezionalità di quest'ultimo –, ciò non può portare a rimettere alla politica la tutela costituzionalmente

³⁷⁴ Si pensi, ad esempio, ai giudizi conclusi con le sentt. 559/1987 (in tema di cure idrotermali) e 179/1988 (avente ad oggetto la normativa in tema di indennizzabilità delle malattie professionali basata sul sistema tabellare) in cui la Corte, con un'approfondita argomentazione di carattere scientifico, procede alla censura di scelte normative piuttosto risalenti nel tempo.

³⁷⁵ Come rilevato nel paragrafo conclusivo del capitolo I, in generale, per quanto riguarda la possibilità di censurare una legge per erroneità dei presupposti di fatto.

³⁷⁶ Si tenga presente che anche in altri casi a precise scelte lessicali del giudice delle leggi non è seguita una coerente applicazione pratica. In dottrina, ad esempio, è stata messa in dubbio l'esistenza di un criterio in base al quale una questione viene dichiarata inammissibile o manifestamente inammissibile e quindi viene pronunciata sentenza o ordinanza. A riguardo si veda, L. Pesole, *Sull'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale*, cit., 1577; l'A. rileva che i due provvedimenti sembrano essere usati indiscriminatamente, ma con una prevalenza delle ordinanze di manifesta inammissibilità che consentono la maggior rapidità del procedimento, essendo decisioni prese in camera di consiglio, «che poi l'inammissibilità sia effettivamente manifesta diventa a questo punto un fatto quasi marginale».

³⁷⁷ A proposito dell'aggettivo "manifesta", evidenzia una certa elasticità con cui la Corte è solita gestire le pronunce di manifesta inammissibilità e infondatezza, R. Romboli, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, 157. L'A., dopo aver rilevato che l'aggettivo è utilizzato come sinonimo di una questione che si presenta di facile e pronta soluzione, fa notare che al fine di smaltire l'arretrato la Corte ha gestito la nozione in maniera alquanto libera per raggiungere lo scopo prefissato (la Corte è ricorsa a tale tipologia di decisioni in un numero di casi otto volte superiori rispetto ai trenta anni precedenti).

³⁷⁸ Ad esempio, operando una ricostruzione del contesto scientifico.

³⁷⁹ Sent. 170/1982.

garantita di quelle situazioni giuridiche che coinvolgono valutazioni di tipo scientifico: in questi casi, l'intervento del giudice delle leggi si giustificherà in quanto costituzionalmente dovuto. E' proprio la determinazione di tali limiti il punto cruciale della questione, anche perché la stessa giurisprudenza costituzionale, nel delineare i confini del suo sindacato sull'arbitrarietà di una scelta legislativa rispetto al dato scientifico, non fornisce indicazioni chiare e univoche.

L'opzione per un atteggiamento rigido di *self-restraint*, però, oltre a non essere in accordo con le esigenze costituzionali, non trova nemmeno conferma nella giurisprudenza della Corte: il ruolo dei dati scientifici nel giudizio di legittimità è, infatti, da rilevarsi caso per caso e sembra dipendere da una serie di fattori. In primo luogo, è determinante la prospettazione della questione nell'ordinanza di rimessione, alla quale è affidato il compito di superare la presunzione favorevole al legislatore nella valutazione dei dati scientifici³⁸⁰. Il secondo elemento, che rileva ai fini della dichiarazione di illegittimità di una norma per contrasto con le acquisizioni tecnico-scientifiche, è la connessione di tali fatti con la *ratio* della norma stessa; in questi casi, soprattutto relativamente a quegli aspetti dei diritti fondamentali per i quali il rapporto tra scienza e legislazione si fa più stringente, sembra ravvisabile un vero e proprio vincolo costituzionale alla considerazione del dato scientifico, che spesso può fornire la dimostrazione di una lacuna nella tutela del diritto. In ultimo, è decisivo il tipo di intervento che viene richiesto al giudice costituzionale, cioè la sua competenza (o meno) a modificare la situazione normativa oggetto del giudizio.

Si tenterà ora di precisare meglio questi elementi.

4.1. Il ruolo dell'ordinanza di rimessione

Attraverso l'ordinanza di rinvio il giudice sostiene l'arbitrarietà della norma e la motiva apportando dati scientifici in grado di mettere in discussione la correttezza della scelta legislativa rispetto ai suoi presupposti di fatto.

Si rileva in dottrina che non pare corretto affermare che il remittente si limiti ad "aprire le porte" di Palazzo della Consulta: il giudice introduce l'incidente di costituzionalità dopo una valutazione tutt'altro che superficiale, che costituisce già un primo giudizio³⁸¹. Le richieste sempre più precise dei giudici ordinari sono indice della maggior concretezza assunta dal giudizio costituzionale e, in particolare, dell'impossibilità, avvertita dal remittente, di fornire la tutela costituzionalmente garantita al diritto oggetto del giudizio principale; anche per questo, spesso, la questione finisce per essere "ritagliata" sulle esigenze del caso concreto. Del resto, è la stessa Corte che impone ai giudici *a quibus* un compito sempre più difficile e "attivo"³⁸², probabilmente anche allo scopo di legittimare il proprio intervento quando si tratta di decisioni molto vicine al merito delle scelte politiche del Parlamento³⁸³.

Qualora l'irragionevolezza della norma sia prospettata sulla base di elementi tecnico-scientifici, quanto deve essere approfondita l'argomentazione fattuale nell'ordinanza di rinvio? Il giudice costituzionale non sembra avere un atteggiamento costante al riguardo.

³⁸⁰ Secondo R. Bin, *La Corte e la scienza*, cit., 6, la Corte può procedere «ad un'indagine più serrata ogni qual volta gli elementi fattuali e previsionali appaiano *prima visu* non del tutto immuni da critica e la legge «*si palesi in contrasto con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici o la forte rispondenza alla realtà*»».

³⁸¹ A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, 130.

³⁸² Si pensi, in generale, alla necessità di indicare il "verso dell'addizione", oppure alla richiesta, che la Corte fa al giudice, di dimostrare l'impossibilità di interpretazione adeguatrice della disciplina che si vuole impugnare, pena l'inammissibilità.

³⁸³ Ma, se ciò che normalmente avviene è questo, va però tenuto presente che, per soddisfare il requisito della non manifesta infondatezza, dovrebbe essere sufficiente la prospettazione di un semplice dubbio.

Nella sent. 342/2006, si rileva esplicitamente che spetta al remittente prospettare i «sicuri riferimenti scientifici» da cui discenderebbe l'arbitrarietà della norma; da ciò si deduce che una motivazione in tal senso è necessaria. Qualora manchi l'indicazione di questi elementi in ordinanze che riguardano questioni tecnico-scientifiche, la risposta dovrebbe quindi essere di inammissibilità, poiché la scienza entra a far parte del *thema decidendum*, diventando elemento imprescindibile della motivazione sulla non manifesta infondatezza.

Si noti, però, che mentre ai fini dell'assimilazione di due patologie, la Corte³⁸⁴ non si accontenta della generica affermazione secondo cui «sia l'HCV che l'HIV sono malattie che allo stato delle attuali conoscenze mediche, non solo hanno andamento cronico, ma hanno entrambe prognosi infausta», in altri casi, ha ritenuto sufficiente che il giudice *a quo* ipotizzasse l'irragionevolezza legata ad un'erronea valutazione dei presupposti scientifici dalla norma, utilizzando l'esempio fornito dalla fattispecie concreta oggetto del giudizio principale. La descrizione di quest'ultima è diventata l'elemento centrale per l'individuazione dalla situazione normativa oggetto di giudizio³⁸⁵ e, semplicemente sulla base di ciò, il giudice costituzionale ha, in diverse occasioni, deciso di procedere ad un esame del merito, riservandosi, ovviamente, la valutazione sulla rappresentatività del caso specifico rispetto ad una realtà più ampia³⁸⁶.

Va, inoltre, ricordata l'esistenza di casi i cui è la Corte stessa a chiamare in causa il dato scientifico, non considerato invece dall'ordinanza di rinvio, e ciò è avvenuto sia in decisioni di rigetto³⁸⁷ che di accoglimento³⁸⁸. In tali occasioni, il giudice delle leggi decide di porre il dato scientifico alla base della sua decisione poiché sono le stesse normative oggetto di giudizio ad implicare uno stretto legame con la scienza, tale da richiedere la sua considerazione al fine di fornire una risposta al remittente. Va però notato che i fatti richiamati dalla Corte, in questi casi, sono spesso generici e, comunque, vengono considerati come notori o rientranti nell'*id quod plerumque accidit*, cioè incontestabili sul piano scientifico in quanto pacificamente e universalmente riconosciuti come validi. In tale ambito, sembra quindi assumere rilievo, la differenza tra «accertamento» e «valutazione» dei fatti prospettata in più occasioni da Luciani³⁸⁹. L'accertamento, sebbene compiuto prevalentemente riconducendo le informazioni utilizzate al fatto notorio, è pacificamente ammesso dalla Corte, che, in taluni casi, procede in questo senso anche indipendentemente dall'ordinanza di rimessione. Più raramente, invece, il giudice costituzionale sembra (ri-)valutare, ed eventualmente arrivare a riqualificare, i presupposti scientifici della norma³⁹⁰; questo tipo di controllo pare essere ammesso soprattutto quando entrano in gioco i diritti fondamentali e quando l'ordinanza di rimessione è ben argomentata rispetto all'erroneità della base fattuale (scientifica) della normativa impugnata. Lo *strict-scrutiny* da parte del giudice delle leggi, che nella giurisprudenza statunitense viene configurato come un controllo penetrante che richiede una dimostrazione favorevole nei confronti dell'indirizzo legislativo, pena la presunzione della sua irragionevolezza³⁹¹, sarebbe in questi casi

³⁸⁴ Nella citata sent. 342/2006.

³⁸⁵ A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale*, cit., 127

³⁸⁶ Si consideri il ruolo fondamentale che la fattispecie del giudizio *a quo* ha rivestito nelle pronunce di accoglimento considerate al par. 2.2.

³⁸⁷ Nel giudizio concluso con la sent. 80/1971, l'ordinanza di rimessione si limita ad evidenziare l'esemplarità del fattispecie concreta oggetto del giudizio principale; la Corte, invece, basa la dimostrazione della ragionevolezza della norma sul dato medico-scientifico (sebbene esso si identifichi con l'*id quod plerumque accidit*). Si vedano anche le sentt. 414/1995, 54/1986, 306/2001.

³⁸⁸ A questo proposito possono richiamarsi le sentt. 559/1987; 215/1987; 359/2003; 166/2004.

³⁸⁹ Si veda la nota n. 103 del capitolo I.

³⁹⁰ Possono ritrovarsi approfondite valutazioni, ad esempio, nelle sentt. 96/1981 (relativa al reato di plagio) e 558/1987 (in tema di cure idrotermali).

³⁹¹ Cfr. G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, cit., 40.

innescato proprio dalla contestazione del presupposto tecnico-scientifico della legge prospettata dal giudice remittente³⁹².

4.2. L'individuazione di un vincolo costituzionale alla considerazione del dato scientifico: il collegamento tra scienza e *ratio* normativa

La difficoltà di determinare con esattezza il preciso confine che separa le questioni di legittimità da quelle di merito³⁹³ permette alla Corte di conformare i limiti del suo sindacato a quanto le circostanze di volta in volta consigliano³⁹⁴. Un giudizio sui fatti (scientifici) compete sicuramente al giudice costituzionale tutte le volte in cui i dati della scienza sono legati imprescindibilmente alla normativa oggetto di controllo, e in particolare: 1) quando la considerazione dei dati tecnico-scientifici è necessaria ai fini della determinazione della *ratio* della norma impugnata³⁹⁵; 2) quando, alla luce della *ratio* della norma, la scienza può risultare rilevante nel giudizio di ragionevolezza³⁹⁶ o, più nello specifico, in quello di eguaglianza³⁹⁷.

In questi casi è sulla base di considerazioni scientifiche che si può delineare un'esigenza costituzionale³⁹⁸ di tutela del diritto preso in considerazione: spesso, infatti, non si tratta semplicemente di valutare se la scelta discrezionale del legislatore sia o meno

³⁹² Cfr. A. Cerri, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 147, secondo il quale all'idea di una presunzione favorevole a favore del legislatore consegue un onere della prova a carico di chi impugna la legge affermandone l'incostituzionalità. Più in generale, sostiene che «il “fatto” è già buona parte della *quaestio*», P. Veronesi, *Il corpo e la costituzione*, cit., 49.

³⁹³ Come rilevato nel corso del capitolo I.

³⁹⁴ A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità*, cit., 92 e 94, rileva che l'applicazione delle nozioni di legittimità e merito risultano strettamente collegate ai casi concreti, lasciando inevitabilmente alla Corte uno spazio di cui servirsi per calibrare i suoi interventi.

³⁹⁵ La verifica della *ratio* della norma è, infatti, il primo gradino di un giudizio volto ad un controllo sulla ragionevolezza della disciplina impugnata e, talvolta, per la sua individuazione può essere necessario ricorrere a valutazioni di tipo scientifico. A riguardo si richiama la vicenda giurisprudenziale riguardante il differimento della pena per soggetti affetti da AIDS (sent. 438/1995), in cui la Corte esclude che la salvaguardia della salute in sede carceraria possa costituire l'unica *ratio* della norma impugnata, poiché, se questo fosse il bene tutelato, non si giustificerebbe l'esclusione dei portatori di infezioni da HIV (non in fase conclamata) dai destinatari della disciplina. Similmente, nella sent. 518/2000, la Corte esclude che la *ratio* della configurazione del reato di incesto possa essere di tipo eugenetico, in quanto essa si baserebbe sul presupposto – scientificamente dibattuto – che l'unione tra consanguinei comporti danni genetici.

³⁹⁶ L'imprescindibile rapporto tra controllo “nei fatti” del corretto uso della discrezionalità tecnica e *ratio* della legge, viene affermata, ad esempio, nella sent. 189/1986, riguardante la composizione del Comitato provinciale della caccia ritenuta illegittima dal giudice remittente. Secondo la Corte «la presenza del rappresentante delle riserve di caccia giunte a scadenza non avrebbe, perciò, potuto aggiungere nozioni od esperienze che quei molti membri già non possedessero, e che il legislatore nella sua discrezionalità tecnica ha giudicato esaustive. Certo, quel rappresentante avrebbe potuto, invece, in ipotesi, portare ragioni a difesa degli interessi della categoria, ma l'ordinanza ha giustamente riconosciuto che ciò non era negli scopi dell'organo tecnico-consulivo, e tanto meno nella *ratio* della legge che li prevedeva» (punto 3 del considerato in diritto).

³⁹⁷ Il collegamento tra rilievo della scienza e *ratio* della norma è evidente in tutti i giudizi in cui viene contestata, sulla base di argomenti scientifici, la parificazione (o la distinzione) legislativa di situazioni ritenute diverse (o uguali) dal remittente.

³⁹⁸ Cfr., A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit., 131, 134-135, secondo il quale «è possibile, se non probabile, attribuire a una verità scientifica la qualità di limite giuridico costituzionale a una volontà politica». Più in generale secondo l'A. è indubbio il rilievo giuridico di questioni scientifiche, «esse interessano particolarmente i giudici costituzionali che, com'è noto, nella definizione delle *situazioni normative*, spesso possono ricostruire “fatti” e accertare “dati” solo grazie all'ausilio di esperti che offrono il contributo della loro esperienza specialistico-scientifica: è da supporre che nel prossimo futuro [...] il ruolo delle microverità scientifiche cresca nella giurisprudenza costituzionale, plausibilmente potendo quest'ultime assurgere, anzi, al rango – in taluni casi – di vero e proprio parametro superiore di costituzionalità».

scientificamente ragionevole, ma se le “garanzie” richieste dal giudice *a quo* siano costituzionalmente necessarie e giustifichino, quindi, un intervento della Corte. Come anticipato al par. 4.1., il giudice delle leggi sembra ammettere un sindacato più penetrante, tale da implicare un approfondimento scientifico dei presupposti della normativa oggetto di giudizio, soprattutto in riferimento ai diritti fondamentali³⁹⁹.

4.3. Scienza e “rime obbligate”: quando la Corte può intervenire nel rispetto della discrezionalità legislativa

Può, inoltre, accadere che, nonostante i dati scientifici dimostrino la irragionevolezza della norma, la Corte non arrivi ad una pronuncia di illegittimità, poiché ciò comporterebbe un intervento creativo, precluso al giudice della costituzionalità, in quanto invasivo della discrezionalità politica del legislatore. In questi casi, spesso, le decisioni di rigetto (o di inammissibilità) sono corredate da un monito al Parlamento, che evidenzia i punti deboli della legge e la necessità di tener conto, nella elaborazione di una futura disciplina, di alcuni dati scientifici rilevanti.

Si potrebbe ipotizzare che questi stessi elementi, oggetto dei moniti, possano diventare argomenti da utilizzare al fine di sollevare ulteriori questioni di costituzionalità sulla medesima disciplina o sulla nuova normativa eventualmente emanata in materia; di questi rilievi fattuali la Corte potrebbe tener conto, ad esempio, ai fini di una futura censura, che voglia evitare di prorogare ulteriormente una mancanza di tutela dovuta all’inerzia legislativa⁴⁰⁰.

Dalla giurisprudenza analizzata emerge che la Corte non ha invece problemi ad intervenire con una sentenza additiva quando l’accoglimento della questione comporti una soluzione “a rime obbligate”, oppure la creazione di un meccanismo flessibile⁴⁰¹. Sul piano

³⁹⁹ Questo profilo verrà approfondito nel capitolo III, in cui verranno presi in considerazione alcuni giudizi riguardanti i diritti fondamentali e in particolare il diritto alla salute, la cui tutela costituzionale risulta imprescindibilmente connessa alle acquisizioni della scienza.

⁴⁰⁰ Nella sent. 243/1993, avente ad oggetto una questione relativa alle norme che escludono l’indennità integrativa speciale nel calcolo delle indennità di fine rapporto dei dipendenti statali e parastatali, al punto 3 del considerato in diritto si legge che «la Corte non ritiene [...] di dover continuare a pronunziare altre decisioni di inammissibilità fondate sul rispetto della discrezionalità del legislatore, né di esprimere ulteriori moniti». La medesima questione, infatti, era in passato già stata sottoposta a giudizio di costituzionalità: la sent. 220/1988 ne ha dichiarato l’inammissibilità, riconducendola alla discrezionalità del legislatore, ed ulteriori inviti (o moniti) sono stati rivolti al legislatore con le ordd. 143, 189, 217, 218, 402, 491/1990. Continuando con quanto affermato nella sent. 243/1993, al punto 3 del considerato in diritto si rileva che «permanendo, infatti, ed essendosi anzi aggravato, per il decorrere del tempo, lo stato di irrazionalità e le sperequazioni chiaramente denunciate dalla sentenza n. 220 del 1988, una pronuncia che ancora una volta rimettesse il superamento di queste situazioni, che incidono su valori costituzionali, all’intervento del legislatore – inutilmente a lungo sollecitato – non potrebbe non apparire – come è stato rilevato in dottrina – come abdicazione alle funzioni del giudice delle leggi e non potrebbe non risolversi nella protezione non già della discrezionalità del legislatore, ma della sua inerzia». Nel caso di specie la soluzione adottata dalla Corte è quella di affermare che «la dichiarazione di incostituzionalità colpisce le norme impugnate nella parte in cui non prevedono meccanismi di computo dell’indennità integrativa speciale nei trattamenti di fine rapporto considerati. Tali meccanismi saranno realizzati dal legislatore secondo scelte discrezionali che rispettino i principi indicati specificamente nel paragrafo precedente» e dopo aver indicato una serie di principi e obiettivi costituzionalmente necessari ai fini dell’elaborazione della futura normativa, avverte che «se i tempi del graduale adeguamento alla legalità costituzionale si prolungassero oltre ogni ragionevole limite, ovvero, se i principi enunciati nella presente decisione risultassero disattesi, questa Corte, se nuovamente investita del problema, non potrebbe non adottare le decisioni a quella situazione appropriate».

⁴⁰¹ Si pensi al caso della sent. 438/1995 (in tema di differimento della pena per i malati di AIDS), che permette al giudice di valutare la situazione di salute del reo nel caso concreto, o alla sent. 179/1988 (che dichiara l’illegittimità del sistema tabellare in materia di malattie professionali), nella quale viene rimandata al giudice ordinario la competenza a ritenere provata o meno, a seconda dei casi, la causa professionale della malattia.

interpretativo quest'ultima ipotesi può concretizzarsi anche con una pronuncia di rigetto, che indichi una possibile interpretazione meno rigida della disciplina, permettendo al giudice di operare un bilanciamento nel caso concreto. Sul piano delle tipologie delle tecniche decisorie, il medesimo risultato può essere raggiunto facendo ricorso ad una sentenza interpretativa di accoglimento o, più in particolare, ad una additiva di principio⁴⁰². In entrambi i casi la Corte mira a creare le condizioni per una disciplina che abbia un contenuto minimo conforme a Costituzione: non interviene fissando una regola sostanziale circa la prevalenza di un valore su un altro, quanto piuttosto una regola sulla competenza che opta per una c.d. "delega di bilanciamento" a favore del giudice comune⁴⁰³, evitando in tal modo un'invasione della discrezionalità legislativa⁴⁰⁴.

Talvolta, quindi, la non considerazione dei rilievi della scienza nel giudizio costituzionale potrebbe essere dovuta all'esigenza che la Corte si mantenga lontana dalla sfera della decisione politica e non all'impossibilità di fondare la decisione sul dato scientifico. Del resto, ciò è dimostrabile considerando che in sede di costituzionalità non si

⁴⁰² Rileva A. Anzon, *Un'additiva di principio con termine al legislatore*, in *Giur. cost.*, 1993, 1788 e 1792, che in questi casi la Corte annulla la norma impugnata ed introduce un *quid novi* dato da un principio (e non da una regola). Tale principio è immediatamente operativo, poiché produce un vincolo a carico del legislatore in attesa della adozione della normativa necessaria a superare l'incostituzionalità e, nello stesso tempo, abilitando i giudici, in attesa di tale normativa, a reperire una regola del caso concreto da utilizzare in luogo di quella dichiarata illegittima. Concilia così esigenze di giustizia costituzionale e rispetto della discrezionalità legislativa. Secondo L'A. il giudice delle leggi potrebbe inoltre servirsi di questa tipologia decisoria, non limitandosi solamente all'indicazione di un generale principio, ma può indicare anche «una serie di criteri più specifici, ritenuti anch'essi costituzionalmente necessari all'operazione di ripristino della legalità, costituzionale, illustrandoli in motivazione e richiamandoli in dispositivo».

⁴⁰³ Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., 91 ss. e 127 ss. Con specifico riferimento al ruolo delle acquisizioni scientifiche si veda anche R. Bin, *La Corte e la scienza*, cit., 7, il quale rileva che «spesso la Corte colpisce fattispecie 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 valutazioni tecnico-scientifiche più adeguate». In questi casi «il giudice chiede alla Corte di consentirgli di risolvere il caso che ha di fronte "liberandolo" dal vincolo che lo lega ad una disposizione basata su "fatti" erronei o non rispondenti alla specifica situazione rispecchiata nel caso di specie. Molto spesso, perciò, quando la Corte accoglie la questione, non contesta in radice la validità dei presupposti e delle prognosi assunti dal legislatore, ma solo la loro assolutezza, ritenendo che essi possano rivelarsi non attendibili nel caso concreto, per il quale al giudice di merito viene "delegato" il compito di procedere ad accertamenti ad a valutazioni coerenti con la specificità del caso».

⁴⁰⁴ Come già accennato, A. Pizzorusso, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, cit., 312, ritiene che gli spazi di intervento del giudice delle leggi siano ampi; quest'ultimo potrebbe, infatti, introdurre la disciplina minima occorrente per non paralizzare la previsione costituzionale violata, lasciando al legislatore il compito di sviluppare o integrare opportunamente tale nucleo essenziale in base alle sue scelte politiche.

Da questo punto di vista, la distinzione principale che si può immaginare tra tipologie di controllo di costituzionalità si basa non tanto sul grado di penetrazione dell'indagine su elementi fattuali, quanto sulla conseguente incisione della situazione normativa da parte della decisione del giudice costituzionale e porta così a differenziare un sindacato "debole" da uno a carattere "forte"

Un ragionamento simile, seppure da collocare in un ambito totalmente differente, è presente in una recente pronuncia dalla VI sezione del Consiglio di Stato (la n. 926 del 2004), nella quale si può leggere questa precisazione: «in realtà con l'espressione "sindacato di tipo debole" la Sezione non ha inteso limitare il proprio potere di piena cognizione sui fatti oggetto d'indagine e sul processo valutativo [...] con tale espressione si è inteso porre solo un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibile, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie ed autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli l'autorità del potere». Su questo tema vedi F. Cintoli, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, n. 4, 996, secondo il quale l'unico limite che l'idea del sindacato debole postula sarebbe dato dalla mancata elaborazione da parte del giudice di una scelta finale da sostituire a quella dell'amministrazione qualora egli accerti, attraverso una serrata analisi tecnica, che la scelta dell'amministrazione è coerente, ragionevole e assolutamente compatibile con le premesse in quanto costituisce una delle ristrette scelte possibili.

è esitato a porre la scienza alla base dell'argomentazione di un rigetto (come abbiamo visto, la scelta normativa può essere ritenuta ragionevole proprio poiché supportata da risultanze scientifiche) o di un'interpretativa di rigetto, che fornisca al giudice *a quo* l'indicazione per correggere la sua interpretazione, o per operare una diversa ricostruzione del dato normativo, al fine di dare attuazione ai principi costituzionali (è lo stadio precedente all'additiva di principio e all'introduzione di un meccanismo flessibile).

4.4. La Corte costituzionale tra autolimitazione ed esigenza di tutela dei diritti

In conclusione, nei casi in cui entrano in gioco valutazioni di carattere tecnico e scientifico, l'autolimitazione che la Corte è solita adottare rispetto alle scelte più evidentemente politiche del legislatore segue un andamento variabile. Il giudice delle leggi non esclude a priori la possibilità di procedere ad un sindacato anche penetrante in merito, ma tende ad intervenire con cautela, o meglio, solo in alcuni casi specifici⁴⁰⁵. È in particolare dal ricorrere dei tre elementi sopra analizzati⁴⁰⁶ che sembra dipendere la possibilità di procedere ad un giudizio sui presupposti tecnico-scientifici ed, eventualmente, di pronunciarsi per l'accoglimento della questione; mentre quando la Corte si ritrae, ed opta per un *self-restraint*, è soprattutto per evitare probabili conflitti con il Parlamento, nei casi in cui potrebbe essere messa in discussione la stretta aderenza dei suoi interventi ad esigenze di livello costituzionale.

Non può però concludersi che, nell'ambito considerato, il controllo di costituzionalità sia limitato ai casi di manifesta arbitrarietà della scelta legislativa, intesa come palese ed evidente erroneità della base scientifica. Come si è visto, la Corte può operare anche un approfondimento delle questioni relative alla scienza e alla tecnica e, perciò, nel momento in cui il remittente avanza questo tipo di richiesta adeguatamente motivata, anche nei fatti, essa non dovrà ritenersi inammissibile. Il vero e proprio sindacato sulla consistenza dei fatti (nonché una loro eventuale rivalutazione e riqualificazione) potrà poi svolgersi tra un massimo, che fa riferimento alle opinioni seguite dalla maggioranza degli esperti della materia, e un minimo, che si accontenta della non insostenibilità o implausibilità della posizione tecnico-scientifica sposata dal legislatore.

E nei casi in cui entrano in gioco questioni scientificamente controverse, o addirittura non verificabili, è sempre precluso un controllo da parte del giudice costituzionale? Siamo quindi di fronte a *political questions*?

Come osservato in precedenza, Luciani⁴⁰⁷ farebbe dipendere la diversa intensità del controllo sulla consistenza degli elementi scientifici presupposti della norma dall'esistenza di una proporzionalità inversa tra precisione del dato tecnico-scientifico posto a fondamento delle decisioni legislative e discrezionalità di chi le adotta. Ma, a ben vedere, a fronte di questioni scientifiche controverse, l'errore legislativo potrebbe anche risiedere nel non aver preso atto dell'incertezza, a causa di una ricostruzione inesatta della realtà scientifica connessa alla normativa impugnata. In questi casi a chi spetta determinare se siamo di fronte ad una questione scientifica controversa? Si tenga presente che quasi mai nell'ordinanza di rimessione si dà atto delle valutazioni sui presupposti fattuali operate in sede legislativa e, anche ammettendo che spetti al giudice rimettente evidenziare l'esistenza di presupposti scientifici incerti, tali da privare di ragionevolezza la scelta legislativa, in ultima istanza la verifica della ragionevolezza scientifica della disciplina impugnata spetterebbe comunque alla Corte costituzionale.

L'orientamento secondo cui di fronte a presupposti scientifici dubbi si riespanderebbe la discrezionalità legislativa, con la conseguente insindacabilità della

⁴⁰⁵ Vedi A. Cervati, *Tipi*, cit., 142, il quale parla di «casi limite».

⁴⁰⁶ Par. 4.1., 4.2. e 4.3.

⁴⁰⁷ M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 544-545.

norma impugnata, non sembra in linea di principio accettabile, poiché sarebbe come dire che in tutti i casi di incertezza scientifica non esiste la possibilità che il legislatore faccia una scelta incostituzionale (o, più in generale, che non sussistono vincoli costituzionali). Considerando, inoltre, che le questioni scientifiche controverse possono riguardare soprattutto giudizi che hanno ad oggetto la tutela dei diritti fondamentali, ci si propone di proseguire la ricerca analizzando un ambito specifico della giurisprudenza costituzionale per il quale la connessione con le acquisizioni della scienza è spesso imprescindibile: si tratta delle pronunce aventi ad oggetto il diritto alla salute.

CAPITOLO III

I DATI TECNICO-SCIENTIFICI E I DIRITTI FONDAMENTALI: DIRITTO ALLA SALUTE E SCIENZA NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

1. Considerazioni introduttive: diritti fondamentali e *strict scrutiny*

In più occasioni la dottrina ha affermato la necessità di un controllo di costituzionalità particolarmente rigoroso⁴⁰⁸ nelle materie che coinvolgono valori e interessi primari⁴⁰⁹ della persona e la stessa giurisprudenza costituzionale ha ammesso, esplicitamente, un sindacato «secondo i principi del più rigoroso scrutinio»⁴¹⁰ relativamente ai diritti inviolabili⁴¹¹.

Se, però, si considera che in questi casi, ai fini della risoluzione della questione di costituzionalità, può essere necessario prendere in esame elementi concreti di tipo fattuale⁴¹², come è possibile conciliare la necessità di un sindacato penetrante con

⁴⁰⁸ Cfr. L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto-Aggiornamenti*, I, 1997, 907, secondo il quale la Corte svolge uno “scrutinio stretto” quando entrano in gioco valori particolarmente significativi; in questi casi «diventa lecito assumere che la legge sia costituzionalmente illegittima per violazione dei canoni di ragionevolezza, fino alla dimostrazione del contrario». Si veda anche A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 229-230, il quale, con specifico riferimento al principio di offensività, ritiene che «non sussistono concorrenti valide ragioni di ordine giuridico che possano sostenere il *self-restraint* della Corte costituzionale, ma solo motivi di opportunità». L’A. evidenzia, però, l’«intollerabile deficit di tutela» che può derivare da un’autolimitazione della Corte in un ambito come quello penale, nel quale «per il carattere assolutamente primario del valore coinvolto (la libertà personale)» il controllo di costituzionalità dovrebbe essere, invece, particolarmente rigoroso. Anche G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, cit., rileva che «sono [...] sottoposte in generale a scrutinio “stretto” tutte le classificazioni legislative basate sugli elementi soggettivi indicati nell’art. 3 (il sesso, la razza, la lingua, ecc.) che definiscono il nucleo forte della parità giuridica».

⁴⁰⁹ Come rileva A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 296, «la “primarietà” di un interesse costituzionale, nella giurisprudenza costituzionale è predicato di tutti i diritti che afferiscono alla personalità umana, quali “valori fondamentali legati all’integrità della vita e della personalità dei singoli”» (sent. 31/1969).

⁴¹⁰ Questa espressione viene utilizzata, ad esempio, nella sent. 63/1994, in tema di utilizzabilità processuale delle intercettazioni telefoniche. Un «rigoroso scrutinio» è ritenuto dalla Corte necessario anche nella sent. 58/1995, riguardante la privazione e la limitazione della libertà personale, e nella sent. 161/1995, in materia di esercizio di diritti politici fondamentali.

⁴¹¹ Pone attenzione a questo tema nella giurisprudenza statunitense A. Corasanti, *Introduzione ai lavori del seminario*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano 1994, 8-9, il quale rileva che la Corte Suprema, quando sono in gioco valori di fondo del sistema opera uno *strict scrutiny*, mentre negli altri casi il controllo non è rigoroso, e il criterio di giudizio si rovescia, ritenendo la scelta legislativa ingiustificata solo quando manifestamente irragionevole. In tema, si veda anche A. Cerri, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza*, cit., 141-142, il quale evidenzia come lo *strict scrutiny* sia praticato, innanzitutto, con riferimento alle leggi che incidono sulle “*preferred positions*”, ovvero sulle libertà garantite dal primo emendamento (libertà di parola, di religione, di riunione), nonché con riguardo a norme che introducono classificazioni sospette, ovvero distinguono in relazione a criteri quali razza, etnia, ecc. o che prevedono differenziazioni nel godimento dei diritti fondamentali.

⁴¹² Si veda, ad esempio, quanto rilevato da A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 134-135, il quale evidenzia il possibile rilievo delle disparità di fatto in sede di controllo di costituzionalità «quando dipendano dall’assoluta indeterminatezza della norma; oppure quando la prassi applicativa presenti elementi di “saldezza ed in equivocità” tali da poter essere valutata come se fosse “diritto vivente” alla cui stregua leggere la disposizione astratta; nonché, soprattutto, laddove la *diversitas in facto* ridondi in lesione di un diritto costituzionale qualificato o in una compressione che vada oltre il contenuto essenziale del diritto stesso». Anche M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 550-551, rileva che la necessità di accertamenti di fatto può derivare dalla lettura che la Corte dà delle norme costituzionali sui diritti fondamentali. In particolare l’A. pone l’attenzione alla garanzia del loro contenuto essenziale, il quale «viene inteso non tanto come una realtà

l'esigenza di *self-restraint* che il giudice costituzionale applica per quanto riguarda il controllo sui presupposti di fatto?

Come già dimostrato, non sono mancate occasioni, in particolar modo proprio in giudizi aventi ad oggetto diritti fondamentali, in cui la giurisprudenza costituzionale ha annullato la legge superando la presunzione favorevole alle valutazioni che il legislatore ha – si suppone⁴¹³ – compiuto in merito alle basi fattuali della normativa⁴¹⁴. A tal proposito, si possono ricordare le vicende emblematiche relative al monopolio radiotelevisivo e alla determinazione dell'indennità di esproprio analizzate nel primo capitolo: in casi come questi, la «posizione privilegiata di alcune libertà» consente di limitare la discrezionalità del legislatore e, quindi, il sindacato di costituzionalità sulle scelte del Parlamento ad esse relative può farsi «più stringente, fino a lambirne davvero il merito e la presunzione favorevole che assiste le valutazioni legislative in tema di premesso in fatto od altro si attenua»⁴¹⁵. Paladin riconosce, infatti, «una massima forza di penetrazione del sindacato costituzionale» quando si devono fornire concrete garanzie giuridiche alle libertà costituzionali e configura la possibilità di operare «indagini di consistenza e congruenza, che astrattamente verrebbe spontaneo riferire al merito degli atti legislativi e non alla loro legittimità»⁴¹⁶. Nei giudizi di legittimità riguardanti lesioni di diritti fondamentali, o compressioni che vanno oltre il contenuto essenziale di diritti costituzionali, sembrerebbe quindi possibile (e forse anche doveroso) uno *strict scrutiny*, che arrivi a prendere in considerazione i presupposti empirici della legge, verificandone la bontà⁴¹⁷.

Tutte le volte in cui la censura si fonda sulla contestazione dei dati della scienza che stanno alla base della disciplina impugnata, o nei casi in cui la risoluzione della questione richiede comunque la considerazione del contesto scientifico, però, l'intervento della Corte diviene ancora più delicato, poiché più complessa è la valutazione di tali presupposti di fatto. In questi casi il valore del diritto coinvolto assume rilievo centrale e determinante⁴¹⁸:

normativa quanto come una realtà di fatto», per la cui determinazione potranno essere necessari accertamenti fattuali.

⁴¹³ Come si vedrà più specificamente nel quarto capitolo, non sempre in sede di giudizio costituzionale è possibile ricostruire quali siano stati gli elementi fattuali presi in considerazione dal legislatore al momento dell'elaborazione della norma o come questi siano stati valutati.

⁴¹⁴ In questi casi è possibile rilevare una sorte di parallelismo tra il giudizio di costituzionalità in Italia e il sindacato che la Corte costituzionale tedesca ammette sulle prognosi e i presupposti in fatto delle valutazioni legislative: ai livelli più alti di tutela, cioè relativamente ai diritti fondamentali, il controllo può addirittura essere intrinseco (*Intensivierte inhaltliche Kontrolle*), come rilevato da A. Cerri, *I modi argomentativi*, cit., 158. Si veda anche A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, cit., 13, il quale afferma che più è elevato il livello della posizione tutelata più il sindacato diviene penetrante, e i controlli più intensificati sembrano potersi spingere fino ad un punto nel quale non sono più distinguibili la legittimità dal merito.

⁴¹⁵ A. Cerri, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 1992, 23.

⁴¹⁶ L. Paladin, *Legittimità e merito*, cit., 322-325.

⁴¹⁷ Cfr. G. Scaccia, *Gli "strumenti"*, cit., 236, il quale ammette che la Corte possa procedere ad accertamenti penetranti riguardanti «non tanto la soluzione di questioni tecniche che anche nell'ambito scientifico si presentano controverse e che dunque non potrebbe il giudice costituzionale chiarire con certezza assoluta, ma la valutazione dell'effettiva fondatezza delle valutazioni e prognosi legislative, specie quando esse mettono in gioco valori costituzionali primari». Anche R. Bin, *Atti normativi*, cit., 342, sottolinea che la Corte costituzionale applica canoni di giudizio più severi nel controllo sui fatti e sulle prognosi quando sono in gioco i diritti fondamentali. Si veda anche D. Pulitandò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., 505, il quale ammette la possibilità di «differenziare modi e contenuti del controllo di costituzionalità sulle prognosi legislative, in funzione della diversa disciplina sostanziale, nei diversi campi di materia, del rapporto tra la libertà di indirizzo politico-legislativo e specifici vincoli costituzionali».

⁴¹⁸ Si pensi, ad esempio, alle vicende giurisprudenziali citate nel capitolo precedente in cui la Corte, al fine di salvaguardare diritti intimamente connessi alla persona, quali la libertà personale e la salute, ha preso in considerazione la scienza, approfondendone le acquisizioni ai fini della pronuncia. Cfr. in tema, M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 3/2004, 455, secondo la quale il sindacato di costituzionalità che coinvolge questioni

la legislazione, infatti, si sviluppa nell'ambito di contestazioni che investono le condizioni di fatto ed il valore scientifico delle regole di esperienza, ammettendo che «solo ai livelli più elevati della protezione costituzionale»⁴¹⁹ che, a fronte di un ragionevole dubbio a riguardo, si inneschi un sindacato penetrante, tale da poter eventualmente superare la presunzione favorevole di cui gode il legislatore⁴²⁰.

Nei giudizi amministrativi in cui entrano in gioco i diritti fondamentali, ad esempio, le questioni scientifiche hanno di recente assunto particolare rilievo⁴²¹. Per ammettere un approfondimento giudiziale del profilo tecnico-scientifico della controversia la giurisprudenza amministrativa sembra, infatti, ritenere decisivo il rilievo della pretesa fatta valere nei confronti dell'amministrazione: quando essa coincide con un interesse primario (come nel caso del diritto alla salute), «lo stesso parametro della ragionevolezza cambia veste; il sacrificio dell'interesse del privato ad opera dell'amministrazione, deve essere non solo motivato e plausibile, ma anche giustificato e condivisibile; tendenzialmente non si ammette più una regola del giudizio sottratta a verifiche puntuali»⁴²².

Similmente, si può ipotizzare un controllo penetrante della Corte costituzionale sugli elementi di fatto che costituiscono i presupposti tecnico-scientifici delle normative poste a tutela di diritti fondamentali. Nel condurre tale sindacato il giudice delle leggi potrà far uso di diverse tecniche di giudizio che, come autorevole dottrina⁴²³ ha in passato rilevato, passano sotto il nome comune di ragionevolezza, pur risentendo non solo della varietà dei parametri, ma anche della peculiarità dei casi. Il ricorso alla ragionevolezza, nelle sue

tecnico-scientifiche, se in alcuni casi viene condotto con un certo *self-restraint*, deve essere considerato più che legittimo quando riguarda diritti essenziali come, ad esempio, il diritto alla salute.

⁴¹⁹ A. Cerri, *Ragionevolezza*, cit., 23.

⁴²⁰ Cfr. A. Cerri, *I poteri istruttori*, cit., 1353-54, secondo il quale il *self-restraint* applicato dalla Corte nel sindacare i presupposti tecnico-scientifici delle scelte legislative potrebbe essere in parte abbandonato, ove fossero in gioco i diritti inviolabili dell'uomo (salute, vita, etc.).

⁴²¹ Il giudice amministrativo ha sempre rifiutato di scendere nel merito di questioni tecnico-scientifiche, considerando l'esercizio della discrezionalità tecnica alla stregua della discrezionalità amministrativa e dunque sottratto al sindacato giurisdizionale di legittimità se non per vizi logici o evidente travisamento dei fatti. In tema, si veda A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, 2004, II, 439 ss. L'A., in particolare, rileva che «secondo una formula comune, un confronto diretto del giudice amministrativo con le controversie tecnico-scientifiche dovrebbe essere tendenzialmente escluso nella giurisdizione di legittimità: spetta all'amministrazione prendere posizione rispetto a queste controversie e il giudice si deve limitare a verificare se la conclusione accolta dall'amministrazione sia logica, coerente e motivata, senza poterne accettare la correttezza e la condivisibilità».

Pronuncia cardine a favore della sindacabilità della discrezionalità tecnica è la sent. n. 601 del Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, in materia medico-legale. Tale decisione, riguardante il riconoscimento della dipendenza di un'infermità da causa di servizio, esclude che la valutazione dell'amministrazione sia tendenzialmente insindacabile quanto alla verifica dei presupposti di fatto.

La possibilità di ammettere un intervento diretto del giudice, che possa sindacare le valutazioni tecniche dell'amministrazione sulla base di nozioni scientifiche trova, inoltre, spazio a fronte delle innovazioni che la l. 205 del 2000 ha operato nel processo amministrativo, ad esempio ammettendo il mezzo istruttorio della consulenza tecnica d'ufficio.

⁴²² A. Travi, *Il giudice amministrativo*, cit., 456. L'A. auspica l'affermazione del controllo da parte del giudice amministrativo che si avvalga di consulenze tecniche, in quanto un rifiuto in tal senso non può che portare ad un «impoverimento della risposta istituzionale alla domanda di tutela del cittadino» (pag. 460). Rilevano però N. Greco, *Le norme tecniche nella crisi delle fonti e come parte della regolazione: apporti ordinamentali e prime riflessioni*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi (Roma, 2-4 ottobre 2006), Roma 2007, 311, che in questi casi il giudice amministrativo si limita ad un "controllo debole", che volge non a sovrapporre una opinabile valutazione tecnica a quella dell'amministrazione anch'essa opinabile, ma soltanto verificare la ragionevolezza e la coerenza della scelta amministrativa.

⁴²³ L. Paladin, *Esiste un "principio di ragionevolezza" nella giurisprudenza costituzionale?*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi al Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano 1994, 164.

diverse declinazioni, permette alla Corte di operare con un margine di elasticità tale da adattare le sue valutazioni alla varietà dei casi, perseguendo un'«esigenza di giustizia delle leggi»⁴²⁴. Tale principio assume, quindi, un significato concreto differente in rapporto ai singoli settori dalla giurisprudenza costituzionale; è in questa prospettiva che, relativamente a giudizi che coinvolgono diritti fondamentali, potrà essere giustificato un sindacato più penetrante sulla corrispondenza della previsione legislativa al contesto scientifico ed alle regole di esperienza.

A tal proposito, si può richiamare, ancora una volta, la giurisprudenza costituzionale in tema di sindacabilità dei decreti-legge. L'atteggiamento di *self-restraint*, adottato dalla Corte nel controllo sui presupposti di straordinarietà, necessità e urgenza, troverebbe spiegazione, oltre che nella cautela di fronte a situazioni in cui il confine tra giudizio di merito e giudizio di legittimità tende a sfumare, anche nella possibilità che il problema venga affrontato e risolto nel rapporto tra poteri⁴²⁵, cioè con soluzioni diverse rispetto al giudizio di costituzionalità; quest'ultimo finisce quindi per rappresentare un'*extrema ratio*, tale da intervenire «solo in casi del tutto patologici»⁴²⁶. Si può dire lo stesso per quanto riguarda i giudizi davanti alla Corte in cui è posta in primo piano la tutela dei diritti fondamentali? Quando la legge supera la soglia di tolleranza legata ai valori primari della persona, pregiudicando il contenuto essenziale dei diritti costituzionali, non siamo forse in un ambito in cui può risultare meno problematico l'abbandono del *self-restraint*? La giurisprudenza costituzionale ha prospettato un generale allargamento delle maglie del suo giudizio proprio al fine di garantire i diritti costituzionalmente riconosciuti alla persona⁴²⁷. Infatti, se è vero che i diritti fondamentali per essere tali devono essere giustiziabili⁴²⁸ e che la loro tutela deve costituire un limite alla libertà di scelta del legislatore, allora l'intervento del giudice costituzionale può diventare essenziale anche a fronte dell'evoluzione delle tecnologie e della scienza che producono da un lato, nuove cause di aggressione dei diritti costituzionali e nuove esigenze di protezione, e, dall'altro lato, la necessità di regolare determinate materie come, ad esempio, la ricerca scientifica e alcune pratiche mediche.

Tale considerazione porta inevitabilmente a riflettere ruolo della giustizia costituzionale nel nostro ordinamento: fin dove si spinge (o può spingersi) l'intervento del giudice delle leggi?

⁴²⁴ L. Paladin, *Esiste un "principio di ragionevolezza"*, cit., 163.

⁴²⁵ R. Romboli, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata 2006, 116. In tema si veda anche A. Rauti, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge*, cit., 63, secondo il quale «la sempre maggiore incapacità della politica di curare *fisiologicamente* i suoi mali [...] fa venir meno uno dei presupposti del *self-restraint* della Corte».

⁴²⁶ R. Romboli, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 116.

⁴²⁷ A ben vedere, è proprio la necessità di tutela dei diritti fondamentali che ha spinto la Corte ad intervenire per quanto riguarda, ad esempio, il fenomeno della reiterazione dei decreti-legge. Cfr. A. Rauti, *La giurisprudenza costituzionale*, cit., 81. Nella sent. 360/1996, con la quale viene posta la fine della prassi della reiterazione, si legge infatti che «questa prassi, se diffusa e prolungata, finisce per intaccare anche la certezza del diritto nei rapporti tra i diversi soggetti, per l'impossibilità di prevedere sia la durata nel tempo delle norme reiterate che l'esito finale del processo di conversione: *con conseguenze ancora più gravi quando il decreto reiterato venga a incidere nella sfera dei diritti fondamentali*» (punto 4 del considerato in diritto, corsivo non testuale).

⁴²⁸ Questo principio è esplicitato dalla Corte costituzionale nella sent. 26/1999, la quale sancisce che «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale» (punto 3.1 del considerato in diritto).

2. Il sindacato penetrante sul presupposto scientifico della legge e il rischio di sconfinare in valutazioni politiche

L'idea che la Corte proceda ad uno *strict scrutiny* sulle scelte del legislatore, eventualmente rivalutando i dati di fatto posti alla base della normativa (o, addirittura, prendendone in considerazione di diversi) e che sulla base di tali argomentazioni intervenga, al fine di garantire l'effettività ai diritti fondamentali, con pronunce tali da comportare una vera e propria modifica nell'ordinamento⁴²⁹, conduce alla configurazione di un controllo che si potrebbe definire di tipo "sostitutivo"⁴³⁰. Ciò porta a doversi confrontare con un duplice ordine di problemi. In primo luogo, con il rischio che, procedendo ad una rivalutazione del presupposto tecnico-scientifico e ad una sua eventuale riqualificazione, il giudice delle leggi sconfini oltre la sfera della legittimità costituzionale e invada quella del merito politico. Inoltre, non si può non tener conto delle problematiche legate agli effetti che l'intervento della Corte è destinato ad avere sull'ordinamento giuridico. La ricostruzione del contesto scientifico operata dal giudice costituzionale, che permette di ravvisare l'insufficienza della tutela legislativamente fornita al diritto fondamentale oggetto di giudizio, potrebbe infatti condurre ad individuare una pluralità di soluzioni tra loro alternative o comunque alla necessità di elaborare una nuova disciplina: la decisione del giudice delle leggi incontra, in questi casi, il limite del rispetto della discrezionalità legislativa, poiché, al fine di ripristinare la legalità costituzionale, sarebbe necessario un intervento di tipo creativo⁴³¹.

Per quanto riguarda la prima questione prospettata, come già rilevato nelle conclusioni del precedente capitolo, la possibilità che nel giudizio costituzionale il dato scientifico venga approfondito e rivalutato sembra essere giustificata dallo stretto collegamento che può esistere tra la scienza e la tutela di un diritto costituzionalmente garantito. In questi casi, come rilevato in dottrina⁴³², l'unico rimedio al pericolo che le decisioni del giudice delle leggi abusino delle possibilità create dalla Costituzione viene individuato nell'autolimitazione della Corte stessa: per evitare di sconfinare nella politicità,

⁴²⁹ Si pensi, ad esempio, alle sentenze additive emanate in materia di diritto alla salute. La Costituzione impone al legislatore di dare piena ed esaustiva tutela al diritto alle cure: l'esclusione, prevista a livello normativo, dal rimborso per un servizio reso da una struttura privata, non convenzionata, viene dichiarata incostituzionale in tutti i casi in cui «ricorrono particolari condizioni di indispensabilità non altrimenti sopportabili» (sent. 992/1988). Più nello specifico si afferma che «una volta accertata la necessità diagnostica, l'esclusione dal rimborso per un servizio reso da una struttura (privata) non contemplata – poiché non convenzionata – contrasterebbe con l'art. 32 Cost. garante dell'effettiva tutela della salute e con l'art. 3 che ne costituisce il presupposto».

⁴³⁰ La Corte "sostituisce" il suo giudizio a quello legislativo tutte le volte in cui procede ad una nuova valutazione dei presupposti fattuali, nonché quando individua e introduce nell'ordinamento una norma costituzionalmente necessaria. La nozione di sindacato "sostitutivo" può richiamare la distinzione operata nel giudizio amministrativo tra un sindacato "debole" e uno "forte". Come ricorda F. Cintioli, *Tecnica e processo amministrativo*, cit., 996-998, un sindacato "debole" postula un accertamento giudiziale, anche attraverso una serrata analisi tecnica, sulla coerenza, ragionevolezza e assoluta compatibilità con le premesse della scelta finale dell'amministrazione, che deve risultare una delle scelte possibili, ma esclude la possibilità per il giudice di elaborare una sua scelta finale da sostituire a quella dell'amministrazione; nel sindacato "forte", invece, il giudice elabora la sua scelta finale, e se essa non è coincidente con quella dell'amministrazione procederà a sostituire quest'ultima con la prima. Per evitare che il riferimento alla giurisprudenza amministrativa determini un'indebita sovrapposizione tra questo tipo di valutazioni e il sindacato di legittimità costituzionale, è opportuno precisare che alla Corte compete solo verificare se la scelta legislativa sia costituzionalmente ragionevole (ed eventualmente potrà farlo utilizzando la scienza) e non determinare *se e quale* sia la scelta costituzionalmente preferibile. I problemi sorgono nel momento in cui il giudice delle leggi utilizza pronunce diverse dall'annullamento secco, tali da comportare una modifica dell'ordinamento: un intervento creativo, infatti, è, nel nostro sistema giuridico, precluso alla Corte costituzionale.

⁴³¹ Come già evidenziato nel par. 3 del capitolo II.

⁴³² L. Paladin, *Legittimità e merito*, cit., 330.

il sindacato verrà modulato di volta in volta, a seconda del diritto da tutelare, sulla base di valutazioni che muovono da quanto prospettato nell'ordinanza di rimessione.

In relazione, invece, al problema degli effetti della pronuncia di costituzionalità, si tenga presente che il confine tra ciò che alla Corte è consentito e ciò che, invece, invade lo spazio riservato alle scelte politiche del Parlamento non è rigidamente determinabile: è lo stesso giudice costituzionale che, a seconda dei casi, decide fin dove spingersi⁴³³ ed è indubbio che a favore di un maggior interventismo giochi un ruolo decisivo il tipo di diritto oggetto di giudizio⁴³⁴. Si anticipa fin d'ora che, in questi casi, sarà ovviamente fondamentale che la pronuncia sia supportata da una accurata ed adeguata motivazione, che il giudice costituzionale dovrà elaborare sulla base di precise argomentazioni sia fattuali che giuridiche.

3. La scelta del campo d'indagine: la scienza nella giurisprudenza costituzionale sul diritto alla salute

Nel corso del capitolo si verificherà quale sia l'atteggiamento adottato della Corte rispetto alle questioni tecnico-scientifiche, attraverso l'analisi di giudizi costituzionali riguardanti il diritto fondamentale alla salute, la cui soluzione richiede (o può richiedere) la considerazione dei dati della scienza. Sebbene le occasioni in cui il giudice costituzionale si è trovato a valutare i presupposti scientifici delle legge siano rare – anche perché simili questioni vengono proposte non di frequente – ci si propone di verificare se sia concretamente applicato (o applicabile) uno *strict scrutiny* nei giudizi in cui entra in gioco il diritto alla salute e, prima ancora, se il giudice delle leggi abbia affermato, esplicitamente o implicitamente, la necessità di prendere in considerazione la scienza ai fini della tutela del diritto in questione.

3.1. La salute come diritto fondamentale e il rilievo della scienza per la sua tutela

Prima di analizzare la giurisprudenza costituzionale in tema di diritto alla salute, è opportuno evidenziare il valore primario che tale diritto riveste nel nostro ordinamento, nonché la necessità di prendere in considerazione i dati della scienza per la definizione del suo contenuto e la determinazione delle garanzie ad esso costituzionalmente dovute.

Come è noto, l'art. 32 Cost. fa riferimento ad una variegata pluralità di situazioni soggettive⁴³⁵ tra le quali il diritto alle cure (e quello di non essere curato), all'integrità

⁴³³ Si tenga comunque presente che, come rileva A. Ruggeri, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano 1988, 59-60, anche nel caso di pronunce meramente caducatorie «l'eventuale espunzione della norma che (impropriamente) si considera come il dato che esaurisce l'oggetto del sindacato ha [...] per fine primario la instaurazione di un nuovo *assetto normativo* che, privato di quella norma per ciò che essa specificamente stabilisce, appaia *più conforme* (o *meno difforme*) rispetto al modello costituzionale». L'A. rileva, inoltre, che «a spingere di continuo la Corte verso atteggiamenti considerati di manipolazione» è la ricerca «se non proprio di una soluzione ottimale di "costituzionalità", quanto meno una idonea a favorire lo stabilirsi, alle condizioni presenti, di una *situazione normativa*, e cioè di un *assetto normativo*, di "minore incostituzionalità" (o di non incostituzionalità)».

⁴³⁴ A tal proposito, in dottrina c'è chi prospetta come possibile un "trasferimento" della tutela giuridica dalla sfera legislativa a quella del giudice costituzionale, qualora si debba garantire un diritto riconosciuto come fondamentale. Sulla funzione razionalizzatrice e correttiva dell'indirizzo politico della Corte vedi A. Pizzorusso, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, II, 123-124, il quale ritiene che non possa in questo senso ravvisarsi un'interferenza della Corte in quanto essa interviene «del tutto legittimamente ed anzi forse addirittura doverosamente».

⁴³⁵ Cfr. B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1983, 25. Si veda anche M. Luciani, *Salute (Diritto alla salute -Diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1991, XXVII, 5. Ricostruisce la salute come «fascio di diritti», L. Principato, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici*

psicofisica dell'individuo e al benessere della collettività. Il testo costituzionale specifica, inoltre, il principio generale della volontarietà dei trattamenti sanitari e stabilisce una serie di limiti, tra cui il rispetto della persona umana, per il caso eccezionale di trattamenti sanitari obbligatori, imponibili solo per legge. Il diritto in questione – storicamente considerato un tipico diritto sociale⁴³⁶ – viene qualificato sia dalla dottrina⁴³⁷ che dalla giurisprudenza costituzionale⁴³⁸ come fondamentale – per lo meno in alcuni suoi aspetti⁴³⁹ – ed è stato ritenuto da quest'ultima direttamente applicabile⁴⁴⁰. Del resto, soprattutto a partire dagli anni Novanta, la Corte ha abbandonato il *self-restraint* basato sulla distinzione tra diritti condizionati e incondizionati, riducendo lo spazio della discrezionalità legislativa anche per quanto riguarda l'attuazione dei primi⁴⁴¹. I diritti sociali, infatti, pur dipendendo dall'erogazione di una prestazione positiva da parte dello Stato, non sono condizionati

facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?, in *Giur. cost.*, 1999, II, 2513.

⁴³⁶ M. Luciani, *Salute*, cit., 2.

⁴³⁷ Il valore fondamentale del diritto alla salute, intesa, ad esempio, come diritto dell'individuo all'integrità psicofisica, viene riconosciuto, sia nel tenore letterale dell'art. 32, sia nei lavori dell'Assemblea costituente. In tema, si veda M. Luciani, *Salute*, cit., 4, il quale ricorda che «il riferimento alla “fondamentalità” del diritto alla salute non era presente nel progetto originario presentato all'assemblea per la discussione, e che esso fu introdotto (si veda il dibattito alla seduta del 24 aprile 1947 in Atti Ass. cost., 3295 ss.) proprio per rafforzare ed elevare la garanzia data dalla Costituzione alla salute». Cfr. anche R. Bin, *La Corte e la scienza*, cit., 9, il quale rileva che «il diritto individuale alla salute [...] si espande con la forza e le garanzie che sono proprie dei diritti fondamentali».

⁴³⁸ Tra le tante pronunce, si veda la sent. 88/1979, secondo la quale il bene alla salute «è tutelato dall'art. 32 Cost. non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come diritto primario ed assoluto». Anche la sent. 142/1982 sottolinea l'«importanza primaria del bene della salute» e l'«obbligo costituzionale della sua tutela»; e la sent. 37/1991 definisce la salute un valore «protetto dalla Costituzione come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività [...] costantemente riconosciuto come primario da questa Corte sia per la sua inerenza alla persona umana sia per la sua valenza di diritto sociale, caratterizzante la forma di stato sociale disegnata dalla Costituzione».

⁴³⁹ Cfr. M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, 96, il quale rileva che il diritto alla salute esibisce aspetti comunemente ritenuti tipici dei diritti sociali (la pretesa che ha ad oggetto una prestazione), quando si presenta come diritto alle cure (gratuite o sotto costo), e aspetti tipici dei diritti di libertà (la pretesa che ha ad oggetto un'astensione), quando si presenta come diritto a non essere curato.

⁴⁴⁰ Tutte le volte in cui il diritto alla salute costituisce un limite all'esercizio di altri diritti, diventando così uno dei termini rilevanti del giudizio di bilanciamento, si può parlare di attuazione diretta dell'art. 32 Cost. Ad esempio, la Corte costituzionale afferma, nella sent. 479/1987, che «il legislatore bene può imporre limitazioni all'iniziativa economica privata in vista della tutela della salute, della sicurezza e della dignità umana dello stesso soggetto esercente l'attività (sent. n. 21 del 1964). Ciò in considerazione del valore assoluto della persona umana sancito dall'art. 2 Cost., e tenuto conto della primaria rilevanza che l'art. 32 Cost. assegna alla salute». Più in generale, sulla portata immediatamente precettiva e non meramente programmatica dell'art. 32, si veda M. Dogliotti, *Diritto alla salute e danno biologico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1994, I, 163.

⁴⁴¹ Cfr. C. Panzera, *Legislatore, giudici e corte costituzionale di fronte alla salute*, cit., 312, il quale rileva che dapprima la Corte è intervenuta con sentenze-monito e di incostituzionalità accertata, ma non dichiarata, poi con additive, semplici e di principio, fondate su una diversa *doctrine* giurisprudenziale dei diritti sociali.

Si veda, ad esempio, la sent. 509/2000, nella quale la Corte censura, con un intervento additivo, la mancata previsione del concorso nelle spese per il ricovero in strutture pubbliche e private non convenzionate, nonché per l'assistenza indiretta per le prestazioni di comprovata gravità ed urgenza, quando non sia stato possibile ottenere la preventiva autorizzazione e sussistano le altre condizioni necessarie per il rimborso. Richiamando quanto già precisato nella sent. 267/1998, la Corte introduce direttamente la norma mancante, specificando che l'inesistenza di deroghe della disciplina impugnata in questo caso «non assicura l'effettiva tutela della salute e vulnera l'art. 32 della Costituzione, ponendosi altresì in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, perché realizza una soluzione intrinsecamente non ragionevole» e determina «un vuoto di tutela proprio nei casi nei quali la gravità delle condizioni dell'assistito non consente di adempiere a tale modalità temporale di espletamento della domanda di autorizzazione, senza peraltro che la soluzione legislativamente prescritta appaia imposta da ragioni plausibili».

solamente all'attuazione legislativa, poiché la Corte afferma costantemente la controllabilità delle scelte normative, sia sotto il profilo della manifesta irragionevolezza che nel controllo sul rispetto del contenuto minimo essenziale⁴⁴².

Relativamente ai giudizi che coinvolgono l'art. 32 Cost. nei suoi vari aspetti, si può quindi ipotizzare un controllo penetrante del giudice delle leggi⁴⁴³, che si spinga fino a prendere in considerazione i presupposti fattuali⁴⁴⁴ della legge impugnata, al fine di rilevare eventuali vuoti di tutela e di porvi rimedio *direttamente* e *immediatamente*, attraverso l'introduzione, quando possibile, della garanzia costituzionalmente necessaria – oggetto di specifiche richieste dei giudici *a quibus*⁴⁴⁵ – con particolari soluzioni interpretative e manipolative⁴⁴⁶.

⁴⁴² In dottrina si veda A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma 1989, 32, secondo il quale i diritti sociali «condividono lo statuto tipico dei diritti fondamentali, tanto sotto il profilo dell'efficacia, quanto sotto quello del valore giuridico».

Nell'attuazione dei diritti sociali, infatti, «deve riconoscersi un margine di discrezionalità, anche in relazione alle risorse disponibili, almeno quando non sia in gioco la garanzia delle esigenze minime di protezione della persona» (sent. 434/2002). Con specifico riferimento al profilo pretensivo del diritto alla salute, si tenga inoltre presente che esso può assumere le caratteristiche di immediata precettività tutte le volte in cui diviene teleologicamente necessario alla tutela della integrità psico-fisica, come rileva L. Principato, *La immediata precettività dei diritti sociali ed il "contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute"*, in *Giur. cost.*, 1998, 3871. L'A. evidenzia che pur essendo il diritto alla salute subordinato all'organizzazione ed ai mezzi in un determinato momento predisposti in attuazione del disposto costituzionale, occorre individuare un limite alla discrezionalità legislativa, perché non sia svilita la stessa garanzia costituzionale.

⁴⁴³ Le possibilità di un sindacato più penetrante nell'ambito del diritto alla salute sembra dimostrata già dal fatto che, spesso, tale diritto viene utilizzato come parametro aggiunto (talvolta anche dalla Corte stessa) nei giudizi di costituzionalità in materia di politiche del lavoro e assistenziali: il richiamo all'art. 32 permette infatti una limitazione della libertà del legislatore che generalmente caratterizza questi ambiti. Si veda, ad esempio, la sent. 361/2000, in tema di tutela della maternità, che collega in maniera imprescindibile gli artt. 32 e 37 Cost. imponendo un bilanciamento a favore della necessaria e urgente protezione del diritto fondamentale alla salute, nel rischio di un suo imminente e grave pregiudizio, a discapito delle esigenze finanziarie. In tema, si veda anche M. Esposito, *Indennizzo per violazione del diritto alla salute o indennizzo per espropriazione?*, in *Giur. cost.*, 2006, 3406, il quale, commentando la sent. 342/2006 – citata nel precedente capitolo – critica la decisione della Corte di far risalire dall'art. 32 Cost. il solo diritto all'indennizzo in caso di lesioni derivanti da trattamento sanitario obbligatorio, mentre in caso di contagio da epatite irreversibile a seguito di intervento terapeutico il parametro di riferimento diventa l'art. 38, con conseguente ampliamento della discrezionalità legislativa sul relativo indennizzo. L'A. rileva che in entrambi i casi l'individuo subisce un'illegittima compressione del diritto alla salute, e in particolare della sua integrità psico-fisica, e che non può valere come discriminante la circostanza che in un caso a monte stia una situazione soggettiva passiva imposta nell'interesse della collettività; anzi, le eventuali conseguenze patologiche derivanti da un intervento terapeutico sarebbero doppiamente lesive del diritto alla salute, poiché riguardano sia il profilo dell'integrità psico-fisica, sia il diritto ad essere curati.

⁴⁴⁴ Cfr. G. Brunelli-A. Pugiotto, *Appunti per un diritto probatorio*, cit., 258, secondo i quali, al fine di garantire l'effettività della tutela dei diritti costituzionali, può essere necessario procedere ad indagini fattuali «che permettano di accertare in modo attendibile se le limitazioni legislativamente poste alle libertà civili non conducano ad una illegittima riduzione o compressione del diritto, nonché – in relazione ai diritti sociali – se vi sia stato il rispetto della loro "misura" minima».

⁴⁴⁵ Cfr. C. Panzera, *Legislatore, giudici e corte costituzionale di fronte alla salute*, cit., 312.

⁴⁴⁶ Per quanto riguarda la garanzia dell'aspetto pretensivo del diritto alla salute si veda, ad esempio, la sent. 509/2000, nella quale la Corte censura, con un intervento additivo, la mancata previsione del concorso nelle spese per il ricovero in strutture pubbliche e private non convenzionate, nonché per l'assistenza indiretta per le prestazioni di comprovata gravità ed urgenza, quando non sia stato possibile ottenere la preventiva autorizzazione e sussistano le altre condizioni necessarie per il rimborso. Richiamando quanto già precisato nella sent. 267/1998, la Corte introduce direttamente la norma mancante, specificando che l'inesistenza di deroghe della disciplina impugnata in questo caso «non assicura l'effettiva tutela della salute e vulnera l'art. 32 della Costituzione, ponendosi altresì in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, perché realizza una soluzione intrinsecamente non ragionevole» e determina «un vuoto di tutela proprio nei casi nei quali la gravità delle condizioni dell'assistito non consente di adempiere a tale modalità temporale di espletamento

Ma l'aspetto del diritto alla salute che più interessa in questa sede è che, come poc'anzi anticipato, ai fini della sua tutela spesso può essere necessario, sia in sede legislativa che nel corso di un giudizio costituzionale, prendere in considerazione la scienza⁴⁴⁷: il progresso tecnico-scientifico, infatti, permette di individuare, da un lato, nuovi mezzi per la sua attuazione⁴⁴⁸ (come la possibilità di scoprire cure prima sconosciute⁴⁴⁹) e, dall'altro, nuove esigenze di protezione⁴⁵⁰.

Se, in generale, si può ritenere che nei giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto il diritto fondamentale alla salute, la Corte possa procedere ad un «vero e proprio *strict scrutiny*»⁴⁵¹, ci si può chiedere fino a che punto questo controllo penetrante operi anche per quanto riguarda i presupposti scientifici delle discipline oggetto di sindacato⁴⁵².

della domanda di autorizzazione, senza peraltro che la soluzione legislativamente prescritta appaia imposta da ragioni plausibili».

⁴⁴⁷ Cfr. anche Q. Camerlengo, *I poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., 174, il quale evidenzia che iniziative legislative in campo medico, legate a sperimentazioni di farmaci e terapie abbinabili di un quadro normativo specifico, o la regolamentazione dell'uso di fonti di energia, anche al fine di prevenire effetti dannosi per la salute dell'uomo e per la salubrità dell'ambiente, presuppongono un accorto impiego delle cognizioni messe a disposizione dalla scienza e dalla tecnica.

⁴⁴⁸ Cfr. G. Vassalli, *La protezione della sfera della personalità nell'età della tecnica*, cit., 682-683.

⁴⁴⁹ Si pensi al caso, pur assai controverso, del «multitattamento Di Bella», di cui si parlerà in seguito.

⁴⁵⁰ Cfr. L. Principato, *La immediata precettività*, cit., 3874, secondo il quale «violerebbe l'art. 32 Cost. una disciplina che negasse gli strumenti necessari a garantire – nei limiti delle possibilità della scienza medica – l'integrità psico-fisica».

Del resto la connessione tra tutela della salute e scienza era stata affrontata già in sede di Assemblea costituente: dai lavori preparatori e dalle discussioni che accompagnano l'approvazione dell'art. 32, si evince, infatti, la necessità di tutelare il diritto alla salute a fronte di un eventuale pericolo connesso agli sviluppi futuri delle scienze, soprattutto biologiche.

⁴⁵¹ Come sostiene M. Luciani, *Salute*, cit., 9.

⁴⁵² Alcuni indizi in merito alla possibilità di procedere alla verifica dei presupposti tecnici e scientifici di normative che riguardano diritti fondamentali li troviamo nelle sentt. 137/1971 e 20/1980. Si tratta di due pronunce (prese in considerazione nel primo capitolo) aventi ad oggetto il divieto di produzione di pasta diversa da quella di semola e di semola di grano duro, che, secondo i remittenti, contrasterebbe con l'art. 41, comma 2, Cost., ponendo all'iniziativa economica privata una limitazione che non troverebbe giustificazione nella utilità sociale.

Nella prima pronuncia la Corte, dopo aver motivato l'infondatezza della questione di legittimità, si preoccupa di «chiarire un qualche equivoco contenuto nell'ordinanza» relativo al «supremo bene della salute dei cittadini», sebbene quest'ultimo non sia il parametro di giudizio. Il giudice *a quo* rileva, infatti, che «la segala ha proprietà dietetiche, perché, a causa del suo deficiente potere nutritivo, è coadiuvante nella cura di varie malattie ed anomalie fisiche, tra cui l'obesità»; a fronte di ciò il giudice costituzionale specifica che «a parità almeno di prezzo, occorre assicurare ai consumatori il maggior e non il minore potere nutritivo, e [...] che paste con particolari qualità dietetiche, non interessanti evidentemente la generalità dei consumatori, la legge (art. 32) consente possano essere confezionate, benché con l'autorizzazione da rilasciarsi dal Ministero della sanità». Ciò dimostra l'attenzione che nel giudizio di costituzionalità viene prestata agli elementi fattuali prospettati dal giudice *a quo* (sebbene estranei al *thema decidendum*), al fine di fornire una risposta il più esauriente e coerente possibile quando alla questione si collega un diritto fondamentale come quello alla salute. Peraltro, nella stessa occasione, la Corte precisa che non sarebbe suo compito «di ammettere o di negare» quanto sostenuto del remittente a proposito delle proprietà nutritive della segala, ma tale affermazione non sembra riconducibile ad una scelta generale di *self-restraint* relativa ad un'indagine fattuale in tale ambito: essa indicherebbe che, nel caso di specie, non è necessario procedere ad un simile approfondimento, lasciando aperta la possibilità che ciò avvenga relativamente ad una questione diversamente prospettata. Contestualmente a tale affermazione, inoltre, nella sentenza si dà atto dell'esistenza di un'eccezione (al divieto impugnato) legislativamente prevista, in grado di fornire la tutela essenziale al diritto alla salute di quanti necessitano l'alimento in questione.

A conferma di ciò si richiama la successiva sent. 20/1980 (nella quale la Corte si trova nuovamente a giudicare le stesse norme, che vietano la produzione e la messa in commercio di paste alimentari di farina integrale di grano duro), in cui il giudice delle leggi, dopo aver approfondito con istruttoria i presupposti fattuali della normativa impugnata, specifica che il suo sindacato si arresta di fronte alla qualificazione legislativa del dato empirico, proprio in virtù del parametro dell'utilità sociale. Nella motivazione si legge, infatti, che «la Corte, tenendo anche presente che la questione sollevata si riferisce solo all'art. 41, della

Prima di analizzare alcune vicende giurisprudenziali riguardanti aree tematiche connesse al diritto alla salute, in cui assume rilievo il dato scientifico – quali la disciplina che riconosce e tutela il transessualismo, le scelte legislative in materia terapeutica e relative ai trattamenti sanitari obbligatori, nonché a pratiche mediche quali ad esempio la procreazione medicalmente assistita –, va rilevato come, in diverse occasioni, la Corte abbia esplicitamente dato rilievo alla scienza ai fini della valutazione della compatibilità costituzionale di normative riguardanti la salute⁴⁵³.

In particolare, il giudice delle leggi ha riconosciuto la necessità di prendere in considerazione ed approfondire i presupposti scientifici della legge impugnata: a) al fine di determinare il contenuto essenziale⁴⁵⁴ del diritto alla salute e verificare il suo corretto bilanciamento con altri diritti⁴⁵⁵; b) per dimostrare l'eccessiva rigidità della legge rispetto alla tutela della salute; c) per definire il contenuto del diritto alla salute e riconoscere nuovi diritti costituzionali ad esso connessi.

a) L'uso di dati tecnico-scientifici per determinare il contenuto essenziale del diritto alla salute e verificare il suo corretto bilanciamento con altri diritti

La scienza può essere determinante per valutare la compatibilità del bilanciamento legislativo con il quadro dei principi costituzionali o la tollerabilità della limitazione al

Costituzione, cioè all'esistenza o inesistenza, in concreto, di ragioni di utilità sociale legittimanti la compressione dell'iniziativa economica privata, deve arrestarsi (contrariamente a quanto ritiene il giudice *a quo*) di fronte alla valutazione che il legislatore ha fatto degli elementi del problema e che l'hanno portato a ritenere l'esistenza e congruità dei motivi posti a fondamento della sua statuizione; sicché solo al legislatore spetta un'eventuale nuova valutazione complessiva di tutti quegli elementi, anche emersi nel presente giudizio» (corsivo non testuale): si può quindi ipotizzare che in un giudizio riguardante un'altra norma costituzionale (in particolare un diritto fondamentale), la Corte potrebbe tenere in considerazione i dati tecnico-scientifici rilevati e procedere ad una loro valutazione.

⁴⁵³ Si vedano, ad esempio, le sentt. 559/1987 (riguardante i congedi straordinari per cure idrotermali), 438/1995 (in tema di detenzione di soggetti affetti da AIDS) e 253/2003 (riguardante l'obbligo di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'infermo di mente) analizzate nel capitolo II.

⁴⁵⁴ Sulla garanzia del contenuto essenziale del diritto alla salute e sui limiti che esso impone all'ambito riservato alla determinazione politica del legislatore, si veda I. Massa Pinto, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, II, 1311-1317. L'A. evidenzia come ogni riflessione su tale complessa problematica deve avere sempre sullo sfondo la preoccupazione di far coesistere l'esigenza di tutela effettiva dei diritti fondamentali, da un lato, e il rispetto delle scelte politiche del legislatore, dall'altro: in tale delicata operazione, da determinarsi concretamente caso per caso, vengono coinvolte argomentazioni legate a condizioni di fatto di tipo storico, culturale, sociale, economico ed anche scientifico. Da ciò deriva, inoltre, che il contenuto essenziale è un concetto capace di sviluppo e che si trasforma nel tempo; esso è lo strumento per circoscrivere e fondare nuovi aspetti dei diritti fondamentali che in precedenza non venivano considerati come elementi del loro contenuto.

⁴⁵⁵ Come ricorda E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., 78, attraverso la tecnica del bilanciamento «il giudizio costituzionale di ragionevolezza tende chiaramente trasformarsi da sindacato “interno” – volto a ripristinare la coerenza intrinseca dell'ordinamento a fronte di vizi relazionali tra norme giuridiche prese in considerazione – in controllo “estereno” – che conduce la Corte a sovrapporre una propria valutazione degli interessi e dei valori in gioco a quella già operata dal legislatore».

Si tenga presente che il bilanciamento tra diritti trova sempre come limite il rispetto del contenuto minimo inviolabile degli stessi, al di là di tale confine esiste quindi uno spazio di libertà riservato alle scelte della politica, che potrà essere oggetto di censura di costituzionalità solo quando la scelta si riveli irragionevole, mentre la Corte non può spingersi a sindacare i compromessi politici operati dal legislatore nella sua attività di indirizzo politico. Definisce il contenuto essenziale dei diritti «non comprimibile» e, quindi, «un limite di resistenza al bilanciamento» R. Bin, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli 2005, 366-367; l'A. evidenzia, inoltre, che al fine della determinazione del nucleo essenziale di un diritto costituzionale il contenuto e le modalità di esercizio dello stesso non sono profili distinguibili.

godimento di determinati diritti attraverso la determinazione del loro contenuto essenziale⁴⁵⁶.

Ad esempio, nel contemperare l'interesse dell'impresa all'abbattimento dei costi e il concorrente interesse alla tutela della salute e dell'ambiente, il giudice costituzionale ritiene che «il limite massimo di emissione inquinante, [...] non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive»⁴⁵⁷. Ma, sostenere che «fino a prova contraria» si debba «presumere che i limiti massimi insuperabili che Governo e Regioni stabiliscono [...] per i vari elementi nocivi che compongono le emissioni inquinanti, siano tali da contenere le emissioni a livelli accettabili per la protezione della salute e dell'ambiente»⁴⁵⁸, può implicare un controllo in questo senso nel giudizio di costituzionalità? Una risposta affermativa sembrerebbe rinvenirsi nella successiva sent. 307/2003, quando la Corte affronta, incidentalmente, la questione del rapporto tra dati scientifici e legislatore nell'ambito della tutela della salute⁴⁵⁹: nel chiarire che parte della complessa *ratio* della fissazione dei valori-soglia in materia di elettrosmog consiste nel «proteggere la salute della popolazione dagli effetti negativi delle emissioni elettromagnetiche», il giudice delle leggi precisa che «la determinazione delle soglie deve risultare fondata sulle conoscenze scientifiche ed essere tale da non pregiudicare il valore protetto»⁴⁶⁰. Il collegamento tra discrezionalità legislativa e scienza, nel senso che quest'ultima costituisce un limite alla prima e il suo rispetto può diventare oggetto di controllo del giudizio di costituzionalità, viene poi confermato con la sent. 116/2006, nella quale si richiama esplicitamente quanto già sancito nella sent. 282/2002, cioè il ruolo rivestito dagli organi tecnico-scientifici dalle determinazioni dei quali il legislatore non può prescindere⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ In generale, sul rilievo dei fatti ai fini della determinazione del contenuto essenziale dei diritti si veda M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 550-551, il quale rileva che il sindacato del giudice costituzionale dovrà verificare la «fattuale salvezza, nonostante la normativa impugnata, di una situazione concreta di vantaggio, e per meglio dire dei tratti (appunto) essenziali di quella situazione».

⁴⁵⁷ Sent. 127/1990, punto 2 del considerato in diritto.

⁴⁵⁸ Sent. 127/1990, punto 1 del considerato in diritto.

⁴⁵⁹ Nel caso di specie si trattava di rispondere all'interrogativo se i valori-soglia in materia di elettrosmog, la cui determinazione è rimessa allo Stato, possano essere modificati dalla Regione, fissando valori-soglia più bassi, o regole più rigorose o tempi più ravvicinati per la loro adozione

⁴⁶⁰ Punto 7 del considerato in diritto, nel quale si precisa inoltre che «in sostanza, la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell'energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato». Anche nella sent. 53/1991, riguardante un conflitto di attribuzioni tra lo Stato e la Regione Lombardia in relazione al decreto del Ministro dell'ambiente 12 luglio 1990 (Linee guida per il contenimento delle emissioni inquinanti degli impianti industriali e la fissazione dei valori minimi di emissione), si afferma, genericamente, che «opera un principio di gradualità nell'attuazione della tutela ambientale in ragione del complesso bilanciamento dei numerosi e contrastanti interessi in gioco, coinvolgente, da un lato, l'utilizzabilità di conoscenze scientifiche certe e di tecnologie efficaci e, dall'altro, il calcolo dei costi umani e sociali legati agli oneri economici comportati e, in particolare, alle riduzioni e alle rilocalizzazioni delle attività produttive, alle possibilità di sfruttamento degli impianti da tempo operanti, alle riconversioni della produzione e così via» (punto 2.2 del considerato in diritto).

⁴⁶¹ Al punto 6 del considerato in diritto, si afferma che «l'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica, sulla base dei principi di prevenzione e precauzione nell'interesse dell'ambiente e della salute umana, può essere giustificata costituzionalmente solo sulla base di «indirizzi fondati sulla verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali 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» (sent. n. 282 del 2002)».

I dati tecnico-scientifici possono quindi supportare (o meno) la ragionevolezza del bilanciamento legislativo quando la tutela della salute entra in conflitto con altri diritti⁴⁶² e, per questo, nel giudizio di legittimità potrebbe diventare necessario prendere in considerazione tali elementi, al fine di valutare la proporzionalità della limitazione del diritto o il rispetto del suo contenuto essenziale⁴⁶³.

b) L'uso di dati tecnico-scientifici per dimostrare l'eccessiva rigidità della legge rispetto alla esigenza di tutela della salute

I criteri generali e astratti dettati dal legislatore, nella loro concreta applicazione, possono determinare situazioni di irragionevole disparità, imponendo, in taluni casi specifici, un sacrificio eccessivo del diritto. Come evidenziato nelle conclusioni del precedente capitolo, si tratta di casi in cui la regola stabilita nella legge manca della flessibilità necessaria per essere applicata alle diverse realtà concrete o non prevede

⁴⁶² Si pensi alla sent. 559/1987, in materia di cure termali (analizzata nel capitolo II), nella quale viene annullata la norma che non prevedeva congedi straordinari per consentire la sottoposizione a dette terapie, poiché poneva il lavoratore di fronte all'alternativa (irragionevole) tra la rinuncia ai benefici delle cure (con conseguente lesione del diritto costituzionale alla salute) e, nel caso di scelta per le cure, la rinuncia a parte delle ferie (con conseguente lesione del diritto alle ferie retribuite). Il riconoscimento del valore terapeutico alle cure idrotermali, sulla base di rilievi medico-scientifici, è appunto un momento centrale della decisione, poiché qualifica i diritti connessi agli interessi in gioco.

⁴⁶³ Per quanto concerne il diritto alle cure, e quindi un aspetto pretensivo del diritto alla salute, ad esempio, la Corte rileva che qualora vi siano terapie ed interventi necessari che il servizio pubblico non sia in grado di fornire, ma che possano essere prestate da strutture private non convenzionate, sarà illegittima la mancata assunzione delle relative spese a carico del servizio sanitario nazionale «allorché queste ultime siano le uniche detentrici delle relative apparecchiature e gli inerenti accertamenti risultassero indispensabili» (sent. 992/1988). Come rileva E. Castorina, *Riflessioni sul contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute*, cit., 2561, nel caso di specie, la considerazione per il progresso della scienza medica e l'evoluzione delle tecniche diagnostiche in relazione a cure ed interventi non altrimenti soddisfattibili, fornisce alla Corte la base per l'inserimento, all'interno del contenuto essenziale del diritto alla salute, della necessità di ristoro mediante il rimborso delle prestazioni da parte del servizio sanitario nazionale. A questo proposito, si rilevi come la stessa nozione di indigenza (di cui all'art. 32 Cost.) debba essere determinata, in concreto, relativamente all'importanza dei mezzi diagnostici e terapeutici di cui la scienza oggi dispone. Cfr. S. Lessona, *La tutela della salute pubblica*, in P. Calamandrei-A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione*, Firenze 1950, 335. Nella sent. 309/1999 la Corte costituzionale afferma, esplicitamente, che «la stessa nozione di indigenza utilizzata nell'articolo 32, e che in una recente sentenza è stata fatta coincidere con quella di insufficienti disponibilità economiche (sentenza n. 185 del 1998), non possiede un significato puntuale e sempre identico a se stesso, sì che possano essere determinati con una sentenza di questa Corte i limiti di reddito o i tetti patrimoniali al di sotto dei quali le condizioni economiche di una persona siano da ritenere insufficienti a fronteggiare le esigenze terapeutiche, anche perché i criteri di cui il legislatore può far uso per determinare il contenuto di tale nozione possono variare a seconda della maggiore o minore onerosità di una cura» (punto 6 del considerato in diritto).

In tale sentenza, il rilievo del dato scientifico, al fine di determinare il nucleo minimo inviolabile del diritto alle cure, viene indirettamente richiamato, laddove si precisa che «quello che l'articolo 32 della Costituzione certamente non tollera, e che spetta a questa Corte colmare con il presente intervento di principio, è l'assoluto vuoto di tutela, risultante dalla disciplina censurata, per gli indigenti che si trovino temporaneamente nel territorio di Stati esteri nei quali non è loro garantita alcuna forma di assistenza sanitaria gratuita». In particolare, spetterà al legislatore individuare le forme di assistenza attualmente non erogate, che attuino «il valore espresso dall'articolo 32 della Costituzione»; tale norma, «nel suo puntualizzarsi in un diritto fondamentale del cittadino, può assumere accentuazioni diverse e graduate che dipendono anche dalla gravità della patologia e dall'entità dei rischi connessi al differimento della terapia» (punto 4 del considerato in diritto).

In tema, si veda A. Cerri, *Ragionevolezza*, cit., 18, secondo il quale questo contenuto minimo inviolabile, al di fuori del quale si riconosce ampia discrezionalità al legislatore nel dare ulteriore attuazione al diritto in questione, sarà individuabile, di volta in volta, con riguardo alla natura della prestazione considerata (per la determinazione della quale possono rilevare anche le acquisizioni della scienza) e non senza attenzione probabilmente anche al contesto economico-sociale.

eccezioni al fine di tutelare situazioni particolari (ma pur sempre tipizzabili)⁴⁶⁴. In tali giudizi, soprattutto quando il parametro è costituito dagli artt. 3 e 32 Cost.⁴⁶⁵, possono rendersi necessarie considerazioni fattuali, e in particolar modo di tipo scientifico, per dimostrare l'eccessiva "rigidità" di previsioni legislative (che assicurano solo la tutela di un unico interesse) e giustificare un intervento della Corte (che introduca meccanismi più elastici e più idonei al bilanciamento di più interessi)⁴⁶⁶.

Tale filone giurisprudenziale potrebbe diventare particolarmente rilevante⁴⁶⁷, poiché individua alcune materie – una di queste è l'ambito dei trattamenti terapeutici – in cui le scelte politiche sono riconosciute incostituzionali in quanto non derogabili secondo le esigenze del caso concreto, e concorre «ad affermare che esistono spazi sottratti alla

⁴⁶⁴ Come rileva G. Scaccia, *Ragionevolezza delle leggi*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario dir. pubbl.*, 2006, 4811, quando il bilanciamento legislativo è troppo rigido, perché la classificazione normativa è insuscettibile di adattarsi alla molteplicità delle situazioni della vita, la Corte può dichiararlo incostituzionale o tentare di riequilibrarlo con un'interpretazione adeguatrice della norma censurata o con pronunce manipolative. In talune occasioni, però, può accadere che il giudice costituzionale non sia in condizione di dettare un nuovo ordine degli interessi ed è quindi necessario ricorrere alla "delega di bilanciamento", che affida agli organi dell'applicazione la formulazione di una regola di coordinamento degli interessi che sia adeguata alle variabili esigenze del caso concreto. Come rileva F. Dal Canto, *La rilevanza e il valore del fatto*, cit., 159, il caso influenza sempre la decisione in quanto "caso tipico", emblematico di come la norma impugnata vive nell'ordinamento; ma, talora, il caso influisce sulla decisione anche in quanto "caso specifico" e ciò, soprattutto, quando il *decisum* è più articolato, come nel caso di alcune pronunce manipolative. Cfr. R. Bin, "Al cuor non si comanda". *Valori, regole, argomenti e il "caso" nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino 1994, 331, il quale rileva che talora l'intervento della Corte circoscrive con grande esattezza il profilo per cui è ordinata l'ablazione, «sin quasi a ricalcare il contorno del "caso", riproducendone la "silhouette" della regola».

⁴⁶⁵ Ad esempio, nella sent. 253/2003, la Corte censura l'inadeguatezza dei criteri che impongono il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, ritenendo «l'apprezzamento da parte del giudice della situazione concreta, e la conseguente possibilità per il giudice stesso di adottare diverse determinazioni nell'ambito delle previsioni legali, [...] l'unico modo per realizzare il bilanciamento di diverse esigenze costituzionali»; pertanto, poiché «questa Corte non può sottrarsi al più limitato compito di eliminare l'accennato automatismo, consentendo che, pur nell'ambito dell'attuale sistema, il giudice possa adottare, fra le misure che l'ordinamento prevede, quella che in concreto appare idonea a soddisfare le esigenze di cura e tutela della persona, da un lato, di controllo e contenimento della sua pericolosità sociale dall'altro lato», viene dichiarata l'illegittimità dell'art. 222 c.p. «nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte della sua pericolosità sociale».

In questa vicenda i dati scientifici, che dimostrano la necessità di disporre misure alternative più compatibili con il diritto alla salute, sono considerati notori e vengono apertamente richiamati come elementi presupposti dei quali il legislatore dovrà tener conto nell'emanazione della futura disciplina in materia. Nella motivazione si rileva, infatti, che «solo il legislatore (la cui inerzia in questo campo, caratterizzato da scelte assai risalenti nel tempo e mai riviste alla luce dei principi costituzionali e delle acquisizioni scientifiche, non può omettersi di rilevare ancora una volta) può intraprendere la strada di un ripensamento del sistema delle misure di sicurezza». Si noti, che già nella precedente pronuncia sul tema (ord. 88/2001), che conclude per l'inammissibilità, viene rimarcato «come il legislatore, con la legge 13 maggio 1978, n. 180, recependo le più recenti acquisizioni della scienza e della coscienza sociale, abbia riconosciuto che la cura della malattia mentale non deve attuarsi, se non eccezionalmente, in condizioni di degenza ospedaliera, bensì attraverso presidi psichiatrici extraospedalieri, e comunque non mediante la segregazione dei malati in strutture chiuse quali le preesistenti istituzioni manicomiali».

⁴⁶⁶ Come rileva C. Panzera, *Legislatore giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute*, cit., 2004/3, 343, l'introduzione di nuove tecniche decisorie, in particolare delle additive di principio, ha permesso, ad esempio, di censurare l'assolutezza, cioè la mancanza di flessibilità e di adattamento al caso concreto, delle prescrizioni legislative: tali pronunce segnano «un'innovazione nel quadro dei rapporti istituzionali fra un legislatore con poca "fantasia", una Corte con sempre meno "pazienza" e giudici comuni complessivamente più "solerti" del passato».

⁴⁶⁷ Alcuni esempi giurisprudenziali in merito sono già stati analizzati (si richiamano i casi analizzati al par. 2 del capitolo II): si pensi alla dichiarazione di illegittimità del sistema tabellare relativo alle malattie dipendenti da causa di lavoro, che si basa sull'evoluzione della scienza.

politica e riservati alla giurisdizione, e che arbitro della determinazione del relativo confine sia di nuovo la Corte costituzionale»⁴⁶⁸. In questi casi, il dato scientifico – che il giudice utilizza per supportare la sua richiesta e dimostrare l’esigenza di tutelare il diritto alla salute, operando scelte che tengono conto delle particolarità del caso specifico – diventa uno degli elementi caratterizzanti il giudizio poiché, come si rileva in dottrina⁴⁶⁹, il “chiesto” si pone «a base dell’intera questione di costituzionalità, non soltanto determina l’ingresso in campo di quello o quel parametro ma – è questo il punto – incide sulla sua stessa struttura, specificandola e conformandola alle esigenze dei singoli casi». Dato che la penetrazione del fatto nel giudizio di costituzionalità dipende dalla struttura e dalla funzione del parametro, nonché dalla combinazione dei valori in gioco, è evidente come il dato scientifico possa risultare determinate nei giudizi riguardanti l’art. 32 Cost., e cioè il diritto alla salute dallo stesso protetto, che, per sua stessa natura, è intrinsecamente legato alle acquisizioni della scienza medica.

c) L’incidenza del progresso tecnico-scientifico sul contenuto del diritto alla salute e sul riconoscimento di nuovi diritti costituzionali connessi all’art. 32

L’evoluzione della scienza, e in particolar modo lo sviluppo di quella medica, può dar vita nuovi fenomeni, che necessitano di regolamentazione giuridica, nonché alla necessità di riconoscere e tutelare nuovi diritti o ampliare il contenuto di diritti già esistenti⁴⁷⁰.

Con particolare riferimento al diritto alla salute, si pensi, ad esempio, all’indennizzo per i danni da vaccinazione obbligatoria (di cui si parlerà in seguito) e, più in generale, al diritto al risarcimento del danno biologico – alla configurazione del quale non poco ha contribuito la giurisprudenza costituzionale –, inteso come lesione inferta all’integrità psico-fisica dell’individuo. Quest’ultima, infatti, viene tutelata non solo come diritto di natura personale avente ad oggetto il corpo umano, ma anche, e soprattutto, come strumento di attuazione e sviluppo della personalità⁴⁷¹. A questo proposito, è immediato il collegamento al diritto all’“identità sessuale”, intesa come esito di un processo psicologico personale influenzato dalla complessa interazione tra aspetti biologici, psicologici, educativi e socioculturali, che si affaccia inizialmente nella giurisprudenza costituzionale in materia di transessualismo. Si tenga presente che proprio il fenomeno del mutamento di sesso è reso possibile grazie al progresso della scienza medica, che permette di adeguare chirurgicamente i caratteri sessuali di persone che sentono di appartenere ad un sesso diverso rispetto a quello biologico.

Un altro ambito in cui gli avanzamenti della medicina possono incidere sui diritti individuali riguarda la fecondazione artificiale che, oltre a necessitare di una disciplina giuridica specifica, pone una serie di problematiche “bioetiche” riguardanti la definizione

⁴⁶⁸ I. Massa Pinto, *La discrezionalità politica del legislatore*, cit., 1326. Precisa, peraltro, l’A. che non sempre le esigenze e le circostanze di fatto possono giustificare pronunce di incostituzionalità di prescrizioni legislative generali e astratte, e a tal proposito, auspica il ricorso allo strumento, assai meno drastico, delle pronunce interpretative di rigetto; soltanto quando il diritto vivente continuasse a non dar spazio alle esigenze che dai casi concreti emergono, le questioni dovrebbero essere risollevate e si potrebbe dar spazio all’accoglimento interpretativo.

⁴⁶⁹ A. Ruggieri, *Linguaggio della Costituzione*, cit., 548.

⁴⁷⁰ Si pensi al diritto all’ambiente, che può essere configurato, da un lato, come diritto ad un “ambiente salubre” ricavabile direttamente dall’art. 32 Cost., di cui è titolare, in primo luogo, il singolo individuo (il lavoratore, il consumatore, etc.) e che ha il fine di salvaguardare la sua integrità psico-fisica; e, dall’altro lato, al diritto all’ambiente inteso come “ecosistema”, che pare invece dar vita ad un diritto diverso ed autonomo avente ad oggetto il bene-ambiente inteso come interesse della collettività. Per una prima ricostruzione del tema, si veda M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 779 ss.

⁴⁷¹ M. Dogliotti, *Diritto alla salute e danno biologico*, cit., 161.

dei limiti da imporre alla pratica stessa. Esiste un diritto a procreare? E ad avere un figlio sano?

Non si dimentichi, poi, che l'evoluzione delle tecnologie mediche ha posto l'attenzione sulla complessa questione relativa al prolungamento della vita umana e, conseguente sulla libertà di (non) curarsi e sull'opportunità o meno di introdurre nel nostro ordinamento l'istituto del "testamento biologico". Tali questioni, di estrema attualità e interesse, tendono però ad allontanarsi dall'oggetto centrale della ricerca, che vuole invece concentrare l'attenzione su problematiche strettamente attinenti al ruolo della scienza nei giudizi della Corte costituzionale.

Come anticipato, ci si concentrerà ora sull'analisi di alcuni giudizi di costituzionalità esemplari, in cui la tutela del diritto alla salute risulta strettamente connessa alle acquisizioni scientifiche. Al fine di verificare quale sia l'atteggiamento del giudice delle leggi in merito all'utilizzo della scienza nei giudizi aventi ad oggetto diritti fondamentali, si prenderanno in considerazione vicende giurisprudenziali relative ai trattamenti sanitari (obbligatorie e non), all'efficacia e alla necessità dei farmaci e, più in generale, a questioni di carattere medico che, molto spesso, hanno a che fare con dati della scienza incerti e che per questo comportano, vista anche l'incidenza su un bene primario come la salute, delicate valutazioni. Si noterà che, in questi casi, la dialettica fra potere politico e sapere tecnico specialistico «vede protagonisti non solo il potere esecutivo contrapposto a quello giudiziario, ma anche il potere legislativo e il suo controllore, cioè la Corte costituzionale, il governo, l'opinione pubblica e l'informazione»⁴⁷²: sembra, infatti, ipotizzabile che le scelte normative riguardanti il diritto alla salute, pur avendo alla base una valutazione politica degli interessi, rientrando nell'ambito dell'opportunità, «non possono non tener conto – pena la loro illegittimità, quanto meno sotto il profilo della irragionevolezza – dei risultati delle scienze che le condizionano all'esterno, come presupposti e dati dai quali non è possibile prescindere»⁴⁷³.

4. Fatti tecnico-scientifici e transessualismo: la scienza medica dimostra un'esigenza costituzionale di tutela o (semplicemente) la ragionevolezza di una scelta discrezionale del legislatore?

Come già anticipato nel capitolo precedente, la scienza gioca un ruolo determinante nel giudizio di costituzionalità che salva la normativa sul transessualismo, consentendo la rettificazione del genere anagrafico a seguito di modificazione dei caratteri sessuali. Questa vicenda offre lo spunto per riflettere su due differenti questioni: da un lato, si può notare come in essa ricorrano gli elementi individuati come determinanti – nel precedente capitolo – affinché la Corte proceda all'approfondimento della base scientifica della disciplina impugnata (cioè la specifica contestazione del presupposto fattuale della legge nell'ordinanza di rimessione e il collegamento tra scienza e *ratio* della norma che tutela un diritto fondamentale); dall'altro lato, porta a ragionare sul ruolo che la scienza può avere sul piano costituzionale e, nel caso specifico, a chiedersi se dalla sua considerazione possano scaturire diritti o pretese costituzionalmente rilevanti.

Per quanto riguarda il primo versante, si ricorda che la questione di legittimità posta dal giudice *a quo* mira a dimostrare – sulla base di un accurato approfondimento – l'erroneo fondamento scientifico della legge⁴⁷⁴: secondo il remittente, il legislatore,

⁴⁷² D. De Pretis, *Valutazioni tecniche e controllo giurisdizionale nel caso "Di Bella"*, in E. Bruti Liberati (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici*, Milano 2003, 46.

⁴⁷³ D. De Pretis, *Valutazioni tecniche*, cit., 47.

⁴⁷⁴ «Il giudice *a quo* negando l'esistenza, nei termini scientificamente definiti, del transessualismo, nega di conseguenza il valore terapeutico che la medicina affida all'operazione chirurgica e disconosce che la

tutelando un'esigenza "scientificamente inesistente", andrebbe a violare una serie di norme costituzionali, cioè gli artt. 2, 3, 29, 30 e 32. Relativamente al parametro che in questa sede interessa prendere in considerazione, cioè il diritto alla salute, si ritiene illegittimo il potere conferito al Tribunale⁴⁷⁵ di autorizzare trattamenti medico-chirurgici che trasformino, *non ope naturae sed artis*, gli organi riproduttivi di una persona⁴⁷⁶.

A fronte di tali rilievi, la Corte risponde utilizzando la scienza medica, al fine di dimostrare l'erroneità di quanto sostenuto nell'ordinanza di rinvio⁴⁷⁷: infatti, nella motivazione della sentenza che rigetta la questione, viene richiamata la definizione di transessuale elaborata dalla dottrina medico-chirurgica⁴⁷⁸, nella quale rientrerebbe a pieno anche il soggetto che non presenta alterazioni fisiche del sesso, ma solo un'esigenza di carattere psicologico e sociale⁴⁷⁹. Si noti che, al fine di escludere il contrasto della disciplina legislativa con i valori costituzionali⁴⁸⁰, la Corte non ritiene sufficiente invocare la presunzione favorevole al legislatore (sulla corretta considerazione dei presupposti di fatto), ma argomenta sulla correttezza del dato scientifico posto a fondamento della legge⁴⁸¹ e cioè sul valore terapeutico che la medicina affida all'operazione chirurgica e che permette di qualificarla come un atto di disposizione del proprio corpo non contrastante con l'art. 32 Cost.

legge impugnata prevede i mezzi ritenuti necessari per accertare le condizioni psico-sessuali del soggetto interessato» (punto 11 del considerato in diritto).

⁴⁷⁵ Art. 1 della legge n. 164 del 1982.

⁴⁷⁶ Come si legge al punto V dell'ordinanza di rinvio (Corte di cassazione, sez. I civ., 15 aprile 1983), il remittente ritiene legittima la tutela accordata a fronte di un «adeguamento morfologico e anagrafico ad una diversa realtà sessuale accertata obiettivamente e scientificamente», e cioè in caso di modificazione naturale dei caratteri sessuali, «non altrettanto considera le implicazioni che un'alterazione meramente artificiale del sesso può determinare nella vita di relazione così come si svolge nella nostra società». In questi ultimi casi mancherebbe «qualsiasi collegamento fra la disciplina giuridica della l. n. 164 del 1982 e le acquisizioni scientifiche» (punto IV).

⁴⁷⁷ Le censure sollevate dal giudice *a quo*, infatti, non terrebbero conto delle «elaborazioni dottrinali medico-legali [...] allo stadio attuale delle conoscenze scientifiche». Al punto 3 del considerato in diritto della sent. 161/1985, si legge che «si rende allora opportuno soffermarsi, per quanto necessario, sul fenomeno del transessulismo, la cui considerazione ha determinato l'intervento legislativo del quale si discute».

⁴⁷⁸ «Transessuale, secondo la dottrina medico-legale, viene considerato il soggetto che, presentando i caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso (ma alcuni autori preferiscono parlare di "genere") sente in modo profondo di appartenere all'altro sesso (o genere), del quale ha assunto l'aspetto esteriore ed adottato i comportamenti e nel quale, pertanto, vuole essere assunto a tutti gli effetti ed a prezzo di qualsiasi sacrificio» (punto 3 del considerato in diritto).

⁴⁷⁹ Il legislatore italiano ha quindi accolto «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo non più esclusivamente agli organi genitali esterni, quali accertati al momento della nascita ovvero "naturalmente" evolutisi, sia pure con l'ausilio di appropriate terapie medico-chirurgiche, ma anche ad elementi di carattere psicologico e sociale» (punto 4 del considerato in diritto).

⁴⁸⁰ La Corte conclude il giudizio rigettando la questione ed osservando che «il legislatore è intervenuto, senza certamente né provocarla né agevolarla, su una realtà fenomenica nota anche se di dimensioni quantitative assai modeste, per apprestare adeguata tutela ai soggetti affetti da sindrome transessuale [...] il legislatore ha preso atto di una simile situazione, nei termini prospettati dalla scienza medica, per dettare le norme idonee».

⁴⁸¹ Nel caso di specie, una motivazione che tenga conto dei dati scientifici si rende probabilmente necessaria proprio a fronte del fatto che è lo stesso giudice *a quo* a contestare nell'ordinanza di rimessione i presupposti di fatto in maniera estremamente particolareggiata; ma, secondo la Corte, le censure sollevate non terrebbero conto delle «elaborazioni dottrinali medico-legali [...] allo stadio attuale delle conoscenze scientifiche». Questo è uno dei pochi casi in cui il giudice costituzionale avverte l'esigenza di giustificare il fondamento scientifico della scelta normativa, mentre, come osserva I. Massa Pinto, *La discrezionalità politica del legislatore*, cit., 1318, «troppo spesso il giudice delle leggi, rifugiandosi nelle comode braccia della discrezionalità legislativa, ha ritenuto *ragionevoli* alcuni *bilanciamenti* sottesi alle scelte operate in sede politica senza far emergere, nelle motivazioni delle sentenze, i relativi procedimenti interpretativi».

Sulla base di questa sintetica ricostruzione di alcuni profili del giudizio, si può quindi concludere che il richiamo ad argomenti scientifici permette di dimostrare che la disciplina sottoposta a sindacato non viola il diritto alla salute dei transessuali, ma, anzi, lo tutela «consentendo l'affermazione della loro personalità»⁴⁸², ed in ciò si identifica appunto, la sua *ratio*.

Prendendo ora in considerazione la seconda questione sopra accennata, ci si può chiedere se, a fronte di tale realtà medico-scientifica, esista un vincolo costituzionale che impone la tutela del transessuale, attraverso il riconoscimento giuridico del mutamento di genere, oppure se, semplicemente, l'intervento legislativo risulti legittimo sulla base della considerazione di tali dati, ma rimanga pur sempre frutto di una scelta discrezionale del legislatore e, pertanto, sia eliminabile a seguito di una diversa decisione parlamentare.

Al fine di ragionare su tale questione si tenga presente che, in una sentenza⁴⁸³ precedente all'entrata in vigore della l. 164/1982, la Corte ha ritenuto che «le norme costituzionali invocate [artt. 2 e 24 Cost.] non pongano fra i diritti inviolabili dell'uomo quello di far riconoscere e registrare un sesso esterno diverso dall'originario, acquisito con una trasformazione chirurgica per farlo corrispondere a una originaria personalità psichica». Il motivo del rigetto non va, però, ricercato nel rifiuto di riconoscere il transessualismo come la realtà fattuale esistente e bisognosa di tutela⁴⁸⁴, ma, piuttosto, nella natura dei parametri invocati e, forse, in una visione un po' troppo ristretta della vicenda da parte del giudice costituzionale. Nello specifico, mentre il giudice *a quo*, tenuto conto della situazione di turbamento interiore dell'attore, sostiene che il diritto da lui fatto valere (cioè quello alla identità sessuale) sia da annoverare come diritto della personalità e quindi tra i diritti inviolabili, la Corte abbraccia una lettura chiusa dell'art. 2, ritenendo che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti⁴⁸⁵.

⁴⁸² Punto 4 del considerato in diritto. Si noti che, nel citato passaggio della sentenza in materia di transessualismo, la Corte chiarisce come nell'art. 32 vada ricompreso uno stato di benessere non solo fisico ma anche psichico. Così R. Rolli-A.Pinna, *Il diritto alla salute*, in M. Sesta-A. Cuffaro (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 6.

⁴⁸³ Sent. 98/1979, nella quale il giudice *a quo* contestava la legittimità costituzionale degli artt. 165 e 167 del r.d.l. 9 luglio 1939 n. 1238 e 454 c.c. che, secondo la costante interpretazione della Cassazione, condivisa dallo stesso remittente, escludono il diritto alla rettificazione dell'atto di nascita e all'attribuzione del sesso femminile nell'ipotesi di modificazioni artificiali del sesso.

⁴⁸⁴ L'ordinanza di rinvio (Tribunale di Livorno, 12 febbraio 1976) richiama il fenomeno del transessualismo, come descritto nella relazione tecnica del consulente medico legale, utilizzando il caso concreto su cui è chiamato a giudicare come caso "tipizzato", che rappresenta l'esempio di una nuova situazione da tutelare non considerata dall'ordinamento. Come rileva S. Bartole, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 1181-1182, le risultanze della perizia hanno avuto un peso determinante; infatti, «sia l'uno che l'altro organo giudicante [Tribunale e Corte costituzionale] hanno esplicitamente aderito all'opinione scientifica più favorevole ad ammettere, nelle ipotesi di transessualismo accompagnate da contemporaneo intervento chirurgico di rimozione e ricostruzione plastica, l'esistenza di un *quid novi* atto a giustificare l'accoglimento della domanda intesa ad ottenere una rettifica delle risultanze dei registri dello stato civile [...]. In ambedue i giudizi non si è ritenuto di dare credito all'interpretazione restrittiva che di fenomeni del genere si è data in sede scientifica [...] che non consentirebbe, anche ad interventi chirurgici effettuati [...] di parlare di mutamento di sesso e di trapasso dal sesso maschile a quello femminile».

⁴⁸⁵ Come sostenuto da S. Bartole, *Transessualismo*, cit., 1196, la decisione del giudice costituzionale avrebbe inoltre risentito di «scelte di valore», tali da rappresentare «l'immissione di un'imput soggettivo nella trama dell'argomentazione», con particolare riferimento alle possibili ripercussioni di un eventuale accoglimento della questione sull'istituto matrimoniale. Secondo l'A. «dalla motivazione risulta infatti la stretta connessione che per l'organo giudicante sussiste tra disciplina del fenomeno del transessualismo e regolazione delle implicazioni matrimoniali del fenomeno stesso. Non sembra cioè che si sia percepita l'esistenza di una gamma ben più vasta di vicende, trascendenti quella matrimoniale, rispetto alle quali possono venire in rilievo il riconoscimento e la tutela della peculiare situazione dei transessuali» (pag. 1193).

L'esclusione del diritto all'identità sessuale dal novero dei diritti inviolabili dell'uomo, però, non convince a pieno: «giacché lo sviluppo della sessualità in tutte le sue forme e connotazioni è elemento essenziale dello sviluppo della persona umana»⁴⁸⁶, la sua tutela non sarebbe soltanto compito del legislatore, ma anche dovere del giudice costituzionale⁴⁸⁷. Alla luce di ciò ci si può chiedere se, a partire dalla sent. 161/1985, sia possibile attribuire un rango costituzionale, e quindi fondamentale, al diritto all'identità sessuale. In dottrina⁴⁸⁸ si rileva che la legge 164/1982 «realizza (e la Corte asseconda) una vera e propria “rivoluzione copernicana”», che la successiva giurisprudenza⁴⁸⁹ confermerà, affermando l'esistenza di un diritto fondamentale alla libertà (e all'identità) sessuale. Il riconoscimento di questo diritto trova quindi la base nel dato medico-scientifico, che configura il sesso come «dato complesso della personalità determinato da una serie di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio»⁴⁹⁰ e permette in tal modo di attuare in concreto il principio personalistico⁴⁹¹. Prospettare questa esigenza di tutela costituzionale si accorda, del resto, con quella dottrina secondo cui «il procedere delle conoscenze o il mutare della percezione di un fenomeno o di un problema – e così pure le innovazioni legislative – costituiscono [...] i principali motori dei progressivi assestamenti di senso della Carta; ciò che la rende durevole nel tempo, sensibile ai cambi di stagione, applicabile a realtà neppure concepibili nel momento in cui essa vedeva la luce»⁴⁹².

⁴⁸⁶ S. Bartole, *Transessualismo*, cit., 1191.

⁴⁸⁷ In questo senso si è orientata anche la Corte costituzionale tedesca che, con la sent. 11 ottobre 1978, ha ritenuto conforme a costituzione l'interpretazione della normativa sullo stato delle persone che consentisse la rettifica della iscrizione nel registro degli atti di nascita.

⁴⁸⁸ P. Veronesi, *Il corpo e la costituzione*, cit., 59.

⁴⁸⁹ Si tratta della sent. 561/1987.

⁴⁹⁰ Così ha esplicitamente riconosciuto la stessa sent. 161/1985, al punto 4 del considerato in diritto. Con particolare riferimento al fenomeno del transessualismo, la scienza medica ha dimostrato che una diagnosi sessuale fondata sulla mera osservazione degli organi genitali esterni possiede un valore solo presuntivo: il transessuale presenta, infatti, un vero e proprio stato patologico, caratterizzato dalla ferma convinzione di appartenere al sesso opposto a quello anagrafico, per cui la persona presenta una forte dissociazione tra psiche e corpo. A favore del riconoscimento della necessità costituzionale di fornire tutela al transessuale, depongono, inoltre, alcune osservazioni della sent. 161/1985: ad esempio, si sottolineano gli effetti benefici dell'intervento chirurgico (e della conseguente rettificazione anagrafica), che permettono di superare il disagio vissuto dal soggetto, attraverso l'affermazione della propria personalità e il superamento dell'isolamento dell'ostilità e dell'umiliazione che spesso accompagnano la sua esistenza.

⁴⁹¹ Una simile impostazione è rinvenibile, ad esempio, nella giurisprudenza di Strasburgo (*Goodwin v. Regno Unito*, 11 luglio 2002), che qualifica come diritto fondamentale della persona, rientrando nella tutela di cui all'art. 8 CEDU, il riconoscimento giuridico della nuova identità del transessuale.

In questa vicenda giurisprudenziale, però, l'argomento scientifico ha in precedenza (*Sheffield e Horshan v. Regno Unito*, 30 luglio 1998) giocato a sfavore dell'allargamento di tutela, poiché è stato utilizzato per sostenere che, nonostante i rilevanti progressi della scienza compiuti in materia di procedure di conversione sessuale, non si era ancora in grado di garantire l'acquisizione di tutte le caratteristiche biologiche dell'altro sesso, ragion per cui non si poteva costringere uno stato a riconoscere un cambiamento non completato dal punto di vista fattuale. Come rileva E. Crivelli, *I transessuali e il diritto europeo*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna 2007, 339, tale argomento viene poi superato, o meglio «svuotato di importanza», nella successiva pronuncia, sopra citata, che sgancia il diritto al riconoscimento giuridico del transessuale dai progressi della medicina. A ben vedere, infatti, se la *ratio* della richiesta è permettere un'attuazione sotto ogni punto di vista, anche giuridico, di una nuova identità (sessuale) coincidente con i desideri e le necessità della persona, a nulla rileva il dato scientifico relativo alla perfettibilità dei risultati della procedura medica che è comunque in grado di soddisfare una coincidenza tra “soma” e “psiche”.

Nella successiva sentenza *Grant v. Regno Unito*, la Corte europea dei diritti dell'uomo conferma che il diritto ad ottenere il riconoscimento legale della modificazione del proprio sesso originario non rientra nel margine di apprezzamento dei singoli Stati membri, argomentando, oltre che sul consenso raggiunto a livello europeo ed internazionale e sulla diffusione di nuovi interventi normativi, anche sullo «stato attuale delle conoscenze medico scientifiche».

⁴⁹² P. Veronesi, *Il corpo e la costituzione*, cit., 45.

5. La giurisprudenza costituzionale in tema di trattamenti terapeutici: la scienza come vincolo imprescindibile per il legislatore

Il principio secondo cui la legge deve fondarsi su basi scientifiche e prognostiche adeguate sembra trovare pieno riconoscimento in materia di trattamenti terapeutici.

La libertà delle scelte discrezionali del legislatore in tema di sanità vede, infatti, un limite nella «necessità di garantire a ciascuno la concreta possibilità di disporre degli strumenti di cura indispensabili» e nell'«esigenza di garantire l'effettività delle cure»⁴⁹³: al fine di procedere a tali valutazioni, tanto in sede legislativa, quanto nel momento del controllo costituzionale, può essere necessario prendere in considerazione i dati della scienza.

Si consideri, ad esempio, il concetto di “indispensabilità” di una prestazione sanitaria, che contribuisce alla determinazione del nucleo essenziale del diritto alla salute⁴⁹⁴. Per qualificare una cura, un esame clinico, o qualsiasi altra attività medica come indispensabile, il legislatore dovrà procedere a valutazioni extralegislative, cioè di tipo fattuale, da effettuarsi anche sul piano tecnico-scientifico⁴⁹⁵: tale determinazione sarà assistita da una «presunzione di adeguatezza, che opera, per così dire, sino a che la concreta esperienza non la smentisca»⁴⁹⁶. In questa ultima ipotesi, quindi, potrebbe prospettarsi come necessario un intervento della Corte costituzionale, che rilevi l'irragionevolezza della limitazione legislativa della sfera di autodeterminazione individuale, poiché basata su valutazioni scientifiche errate o incomplete, ad esempio in merito all'efficacia o alla qualità della cura. Sebbene non verta intorno al concetto di indispensabilità della cura, ma semplicemente sulla qualificazione di un determinato trattamento come “terapeutico”, è significativo il giudizio in cui la Corte ha ritenuto di essere competente a sovrapporre alla valutazione legislativa, che negava efficacia alle cure idrotermali, la “propria” valutazione (che recepisce quanto acquisito a livello medico e scientifico), riconoscendone il valore terapeutico⁴⁹⁷. La definizione stessa di “terapia” viene quindi presa in esame dalla Corte che, al fine di soddisfare le esigenze costituzionali connesse al diritto alla salute, considera tale termine in senso relativamente elastico⁴⁹⁸.

La stessa Corte costituzionale, sembra assumere questa prospettiva nella sent. 161/1985, laddove si sottolinea che la decisione, e la legge stessa, agiscono «allo stadio attuale delle conoscenze scientifiche», e che si collocano «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale».

⁴⁹³ B. Pezzini, *La scelta terapeutica tra esercizio di potere e assunzione di responsabilità (profili costituzionali del caso Di Bella)*, in E. Bruti Liberati (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici*, Milano 2003, 76.

⁴⁹⁴ Si veda, ad esempio, la sent. 992/1988, nella quale viene riconosciuta l'assunzione della spesa a carico del Servizio sanitario nazionale per le prestazioni di diagnostica specialistica ad alto costo, anche presso strutture private non convenzionate, allorché queste ultime siano le uniche detentrici delle relative apparecchiature e gli inerenti accertamenti risultassero indispensabili, rilevando che «la comune esperienza suffraga – e il caso ne è palmare conferma – come possano esservi cure ed interventi [...] non altrimenti soddisfattibili».

⁴⁹⁵ Come rileva B. Pezzini, *La scelta terapeutica*, cit., 80, al fine di operare una scelta in merito alla predisposizione dei mezzi di tutela della salute il legislatore dovrà valutare quali cure siano indispensabili e quali no, tenendo conto di una serie di elementi, come ad esempio la gravità e la diffusione delle patologie, costi diretti ed indiretti dei farmaci e delle terapie, la loro efficacia e le modalità di somministrazione.

⁴⁹⁶ B. Pezzini, *La scelta terapeutica*, cit., 80; a sostegno di tale affermazione l'A. richiama la sent. 127/1990, nella quale si afferma che «fino a prova contraria, infatti, si deve presumere che i limiti massimi insuperabili che Governo e Regioni stabiliscono, e ulteriormente andranno a fissare, per i vari elementi nocivi che compongono le emissioni inquinanti, siano tali da contenere le emissioni “a livelli accettabili per la protezione della salute e dell'ambiente”» (punto 1 del considerato in diritto).

⁴⁹⁷ Sent. 559/1987.

⁴⁹⁸ M. Manetti, *La procreazione assistita tra ordinarietà ed emergenza*, in R. Bin-G. Brunelli-A. Guazzarotti-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo*

Questi primi rilievi sono sufficienti a comprendere l'imprescindibile collegamento esistente in materia di trattamenti terapeutici tra scienza e discrezionalità legislativa. Si può infatti affermare che i dati scientifici costituiscano un vero e proprio limite alle scelte politiche nell'ambito considerato. Per ammissione della stessa giurisprudenza costituzionale⁴⁹⁹, affinché una normativa che incida sulle scelte terapeutiche possa ritenersi ragionevole, dovrà essere rispettato il principio secondo il quale «il legislatore si trova di fronte al divieto preciso di incidere sui trattamenti sanitari limitandoli per ragioni diverse da quelle individuate dagli organismi tecnico-scientifici»⁵⁰⁰. Pertanto, nell'elaborazione di norme riguardanti il settore medico e terapeutico (che è direttamente connesso alla tutela della salute) diventa necessario, pena l'incostituzionalità della legge, un approfondimento del contesto tecnico-scientifico in cui si inserirà la disciplina⁵⁰¹. Sulla base di quanto evidenziato, appare chiaro il ruolo che i dati scientifici possono assumere, ad esempio, nel controllo sulla ragionevolezza di un divieto legislativamente imposto a determinate cure mediche: in particolare, le acquisizioni della scienza saranno necessarie per valutare la certa (o probabile) dannosità di un trattamento, i suoi possibili effetti benefici, nonché l'eventuale esistenza di una terapia alternativa⁵⁰².

Quando, però, la scienza medica non è in grado fornire indicazioni precise e sicure al legislatore, al punto che quest'ultimo, anche a seguito di adeguati approfondimenti, può solo ricostruire un contesto scientifico incerto, si riespande la discrezionalità politica o è comunque possibile configurare esigenze costituzionali che vincolino la scelta normativa?

La Corte costituzionale tiene conto dell'incertezza scientifica, cioè dei possibili (o meglio, non impossibili) effetti benefici derivanti da un trattamento farmacologico ancora in piena fase sperimentale, nella sent. 185/1998, che dichiara l'illegittimità costituzionale

a giudizio. Atti del convegno tenutosi a Ferrara il 18 aprile 2008, Torino, 2008, 1. L'A. evidenzia che la Corte ha dimostrato, sia rispetto alle cure termali (sent. 559/1987), che rispetto al trattamento Di Bella (sent. 185/1998) di considerare il termine "terapia" in senso relativamente elastico, in rapporto ai beni costituzionalmente rilevanti che ne siano implicati.

⁴⁹⁹ La giurisprudenza costituzionale coglie l'occasione per esprimersi sui limiti che la discrezionalità legislativa incontra nel campo di scelte terapeutiche con la sent. 282/2002 (già richiamata nel primo capitolo). Nella stessa pronuncia la Corte precisa che la salute del paziente deve essere tutelata, in primo luogo, con il riconoscimento dell'autonomia decisionale del medico, cui spetta la scelta terapeutica nel rispetto dell'autodeterminazione del paziente, mentre l'intervento legislativo è destinato a regolamentare tutte quelle ipotesi in cui i trattamenti sanitari comportano specifici e gravi rischi, assumendo pertanto natura "sussidiaria".

⁵⁰⁰ Nella sentenza citata alla nota precedente, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della legge che vieta l'utilizzo della pratica medica dell'elettroshock proprio poiché prevedeva misure precauzionali senza fondarsi su precise acquisizioni tecnico-scientifiche, come rilevato da R. Bin, *La Corte e la scienza* cit., 9. In particolare, nella sent. 282/2002 si precisa che normative dirette a limitare o vietare il ricorso a determinate terapie non sono costituzionalmente ammissibili quando nascono 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, 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» (cfr. sent. n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica».

⁵⁰¹ Nel caso di specie (si tratta sempre del giudizio concluso con la sent. 282/2002) è la stessa legge impugnata ad evidenziare la temporaneità del suo intervento (precauzionale), in attesa di futuri accertamenti, fornendo così alla Corte gli elementi per presumere l'arbitrarietà di quanto in essa disposto: la questione viene, infatti, accolta applicando il principio secondo cui il legislatore sarebbe incompetente a legiferare senza un previo approfondimento medico-scientifico, che chiarisca i presupposti fattuali sui quali dovrebbe reggersi la disciplina.

⁵⁰² L. Violini, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, 1457; l'A. evidenzia che per vietare legislativamente una terapia «occorrerebbe una ragionevole certezza della dannosità della stessa, dannosità peraltro da non valutare in termini assoluti ma relativamente ai supposti benefici che da essa potrebbero derivare per certi stati di salute già più o meno gravemente compromessi».

nella mancata previsione dell'erogazione gratuita dei farmaci relativi alla "multiterapia Di Bella"⁵⁰³. In questo caso, la Corte enuncia il fondamentale principio secondo cui essa «non è chiamata, né potrebbe esserlo a sostituire il proprio giudizio alle valutazioni che, secondo legge, devono essere assunte nelle competenti sedi, consapevole com'è dell'essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico scientifici»⁵⁰⁴; tuttavia, in assenza di acquisizioni scientifiche certe (o meglio, in attesa dei risultati della sperimentazione), si ritiene competente ad intervenire censurando la legge in questione⁵⁰⁵, poiché «finché la scienza non dirà l'ultima parola, il principio di eguaglianza prevale su ogni altra considerazione, e spetta al singolo medico valutare se, risultando inutile ogni altra terapia, prescrivere quel trattamento o meno»⁵⁰⁶. Alla base della limitazione della discrezionalità legislativa, quindi, non troviamo un dato scientifico sicuro, poiché il giudizio prognostico sul fatto (la sperimentazione), impossibile da svolgere allo stato attuale delle conoscenze scientifiche, è stato sostituito da un giudizio di valore, che ha le sue uniche basi nel dubbio, o meglio nella "non implausibile efficacia" del trattamento⁵⁰⁷.

Ma quale diritto viene tutelato con questa pronuncia? Non siamo di fronte al diritto ad avere cure indispensabili (poiché la loro efficacia è tutt'altro che dimostrata), ma, piuttosto, alla possibilità di far ricorso (non ad una cura qualsiasi ma) all'ultima speranza

⁵⁰³ La sentenza individua un contenuto minimo del diritto alla salute, la cui garanzia è un limite per la discrezionalità legislativa: il nucleo essenziale del diritto, in questo caso, è dato dalla coincidenza dell'aspetto pretensivo, costituito dal diritto all'assistenza farmaceutica, con il diritto all'integrità psico-fisica, in quanto il primo profilo diviene necessario al fine di tutelare il secondo. La Corte decide, quindi, di porre a carico dello Stato l'utilizzo del "trattamento Di Bella", ritenendo il "fatto legislativo", costituito dall'avvio della sperimentazione (e dalla parallela vendita di tali farmaci al di fuori della sperimentazione), «produttivo di aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute».

Rileva T. Groppi, *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, in *Giur. cost.*, 1998, 2802, che «la legge viene in rilievo per le conseguenze di ordine sociale che produce, per i processi che mette in moto nella società, che si traducono, nella sentenza, nelle "aspettative" che scaturiscono indubbiamente dalla disciplina della sperimentazione [...]. La Corte sottolinea quella che potremmo chiamare la "responsabilità sociale" del legislatore, che fa così il suo ingresso nel giudizio di costituzionalità [...]. Se a fronte di un fenomeno sociale, spontaneo, il legislatore non interviene, come frequentemente accade nel campo della c.d. medicina alternativa, [...] *nulla quaestio*. Ma se lo fa, anche sotto la spinta dell'opinione pubblica [...] allora sappia – sembra dire la Corte – che già questo suo esserci, questo suo approntare una disciplina produce conseguenze che entrano a comporre il giudizio di costituzionalità».

⁵⁰⁴ Un'applicazione di questo principio è rinvenibile nella successiva sent. 188/2000, in cui, a fronte della richiesta di permettere ai pazienti oncologici in stato di indigenza di usufruire del "multitratamento Di Bella" per la cura di patologie non ammesse alla sperimentazione, la Corte precisa che «la sentenza n. 185 non mirava ad allargare il numero delle patologie individuate dalla Commissione oncologica, né a legittimare tale ampliamento a opera di eventuali interventi giudiziari successivi, tali da 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». In tema si veda C. Panzera, *Legislature, giudici e corte costituzionale di fronte alla salute*, cit., 377, il quale rileva che «la ritrosia della Corte ad intervenire è suffragata dalla chiara volontà di non sovrapporre la propria valutazione a quella espressa nelle competenti sedi medico-scientifiche che fanno capo al Ministero della Sanità».

⁵⁰⁵ Cfr. S. Grassi-A. Gragnani, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Torino 2003, 164, i quali richiamano la sent. 185/1998 in relazione al principio di precauzione poiché in essa si afferma chiaramente che «la situazione di incertezza scientifica non è sufficiente di per sé ad escludere l'adozione di provvedimenti di contenuto positivo o negativo preordinati alla tutela della salute umana».

⁵⁰⁶ Cfr. R. Bin, *La Corte e la scienza*, cit., 8.

⁵⁰⁷ La sent. 185/1998 stabilisce, infatti, che quanto in essa viene disposto abbia efficacia «fino al momento in cui sia possibile disporre di dati scientificamente attendibili, in base ai quali si possa uscire dalla situazione di incertezza attuale circa la non implausibile efficacia del "multitratamento Di Bella", momento in cui dovrà operare la disciplina a regime».

di vita di un soggetto per il quale «non esistano valide alternative terapeutiche»⁵⁰⁸. Probabilmente, proprio poiché si tratta di un giudizio di eguaglianza che coinvolge lo stesso diritto alla vita (o forse sarebbe meglio dire, alla speranza di vita)⁵⁰⁹, il giudice costituzionale procede alla dichiarazione di illegittimità nonostante si trovi di fronte a dati scientifici tutt'altro che sicuri e sia in un terreno, quello dell'erogazione di prestazioni da parte dei pubblici poteri, piuttosto delicato, viste le conseguenze, anche economiche⁵¹⁰, della pronuncia di accoglimento⁵¹¹.

6. Trattamenti sanitari obbligatori: la ragionevolezza (scientifica) dell'imposizione di vaccinazioni e accertamenti sanitari

Un altro settore del diritto in cui il collegamento con le acquisizioni scientifiche è imprescindibile riguarda i trattamenti sanitari obbligatori.

L'art. 32 Cost. stabilisce che la loro imposizione possa avvenire solo attraverso una fonte primaria e che debba presupporre un contemperamento tra l'interesse del singolo e quello della società⁵¹². Per quanto riguarda le vaccinazioni obbligatorie, ad esempio, perché il sacrificio imposto al primo sia legittimo, sarà rilevante, da un lato, il grado di certezza scientifica⁵¹³ che supporta la valutazione della pericolosità (cioè della gravità e della possibilità di contagio) della malattia che la profilassi è volta a prevenire⁵¹⁴; dall'altro

⁵⁰⁸ Sent. 185/1998, punto 10 del considerato in diritto. Come rilevato da B. Pezzini, *La scelta terapeutica*, cit., 88, la prestazione consistente nel c.d. "multitrattamento Di Bella" non è ritenuta indispensabile sulla base di valutazioni di carattere medico e farmaceutico, viene invece considerata una (l'unica) possibilità di cura che concretizza «l'aspettativa nei confronti di un approccio terapeutico alternativo e minoritario» in casi di esigenze terapeutiche estreme e senza risposte alternative.

⁵⁰⁹ Da notare che questa pronuncia fa riferimento ad un «parametro misto: l'art. 32 Cost. sotto il profilo del contenuto minimo del diritto alla salute, che non può che essere assicurato a tutti indipendentemente dalle diverse situazioni economiche, in una condizione, cioè, riconducibile alla eguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3 comma 2 Cost.», così T. Groppi, *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, cit., 2799.

⁵¹⁰ La dichiarazione di incostituzionalità viene, comunque, contenuta entro limiti ben precisi (oggettivi, soggettivi e temporali) al fine di evitare un impatto eccessivo, soprattutto economico, della decisione. La pronuncia viene considerata da E. Malfatti-R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino 1999, 197, «per alcuni versi rapportabile alle additive di principio anche se con caratteristiche particolari».

⁵¹¹ Una lettura più restrittiva della sentenza è fornita da A. Anzon, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul "caso Di Bella"*, in *Giur. cost.*, 1998, 1528-1529, secondo la quale se l'uso dei medicinali in questione fosse stato consentito, a spese del servizio sanitario nazionale, soltanto agli ammalati inclusi nella sperimentazione, verosimilmente la corrispondente disciplina legislativa difficilmente sarebbe stata attaccabile sul piano della legittimità costituzionale. A ritenere il contrario, infatti, di tutte le ipotesi terapeutiche, anche in mancanza di riscontri oggettivi, si potrebbe pretendere, anche con il solo inizio della sperimentazione, di esigere l'erogazione gratuita dei relativi medicinali "innovativi".

⁵¹² L'interesse della collettività si identifica in questo caso con la necessità di protezione da morbi pericolosi per salute e facilmente trasmissibili, di ogni singolo che compone la collettività e non con l'interesse della società al benessere e alla salute dei propri membri. Cfr. D. Vincenzi Amato, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Trattamenti sanitari tra libertà e doverosità*, Atti del Convegno di studi, Roma, 1 dicembre 1982, Napoli 1983, 27, la quale rileva che «è l'esigenza di proteggere la salute di tanti singoli che compongono la collettività a giustificare l'imposizione di un trattamento; non, si badi bene, l'interesse più generale e generico che la collettività, in astratto, ha alla salute e al benessere dei propri membri. Quest'ultimo interesse, semmai, è proprio alla base del riconoscimento del diritto individuale alla salute e non può risolversi nella sua negazione».

⁵¹³ L. Carlassare, *L'articolo 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. Alessi (a cura), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza 1967, 112. Così anche C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano 1972, 439.

⁵¹⁴ Come rileva B. Barbisan, *Vaccinazioni obbligatorie, trattamenti necessari e solidarietà per danni*, in *Giur. cost.*, 2001, 4127, l'obbligo della vaccinazione persegue lo scopo di immunizzare l'intera collettività – persona per persona – dal contagio di morbi facilmente trasmissibili e dagli effetti molto seri, con la ragionevole certezza che si possa giungere di fatto ad una rimozione totale del rischio.

lato, la dimostrazione – sempre sulla base della scienza medica – dell’effetto benefico che, al contempo, il trattamento deve necessariamente avere sulla salute del singolo. Per espressa ammissione del giudice delle leggi il trattamento «può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili»⁵¹⁵. Si noti che, con quest’ultimo ragionamento, la Corte sembra considerare la tutela della salute come il limite, e non solo come obiettivo, di una norma che impone un trattamento sanitario⁵¹⁶ e che, ancora una volta, per l’applicazione del criterio individuato dal giudice delle leggi sarà necessario procedere a valutazioni di tipo scientifico⁵¹⁷. Più in generale, è stato rilevato che una legge che disponga un trattamento sanitario obbligatorio dovrà individuare la tipologia più adeguata al fine cui è lo stesso preposto⁵¹⁸, riducendo al minimo indispensabile la coercizione nel rispetto dei diritti essenziali della persona⁵¹⁹ e «lasciando alla stessa discrezionalità tecnica (medica) quel solo spazio che, per la stessa diversità fisica tra soggetto e soggetto, è indispensabile per il successo del trattamento»⁵²⁰.

Come già detto, i criteri enunciati, ricavabili dal dettato costituzionale, necessitano di un controllo condotto sulla base di nozioni ed approfondimenti scientifici. Lo stesso limite della dignità umana, previsto esplicitamente dall’art. 32 Cost., è un concetto variabile, per la cui determinazione è richiesta la considerazione di fattori diversi, ambientali e culturali insieme, tra cui, non ultimo, lo stato delle cognizioni scientifiche⁵²¹. La nozione di ciò che lede la dignità dell’uomo ha infatti un significato destinato ad andare oltre le ipotesi specifiche che ispirarono la norma⁵²² e può ricomprendere le varie casistiche suscettibili di profilarsi a causa del progresso scientifico.

Ricostruito, in astratto, il rilievo che la scienza può avere nella materia considerata, si verificherà ora se, e come, la Corte abbia dato importanza a tali elementi fattuali nei giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto la legislazione riguardante le vaccinazioni obbligatorie e se siano stati effettuati approfondimenti al fine di valutare i presupposti scientifici della normativa.

⁵¹⁵ Sent. 307/1990, punto 2 del considerato in diritto. Sulla necessità che un t.s.o. anche se indirizzato a tutelare la salute collettiva, richieda come condizione per la sua legittima imposizione, che favorisca anche la salute del singolo che è chiamato a subirlo si vedano anche le sentt. 258/1994, 118/1996 e 27/1998.

⁵¹⁶ F. Giardina, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e responsabilità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1990, 1180-1181.

⁵¹⁷ Come rileva S. Lessona, *La tutela della salute pubblica*, cit., 336, in tema di trattamenti sanitari «allorché si tratta di imporre un obbligo, la prudenza non è mai troppa: il ponderato vaglio che si attua nella formazione della legge è la migliore garanzia contro misure non sufficientemente collaudate dal dato scientifico e di esperienza, cui, sia pure a fine di bene, l’amministrazione potrebbe essere tratta».

⁵¹⁸ Come rilevato da D. Vincenzi Amato, *Art. 32 II comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1976, 176, per valutare l’adeguatezza del mezzo rispetto al fine si dovrà porre attenzione «sia al trattamento indicato, sia ai modi di imposizione ed a quelli di applicazione materiale: e la valutazione dovrà essere fatta, ovviamente, avendo come dati di raffronto la gravità del male che si intende curare o prevenire, nonché la varietà e la diversa efficacia dei mezzi di cura e di prevenzione».

⁵¹⁹ Come rileva B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, cit., 66.

⁵²⁰ D. Vincenzi Amato, *Art. 32 II comma*, cit., 178.

⁵²¹ Cfr. L. Carlassare, *L’articolo 32 della Costituzione*, cit., 112-113, la quale rileva che nella relazione all’Assemblea Costituente della Sottocommissione si ritiene che se la sterilizzazione «fosse basata su indiscusse basi scientifiche e avesse dalla sua la grande maggioranza dell’opinione pubblica, perderebbe per questo fatto gran parte del suo carattere lesivo della dignità umana» (*Relazione all’Assemblea Costituente*, Roma 1946, 310).

⁵²² L’intenzione dei costituenti, come si evince dai lavori preparatori, era diretta a proibire esperimenti scientifici o pseudo-scientifici sull’uomo (inammissibilità delle “cavie umane”) ed altri interventi degradanti, quali, ad esempio, la sterilizzazione per motivi razziali o per pretese finalità eugenetiche, come rileva V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 562.

6.1. La giurisprudenza costituzionale in tema di vaccinazioni obbligatorie: l'affermazione di un'imprescindibile connessione tra previsioni legislative e scienza

In primo luogo, va rilevato che il giudice costituzionale, in più occasioni, ribadisce che la previsione di trattamenti sanitari obbligatori, come le vaccinazioni, risulta compatibile con l'art. 32 Cost.⁵²³ solo se l'imposizione risulti necessaria alla luce delle conoscenze mediche⁵²⁴ e qualora «si prevedano ad opera del legislatore tutte le cautele possibili, atte ad evitare il rischio di complicanze»⁵²⁵.

Per quanto riguarda il primo profilo considerato, cioè la necessità medico-scientifica del trattamento, la Corte non ha mai avuto l'occasione di esprimersi, ma ha ammesso che nel caso in cui si contestasse la «pericolosità del vaccino in uso, si tratterebbe di valutare, sulla base di comprovati elementi di natura tecnico-scientifica, la fondatezza di tale allegazione»⁵²⁶, dimostrando così un orientamento favorevole ad una valutazione, in sede di costituzionalità, della base scientifica della disciplina.

Anche relativamente alla seconda questione, cioè le cautele che devono accompagnare l'obbligo di vaccinazione, il giudice delle leggi prospetta l'esigenza costituzionale di ancorare alle acquisizioni della scienza una legge che prescriva gli accertamenti preventivi tali da evitare, quando possibile, conseguenze tragiche quali danni permanenti al soggetto da sottoporre a profilassi⁵²⁷. Poiché, però, come la scienza medica

⁵²³ Si rilevi quanto evidenziato da F. Giardina, *Vaccinazione obbligatoria*, cit., 1880-81, secondo il quale nel ragionamento della Corte la tutela del diritto alla salute finisce per costituire il limite e non l'obiettivo della norma impositiva di un trattamento sanitario.

⁵²⁴ Implicitamente affermato nelle sentt. 307/90 e 258/94, poi esplicitato nella sent. 258/1994, in cui, al punto 6 del considerato in diritto la Corte ribadisce «la obbligatorietà generalizzata delle vaccinazioni ritenute necessarie alla luce delle conoscenze mediche». La scienza diventa il fondamento che può giustificare la prevalenza del principio di solidarietà su quello di libertà del singolo, poiché è ragionevole limitare quest'ultima prevedendo la doverosità della sottoposizione al trattamento solo qualora sia in gioco la salute della collettività.

⁵²⁵ Sent. 118/1998 (punto 4 del considerato in diritto), che richiama quanto già affermato nella sent. 258/1994 (punto 5 del considerato in diritto).

⁵²⁶ Ord. 262/2004. Nel caso di specie, il remittente contestava l'obbligatorietà della vaccinazione antitetanica poiché nessun pericolo alla collettività potrebbe derivare qualora il singolo soggetto non si vaccini contro il rischio del tetano, non essendo una malattia diffusiva, ma solo infettiva (che non si trasmette cioè per contagio). La Corte conclude per l'inammissibilità della questione, a causa della carente motivazione sulla rilevanza, e non quindi per il fatto che l'approfondimento richiesto sarebbe stato ad essa precluso. Potrebbe quindi presumersi che, a fronte della prospettazione della medesima questione, non carente in punto di rilevanza, il giudice costituzionale avrebbe la possibilità di pronunciarsi valutando i presupposti scientifici della disciplina.

⁵²⁷ Si tratta della sent. 258/1994, in cui al punto 5-bis del considerato in diritto si legge che per «realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva, entrambe costituzionalmente garantite, si renderebbe necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico – a livello primario attesa la riserva relativa di legge, ed eventualmente a livello secondario integrativo – che, *alla luce delle conoscenze scientifiche acquisite*, individuasse con la maggiore precisione possibile le complicanze potenzialmente derivabili dalla vaccinazione, e determinasse se e quali strumenti diagnostici idonei a prevederne la concreta verificabilità fossero praticabili su un piano di effettiva fattibilità. Ed al tempo stesso [...] si dovrebbero fissare standards di fattibilità che nella discrezionale valutazione del legislatore potrebbero dover tenere anche conto del rapporto tra costi e benefici, eventualmente stabilendo criteri selettivi in ordine alla utilità – *apprezzata anche in termini statistici* – di eseguire gli accertamenti in questione» (corsivo non testuale). Nel caso di specie, in assenza di una disciplina in materia, la Corte rifiuta di entrare nel merito della questione, poiché non esiste una soluzione costituzionalmente obbligata che permetta di intervenire nel rispetto della discrezionalità legislativa.

Come rilevato nel capitolo precedente, però, in casi come questo il giudice delle leggi, pur procedendo ad una dichiarazione di inammissibilità, può arrivare a prospettare la necessità che un futuro intervento in materia tenga conto, pena l'illegittimità della previsione, di determinati elementi scientifici. Nella citata sentenza, la Corte fornisce al legislatore una serie di indicazioni molto precise relative all'elaborazione della futura normativa, tant'è che si potrebbe addirittura ipotizzare che in un eventuale

dimostra, alcune vaccinazioni sono all'origine di rischi preventivabili in astratto, ma indeterminabili quanto al loro concreto verificarsi, l'esigenza di tutelare in modo adeguato la salute ha portato il giudice delle leggi a riconoscere – a livello costituzionale – l'esistenza di un diritto all'indennizzo in caso di danno patito in conseguenza della sottoposizione a vaccinazioni obbligatorie⁵²⁸; la Corte ritiene quindi legittima l'imposizione del trattamento, pur sempre disposto in via generale nell'interesse tanto della collettività quanto del soggetto, anche quando esso possa essere causa di un male per alcuni soggetti, ma a condizione che sia assicurato un equo ristoro in caso di danno alla persona che vi si sottopone⁵²⁹. In dottrina si rileva come il numero di bambini che riporta danni permanenti alla salute in seguito a vaccinazione obbligatoria sia ogni anno piuttosto elevato e che, anche per tal motivo, rispetto a questo tipo di scelte legislative la Corte non potrebbe rinunciare ad un eventuale sindacato che si basasse, ad esempio, sulla contestazione dell'efficacia del trattamento poiché, in caso contrario, non vi sarebbe alcuna autorità di fronte alla quale potrebbero farsi valere le ragioni del dissenso⁵³⁰.

6.2. Accertamenti sanitari obbligatori: la scienza come fondamento per la legittimità della loro imposizione

Caso diverso da quello delle vaccinazioni, ma sempre strettamente collegato alla scienza, è quello degli accertamenti sanitari obbligatori. Anche in questi casi si ritiene che prescrizioni legislative che impongano tali esami debbano trovare una solida base nelle acquisizioni della scienza medica e che lo stesso debba valere per eventuali interventi del giudice costituzionale in merito⁵³¹.

A questo proposito è interessante soffermarsi brevemente sul giudizio di legittimità avente ad oggetto l'esclusione dell'obbligo di effettuare accertamenti dell'assenza di sieropositività come condizione per l'espletamento di attività che comportano rischi per la salute di terzi⁵³²; tale norma viene censurata dalla Corte, poiché ritenuta una tutela insufficiente per l'integrità psicofisica di chi viene a contatto con l'operatore sanitario⁵³³. Questa decisione è stata criticata in dottrina⁵³⁴, in quanto nella motivazione sono assenti

sindacato che abbia ad oggetto tale legge, queste indicazioni potrebbero diventare veri e propri criteri di giudizio, nell'applicazione dei quali, la stessa Corte non potrebbe non tener conto della scienza.

⁵²⁸ Tale riconoscimento è avvenuto con la sent. 307/1990 (alla quale ha fatto seguito la legge 210/1992 in materia di «Indennizzo a favore di soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazioni di emoderivati») e ribadito nelle sentt. 118/1996 (che dichiara l'illegittimità della suddetta legge nella parte in cui esclude il diritto all'indennità in caso di vaccinazione antipoliomielitica obbligatoria, per il periodo compreso tra il manifestarsi dell'evento dannoso prima dell'entrata in vigore della legge e l'ottenimento della prestazione determinata a norma della legge stessa) e 27/1998 (che estende l'indennizzo anche al caso in cui il trattamento sanitario non sia obbligatorio, ma promosso dalla pubblica autorità in vista della sua diffusione capillare nella società). Tali sentenze sanciscono il principio secondo il quale non è lecito, alla stregua degli artt. 2 e 32 della Costituzione, richiedere che il singolo esponga a rischio la propria salute per un interesse generale, senza che la collettività stessa sia disposta a condividere, come è possibile, il peso delle eventuali conseguenze negative in termini "risarcitori".

⁵²⁹ Cfr. A. Algostino, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. Cost.*, 1996, II, 3213.

⁵³⁰ M. Ainis, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 27.

⁵³¹ Cfr. A. Pugiotto, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative "penali"*, in *Giur. cost.*, 1995, 3468-3469.

⁵³² Sent. 218/1994.

⁵³³ Secondo la Corte la previsione di uno *screening* obbligatorio per determinati soggetti individuati in base alle particolari mansioni che devono svolgere, risulta conforme all'art. 32 a patto che sia rispettata la dignità della persona, ad esempio, garantendo la riservatezza delle analisi e dei loro risultati.

⁵³⁴ Cfr. A. Pugiotto, *Due casi di controllo*, cit., 3468-3469; R. D'Alessio, *Nota redazionale*, in *Giur. cost.* 1994, 1819-1820, la quale rileva che mancano riferimenti scientifici di supporto alla scelta della Corte e anzi le statistiche provano il contrario, e tale decisione è ancor più grave dal momento che vengono stravolti i

approfondimenti scientifici in grado di dimostrare l'arbitrarietà della scelta legislativa; quest'ultima trovava invece fondamento in precisi dati empirici, cioè nelle peculiari modalità di trasmissione del virus, che non comportano un rischio tale da giustificare l'imposizione di un accertamento sanitario in merito. Il bilanciamento effettuato dalla Corte tra tutela della salute e libertà personale viene così a restringere quest'ultimo diritto, senza alcun fondamento scientifico che giustifichi l'abbandono del *self-restraint* normalmente utilizzato in simili occasioni.

Si può inoltre rilevare che la sentenza additiva in questione non può essere considerata idonea a colmare l'omissione legislativa, poiché, ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost. è necessaria una previsione di legge espressa e puntuale per ogni trattamento sanitario obbligatorio; ma «le modalità concrete di tale operazione non sono facilmente prospettabili: la mancanza rispetto all'epoca dell'emanazione della legge n. 135 del 1990, di nuove ed ulteriori acquisizioni scientifiche concernenti i modi di contagio del morbo priva il legislatore dell'imprescindibile base medico-scientifica idonea a fondare un congruo intervento correttivo della norma»⁵³⁵.

7. Alcune riflessioni intorno alla legge sulla procreazione medicalmente assistita

La disciplina delle tecniche di ricorso alla procreazione assistita è strettamente connessa al contesto scientifico in cui si colloca; basti pensare che la sua stessa elaborazione prende le mosse dalla necessità di regolamentare un fenomeno terapeutico⁵³⁶ reso possibile dai progressi in campo medico. I dati tecnico-scientifici sono, in questo caso, presupposti imprescindibili per le scelte legislative concernenti l'individuazione delle metodiche consentite, nonché dei requisiti oggettivi e soggettivi per accedervi: è prendendo in considerazione tali elementi di fatto che sono state mosse alcune critiche alla legge 40/2004, anche, e soprattutto, per quanto riguarda la sua costituzionalità.

In questa sede verranno presi in considerazione alcuni aspetti della legge, nonché delle vicende giurisprudenziali (di merito e costituzionali) ad essa relative. In particolare, ci si soffermerà sul rilievo che la scienza ha avuto ai fini della proposizione della prima questione di costituzionalità sulla legge 40; sull'uso del dato scientifico da parte dei giudici di merito che, nelle successive applicazioni, ne hanno elaborato un'interpretazione costituzionalmente compatibile; si proporrà, quindi, per il giudizio attualmente pendente davanti alla Corte, riguardante alcune disposizioni della legge, un'ipotesi risolutiva che configura l'esigenza di valutarne la ragionevolezza rispetto alle acquisizioni medico-scientifiche; infine, si accennerà una riflessione sul valore del linguaggio tecnico usato dal legislatore ai fini dell'interpretazione e dell'applicazione della legge.

principi legislativi in materia, *in primis* quello del libero consenso. Inoltre, essendo tale pronuncia un'additiva di principio che non individua quali siano queste attività rischiose per la salute di terzi, crea numerosi problemi in sede applicativa. Critico nei confronti della citata pronuncia è anche N. Recchia, *Libertà individuale, salute collettiva e test anti-AIDS*, in *Giur. cost.*, 1995, 563, secondo il quale il legislatore avrebbe optato per la scelta volontaristica a ragion veduta, poiché, in base alle modalità peculiari di trasmissione del virus che causa l'AIDS si è ritenuto che il rischio di diffusione per la collettività non fosse tale da giustificare la previsione di un trattamento sanitario obbligatorio; mentre le considerazioni della Corte «appaiono alquanto avulse dalle argomentazioni di natura medico-scientifica necessarie, in quanto basilari, alle scelte legislative nel campo in questione».

⁵³⁵ N. Recchia, *Libertà individuale*, cit., 564.

⁵³⁶ Sulla qualificazione del ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita come espressione del diritto a curarsi si veda M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale*, cit., 453-454. L'A. partendo da tale presupposto critica la normativa in quanto «l'efficacia della terapia è gravemente inficiata dalle condizioni cui la legge la sottopone».

7.1. La prima questione di costituzionalità avente ad oggetto la legge 40: il rilievo della scienza e l'esemplarità del caso *a quo* ai fini della proposizione della questione di legittimità

Risale al 2006 la proposizione della questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 13 della legge 40/2004, ritenuto contrastante con gli artt. 2 e 32 primo comma Cost., relativamente alla parte in cui non consentirebbe la diagnosi preimpianto, quando la stessa sia giustificata dalla necessità di tutelare il diritto della donna alla propria salute.

Sebbene la Corte abbia concluso per l'inammissibilità⁵³⁷, è interessante notare che l'ordinanza di rimessione contesta la legge sulla base di alcuni argomenti scientifici. I rilievi della scienza medica permettono al giudice *a quo* di sostenere l'illegittimità del bilanciamento, effettuato dal legislatore, tra il diritto alla salute dell'embrione e quello della futura madre: il divieto di diagnosi preimpianto, infatti, non tutelerebbe la salute della donna che, nel caso specifico oggetto del giudizio principale, si dimostra essere seriamente minacciata dalla impossibilità di conoscere lo stato di salute dell'embrione prima di procedere all'impianto. Il caso concreto rappresenta, quindi, una situazione generalizzabile che, secondo il remittente, richiederebbe la tutela giuridica offerta dall'evoluzione della scienza medica, e cioè la possibilità di effettuare una diagnosi sull'embrione prima dell'instaurazione della gravidanza. Il remittente rileva, infatti, da un lato, che a causa di una precedente interruzione della gestazione – dovuta dall'accertamento della malattia del feto a seguito di villocentesi – la donna era caduta in una sindrome ansioso-depressiva e che da ciò nasce la necessità di esaminare preventivamente l'embrione e, dall'altro lato, evidenzia⁵³⁸ che il rischio di inutilizzabilità dell'embrione a causa della diagnosi preimpianto non sarebbe tale da giustificare il divieto, in quanto si aggirerebbe statisticamente intorno all'uno per cento, percentuale inferiore a quella del rischio di aborto nelle diagnosi prenatali⁵³⁹.

Al fine di risolvere la questione di costituzionalità è evidente che la Corte, qualora fosse scesa nel merito, non avrebbe potuto prescindere dal valutare l'adeguatezza dei dati scientifici dedotti, che paiono essere uno degli elementi centrali su cui verte il controllo di legittimità della scelta legislativa.

7.2. Il rilievo del dato scientifico per l'interpretazione e l'applicazione della disciplina sulla procreazione medicalmente assistita

L'analisi della recente giurisprudenza di merito mostra che i dati scientifici possono essere la base, non solo per sostenere l'illegittimità della norma, ma anche per elaborare un'interpretazione adeguatrice della legge. In quest'ottica, tali elementi possono essere presi in considerazione, in primo luogo dal giudice ordinario, al fine di creare un diritto vivente compatibile con le garanzie dei diritti dettate dalla Carta fondamentale, ma anche

⁵³⁷ Con la sent. 369/2006 la Corte dichiara la questione inammissibile, sulla base di una motivazione piuttosto discutibile, che pare celare la necessità di evitare un intervento su un tema controverso, di stretta attualità e politicamente dibattuto. In tema, si veda R. Romboli, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza*, cit., 233, secondo il quale «allorché la Corte sia chiamata ad intervenire su questioni aventi ad oggetto leggi politicamente scottanti e che hanno causato un vasto dibattito ed un conseguente scontro tra le diverse forze politiche, con il risultato di una scelta frutto spesso di difficili e laboriose mediazioni, il rischio di doversi ritrarre [...] diviene indubbiamente maggiore».

⁵³⁸ Richiamando, esplicitamente, nell'ordinanza le dichiarazioni del dott. C.

⁵³⁹ Sulla base di questo dato, inoltre, il remittente ritiene non giustificata la diversità di trattamento tra il diritto all'informazione sulla salute del feto nel corso della gravidanza e la negazione dello stesso diritto nella fase della procreazione assistita che precede l'impianto, in quanto determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento di posizioni soggettive sostanzialmente assimilabili.

dalla Corte, per elaborare, e indicare al remittente, l'interpretazione costituzionalmente compatibile della norma impugnata⁵⁴⁰.

Quanto detto viene dimostrato chiaramente da due recenti pronunce della giurisprudenza di merito, nelle quali si riconosce la legittimità della diagnosi genetica preimpianto sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina in materia di procreazione medicalmente assistita.

Partendo dalla constatazione che nella legge non è individuabile una disposizione che faccia esplicito riferimento al divieto diagnosi preimpianto⁵⁴¹, e che la limitazione ad un'indagine di tipo osservazione è disposta unicamente dalle linee guida ministeriali⁵⁴², sia il Tribunale di Cagliari⁵⁴³ che quello di Firenze⁵⁴⁴ giungono alle medesime conclusioni: essi disapplicano la norma amministrativa e riconoscono il diritto all'accertamento diagnostico richiesto, da effettuarsi anche con tecniche invasive che, in base alla scienza medica, offrano il maggior grado di attendibilità della diagnosi ed il minor margine di rischio per la salute e le potenzialità di sviluppo dell'embrione. In questo modo, i giudici superano un'interpretazione della legge irragionevole – che imporrebbe un divieto assoluto di procedere alla diagnosi – e propendono per una soluzione che, nella pratica, permette di ricorrere all'esame in questione con modalità, da determinare sulla base della scienza e della tecnica medica, tali da individuare il punto di equilibrio fra gli interessi in gioco.

Il dato scientifico, prima ancora di essere posto come elemento risolutore dell'applicazione della legge, sorregge l'individuazione dei termini del bilanciamento, che sono, da un lato, la tutela dell'embrione e, dall'altro, il diritto all'informazione – che è la base di una piena consapevolezza del trattamento medico e delle eventuali problematiche sanitarie relative alla successiva gravidanza – e il diritto alla salute fisica e psichica della

⁵⁴⁰ A proposito del ruolo della Corte costituzionale nella formazione del diritto vivente si veda A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano 1994, 197-200, 359-362, 428-430.

⁵⁴¹ Si evidenzia che nei lavori parlamentari la valutazione un eventuale divieto all'esame era stato ipotizzato a fronte della mancanza di risultati sicuri (poiché non eviterebbe comunque la necessità di ricorrere all'amniocentesi) e dell'incompletezza della diagnosi, che non rilevarebbe tutte le malattie. Un'altra "controindicazione" all'uso di tale tecnica si individuava nella possibilità che essa conducesse alla distruzione di embrioni ritenuti erroneamente malati, nonché nel dato che, comunque, statisticamente la percentuale di malattie constatabile tra i nati da embrioni sottoposti a diagnosi preimpianto sarebbe simile a quella dei malati nati da embrioni non analizzati.

Furono, però, prospettati altrettanti argomenti fondati su dati scientifici a favore della bontà della diagnosi reimpianto, che portano a ritenerla ammissibile proprio alla luce del dettato costituzionale. Ad esempio è scientificamente errato sostenere la non utilità delle diagnosi prenatali, potrebbe invece essere una scelta equilibrata far disporre ad opera della comunità scientifica una lista di malattie geneticamente diagnosticabili.

⁵⁴² Ad oggi modificate su questo punto proprio in seguito all'orientamento adottato dai giudici di merito. Il TAR Lazio, con la recente sentenza del 21 gennaio 2008 n. 398, ha dichiarato l'illegittimità per eccesso di potere, del decreto del Ministero della Salute del 21 luglio 2004, contenente le «Linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita», nella parte in cui consente indagini sullo stato di salute degli embrioni solo di tipo osservazionale, mentre l'art. 13 della l. 40/2004, fermo il generale divieto di sperimentazione su ciascun embrione umano, consente la ricerca, la sperimentazione e gli interventi necessari per finalità terapeutiche e diagnostiche, se volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione. Il tribunale amministrativo osserva che «in presenza di una nozione che è, in modo preponderante, di contenuto tecnico scientifico, si è ritenuto che nell'assenza di una soluzione scientifica univoca o fortemente prevalente non potesse competere all'Autorità amministrativa la scelta della definizione da adottare che, in considerazione delle conseguenze e delle implicazioni sul tessuto sociale della stessa, non può che spettare al legislatore».

Si ritaglia così uno spazio in cui possono intervenire solo fonti primarie, ma l'ampia discrezionalità politica che accompagna le scelte in questione troverà comunque nella ragionevolezza, intesa anche come coerenza nella valutazione dei presupposti di fatto rispetto alla *ratio*, il suo limite. Così, P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 540, che evidenzia come questioni di legittimità di questo tipo devono indurre la Corte ad un'attenta analisi dei dati tecnico-scientifici.

⁵⁴³ Tribunale di Cagliari, sent. 24 settembre 2007.

⁵⁴⁴ Tribunale di Firenze, sent. 17 dicembre 2007.

donna. Entrambi i Tribunali, infatti, argomentano la loro decisione richiamando le evidenze scientifiche a sostegno della necessità di tutelare il diritto alla salute della donna che si sottopone al trattamento: in primo luogo, si rileva che l'impianto dell'embrione nel grembo materno comporta sempre un certo rischio per la salute della gestante e che quest'ultima è comunque sempre influenzata anche dallo stato di salute degli embrioni; inoltre, in relazione agli embrioni portatori di gravi malattie genetiche la comunità scientifica è concorde nel ritenere che aumenti in maniera considerevole sia il rischio di una prosecuzione patologica della gravidanza sia il rischio di aborto spontaneo, e quindi la possibilità che si verifichi una lesione dell'integrità fisica o psichica della gestante sotto entrambi i profili, essendo noto che dal fatto stesso dell'interruzione della gravidanza possono derivare conseguenze pregiudizievoli per la salute della donna. La tutela del diritto fondamentale alla salute della gestante si impone, quindi, sia in attuazione diretta della previsione costituzionale, sia poiché è la stessa legge che tra le sue finalità «assicura i diritti dei soggetti coinvolti»⁵⁴⁵, sancendo quali principi per l'applicazione delle tecniche quello di gradualità e del consenso informato⁵⁴⁶.

La necessità costituzionale di ammettere la diagnosi preimpianto può, inoltre, essere argomentata sulla base di altri dati scientifici, attraverso una lettura costituzionalmente orientata, che faccia riferimento ai principi di eguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. Infatti, a fronte della possibilità di effettuare accertamenti genetici a gravidanza già in corso, sembra irragionevole configurare un divieto assoluto di tale esame: il rischio di danneggiamento dell'embrione insito in queste tecniche è addirittura inferiore del rischio di aborto in conseguenza di diagnosi prenatali invasive, come villocentesi e amniocentesi, della cui liceità nessuno dubita⁵⁴⁷. È anche sulla base di questo rilievo medico, che i giudici ordinari hanno ricavato la suddetta "nuova" interpretazione della legge.

7.3. Il giudizio attualmente pendente davanti alla Corte sulla legge 40.

È ancora chiamando in causa la scienza che viene sollevata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 32 Cost., avente ad oggetto l'art. 14, commi 2 e 3, della l. 40/2004, nella parte in cui introduce il limite massimo di non più di tre embrioni producibili (e contestualmente impiantabili) ed impone, salvo ipotesi del tutto eccezionali, il divieto della loro crioconservazione⁵⁴⁸.

Posto che la finalità della legge 40 è consentire un giusto bilanciamento tra interesse alla procreazione e tutela dell'embrione⁵⁴⁹, la limitazione del numero di embrioni da produrre e impiantare simultaneamente, contrasterebbe con l'art. 3 Cost., per violazione del canone di ragionevolezza, nella parte in cui è imposta in modo assoluto, a prescindere da ogni valutazione sulle concrete probabilità di successo della vicenda in questione (in relazione a variabili come la salute e l'età della donna interessata o all'idoneità degli

⁵⁴⁵ Art. 1 comma 1.

⁵⁴⁶ Art. 4 comma 2.

⁵⁴⁷ Tali rilievi sono presenti sia nella sentenza del Tribunale di Cagliari, sia in quella di Firenze.

⁵⁴⁸ Si tratta dell'ordinanza del TAR Lazio-Roma, sez. III-quater, 21 gennaio 2008, n. 398. Si tenga inoltre presente che, successivamente, anche il Tribunale di Firenze, con l'ord. 23-26 agosto 2008, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2, 3 e 4, e dell'art. 6, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 recante «*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*», poiché tali norme impediscono l'applicazione delle migliori pratiche mediche al caso concreto, imponendo rigidi vincoli all'azione del medico.

⁵⁴⁹ A questo proposito il giudice remittente rileva che «ai sensi dell'articolo 4, comma 2, lettera a), nel fare ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è necessario ispirarsi al principio della gradualità, al fine di evitare il ricorso ad interventi aventi un grado di invasività tecnico e psicologico più gravoso (di quanto necessario) per i destinatari».

embrioni prodotti a realizzare il risultato della gravidanza)⁵⁵⁰. Le misure in esame, peraltro, sembrerebbero porsi in contrasto con il principio di eguaglianza, poiché a causa dell'irrigidimento della procedura non viene garantita la medesima possibilità di gravidanza alle donne non giovani, o a quelle che non riescono a produrre contestualmente tre embrioni idonei a realizzare il risultato della gravidanza, rispetto alle persone di medie condizioni fisiche. In ultimo, la disposizione *de qua* contrasterebbe con l'art. 32 Cost. relativamente ad un ulteriore profilo: la limitazione del numero degli embrioni producibili e contestualmente impiantabili unita al divieto di crioconservazione degli stessi comporta, nell'ipotesi di tentativo non andato a buon fine, la necessità di assoggettare la donna ad un successivo trattamento, vale a dire ad una pratica medica che comporta in sé il rischio della sindrome da iperstimolazione ovarica⁵⁵¹.

Come si può notare, i tre profili di illegittimità ora esposti trovano il loro fondamento in precise acquisizioni scientifiche, delle quali la Corte non potrà non tener conto qualora arrivasse a giudicare nel merito le questioni prospettate. La necessità di prendere in considerazione la scienza, al fine di valutare la ragionevolezza delle disposizioni impugnate, deriva inoltre dal fatto che la procreazione medicalmente assistita costituisce un trattamento sanitario terapeutico⁵⁵² e pertanto, come già affermato nella sent. 282/2002, esso può essere disciplinato solamente tenendo conto «dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite»⁵⁵³.

⁵⁵⁰ È stata ad esempio criticata l'imposizione del loro contemporaneo impianto in utero che potrebbe provocare una gravidanza pericolosa, e ciò anche a fronte del divieto di riduzione embrionaria.

⁵⁵¹ Ciò a maggior ragione se si pensa che, spesso, la fecondazione di tre ovociti non produce un embrione utile all'impianto; e anche qualora si formi un embrione vitale, non è detto che da questo origini con certezza una gravidanza. Vanno, inoltre, ricordati, tra i possibili effetti negativi di più sottoposizioni alla tecnica, oltre alla sindrome da iperstimolazione ovarica, anche i rischi connessi all'aumento delle pratiche chirurgiche cui la paziente deve sottoporsi e ai gravi disturbi che possono manifestarsi sotto il profilo non solo fisico bensì anche psichico.

⁵⁵² Che la procreazione medicalmente assistita sia da considerarsi una pratica terapeutica è il presupposto da cui prende le mosse lo stesso legislatore, come si evince dal comma 2 dell'art. 1 che consente di ricorrere a tale tecnica solo «qualora non vi siano *altri metodi terapeutici* efficaci» (corsivo non testuale).

⁵⁵³ Punto 5 del considerato in diritto. Nella stessa sentenza si afferma che in materia di trattamenti terapeutici la legge deve riconoscere l'autonomia del medico curante, permettendo la possibilità di determinare la cura più adatta al caso concreto. La disciplina impugnata, invece, regola in maniera rigida procedure mediche sulla base di valutazioni di tipo politico (o meglio, ideologico) e non tiene conto di quanto elaborato dagli organismi tecnico-scientifici a riguardo. Si tenga presente che nel caso specifico della procreazione medicalmente assistita il dato scientifico è particolarmente forte anche a fronte dell'esistenza di prassi mediche, elaborate e consolidate in assenza di disciplina. Tali prassi miravano a raggiungere, nella maniera più efficace, il risultato della procreazione e al contempo a tutelare, il più possibile, la salute della donna sottoposta al trattamento. Per questo motivo le citate previsioni sembrano costituire un'arbitraria invasione legislativa nell'ambito terapeutico, che potrebbe essere superata, ad esempio, attraverso un intervento della Corte che, sulla base delle acquisizioni della scienza medica restituisse alla disciplina un'elasticità tale da tutelare adeguatamente il bene costituzionale della salute: in altre parole, una possibile soluzione potrebbe essere quella di consentire al medico una libertà di azione tale da modulare, di volta in volta, il trattamento a seconda delle caratteristiche del caso concreto. Cfr. M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale*, cit., 455-456, la quale rileva che a fronte dell'esistenza di dati scientifici condivisi ed accettati dall'opinione medica dominante e vista la grande quantità di elementi conoscitivi acquisiti durante i lavori preparatori, la Corte sarebbe in grado di accertare, anche senza far ricorso all'istruttoria, l'irragionevole opzione legislativa che da tali evidenze scientifiche si discosta. Una disciplina che limiti le possibilità di guarigione, in contrasto con le risultanze scientifiche e sperimentali, e con il ruolo riservato al medico (in accordo col paziente) nella scelta della cura più adatta potrebbe infatti essere definita come «viziata da incompetenza assoluta, perché invade ambiti non disciplinabili in via autoritativa». Per quanto riguarda il tipo di pronuncia ipotizzato, cfr. R. Bin, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento in concreto*, in *Giur. cost.*, 1992, 3575, secondo il quale la Corte costituzionale può intervenire introducendo meccanismi flessibili (che permettono un'applicazione meno rigida della norma), tali da fissare una regola sulla competenza, attraverso una c.d. «delega di bilanciamento» a favore dei soggetti dell'applicazione della legge.

7.4. Altri aspetti della legge 40 che richiedono una considerazione dei presupposti scientifici: l'interprete e il linguaggio tecnico-scientifico utilizzato dal legislatore

Vi sono, poi, altre norme della legge 40 la cui costituzionalità è stata messa in discussione sulla base di rilievi scientifici⁵⁵⁴.

In primo luogo, si prenda in considerazione il campo di applicabilità della disciplina. I termini «sterilità» e «infertilità», se utilizzati in senso tecnico, non permettono di comprendere tra i destinatari della legge coloro che, seppure fertili, per varie ragioni non riescono a concepire⁵⁵⁵. Questa previsione sembra irragionevole, poiché i casi di ipofertilità non appaiono, di fatto, significativamente differenti dai casi di non sterilità in senso stretto⁵⁵⁶.

La riflessione sulla legittimità o meno dell'esclusione di questa categoria di soggetti impone di ragionare sul linguaggio delle leggi e sul "margine di manovra" che eventuali termini scientifici specifici possono lasciare all'interprete o, in ultima istanza, al giudice costituzionale⁵⁵⁷.

Ci si può infatti interrogare sulla possibilità di far ricorso ad un'interpretazione adeguatrice che estenda il significato del termine "sterili" oltre il suo senso letterale – scientificamente inteso – in modo da ricomprendere in esso anche i soggetti ipofertili, la cui esclusione condurrebbe invece ad un'ingiustificata disparità di trattamento. Qualora si concludesse che una simile applicazione estensiva della disciplina costituisse una forzatura, sarebbe prospettabile un intervento del giudice costituzionale? Quale rilievo può avere il fatto che il termine tecnico sia stato utilizzato consapevolmente dal legislatore, richiamando il suo significato scientifico?

In generale, nei casi in cui è possibile attribuire un significato costituzionalmente compatibile, diverso da quello letterale, ad una previsione di legge la Corte può optare per soluzioni di tipo interpretativo, attraverso decisioni di rigetto o di inammissibilità; ma è anche ipotizzabile che, quando il linguaggio tecnico utilizzato dal legislatore – interpretato alla lettera⁵⁵⁸ – dia luogo a conseguenze di dubbia costituzionalità, il giudice delle leggi decida di censurare l'irragionevolezza della norma intervenendo con una sentenza

⁵⁵⁴ Estremamente interessante è la questione, che in questa sede è possibile solo accennare, del divieto assoluto di utilizzare per la ricerca gli embrioni cosiddetti soprannumerari, anche se ormai non più destinati all'impianto. Dubbi sulla ragionevolezza di una simile limitazione della libertà scientifica derivano dal fatto che essa si basa su una visione ideologica (l'idea che l'embrione sia già vita è scientificamente accettabile?): così R. Bin., *La Corte e la scienza*, cit., 18-19, secondo il quale solo sicure basi scientifiche potrebbero legittimare tale scelta legislativa.

⁵⁵⁵ Si tenga presente che, come rilevato da T. E. Frosini, *Così cala l'ombra dell'illegittimità*, in *Guida al diritto*, 3/2004, 48, questa legge, sebbene molto tecnica, non definisce i termini e concetti in essa utilizzati. L'A. ritiene peraltro che, proprio per questa lacuna, la legge non si presenti corretta dal punto di vista della tecnica legislativa. Altra dottrina, come si rileverà nella nota 154, ritiene invece che in questi casi, ai fini interpretativi, si debba semplicemente far ricorso al significato specifico che i termini tecnico-scientifici assumono nella loro area di applicazione.

⁵⁵⁶ Cfr. P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita*, cit., 530, il quale suggerisce il ricorso ad un'interpretazione adeguatrice che acceda ad una nozione più lata di sterilità. Per la definizione di tale concetto v. D. Vincenzi Amato, *Libertà della persona e intervento pubblico nella procreazione*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova 1989, 183.

⁵⁵⁷ Si ricordi la sent. 114/1998, nella quale l'imprecisione scientifica del linguaggio normativo viene superata riconoscendo come non illegittimo il diritto vivente formatosi, che attribuisce ai termini «cronica intossicazione» e «abitudine» un significato che non trova un preciso riscontro nel mondo medico-scientifico, ma in grado di permettere un'applicazione ragionevole della norma ai fini della determinazione dell'imputabilità.

⁵⁵⁸ Il significato delle espressioni appartenenti al linguaggio tecnico, utilizzate dal legislatore, di norma dovrebbe essere desunto dall'uso che ne fanno gli specialisti di quella determinata disciplina: così R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 362.

interpretativa di accoglimento. Infatti, sebbene l'idea dell'annullamento dell'atto legislativo solo a causa della sua difettosa formulazione strida con il *favor legis*, in taluni casi la Corte può svolgere una funzione correttiva «per ristabilire l'uso che a suo giudizio è più appropriato dei termini impiegati nel discorso del legislatore»⁵⁵⁹.

Per quanto riguarda l'esempio citato, va presa innanzitutto in considerazione la possibilità che il giudice ordinario riconduca all'interno delle ipotesi di infertilità e sterilità anche altre problematiche che ostacolano il concepimento. Probabilmente, trattandosi di un'interpretazione il cui effetto espansivo è riconducibile alla *ratio* che sorregge l'intera legge, cioè alla finalità di fornire un "aiuto", con tecniche mediche, a coloro che presentano problemi di concepimento, potrebbe essere considerata competenza del giudice una soluzione interpretativa che risponda ad esigenze di eguaglianza e che ampli i destinatari della normativa oltre il significato letterale dei termini tecnici utilizzati negli artt. 1 e 2 della legge 40⁵⁶⁰.

Un'ulteriore questione, invece, riguarda la possibilità di permettere il ricorso alle tecniche di concepimento da parte di coppie fertili portatrici di malattie genetiche. A ben vedere, infatti, l'ammissione in via giurisprudenziale della diagnosi preimpianto ha come conseguenza un'evidente disparità di trattamento: mentre coloro che non sono in grado di concepire naturalmente, qualora fossero anche soggetti a rischio di trasmissione di anomalie cromosomiche, potrebbero avere la possibilità di far ricorso alla citata indagine clinica, tale strumento sarebbe di fatto precluso a coloro che, pur non avendo problemi di concepimento, desiderano ricorrere agli accertamenti consentiti dalle tecniche di procreazione medicalmente assistita. La "nuova" disciplina, così come risultante dal diritto vivente formatosi relativamente allo specifico aspetto considerato, sembra quindi fare riferimento ad una diversa finalità rispetto a quella originariamente (e legislativamente) stabilita: non si tratta più di risolvere problematiche relative alla difficoltà pratica di instaurare una gravidanza, ma, piuttosto, al diritto di informazione relativo a trattamenti sanitari, nonché ad una gestazione consapevole ed, in ultima istanza, alla tutela della salute psico-fisica della donna. In quest'ultimo caso, non sembrerebbe spettare al giudice di merito la competenza a valutare, ed eventualmente risolvere, l'eventuale dissonanza tra legge e Costituzione: un'interpretazione che estendesse a tal punto il significato della normativa non potrebbe trovare giustificazione né nella "volontà del legislatore" – ammesso che nel caso di specie essa sia individuabile⁵⁶¹ –, né nella "volontà della legge"⁵⁶².

⁵⁵⁹ M. Ainis, *Sul linguaggio del giudice costituzionale*, cit., 267-268.

⁵⁶⁰ Le stesse *Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, fin dalla loro prima versione, superano tale problematica precisando che «ai fini delle presenti linee guida i due termini, infertilità e sterilità, saranno usati come sinonimi» e che «viene definita sterilità (infertilità) l'assenza di concepimento, oltre ai casi di patologia riconosciuta, dopo 12/24 mesi di regolari rapporti sessuali non protetti». Si tenga inoltre presente che tali linee guida, a seguito di recente modifica, ampliano la categoria dei possibili destinatari delle pratiche di procreazione assistita, in quanto vengono fatti rientrare tra i casi di infertilità maschile «quelle peculiari condizioni in presenza delle quali – essendo l'uomo portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezione da HIV, HBV od HCV – l'elevato rischio d'infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l'adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infertilità».

⁵⁶¹ Cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, 366-367, secondo il quale l'argomento psicologico non può essere utilizzato quando all'*iter* di formazione della legge partecipano portatori di diversi e confliggenti interessi, volontà e pretese, e questi soggetti pervengono a una soluzione di compromesso non sulla norma, ma sull'enunciato normativo proprio in ragione della sua interpretabilità. Sembra essere proprio questo il caso della disciplina in questione relativamente alla diagnosi preimpianto.

⁵⁶² Come rileva R. Guastini, *Le fonti del diritto*, cit., 368, mentre la "volontà del legislatore" è ricavabile attraverso l'analisi dei lavori preparatori, per la ricostruzione della "volontà della legge" occorre guardare esclusivamente al testo della disciplina.

Nel caso in cui la normativa fosse impugnata davanti al giudice costituzionale, tornerebbe quindi in gioco l'interrogativo sopra posto: è possibile il superamento di quanto stabilito, attraverso l'uso consapevole di una precisa terminologia medica, a livello legislativo? Ancora una volta il ragionamento deve essere condotto sulla base di considerazioni medico-scientifiche. Innanzitutto, alla prospettata violazione del principio di eguaglianza⁵⁶³, per quanto riguarda l'accesso alla diagnosi preimpianto, si accompagnerebbe l'irragionevolezza del divieto di far ricorso alla tecnica per coppie fertili, dato che, per queste ultime, è pur sempre possibile ricorrere a diagnosi prenatali per venire a conoscenza dello stato di salute del feto⁵⁶⁴. L'esigenza di protezione del diritto fondamentale all'eguaglianza, che, nel caso considerato, risulta strettamente collegato con la tutela della salute della donna sembra aprire la strada ad una pronuncia di accoglimento che renda effettivi tali diritti fondamentali, ma che dovrà essere giustificata con una motivazione solida e persuasiva, tale da dimostrare – anche (o soprattutto) sulla base di dati scientifici – la necessità dell'intervento del giudice costituzionale. Peraltro, l'argomentazione delle pronunce di illegittimità costituzionale diventa un elemento ancor più determinate quando si tratta di interventi che rimettono in discussione e modificano quanto scelto, attraverso l'uso di una specifica terminologia scientifica, in sede legislativa⁵⁶⁵.

8. Conclusioni

8.1. L'utilizzo del dato scientifico nella giurisprudenza costituzionale sul diritto alla salute: l'ipotesi di *strict scrutiny*

Come si è visto, vi sono giudizi di costituzionalità nei quali vengono utilizzati argomenti tecnico-scientifici al fine di verificare se la legislazione vigente fornisce o meno tutela sufficiente al diritto alla salute⁵⁶⁶. Più in generale, soprattutto a livello di affermazioni di principio, la Corte ha in più occasioni specificato⁵⁶⁷ (o lasciato intuire⁵⁶⁸) che alla necessità di garantire un diritto fondamentale fa seguito un sindacato di costituzionalità che, nel controllare la ragionevolezza della scelta legislativa, può procedere ad approfondimenti scientifici e utilizzarne le risultanze ai fini della decisione. Questo tipo di valutazione, che in alcuni casi potrebbe comportare anche una vera e propria

⁵⁶³ In questo senso si veda uno dei primi commenti alla legge 40/2004 di T. E. Frosini, *Così cala l'ombra dell'illegittimità*, cit., 49.

⁵⁶⁴ Peraltro, le conseguenze di un eventuale scelta abortiva sarebbero pericolose per la salute della futura madre mentre tale rischio potrebbe essere agevolmente evitato nell'ipotesi di indagine sull'embrione prima dell'impianto.

⁵⁶⁵ Sul tema, più in generale, si veda C. Panzera, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali*, 7-8 e 12, in www.forumcostituzionale.it, secondo il quale non va esclusa la possibilità che nel giudizio costituzionale si incida sulla legge, manipolandone l'«impalcatura lessicale», ovvero «il linguaggio normativo»: a dimostrazione di ciò si richiamano tutte quelle pronunce additive, ispirate al canone della flessibilità, che inseriscono nella legge una intrinseca adattabilità ed elasticità rispetto alla realtà concreta alla quale dovrà essere applicata, nelle quali si ritiene che il giudice delle leggi «sostanzialmente riscriva la disciplina impugnata». Nello specifico, l'A. ravvisa la possibilità che «sia la tutela dei diritti ad incidere, condizionandolo, il piano della normazione (ad esempio sotto il profilo della tecnica redazionale adottata: c.d. *drafting*)».

⁵⁶⁶ Si richiami, in primo luogo, la giurisprudenza analizzata in tema di transessualismo e di trattamenti terapeutici.

⁵⁶⁷ Si richiamano le affermazioni riportate nel par. 5 relative alla giurisprudenza in tema di trattamenti terapeutici ed in particolare del filone giurisprudenziale che prende le mosse dalla sent. 282/2002.

⁵⁶⁸ In diverse occasioni, il giudice delle leggi subordina alla necessità di tenere conto del dato scientifico discipline incidenti su determinate materie – si pensi ai trattamenti sanitari obbligatori –, ma non esplicita le eventuali ripercussioni che una violazione legislativa di tale principio possano comportare nel giudizio di costituzionalità.

riconsiderazione dei presupposti fattuali della norma, sembra più facilmente ammissibile quando il collegamento tra *ratio legis* e scienza è diretto e imprescindibile⁵⁶⁹ e quando l'ordinanza di rimessione approfondisce il dato scientifico su cui si fonda la censura, in modo da fornire alla Corte elementi fattuali che mettano in discussione il fondamento empirico della scelta legislativa⁵⁷⁰.

Come già evidenziato nelle conclusioni del precedente capitolo, la costruzione della questione da parte del giudice *a quo* riveste un ruolo determinante al fine di legittimare la Corte ad intervenire – sebbene ciò sia avvenuto raramente – e ad abbandonare il *self-restraint* in giudizi riguardanti questioni tecnico-scientifiche. Non tenere conto di ciò porterebbe inevitabilmente ad una lettura distorta del ruolo della scienza nei giudizi di costituzionalità: l'esistenza di una presunzione favorevole alla valutazione legislativa dei presupposti scientifici sembra ricollegabile direttamente al ruolo dell'atto introduttivo, poiché a questo è affidato il compito di mettere in discussione la bontà degli dati scientifici su cui riposa la scelta legislativa; mentre alla Corte, in questi casi, per lo meno in linea teorica, spetterebbe motivare la decisione (tanto un rigetto quanto un accoglimento) confermando o confutando⁵⁷¹ il rilievo o la consistenza di tali elementi.

Si tenga presente che, come già osservato in precedenza, l'inserimento di adeguati dati scientifici nell'ordinanza di rimessione, non sempre è in grado di assicurare una pronuncia di accoglimento e, tanto meno, un esame nel merito da parte della Corte.

In primo luogo, anche ammesso che il giudice delle leggi non ritenga la questione inammissibile, rimarrebbe comunque la necessità di valutare in sede di giudizio di costituzionalità (con i mezzi ritenuti più opportuni dalla Corte) la consistenza di quei dati e, prima ancora, il loro rilievo costituzionale e, quindi, la possibilità di porli a fondamento della motivazione di un'eventuale decisione di illegittimità. Inoltre, nel procedere al controllo di costituzionalità il giudice delle leggi potrebbe anche richiamare dati scientifici diversi rispetto a quelli riportati nell'ordinanza di rimessione, al fine di smentirne o rafforzarne la bontà, arrivando persino a prendere in considerazione (consapevolmente o meno) fatti non valutati in sede legislativa⁵⁷². Ciò che sembra essere certo è che un requisito necessario (ma non sempre sufficiente) per poter mettere in discussione nel sindacato di costituzionalità i presupposti scientifici della norma, è l'assolvimento da parte del giudice *a quo* dell'onere di fornire già una prima dimostrazione dell'irragionevolezza sulla base di precisi dati fattuali; in assenza di ciò è molto probabile che la Corte rifiuti di procedere ad un esame della questione, soprattutto quando questo comporti una nuova ricostruzione del contesto scientifico cui la norma impugnata risulta collegata. In tal senso, il giudice può essere considerato come “parte necessaria” di un “contraddittorio” sulla consistenza del presupposto empirico della norma, che dovrà essere preso in esame e rielaborato dalla Corte al fine di valutare la plausibilità della scelta legislativa.

Ma, se in astratto è ammissibile un controllo di costituzionalità particolarmente penetrante, che prenda in considerazione e approfondisca i dati della scienza, quando si tratta di giudizi concernenti diritti fondamentali in cui l'ordinanza di rimessione è

⁵⁶⁹ Ciò avviene spesso, come già visto, quando si tratta di discipline riguardanti il diritto fondamentale alla salute.

⁵⁷⁰ Sembra opportuno sottolineare che in dottrina si arriva addirittura a sostenere che se il nucleo inviolabile dei diritti costituzionali fondamentali segna per il legislatore un vincolo assoluto, allora si potrebbe ipotizzare che la rigidità di tale vincolo imponga al legislatore l'onere di provare il sufficiente fondamento (anche scientifico) delle scelte normative in tale ambito, così D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, cit., 1983, 505.

⁵⁷¹ Si pensi al giudizio costituzionale avente ad oggetto la legge sulla rettificazione giudiziale del sesso: in questo caso la Corte dimostra l'erroneità della ricostruzione scientifica del fenomeno fornita dal giudice *a quo*, confermando la ragionevolezza della scelta legislativa.

⁵⁷² Sull'entrata dei fatti nel giudizio di costituzionalità (cioè sulle diverse fonti a disposizione della Corte) e sul problema della rilevanza dell'istruttoria legislativa si dirà nel capitolo IV.

adeguatamente motivata nei “fatti”, non è detto che tutte le volte che entra in gioco un diritto essenziale della persona il giudice costituzionale decida di procedere ad un esame del merito e pronunciarsi in ipotesi per l’illegittimità⁵⁷³. La mancanza di linearità che, a tratti, sembra caratterizzare gli interventi del giudice delle leggi sulla discrezionalità del legislatore, in particolare per quanto riguarda valutazioni che coinvolgono i presupposti scientifici della disciplina, trova infatti spiegazione nella difficoltà dell’individuazione di un punto di equilibrio tra ragioni della legittimità costituzionale e decisioni politiche. Il rapporto di tensione tra sindacato della Corte e discrezionalità legislativa si fa particolarmente critico soprattutto nei momenti di crisi del sistema, quando il giudice costituzionale diventa l’organo su cui si trasferisce il conflitto politico⁵⁷⁴: è ad esso che il singolo, per mezzo del giudice, si rivolge in ultima istanza al fine di ottenere la tutela richiesta nel processo principale ritenuta costituzionalmente dovuta, ma priva di riconoscimento a livello legislativo⁵⁷⁵. Come rilevato in precedenza, di fronte a tali questioni, il giudice delle leggi potrebbe, in un primo momento, evitare di pronunciarsi, preferendo rivolgere al legislatore una serie di moniti che, sotto il profilo della loro concreta influenza, dimostrano la possibile coincidenza «della *ratio* vera e propria e dell’*obiter dictum*»: in questi casi «l’uso dell’*obiter* è consapevolmente diretto a preconstituire eventuali futuri criteri di decisione»⁵⁷⁶.

8.2. Autonomia della scienza e discrezionalità legislativa: l’applicazione ragionevole della legge nel caso concreto

Se, in linea di principio, spetta al legislatore elaborare le leggi tenendo conto delle esigenze della realtà concreta (in particolare tecnico-scientifica) alla quale si applicheranno, qualora ciò non avvenga è compito del giudice rilevare le inadeguatezze della norma che danno vita ad un vizio di costituzionalità e, conseguentemente, chiedere alla Corte di intervenire sulla situazione normativa «“liberandolo” dal vincolo che lo lega ad una disposizione basata su “fatti” erronei o non rispondenti alla specifica situazione rispecchiata nel caso di specie»⁵⁷⁷. In questi casi, il principio di ragionevolezza permette alla Corte di valutare la costituzionalità della norma impugnata alla luce del dato scientifico, ancorando la sua decisione «alla particolarità delle singole controversie e alla realtà sottesa al dato normativo»⁵⁷⁸: è, ad esempio, attraverso l’introduzione di meccanismi flessibili che il giudice delle leggi può “modellare” la disposizione, adeguandola alle indicazioni provenienti dalla realtà scientifica, e permettendone un’applicazione ragionevole nel caso concreto oggetto del giudizio *a quo*⁵⁷⁹.

⁵⁷³ Un esempio è dato dalla prima pronuncia avente ad oggetto la legge sulla procreazione medicalmente assistita, in cui la Corte conclude per l’inammissibilità della questione con una motivazione alquanto discutibile e aspramente criticata in dottrina.

⁵⁷⁴ M. Scudiero-S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli 1999, XIII.

⁵⁷⁵ Si pensi alla questione relativa all’ammissione della diagnosi preimpianto, della quale nulla si dice nella legge 40.

⁵⁷⁶ A. Anzon, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano 1995, 134. L’A. ritiene che «le affermazioni contenute nelle sentenze possano godere di pari forza persuasiva, indipendentemente dal presentarsi o meno come necessario sostegno della decisione».

⁵⁷⁷ R. Bin, *La Corte e la scienza*, cit., 7.

⁵⁷⁸ E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., 79. Cfr. anche G. D’Amico, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 260, secondo il quale «sono le peculiarità del caso concreto a far divenire imprescindibile la valutazione dei contesti alla luce dei quali va giudicata la conformità della norma impugnata rispetto a quella costituzionale, invocata come parametro».

⁵⁷⁹ Per un’esemplificazione in merito, si rimanda agli esempi forniti nel capitolo II e a quanto rilevato nelle sue conclusioni.

In ambiti che hanno a che fare con questioni tecnico-scientifiche – si pensi, innanzitutto, a quello concernente l'attività terapeutica – il ruolo fondamentale che può assumere la Corte sembra, pertanto, essere quello di controllare che l'esercizio della funzione legislativa non esorbiti oltre il consentito, invadendo la sfera di autonomia che è propria della scienza⁵⁸⁰. Ad esempio, per fornire al diritto alla salute la tutela costituzionalmente necessaria, il giudice delle leggi può essere chiamato a rimuovere determinati limiti legislativamente e illegittimamente imposti al suo esercizio, intervenendo con decisioni che abbiano l'effetto di restituire autonomia alla scienza-medica⁵⁸¹ e alla libertà individuale di scegliere le cure a cui sottoporsi⁵⁸². Una tipologia di pronuncia elaborata dal giudice costituzionale al fine di adattarsi a tale scopo è quella additiva di principio⁵⁸³, di cui la sentenza "Di Bella" rappresenta un esempio: con tale decisione la Corte permette al medico di valutare «sotto la propria responsabilità, e sulla base di elementi obiettivi, che non esistano valide alternative terapeutiche tramite medicinali o trattamenti già autorizzati per tali patologie»⁵⁸⁴. Si tratta quindi di un'addizione «che si presenta come un prolungamento delle norme costituzionali, piegate dall'interprete ad un'applicazione operativa nel caso di specie, in funzione del completamento di una normativa ritenuta incostituzionale per difetto»⁵⁸⁵.

In casi come questo, lo scopo dell'intervento della Corte è creare le condizioni affinché possa operare una disciplina minima che consenta l'attuazione del nucleo essenziale del diritto costituzionalmente garantito, attraverso «aperture ad un sindacato

⁵⁸⁰ Giunge a simili conclusioni G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, cit., 89. In tema, si veda anche L. Violini, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare*, cit., 1455, la quale rileva che la motivazione della sent. 282/2002 sembra incentrata «sul tentativo di individuare un'area propria della attività legislativa, al di fuori della quale il legislatore sarebbe, almeno in prima battuta, tenuto a non intervenire, salvo che non vi siano giustificate necessità di regolamentazione volte a offrire garanzie contro specifici e gravi rischi. In tal caso, peraltro, l'intervento legislativo non dovrebbe essere connotato dall'ampia discrezionalità politica che di solito circonda l'esercizio di tale importante funzione dello Stato bensì dovrebbe essere una quasi imposta conseguenza di attività istruttorie condotte da organi tecnici di provata esperienza e di certa imparzialità».

⁵⁸¹ P. Veronesi, *Il corpo e la costituzione*, cit., 295, il quale, richiamando la sent. 282/2002, rileva che «il legislatore non può valicare ciò che spetta alla scienza medica e deve perciò essere lasciato a valutazioni connesse allo specifico caso clinico da risolvere».

⁵⁸² Si ricordi il principio affermato nella sent. 282/2002, secondo cui «salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali, non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione. Autonomia del medico nelle sue scelte professionali e obbligo di tener conto dello stato delle evidenze scientifiche e sperimentali, sotto la propria responsabilità, configurano dunque un altro punto di incrocio dei principi di questa materia» (punto 4 del considerato in diritto).

⁵⁸³ Una particolare tipologia di pronunce che permette alla Corte di intervenire, eliminando le norme incostituzionali dall'ordinamento e, al contempo, di attenuare l'impatto sulla discrezionalità legislativa è l'additiva di principio, come rilevato da L. Pesole, *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa*, cit., 419. In tema, si veda anche G. Zagrebelsky, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c., della Costituzione*, Milano 1993, 146-148, il quale evidenzia che il meccanismo dell'additiva di principio pone in risalto la distinzione dei compiti "normativi" dei tre soggetti istituzionali coinvolti: «l'addizione operata dalla per la Corte è un principio, la discrezionalità del legislatore si esercita ponendo una regola generale e astratta nell'ambito del principio e la tutela offerta dai giudici si realizza (o applicando quella regola o, in mancanza) traendo dal principio costituzionale enunciato della Corte la regola giudiziaria del caso concreto».

⁵⁸⁴ Inoltre, il richiamo al legislatore, anche nel dispositivo della sentenza, avrebbe il carattere non di mero suggerimento, ma di direttiva vincolante, che configura l'intervento del legislatore come contributo costituzionalmente doveroso per colmare la lacuna legislativa causa dell'incostituzionalità. Cfr. A. Anzon, *Modello ed effetti della sentenza*, cit., 1532.

⁵⁸⁵ S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna 2004, 403.

della ragionevolezza *tout court* delle leggi» che «sembrano preludere ad un ampliamento ancora difficilmente definibile delle tutele dei singoli» e consentire una significativa incisione della discrezionalità legislativa⁵⁸⁶. Più in generale, la possibilità che la Corte intervenga sulle scelte del legislatore, utilizzando i dati della scienza, non sembra configurare una vera e propria invasione nella sfera politica parlamentare se si parte dalla constatazione che «lo sviluppo continuo delle acquisizioni scientifiche e delle applicazioni tecnologiche e, dunque, la crescente complessità dei fenomeni sociali interessati dalla produzione normativa inducono sovente il legislatore ad utilizzare elementi di conoscenza e metodologie operative attingendo a discipline altamente specializzate. Il ricorso ad esperti provvisti di uno specifico corredo di conoscenze scientifiche e tecnologiche non può non influenzare la fisionomia del potere discrezionale del legislatore»⁵⁸⁷ e, conseguentemente, lo stesso controllo di costituzionalità riguardanti normative connesse a tali realtà fattuali.

8.3. Corte costituzionale e questioni scientificamente controverse

Nelle conclusioni del capitolo II si è evidenziato che il giudice costituzionale ammette la censura della scelta legislativa sulla base di dati della scienza quando «il contesto scientifico e tecnico fornisce certezze inoppugnabili, dinnanzi alle quali la Corte è obbligata ad adottare una decisione “scientificamente necessitata»⁵⁸⁸. Si pensi ad una legge che, al fine di tutelare la salute, impedisca la commercializzazione di un certo prodotto perché, secondo parte del mondo scientifico, esso sarebbe nocivo per l'uomo; qualora nuove ricerche dimostrassero la non pericolosità della sostanza in questione e la legge fosse impugnata davanti alla Corte, quest'ultima dovrebbe annullarla poiché il bilanciamento non risulterebbe più supportato da dati empirici tali da rendere ragionevole la limitazione della libertà di iniziativa economica. L'esempio proposto configura un'ipotesi di anacronismo legislativo causato dall'evoluzione della conoscenza scientifica, ma non sembra che la conclusione in merito ad un possibile intervento del giudice delle leggi sia diversa quand'anche si trattasse di censurare un divieto legislativo di questo tipo che si basasse su dati scientifici erronei, smentiti da attendibili ricerche scientifiche già esistenti al momento dell'elaborazione della norma e non sopravvenute.

Qual è invece l'atteggiamento della Corte di fronte a questioni scientificamente controverse⁵⁸⁹: si tratta di *political questions* che precludono un controllo di costituzionalità? A ben vedere, la configurazione di una *political question* può, in generale,

⁵⁸⁶ Così S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni*, cit., 402 e 405. L'A. rileva che «sia andando oltre i dati testuali della Costituzione con l'utilizzo in via autonoma del principio di ragionevolezza che sviluppando quei dati nelle loro indicazioni teleologiche con l'adozione di una uova modellistica delle sue sentenze, la Corte lascia intendere di volere tentare strade nuove, inconsuete ed imprevedute di sindacato dell'operato del legislatore».

⁵⁸⁷ Q. Camerlengo, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici*, cit., 177.

⁵⁸⁸ G. D'Amico, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 241.

⁵⁸⁹ A proposito delle diverse tipologie di sindacato a seconda delle caratteristiche delle questioni tecnico-scientifiche, si richiami quanto rilevato, in ambito amministrativistico da G. Parodi, *Tecnica ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino 1990, 112-115. L'A. distingue tra sindacato intrinseco in senso debole, esercitabile alla stregua di conoscenze specialistiche che conducano a risultati tendenzialmente univoci, sorretti da un consenso generale degli esperti, e sindacato intrinseco in senso forte, concernente, invece, questioni tecniche controverse, cioè quando vi è un conflitto tra massime di esperienza.

Si rilevi, inoltre, che le valutazioni costi-benefici che, come visto, spetterebbero al legislatore in tema di trattamenti terapeutici – e alla Corte nel momento in cui le venisse sottoposta una questione avente ad oggetto tali normative – spesso si ricollegano a dati scientifici tali da non fornire quantificazioni precise, ma solamente prove statistiche la cui significatività non corrisponde ad un certo grado di probabilità e quasi mai ad una certezza. Così, L. Violini *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare*, cit., 1457-1458.

essere considerata come uno strumento di autolimitazione nelle mani della Corte: le argomentazioni eterogenee che supportano decisioni di inammissibilità per rispetto della discrezionalità legislativa dimostrano, infatti, da un lato, che la Corte si ritiene libera nel determinare i limiti delle scelte politiche del legislatore e, dall'altro lato, che la motivazione della decisione è comunque connessa alla specificità della situazione esaminata. È quindi necessario riflettere sulla posizione del giudice costituzionale rispetto alle questioni scientifiche controverse e sulle possibili conseguenze che la preclusione di un controllo della Corte in questi ambiti potrebbe comportare.

Si deve partire dalla constatazione che le occasioni in cui il giudice costituzionale si è trovato a decidere su normative prive di sicuri fondamenti scientifici si sono concretamente verificate, sebbene molto raramente⁵⁹⁰. Oltre al caso “Di Bella”, analizzato in precedenza, si può ricordare una serie di giudizi decisi dalla Corte sulla base di un “ragionamento di precauzione”⁵⁹¹, che proprio del dubbio scientifico tiene conto e che da tale incertezza fa discendere il rigetto della questione di legittimità costituzionale: sono stati, ad esempio, ritenuti non irragionevoli interventi legislativi (o regolamentari) che, di fronte alla mancanza di evidenze scientifiche, optano per la scelta che maggiormente tutela il diritto alla salute⁵⁹².

Ma quando, e come, la Corte riesce a “trasformare” le incertezze della scienza in certezze del diritto costituzionale?⁵⁹³ L'elemento determinante per l'ammissione di un sindacato di costituzionalità di fronte a questioni scientifiche controverse sembra essere rappresentato dal tipo di incertezza che costituisce il presupposto della norma.

Per richiamare l'esempio fatto inizialmente, fin quando esistano fondati dubbi in merito alla pericolosità di un prodotto e al rischio che la sua commercializzazione potrebbe comportare per la salute dell'uomo, sembrano ammissibili normative “precauzionali” supportate da un adeguato approfondimento scientifico da parte del legislatore⁵⁹⁴. Con riferimento alla sent. 282/2002, infatti, si ritiene che la Corte, annullando la normativa regionale che sospende l'utilizzo della terapia elettroconvulsivante – poiché tale legge «non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente intesa a scopo cautelativo, in attesa di futuri accertamenti che dovrebbero essere compiuti dall'autorità sanitaria nazionale» –, non stia escludendo a

⁵⁹⁰ Cfr. M. Ainis, *Le questioni scientifiche controverse*, cit., 24, il quale rileva che «dinanzi ad una questione scientifica controversa, in linea di massima la Corte non si sottrae alla decisione, non si rifugia dietro l'ombrello della discrezionalità legislativa confezionando una pronuncia di *non liquet*». A sostegno di tale affermazione l'Autore cita due casi emblematici, che riguardano i confini della vita umana: la sentenza i tema di aborto («che in questa sede rileva perché il momento in cui si genera la vita, l'attimo in cui avviene la trasformazione del feto in essere umano, rimane scientificamente incerto») e la sent. 414/1995, riguardante la determinazione del concetto di morte.

⁵⁹¹ S. Grassi-A. Gragnani, *Il principio di precauzione*, cit., 160. Secondo gli A. la giurisprudenza costituzionale applica in diverse occasioni il “principio di precauzione”, ma per procedere a questa analisi non ci si può fermare al riscontro di espliciti riferimenti.

⁵⁹² Si veda la sent. 351/1999, che decide su un conflitto di attribuzioni tra Stato e Regione Lombardia avente ad oggetto un decreto del Ministro della sanità che prevede misure precauzionali, al fine di salvaguardare la salute umana di fronte all'emergenza derivante da rischio di trasmissione all'uomo del morbo di *Creutzfeld Jacob* attraverso il consumo di materiali infetti. Si ricordano, inoltre, le sentt. 382/1999 e 407/2002 per quanto riguarda la legittimità di interventi legislativi regionali in materia di tutela della salute con riferimento all'esposizione a campi elettrici e magnetici, che fissino standard di tutela più elevati rispetto alla disciplina statale.

⁵⁹³ I questi termini il quesito viene posto da G. D'Amico, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale*, cit., 241.

⁵⁹⁴ È quanto sembra dedursi dalla citata sent. 282/2002. A questo proposito, si potrebbe addirittura immaginare l'opportunità di accompagnare la legge con una sorta di motivazione contestuale, ma tale eventualità sarà approfondita, con particolare riferimento quelle che intervengono a disciplinare ambiti strettamente collegati ad un contesto scientifico, nel capitolo III.

priori la possibilità di applicare il principio di precauzione nel nostro ordinamento, ma stia semplicemente sanzionando (in modo quasi esemplare) l'assenza di approfondimento di quei presupposti scientifici su cui dovrebbe reggersi un intervento legislativo di tipo precauzionale⁵⁹⁵.

In generale, sembra, quindi, che la Corte possa utilizzare la scienza (anche se incerta) al fine di ritenere ragionevoli⁵⁹⁶, o meno, bilanciamenti legislativi che abbiano lo scopo di tutelare un diritto fondamentale, come quello alla salute, limitando altre libertà costituzionali⁵⁹⁷. Ciò porta, in alcuni casi, a riconoscere una possibile applicazione – anche solo indiretta o implicita⁵⁹⁸ – del principio di precauzione⁵⁹⁹ nella nostra legislazione e nei relativi giudizi di legittimità costituzionale⁶⁰⁰: il principio in questione, indipendentemente dal nome che gli si voglia dare, può infatti essere inteso come un'istanza che impone alle autorità politiche l'introduzione di misure di cautela in presenza di una situazione di incertezza scientifica da cui potrebbe derivare un rischio per beni giuridici rilevanti, quale la salute⁶⁰¹.

⁵⁹⁵ Critici rispetto a questa decisione sono S. Grassi-A. Gragnani, *Il principio di precauzione*, cit., 166, secondo i quali la Corte avrebbe dovuto considerare che il rapporto tra nocività-effetto terapeutico esprime un valore soltanto relativo da verificare in relazione al grado di sviluppo della scienza e che in questo lungo periodo il progresso tecnico e scientifico ha consentito l'impiego di terapie in molti casi alternative, ad esempio quelle farmacologiche, con conseguente revisione del relativo rapporto costi-benefici. La rilevanza della distinzione tra le ipotesi per le quali sono previste terapie alternative e quelle per le quali è disponibile un unico mezzo terapeutico è evidente, ma non è stata valorizzata dalla Corte.

⁵⁹⁶ Considera il principio di precauzione come una «progressiva raffinazione del principio di ragionevolezza», F. De Leonardis, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in www.federalismi.it, (31 ottobre 2006), 12.

⁵⁹⁷ Si tratta di casi in cui la Corte verifica se la disciplina fornita a livello normativo, a fronte di un determinato presupposto scientifico dubbio, risulti costituzionalmente ragionevole. Più in generale, secondo D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali*, cit., 1983, 504, quanto maggiori sono i margini di incertezza di giudizi di fatto, tanto più la formulazione di simili giudizi si rivela un aspetto di valutazioni e scelte di indirizzo politico, cioè non surrogabili da giudizi “tecnici”, ma proprio il margine ineliminabile di opinabilità delle prognosi legislative pone l'esigenza di un controllo sul “sufficiente fondamento” delle scelte stesse: «l'istituzionalizzazione del controllo, nelle forme del giudizio di costituzionalità, funge per così dire da “costrizione alla razionalità”».

⁵⁹⁸ Nel nostro ordinamento non vi è una espressa previsione del principio, ma l'ottica precauzionale compare ad esempio nella legge 36/2001, sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, nella quale si afferma che in caso di incertezza delle conoscenze scientifiche, deve precludersi l'autorizzazione allo svolgimento di ogni attività o intervento potenzialmente pericolosi per la salute e l'ambiente.

⁵⁹⁹ Il principio è comparso in ambito comunitario dapprima in un atto di diritto derivato, la direttiva 90/220/CEE del Consiglio del 23 aprile 1990, relativa all'utilizzo nell'ambiente di organismi geneticamente modificati. Soltanto successivamente si è inserito il principio in un testo di diritto originario, il trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992: l'art. 130 R del Trattato sull'Unione europea, l'attuale 174 CE, introduce il noto principio secondo il quale «La politica comunitaria in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi di precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio di “chi inquina paga” [...]».

⁶⁰⁰ Come rilevano S. Grassi-A. Gragnani, *Il principio di precauzione*, cit., 156-157, il fatto che la scelta di adottare, o meno, una misura precauzionale in relazione al livello di rischio ritenuto accettabile sia una decisione da considerarsi politica, e che l'individuazione delle opportune misure di cautela compete alla discrezionalità del legislatore, non può considerarsi elemento utile ad escludere il controllo di legittimità costituzionale. La Corte, in questi casi, potrà infatti verificare la ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore fra gli interessi costituzionali in conflitto; nonché censurare l'irragionevolezza sopravvenuta della legge, ad esempio nell'ipotesi di successive conoscenze scientifiche che la riconoscano come inadeguata. Gli A. non ritengono, però, possibile una sostituzione dell'istruttoria scientifica condotta dal legislatore con un'autonoma istruttoria da parte della Corte, essendo quest'ultima un organo politicamente irresponsabile.

⁶⁰¹ Segnali di un'apertura in questo senso da parte della giurisprudenza costituzionale si hanno nella sent. 399/1996. Con specifico riferimento al diritto alla salute, in questa pronuncia, il giudice delle leggi sembra considerare costituzionalmente necessaria una tutela precauzionale quando afferma che, per conseguire il fine

Per chiarire meglio l'affermazione secondo cui l'ammissione o l'esclusione di un controllo di costituzionalità che arrivi a sindacare il merito della scelta legislativa di fronte ad una questione scientifica controversa sarebbe collegata al tipo di incertezza che la scienza prospetta – a seconda della quale il sindacato della Corte può essere configurato come invasivo, o meno, della discrezionalità legislativa – si ritiene necessario fare un breve cenno a due ipotesi concrete. Tra le questioni scientifiche controverse in cui la Corte non potrebbe entrare nel merito, per sostituire la sua valutazione a quella legislativa, rientra sicuramente la scelta che stabilisce «se l'embrione fuori dal ventre materno sia un progetto di essere umano o un essere umano a pieno titolo (o se la c.d. cellula totipotente sia definibile come embrione)»⁶⁰²; ferma restando la necessità che tale riconoscimento di tutela venga poi bilanciato ragionevolmente con eventuali diritti in conflitto, quale ad esempio, il diritto alla salute della futura madre. Si ipotizzi, invece, l'esistenza di una tecnica chirurgica (X) che secondo parte del mondo medico sarebbe meno rischiosa per la salute del paziente rispetto ad altri trattamenti (Y e Z) – volti a perseguire il medesimo risultato clinico, ma con modalità differenti di esecuzione – mentre secondo altre opinioni essa sarebbe ugualmente pericolosa. Anche qualora solo una parte minoritaria del mondo medico ritenesse meno rischiosa la tecnica X, sarebbe costituzionalmente accettabile lasciare alla decisione politica del legislatore se vietarla o meno?⁶⁰³ In questo caso, proprio il tipo di incertezza scientifica – rappresentata da una discordanza di opinioni, non relative ad un maggior rischio, ma ad un possibile effetto benefico della disciplina – sembrerebbe impedire, pena l'incostituzionalità, un intervento legislativo che vietasse il ricorso alla tecnica in questione⁶⁰⁴.

8.4. (segue) - La scienza (anche incerta) come criterio di ragionevolezza o come fondamento per il riconoscimento di una tutela costituzionalmente necessaria?

della protezione dal fumo passivo in modo conforme al principio costituzionale dell'art. 32, è necessario che «il rischio derivante dal fumo passivo, se non eliminato, sia ridotto ad una soglia talmente bassa da far ragionevolmente escludere che la loro salute sia messa a repentaglio» (punto 5 del considerato in diritto). Sebbene sussistano incertezze sull'identificazione dei valori di esposizione che non devono essere superati per evitare eventuali effetti cancerogeni la Corte impone ai pubblici poteri che l'art. 32 sia garantito anche attraverso la precauzione dai rischi. Così S. Grassi-A. Gragnani, *Il principio di precauzione*, cit., 165.

Già nella sent. 202/1991 il giudizio costituzionale non negando il pericolo per il bene fondamentale, primario e costituzionalmente garantito, della salute; nel caso di specie l'inammissibilità è dovuta al fatto che la Corte non è l'organo preposto ad effettuare l'intervento ampliativo richiesto, ma, in attesa dell'intervento legislativo auspicato, indica come via alternativa il riconoscimento del danno biologico, come rilevato da R. Rolli-A.Pinna, *Il diritto alla salute*, cit., 34.

⁶⁰² M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale*, cit., 461.

⁶⁰³ L'esempio in questione si è concretamente verificato, in tempi piuttosto recenti, nell'ordinamento statunitense. In più occasioni la Corte Suprema è stata chiamata ad esprimersi sulla costituzionalità del divieto legislativo di praticare la procedura abortiva c.d. della «dilatazione ed evacuazione intatta» (detta *intact D&E* o *D&X*). Mentre in una prima pronuncia, *Stenberg v. Carhart*, risalente al 2000, viene giudicata incostituzionale la normativa (adottata dallo Stato del Nebraska nel 1998) che vietava il *partial birth abortion*, poiché costringe la gestante a sottoporsi ad una tecnica abortiva che, secondo parte delle autorità mediche, potrebbe metterne maggiormente in pericolo la salute rispetto a quella vietata; nell'aprile 2007, la Corte Suprema, chiamata ad esprimersi sulla costituzionalità del *Partial Birth Abortion Ban Act* (reintrodotto con legge federale nel 2003), ritiene – in maniera del tutto inaspettata – che tale legge sia costituzionalmente legittima, osservando che esiste un disaccordo documentato circa il fatto che il divieto comporti significativi rischi per la salute delle donne e che, di fronte a tale incertezza medica, non è precluso l'esercizio di potere legislativo. Questo tipo di argomentazione è sicuramente criticabile (come dimostra la *dissenting opinion* del giudice Ginsburg) non essendo in grado di stabilire una continuità con i precedenti (*Stenberg* e, ancor di più, *Casey*), che proprio della opportunità di tener conto della salute della donna, in presenza di una divisione di opinioni nella classe medica, avevano fatto uno dei punti centrali della motivazione.

⁶⁰⁴ Ciò anche, e soprattutto, tenendo conto dei principi espressi dalla citata giurisprudenza costituzionale in tema di trattamenti terapeutici, il cui perno è la pronuncia 282/2002.

L'ultima ipotesi presa in considerazione nel paragrafo precedente conduce ad un'ulteriore riflessione, che prende le mosse dal tentativo di rispondere al seguente interrogativo: la scienza, anche qualora presenti conclusioni incerte, può arrivare a fondare un'esigenza costituzionale di tutela o rappresenta solamente la base per verificare la ragionevolezza di un'opzione legislativa discrezionale, che non esclude l'esistenza di una diversa possibile composizione degli interessi costituzionalmente compatibile? Con specifico riferimento al principio di precauzione, esso gioca a favore del legislatore quando decide di dare rilevanza ad un rischio scientificamente incerto, limitando un diritto per tutelare la salute⁶⁰⁵, oppure è un principio destinato ad operare a favore di questo diritto fondamentale sempre e comunque, e quindi determina un livello di tutela costituzionale minimo che, in ultima istanza, la Corte deve garantire?⁶⁰⁶

Se è vero che sul legislatore incombe l'onere di provvedere ai rischi che l'incertezza scientifica genera, come sostenuto in dottrina⁶⁰⁷, allora a fronte di un contesto fattuale scientificamente incerto non è detto che il giudice costituzionale non possa (o addirittura non debba) intervenire per fornire tutela ai diritti fondamentali⁶⁰⁸. Con specifico riferimento al controllo sulle prognosi e sui presupposti in fatto delle valutazioni legislative, Cerri afferma che «a certi livelli di tutela nessun esperimento può essere consentito e la disciplina legislativa può riposare solo su una base di previsioni e presupposizioni conoscitive sicure, per quanto almeno può esserlo la conoscenza umana»⁶⁰⁹. Conseguentemente, «dovrebbe bastare un dubbio circa la lesione dei medesimi per annullare una legge ed il contrasto fra opinioni scientifiche dovrebbe condurre a ritenere invalida la legge medesima»⁶¹⁰. Seguendo questo ragionamento, può essere ipotizzato un capovolgimento della comune affermazione secondo la quale è censurabile una scelta legislativa solo quando si basi su dati scientifici sicuramente errati: eventuali interventi legislativi che limitino diritti costituzionali saranno giustificabili solamente se basati su sicuri dati della scienza e, pertanto, saranno censurabili tutte le volte in cui non

⁶⁰⁵ In ambito comunitario, ad esempio, si riconosce ampia discrezionalità agli stati membri che a fronte di elementi scientifici insufficienti o incerti circa la pericolosità o meno di un prodotto per la salute o per l'ambiente abbiano adottato misure restrittive della sua circolazione. Si tratta di un'applicazione del principio di precauzione, in applicazione del quale qualora sussistano rischi per la salute umana e per l'ambiente, le autorità competenti possono adottare misure di tutela senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi. La Corte di giustizia richiede che la sua applicazione non possa mai prescindere da una valutazione scientifica obiettiva (preliminare) che indichi l'esistenza di ragionevoli motivi di temere effetti nocivi sull'ambiente o sulla salute degli esseri umani.

Si noti che il principio in questione opera in una precisa direzione: la garanzia della libertà di circolazione può legittimamente cedere di fronte ad un pericolo (ragionevolmente presumibile) che minacci beni essenziali quali la salute e l'ambiente. E' la tutela di tali beni primari che giustifica una misura limitativa di altri diritti.

⁶⁰⁶ A tal proposito, in ambito comunitario, si veda E. D. Cosimo, *Il principio di precauzione tra Stati membri e Unione europea*, in DPCE, 3/2006, 1121 ss. la quale rileva che, in ambito alimentare, l'art. 7 del reg. 178/02, accordando discrezionalità nell'adozione di misure di gestione del rischio, qualificerebbe il principio in questione come una norma facoltativa, a differenza di quanto il Trattato prevede in materia di tutela della salute e dell'ambiente: alla precettività della precauzione in materia di salute e ambiente, si contrappone, dunque, il carattere programmatico della precauzione in ambito alimentare.

⁶⁰⁷ R. Bin, *La Corte e la scienza*, cit., 10; secondo l'A. è la perdita di oggettività della scienza ad imporre l'esigenza di un crescita del ruolo della regolazione giuridica.

⁶⁰⁸ A questo proposito, però, M. Ainis, *Le questioni scientifiche controverse*, cit., 27, osserva che «nella giurisprudenza costituzionale l'esigenza che ogni scelta normativa sia giustificata da verifiche sperimentali ed evidenze scientifiche ha un ruolo più potente dell'opposta esigenza che si esprime attraverso il *principio di precauzione*, il quale viceversa impone limiti e divieti anche quando manchino le prove scientifiche del danno».

⁶⁰⁹ A. Cerri, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza*, cit., 158-159.

⁶¹⁰ A. Cerri, *I poteri istruttori*, cit., 1353-54.

trovano fondamento in presupposti scientifici che configurino la “ragionevole” necessità di restringere l’esercizio di un diritto fondamentale⁶¹¹.

Sulla base di tali osservazioni, può essere messa in discussione l’idea che nel giudizio di legittimità i dati scientifici possano avere rilievo solo quando siano sicuri ed incontrovertibili e diviene quindi configurabile un intervento del giudice costituzionale anche quando la scienza non è in grado di fornire dati certi. In questi casi occorre, però, che la Corte ricostruisca correttamente il contesto scientifico in cui si pone la sua decisione, prospettando in maniera chiara i dubbi e le ipotesi degli esperti⁶¹² non presi in considerazione (o ritenuti erroneamente non rilevanti) in sede di elaborazione della norma.

In conclusione, la possibilità inizialmente delineata di configurare una “zona franca” sottratta al controllo del giudice costituzionale, a fronte di fatti scientifici dalla consistenza incerta, non pare sostenibile, soprattutto in materie che riguardano il diritto alla salute e altri diritti fondamentali⁶¹³. Ciò che si ritiene debba essere certo, affinché la Corte possa pronunciarsi, infatti, non è il risultato offerto dalla scienza, ma la ricostruzione del contesto scientifico in cui la norma impugnata si colloca: questo significa che anche a fronte di dati controversi il giudice delle leggi potrebbe intervenire, ma solo dopo aver delineato in maniera completa ed attendibile il dubbi della scienza sottesi alla decisione. In definitiva, richiamando quanto sostenuto nel precedente paragrafo, si può ipotizzare che la discrezionalità del legislatore incontri dei limiti anche in presenza di questioni scientifiche controverse e che sia, pertanto, censurabile in sede di costituzionalità, a seconda del diritto da tutelare (ad esempio, un diritto fondamentale come quello alla salute⁶¹⁴) e del tipo di incertezza che la scienza prospetta.

9. Problematiche connesse alle modalità con cui i fatti entrano nel procedimento legislativo e nei giudizi della Corte. Rinvio.

Come evidenziato nei precedenti capitoli, le decisioni della Corte costituzionale, e prima ancora del legislatore, che intervengono su materie riguardanti i diritti fondamentali

⁶¹¹ I questo senso R. Bin, *La Corte e la scienza*, cit., 19, per quanto riguarda la disciplina e la limitazione della ricerca scientifica. Cfr. anche Q. Camerlengo, *I poteri istruttori*, cit., 181, il quale auspica che la Corte ricorra con maggior frequenza all’uso dell’istruttoria nei giudizi aventi ad oggetto prescrizioni limitative dei diritti fondamentali basate su dati scientifici non assistiti da un’adeguata e persuasiva affidabilità.

⁶¹² La sentenza 282/2002, come già visto, non nega la possibilità di interventi legislativi a fronte delle incertezze della scienza, ma censura normative emanate in mancanza di un approfondimento del presupposto tecnico-scientifico. Del resto la Corte ha esplicitamente affermato in più occasioni di essere essa stessa vincolata al dato scientifico, e che pertanto, la stessa decisione di costituzionalità troverà il suo fondamento in una corretta e completa ricostruzione del contesto fattuale in cui si colloca la disciplina.

⁶¹³ Del resto, già in alcuni limitati ma significativi casi, la Corte ha dimostrato di poter intervenire anche quando le acquisizioni scientifiche siano dubbie. Si pensi ad esempio al caso Di Bella, risolto con la sent. 185/1998. Pur nella consapevolezza che la vicenda in questione, nella sua conclusione, ha risentito di diversi fattori, non da ultimo quello politico, sociale e, forse, soprattutto, umano, non si può non rilevare che, di fronte ad una questione scientifica controversa, la Corte abbia ritenuto che esistesse una soluzione costituzionalmente compatibile (con il principio di eguaglianza e, sullo sfondo, con la tutela del diritto alla salute), diversa da quella determinata a livello legislativo.

Volendo leggere tra le righe di un’altra pronuncia (sent. 518/2000) una simile conclusione, si noti che anche relativamente al reato d’incesto la Corte, in un *obiter dictum*, lascia intendere che la scelta normativa incriminatrice non rientrerebbe nella sfera di discrezionalità legislativa e, quindi, sarebbe censurabile per arbitrarietà (rispetto al fine), qualora la sua *ratio* fosse l’interesse eugenetico, poiché «essa si baserebbe su un assunto – l’unione tra consanguinei essere di per sé foriera di danni genetici – sul piano scientifico dibattuto» (punto 2.1 del considerato in diritto).

⁶¹⁴ R. Rolli-A.Pinna, *Il diritto alla salute*, cit., 48, ritengono infatti che «la nuova consapevolezza della società, dei pazienti, della stessa classe medica, dei giudici e del sentire comune, anche internazionale» porta a riconoscere e tutelare in maniera sempre più forte il diritto alla salute nel suo nucleo fondamentale, «ed è certo che la Consulta continuerà a seguirla, correndo sul filo dei difficili bilanciamenti che tante volte è stata chiamata a compiere, e che ancora dovrà effettuare».

connessi alla scienza, come nel caso del diritto alla salute, necessitano di un'«esatta “precomprensione” delle questioni e delle fattispecie in gioco»⁶¹⁵.

Sembra quindi interessante analizzare, in primo luogo, il ruolo dell'istruttoria scientifica nella fase di elaborazione della norma, soprattutto in settori del diritto particolarmente delicati da punto di vista tecnico e scientifico, al fine di rilevare eventuali carenze ed inadeguatezze e valutare, quindi, la necessità di proceduralizzare l'acquisizione di tali dati; in particolare, si auspica che determinate decisioni, per le quali sono richieste specifiche e specializzate forme di conoscenza, «siano precedute da analisi compiute da organi tecnici capaci di dare riposte ai numerosi quesiti che certe materie pongono al legislatore e che il legislatore stesso non è in grado autonomamente di elaborare»⁶¹⁶.

In secondo luogo, al fine di valutare la “ragionevolezza scientifica” di una norma, e quindi la sua legittimità costituzionale, si rende necessario accertare e valutare le modalità attraverso cui la Corte, nel suo giudizio, può procedere ad approfondimenti fattuali relativi ai presupposti tecnico-scientifici della legge. A tal proposito, si tenga presente che anche chi afferma la configurabilità di un mero controllo di costituzionalità “esterno” da parte del giudice delle leggi – che non entri nel merito della valutazione empirica dei presupposti compiuta dal legislatore – ritiene che la Corte sia chiamata «a verificare l'effettivo compimento dell'attività di rilevazione dei pertinenti dati scientifici e tecnici, la serietà e la completezza di tale processo acquisitivo, l'obiettiva attendibilità dei soggetti consultati dal legislatore»⁶¹⁷.

Ma come può la Corte effettuare un controllo – sia esso più o meno penetrante – che verifichi se la disciplina risponda su dati scientifici adeguati e correttamente ricostruiti dal legislatore, se non ha a disposizione tali informazioni? E, ancora, con quali modalità il giudice costituzionale può poi accertare la bontà di tali presupposti? L'ammissione di un controllo di costituzionalità concernente i presupposti fattuali delle scelte legislative apre una serie di problemi che, oltre a riguardare il nodo dei rapporti fra giudice di costituzionalità e legislatore ordinario, riguardano anche gli aspetti procedurali del giudizio costituzionale⁶¹⁸. Si noti come tali questioni, sebbene rientranti tra gli aspetti, appunto, processuali del giudizio, possano incidere fortemente anche sul piano sostanziale della decisione. All'analisi di questa tematica sarà dedicato il IV e ultimo capitolo.

⁶¹⁵ P. Veronesi, *Il corpo e la costituzione*, cit., 54.

⁶¹⁶ L. Violini, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare*, cit., 1457.

⁶¹⁷ Q. Camerlengo, *I poteri istruttori*, cit., 180-181.

⁶¹⁸ Così, D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali*, cit., 503-504.

CAPITOLO IV

COME I FATTI (SCIENTIFICI) POSSONO ENTRARE NEI GIUDIZI DELLA CORTE. CONCLUSIONI E PROSPETTIVE

1. Premessa

Nei precedenti capitoli si è mostrato che per risolvere alcune questioni di costituzionalità, in particolare quelle connesse alle acquisizioni della scienza, può essere necessario prendere in considerazione i presupposti fattuali della scelta legislativa. Infatti, se si afferma l'esigenza che le scelte normative, soprattutto quelle che hanno una marcata connotazione tecnico-scientifica, poggino su una solida prognosi empirica, il controllo della Corte sulla legge non potrà non spingersi fino alla verifica di tale fondamento⁶¹⁹. In questi casi, specialmente quando la pronuncia di illegittimità interviene sulla decisione parlamentare in forza di una prognosi empirica alternativa a quella sottesa alla legge impugnata, la decisione dovrà essere giustificata sulla base di dati il più possibile obiettivi o, comunque, essere argomentata con elementi fattuali convincenti, che dimostrino l'arbitrarietà della scelta legislativa, legittimando l'intervento del giudice delle leggi⁶²⁰.

Tale ultima considerazione apre la strada ad un riflessione ulteriore, legata questa volta ai caratteri del processo costituzionale: quali sono i "canali d'entrata" dei dati e delle informazioni tecnico-scientifiche necessarie alla decisione della Corte?

Come già rilevato, i dati occorrenti per la definizione del giudizio – o quantomeno, gli elementi in grado di mettere in discussione la ragionevolezza della normativa impugnata – possono (e probabilmente devono) essere forniti già nell'ordinanza di rimessione, oppure derivare dall'apporto delle parti costituite nel giudizio costituzionale attraverso le loro memorie. Il giudice delle leggi dispone, inoltre, di diversi canali ufficiali per verificare gli elementi di fatto necessari alla decisione, come la possibilità di esaminare il fascicolo d'ufficio relativo alla vicenda processuale del giudizio *a quo* e quella di far ricorso ai poteri istruttori. Anche dall'analisi dei lavori preparatori della legge è possibile trarre indicazioni e chiarimenti sui presupposti fattuali di una normativa; oppure, possono diventare essenziali le informazioni che la Corte ottiene attraverso istruttorie informali o conoscenze amicali, considerate (talvolta forse con troppa leggerezza⁶²¹) come fatti notori, della comune esperienza o rientranti nell'*id quod plerumque accidit*. Va però notato che spesso ai fini di una decisione possono essere utilizzati contemporaneamente diversi strumenti e che, peraltro, non risulta sempre chiaro a quali di questi si faccia ricorso, poiché spesso non si ricorre a dichiarazioni esplicite in tal senso. Si anticipa fin d'ora che si ritiene invece essenziale, per lo meno nei casi più delicati in cui entrano in gioco i diritti fondamentali della persona, che nella motivazione che sorregge le decisioni di illegittimità basate su valutazioni tecnico-scientifiche, la Corte dia conto dell'attendibilità dei dati empirici su cui ha fondato la pronuncia, chiarendo eventualmente anche la provenienza del dato.

⁶¹⁹ A. Pugiotto, *Due casi di controllo*, cit., 3468.

⁶²⁰ *Ibidem*.

⁶²¹ Su questo aspetto si tornerà a riflettere in seguito.

2. Le questioni scientifiche al vaglio della Corte costituzionale: un'occasione per rivalutare i poteri istruttori?

2.1. L'istruttoria come fonte dei fatti necessari alla decisione (e alla motivazione) della Corte

Prima di prendere in considerazione l'uso dei poteri istruttori come possibile fonte di datiscientifici nel processo costituzionale, è necessario fare alcune precisazioni. In primo luogo, come ha evidenziato autorevole dottrina⁶²², non sempre il rilievo dei *legislative facts* e il campo dell'istruttoria sono coincidenti: da un lato, i fatti entrano nel giudizio anche a prescindere da qualunque specifica indagine del giudice delle leggi⁶²³ e, dall'altro lato, l'istruttoria può rispondere a logiche autonome rispetto alla risoluzione della questione nel merito⁶²⁴, oppure può non riguardare il rapporto tra fatto e norma, bensì la necessità di risolvere una *quaestio facti* (valutazioni sulla rilevanza o sull'impatto della pronuncia)⁶²⁵.

Sebbene la Corte abbia, in più occasioni, affermato l'ampia possibilità di utilizzare i poteri istruttori ogni qual volta vi sia la necessità di accertare elementi fattuali, e anche la migliore dottrina sostenga la possibilità di ricorrere a tali strumenti d'indagine⁶²⁶, raramente il giudice delle leggi se ne è avvalso, e tanto meno per acquisire informazioni tecniche o scientifiche necessarie alla pronuncia di costituzionalità⁶²⁷. Da un esame della giurisprudenza costituzionale si è rilevato che il limitato utilizzo di tale potere è avvenuto non tanto per ragioni di necessità quanto di opportunità⁶²⁸: la formalizzazione dell'istruttoria, infatti, risponde ad un'esigenza di trasparenza della motivazione, nella quale la Corte può decidere, o meno, di dar conto della valutazione e del rilievo di determinati elementi fattuali; poiché spesso la scienza fornisce risposte non pacifiche e implica valutazioni al limite del giudizio di merito, è probabile che la Corte abbia preferito

⁶²² M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 525-529.

⁶²³ Ad esempio, quando sono conoscibili, e quindi rientrano nel notorio, o quando vengono allegati dalle parti costituite davanti la Corte (ma di questo di dirà più avanti).

⁶²⁴ Si pensi ai casi in cui può essere usata con intenti dilatori.

⁶²⁵ Ad esempio, dell'ord. istrutt. 153/73, emessa nel corso di un giudizio incidentale avente ad oggetto le norme in materia di disoccupazione per le lavorazioni soggette a disoccupazione stagionale, censurate per la violazione dell'art. 38 Cost, non si dà atto nella successiva sent. 160/74, che chiude il giudizio, poiché l'indagine non è servita ai fini della decisione, ma solo a far conoscere alla Corte la rilevanza quantitativa del fenomeno e il conseguente impatto della pronuncia; vedi S. Grassi, *Sul diritto dei lavoratori stagionali all'indennità di disoccupazione*, in *Giur. cost.*, 1974, I, 1461, nota 2.

⁶²⁶ Cfr. C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, cit., 170, il quale rileva che non esiste «un qualsiasi plausibile motivo che giustifichi la sottrazione al giudice costituzionale di una parte dell'attività necessaria alla formulazione della decisione»; sebbene l'A. tratti la questione dell'accertamento dei fatti da parte della Corte relativamente ai giudizi concernenti le leggi provvedimento, tale riflessione può essere rilevante anche in questa sede. Cfr. anche M. Ainis, *Le questioni scientifiche controverse*, cit., il quale rileva che le attività istruttorie possono introdurre nel giudizio di costituzionalità «fatti» utili ai fini della decisione. In particolare, secondo l'A., nelle materie scientifiche i poteri istruttori potrebbero giocare un ruolo di rilievo in relazione ai *legislative facts*.

⁶²⁷ Si noti che nelle relazioni di fine anno sulla giustizia costituzionale relative all'ultimo decennio, praticamente nulla si dice riguardo ai poteri istruttori. Nella relazione dell'anno 2004 essi sono totalmente ignorati; nel 2005, pur con la specificazione che è rara la necessità di un approfondimento istruttorio, si segnala che nel giudizio concluso con sent. 110/2005 sono state emesse ben due ordinanze istruttorie rivolte al governo al fine di ottenere il deposito della «documentazione relativa alla tariffa della tassa di concessione regionale per le aziende faunistico-venatorie o per le riserve di caccia», corredandola di «una relazione sui criteri in base ai quali il Governo era pervenuto a determinare la voce n. 16 della tariffa». E nella relazione sull'anno 2006 si afferma che non sono state emesse «ordinanze cd. istruttorie ex art. 12 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, relative all'acquisizione dei mezzi di prova».

⁶²⁸ L'indagine si avvale del lavoro di T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano 1997, 251, le cui conclusioni vengono confermate da un'ulteriore verifica aggiornata per quanto riguarda l'ultimo decennio, effettuata del corso di questa tesi.

non dare risalto in via ufficiale all'acquisizione di tali dati. Questa giustificazione, però, non sembra soddisfacente. In primo luogo, perché i fatti tecnico-scientifici, in tutti casi in cui abbiano una consistenza certa e siano presupposti imprescindibili per la tutela di diritti fondamentali, possono essere elementi che legittimano il giudice costituzionale ad intervenire sulla scelta legislativa⁶²⁹, diventando parte essenziale della motivazione. Inoltre, anche qualora le risultanze dell'istruttoria dovessero evidenziare dati della scienza incerti, la Corte deve comunque dare atto che è in tale contesto scientifico che si colloca la scelta legislativa e sulla base di ciò deciderà se esistono, o meno, i presupposti per un suo intervento.

In dottrina c'è chi propende per un uso più adeguato dei poteri conoscitivi della Corte⁶³⁰ e chi rileva «la necessità di formalizzare un nuovo (e più completo) diritto probatorio nel processo costituzionale»⁶³¹. Sebbene questa esigenza si stia avvertita soprattutto in tempi relativamente recenti, poiché collegata in particolare alla necessità di tutela dei diritti fondamentali⁶³², anche in passato l'atteggiamento «riluttante» del giudice costituzionale rispetto all'uso dei suoi poteri conoscitivi non è stato esente da critica, in quanto ritenuto «scarsamente coerente [...] con la più comprensiva esigenza che le decisioni della Corte siano in armonia con lo sviluppo storico che, momento per momento, si realizza nella società»⁶³³. Per quanto riguarda, nello specifico, i possibili destinatari delle richieste istruttorie del giudice costituzionale, se è vero che in passato si è fatto uso di tali poteri soprattutto per acquisire informazioni dal governo, non è impensabile che per reperire dati tecnico-scientifici la Corte si rivolga ad altri organi anche non istituzionali⁶³⁴, come sostenuto da parte della dottrina⁶³⁵. In linea di principio, ad esempio, non può

⁶²⁹ Come rileva M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 556, secondo il quale «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 adeguatamente motivate) nei confronti dei 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».

⁶³⁰ M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 554, il quale ritiene che «sarebbe [...] opportuno strutturare diversamente le ordinanze istruttorie, prevedendo una loro adeguata motivazione, che possa essere di guida per l'interprete nella comprensione dei successivi passi del giudizio costituzionale».

⁶³¹ G. Brunelli-A. Pugiotto, *Appunti per un diritto probatorio*, cit., 245. Così anche G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 612, secondo il quale la disciplina vigente è fortemente lacunosa e «tutta la materia del diritto alle prove dovrebbe essere riconsiderata».

⁶³² A tal proposito si veda, ad esempio, Q. Camerlengo, *I poteri istruttori della*, cit., 190-191, secondo il quale esisterebbe una serie di condizioni in presenza delle quali l'esercizio dei poteri istruttori sarebbe addirittura doveroso in presenza della commistione tra diritto e scienza.

⁶³³ A. Baldassarre, *I poteri conoscitivi della Corte Costituzionale e il sindacato di legittimità in astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, II, 1497. L'A. precisa però che «l'uso di conoscenze scientificamente elaborate può svolgere una funzione utile all'amministrazione della giustizia costituzionale solo se ne fa un uso oculato» (pag. 1501).

⁶³⁴ Un esempio significativo è fornito dal giudizio concluso con la sent. 826/1988, in materia di emittenza radiotelevisiva, nel quale la Corte è ricorsa allo strumento dell'ordinanza istruttoria (ord. 13 luglio 1987), al fine di chiarire quale fosse la situazione "tecnica" del sistema radiotelevisivo. Con essa si chiedono, infatti, alla Presidenza del Consiglio ed al Ministero delle poste e delle telecomunicazioni, informazioni circa la attuale situazione tecnica e di fatto dei collegamenti in ponte radio ad uso privato; circa la situazione dell'emittenza radiotelevisiva privata conseguente all'applicazione delle disposizioni impugnate e, con particolare riguardo all'attività delle emittenti radiotelevisive private (numero, caratteristiche tecniche ed ambiti di esercizio delle emittenti, frequenze utilizzate anche in rapporto a quelle disponibili; connessione o collegamenti anche di fatto riscontrabili tra emittenti ed imprese, anche pubblicitarie operanti nel settore). Tale richiesta viene rivolta al Governo ma, per rispondere ad alcuni quesiti, il Presidente del Consiglio ha interessato la RAI, nonché due società private, la Nielsen e L'Auditel, come rileva T. Groppi, *I poteri istruttori*, cit., 167, nota 44.

⁶³⁵ Cfr. A. Baldassarre, *I poteri conoscitivi*, cit., 1503, secondo il quale «tanto le Camere quanto la Corte possono richiedere dati, nelle forme e nel rispetto delle limitazioni prescritte, ad ogni organo pubblico o a

escludersi che, nei limiti in cui le valutazioni tecnico-scientifiche del legislatore sono sindacabili, si assumano anche consulenze tecniche⁶³⁶ o si richiedano le informazioni necessarie ad alcuni centri di ricerca, come ad esempio il CNR, l'Istituto Superiore della Sanità, o taluni centri medici particolarmente all'avanguardia in determinati settori⁶³⁷.

2.2. L'insufficienza dell'esame dei lavori preparatori e l'assenza dell'obbligo di motivare la legge: l'istruttoria come possibile strumento di dialogo tra Corte e legislatore

Un altro canale di cui può disporre la Corte al fine di indagare sui presupposti fattuali (in particolare sui dati scientifici) della norma, traendo informazioni su come tali elementi siano stati considerati dal legislatore al momento dell'elaborazione della disciplina, è l'esame dei lavori preparatori della legge. Ciò permette di accertare la volontà del legislatore per quanto riguarda i suoi intendimenti soggettivi⁶³⁸, nonché di ricostruire (quando possibile) la *ratio legis*⁶³⁹, talvolta anche attraverso il richiamo ad elementi fattuali⁶⁴⁰. Per quanto riguarda, in generale, il ruolo che il giudice costituzionale riconosce ai lavori preparatori si tenga presente che anche se non si può attribuire loro valore decisivo, neppure è consentito negare «ogni rilevanza, specialmente quando se ne

qualsiasi ente, pubblico o privato, e [...] possono ritenere più attendibili i dati raccolti da un privato che quelli elaborati da organismi pubblici».

⁶³⁶ A. Cerri, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 12.

⁶³⁷ Così G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina 2008, 274-275. A questo proposito, l'A. ritiene opportuna la previsione nelle norme integrative di ordinanze istruttorie non solo collegiali, ma anche del singolo giudice relatore, in modo da coniugare l'esigenza di informazione e documentazione con quella di una maggior pubblicità dell'attività istruttoria, attraverso il deposito della documentazione acquisita presso la cancelleria della Corte; in tal modo verrebbe finalmente ad emergere quell'incessante lavoro di cui sono protagonisti principali gli assistenti di studio dei singoli giudici, attraverso l'acquisizione informale di dati, documenti e quant'altro.

⁶³⁸ Come rileva R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 368, la volontà del legislatore storico è sicuramente accertabile dall'analisi dei lavori preparatori.

⁶³⁹ La Corte dà rilevanza ai lavori preparatori, ricercando in essi la *ratio legis*, ad esempio nella sent. 320/2007 («secondo quanto può desumersi dai lavori parlamentari, il coinvolgimento in tale disegno del giudizio abbreviato non risponde – negli intenti del legislatore – a finalità “proprie”, distinte da quelle adottate a sostegno dell'intervento nella sua globalità [...]. La disposizione oggi censurata viene infatti qualificata, in detti lavori, come semplice norma «di raccordo» o «di coordinamento», rispetto all'intervento attuato nell'ambito del rito ordinario (così la relazione alla proposta di legge n. 4604/C e l'intervento del relatore alla Camera dei deputati nella seduta del 25 luglio 2005)), ma anche in pronunce più risalenti nel tempo, come la sent. 138/1972 («anche se ai lavori preparatori non si può attribuire valore decisivo, neppure è consentito negare ad essi ogni rilevanza, specialmente quando se ne deducano argomenti in armonia col quadro di insieme nel quale le singole norme vanno collocate ed interpretate»). Anche nella sent. 419/2000 la Corte ammette di aver ricavato la *ratio* della norma dall'esame dei lavori preparatori («Il legislatore – come emerge con chiarezza anche dai lavori preparatori – ha cioè ritenuto che l'imprevista assunzione coattiva con rapporto a tempo indeterminato di migliaia di lavoratori potesse gravemente ed irreparabilmente pregiudicare il risanamento finanziario dell'ente, costituente ineludibile presupposto per la sua trasformazione in una società per azioni, destinata ad operare sul mercato in regime di parziale concorrenza e con criteri di economicità».)

⁶⁴⁰ Si pensi alla sent. 188/1982, in cui la Corte fa esplicito riferimento alla «relazione del Ministro per l'agricoltura, che accompagnava il disegno di legge poi approvato – legge n. 991 del 1964 – [nel quale] si pone in evidenza “il progresso delle scienze chimico-biologiche” ai fini dell'alterazione del vino e nella relazione Desana al Senato – terza legislatura – si afferma la esigenza “di rendere le nuove disposizioni più aderenti alle necessità della produzione e del consumo del mondo moderno”, di “evitare sofisticazioni di natura economica”, nonché “depressioni nel mercato del vino”, constatandosi che le “disposizioni emanate da oltre un trentennio” erano “in ritardo notevole con i ritrovati della tecnica e dei progressi della chimica di cui ampiamente si avvalgono i sofisticatori”. E, come nella suddetta relazione si parla di “attuazione di una decisa politica alimentare nazionale”, così nella relazione Carelli allo stesso Senato – quarta legislatura – si parla di “importanza economica del settore vitivinicolo”, che “nel nostro Paese” assume il risalto di “insostituibile componente di un sistema di valori che formano il complesso quadro dell'economia italiana”».

deducano argomenti in armonia col quadro di insieme nel quale le singole norme vanno collocate ed interpretate»⁶⁴¹. Ed, infatti, è sulla base dell'analisi di tali atti che la Corte ha motivato diverse pronunce⁶⁴².

Talvolta, però, questo tipo di indagine può non essere sufficiente per comprendere le ragioni dell'intervento legislativo, nonché per mettere in luce gli stessi elementi fattuali posti a fondamento della scelta normativa. Un esempio significativo in tal senso è costituito dal giudizio concluso con la sent. 20/1980, nel quale, al fine di valutare l'idoneità tra mezzi legislativamente predisposti e fini previsti, la Corte fa uso dei suoi poteri istruttori chiedendo «a integrazione di quanto risultava dai lavori preparatori della legge n. 580 [...] ai Ministeri della Sanità e dell'Agricoltura e Foreste, con l'ordinanza [istruttoria] di cui in narrativa, ogni utile elemento in loro possesso»⁶⁴³. In questo caso, dopo aver ricercato, come in altre occasioni, la motivazione della scelta legislativa nei lavori preparatori, la Corte decide di interpellare direttamente il Governo, cioè il soggetto che, teoricamente, avrebbe dovuto reperire e fornire al Parlamento i dati fattuali necessari all'elaborazione della legge ed essere, al contempo, a conoscenza di come essi siano stati valutati. Si potrebbe sostenere, quindi, che questa richiesta istruttoria trovi fondamento non solo nella necessità pura e semplice di reperire determinati dati, ma anche in quella di instaurare una sorta di dialogo tra la Corte e il legislatore (sebbene, nel caso di specie, tramite l'intermediazione dell'esecutivo): l'esigenza di utilizzare in questo senso i poteri istruttori – quale strumento più efficace rispetto all'analisi dei lavori parlamentari⁶⁴⁴ – può presentarsi tutte le volte in cui il giudice costituzionale deve indagare sulla *ratio legis* o, più in generale, sulle motivazioni, anche e soprattutto fattuali, poste a fondamento di una legge⁶⁴⁵, al fine di valutarne la ragionevolezza.

⁶⁴¹ Sent. 138/1972. Nella sent. 34/1977, si precisa, inoltre, che «è agevole opporre, infatti, che i lavori preparatori – anche quando il loro tenore è inequivoco – pur non essendo privi di rilievo, non rivestono tuttavia importanza decisiva ai fini della ricostruzione del significato da attribuire alle norme giuridiche, poiché queste, una volta emanate, assumono un valore autonomo e vanno quindi interpretate non già secondo le opinioni personali dei partecipanti alla loro elaborazione ma secondo il contenuto che risulta dalla loro formulazione e dal sistema nel quale sono inserite».

⁶⁴² Ad esempio, nella sent. 132/1979 si legge che «il diffuso richiamo ai lavori parlamentari comprova dunque che alla esclusione delle macchine agricole dall'obbligo assicurativo si pervenne non arbitrariamente né apoditticamente, ma sulla base delle ricordate valutazioni di una pluralità di profili che concorrevano a configurare la loro diversa, peculiare posizione rispetto agli altri veicoli, assoggettati invece all'obbligo» (punto 4 del considerato in diritto). Con specifico riferimento ai presupposti tecnico-scientifici delle discipline impugnate, va ricordata la sent. 438/1995, che per le considerazioni in tema di infezioni da HIV fa riferimento alle valutazioni formulate dalla Commissione nazionale per la lotta all'AIDS, istituita dal 1989 presso il Ministero della sanità.

⁶⁴³ Con l'ord. 32/1979 – una delle rare richieste istruttorie emesse in giudizi aventi ad oggetto questioni tecnico-scientifiche – si chiede al Ministero dell'agricoltura e foreste e al Ministero della sanità ogni utile elemento atto a chiarire le eventuali ragioni di carattere tecnico ravvisabili a fondamento del divieto di uso di sfarinati di grano duro nella produzione delle paste alimentari e non del pane.

⁶⁴⁴ *Contra* si veda T. Groppi, *I poteri istruttori*, cit., 243, la quale ritiene che, nel caso specifico, la richiesta istruttoria sia superflua, poiché sarebbe stata sufficiente un'analisi dei lavori parlamentari.

⁶⁴⁵ Con una logica simile alla precedente potrebbe interpretarsi anche l'ord. istrutt. 45/1985 – emanata nel corso di un giudizio, deciso con sent. 167/1986, avente ad oggetto molteplici disposizioni in materia di contribuzione a carico dei professionisti del servizio sanitario nazionale, censurate per irrazionalità negli orientamenti di fondo e nei criteri adottati, con violazione specifica del principio di uguaglianza –, con la quale si chiede che il Presidente del Consiglio, il Ministero del tesoro, il Ministero del lavoro ed il Ministero della sanità forniscano «ogni utile elemento di informazione circa le causali giuridiche e tecniche poste a fondamento e criterio nella determinazione» dei contributi delle diverse categorie di lavoratori al sistema sanitario nazionale, nonché «i dati puntuali relativi all'incidenza della contribuzione di malattia di ciascuna singola categoria sul finanziamento del Fondo sanitario nazionale». Attraverso tale richiesta la Corte cerca di ricostruire la *ratio* della normativa impugnata, al fine di valutarne la ragionevolezza.

Un altro esempio di richiesta istruttoria finalizzata a ricavare la *ratio legis*, per procedere ad un giudizio di ragionevolezza, è l'ord. 16-24 ottobre 1997, emessa nel corso di un giudizio in via incidentale (concluso con ord. 31/1999, che dispone la restituzione degli atti al giudice *a quo* a causa di *ius superveniens*); sebbene

La Corte mostra, ancora una volta, la necessità di ricercare le ragioni poste a fondamento della scelta normativa con l'ord. istrutt. 13 maggio 1999⁶⁴⁶, che mira ad acquisire una serie di elementi ritenuti indispensabili per accertare l'eventuale irragionevolezza del trattamento riservato al personale del corpo forestale rispetto alle altre forze di polizia: con essa si richiede al Governo, in primo luogo, la «documentazione relativa alle ragioni in base alla quale sono stati fissati i livelli di inquadramento» e «ogni altro utile elemento di raffronto [...] ed ogni altro elemento preparatorio o della procedura di esercizio della delega». E' evidente che tale richiesta mira ad un chiarimento delle motivazioni del differente trattamento giuridico, nonché ad entrare nella materiale disponibilità della documentazione su cui tale valutazione si basa. «Le risultanze della ampia istruttoria»⁶⁴⁷ vengono poi esplicitamente richiamate nella motivazione in diritto, che pone gli elementi acquisiti a fondamento della irragionevolezza della disciplina, permettendo di concludere per il rigetto della questione.

Nel caso considerato, avente ad oggetto un decreto legislativo, la Corte interpella direttamente il Governo ottenendo risultati utili alla definizione del giudizio. Ma cosa succede quando si tratta di una legge formale? E' possibile che simili richieste istruttorie abbiano come destinatario il parlamento? Ipotizzare un utilizzo delle ordinanze istruttorie in questo senso potrebbe, ad esempio, sopperire la mancanza di una motivazione che accompagna la legge. Tale motivazione, che rappresenta l'occasione in cui il legislatore può esplicitare le ragioni del suo intervento normativo dando atto della valutazione dei presupposti fattuali compiuta – ad esempio, del contesto tecnico-scientifico in cui la legge si colloca –, verrebbe quindi ricostruita direttamente dal giudice costituzionale, chiedendo al soggetto che ha prodotto l'atto normativo di giustificare la scelta operata. Qualora, invece, tale richiesta non sia soddisfatta, o l'organo legislativo non sia in grado di fornire elementi utili al giudizio, il controllo di legittimità costituzionale potrà procedere indipendentemente da tali informazioni e la irragionevolezza della scelta legislativa sarà giudicata sulla base di quanto dedotto dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione ed eventualmente dalle parti nelle loro memorie. Se i dati forniti da questi soggetti sono tali da superare la presunzione favorevole al legislatore per quanto riguarda la valutazione del fondamento empirico della legge è probabile, però, che la mancata o insufficiente risposta parlamentare finisca per esporre l'atto normativo impugnato ad un maggior rischio di censura.

La questione relativa ad un possibile rafforzamento degli strumenti di comunicazione tra Corte e legislatore verrà ripresa in seguito, quando si tratterà nello specifico il rapporto tra istruttoria parlamentare e controllo di costituzionalità sui presupposti tecnico-scientifici della disciplina. Nel paragrafo che segue, invece, si affronterà il tema dell'intervento delle parti nel giudizio di costituzionalità e dell'importanza delle loro allegazioni per quanto riguarda l'apporto di elementi fattuali.

3. Il ruolo delle parti (costituite) nel giudizio costituzionale: l'importanza del contraddittorio per risolvere questioni di fatto

Come rilevato nei precedenti capitoli, il giudice remittente ha l'onere di illustrare criticamente le basi descrittive della norma impugnata, adducendo, qualora si rendano necessarie per inquadrare la questione, informazioni di carattere scientifico e tecnologico

tale ordinanza non abbia svolto la sua funzione, in quanto non si è arrivati alla pronuncia di merito, è interessante dare atto delle richieste (alla Presidenza del Consiglio, anche per il tramite del Ministero del lavoro e della previdenza sociale) in essa contenute, cioè «analitici elementi conoscitivi in ordine alle ragioni finanziarie ed ai calcoli previsionali posti a base del denunciato articolato normativo».

⁶⁴⁶ Emessa nel corso del giudizio in via incidentale deciso con sent. 451/2000.

⁶⁴⁷ Punto 4 del considerato in diritto.

appositamente raccolte nell'istruzione del processo principale. A questo punto, una volta instaurato il giudizio innanzi alla Corte, le parti in esso costituite potranno integrare tali elementi allegando "fatti" ulteriori e nuove conoscenze oppure, in caso non siano in grado di fornire apporti fattuali significativi o sufficienti, potranno sollecitare, anche con esplicite richieste, il giudice delle leggi ad utilizzare i suoi poteri istruttori⁶⁴⁸.

Dalla struttura del giudizio così illustrata emerge, quindi, che dapprima il giudice *a quo* e, in un secondo momento, le parti (sia quelle private che, ovviamente, l'Avvocatura dello Stato) possono fornire alla Corte dati di fatto utili alla risoluzione della questione, rendendo così necessaria una presa di posizione del giudice costituzionale rispetto a tali elementi⁶⁴⁹. In questo senso, la ricostruzione del presupposto fattuale della legge può essere considerata alla stregua di una "questione preliminare"⁶⁵⁰: in taluni casi, sembra, infatti, individuabile una prima parte del giudizio di legittimità costituzionale in cui la Corte si trova a raccogliere una serie di elementi al fine di precisare la situazione di fatto esistente e, solo successivamente, sulla base di essa potrà giudicare della legittimità della normativa censurata. Si pensi, ancora una volta, alla vicenda relativa alla legittimità del monopolio radiotelevisivo, che rappresenta un esempio emblematico di quanto detto. Nel giudizio concluso con la sent. 202/1976 la censura della disciplina impugnata si basa proprio sulla dimostrazione che i suoi presupposti di fatto sono mutati⁶⁵¹: la Corte rileva, infatti, che «ai fini del decidere è [...] necessario accertare se e fino a qual punto siano esatti i termini giuridici e di fatto sui quali poggia la tesi» del remittente. A tale scopo, il giudice delle leggi utilizza le risultanze dello studio compiuto dal Centro Microonde dell'Università di Firenze, prodotto dalle parti private, ed è grazie a tali dati tecnici – e senza la necessità di far ricorso ad approfondimenti istruttori – che si ritiene superata la presunzione favorevole al legislatore in merito alla valutazione dei fondamenti empirici della normativa⁶⁵².

Per risolvere simili questioni "preliminari", in diverse occasioni, la Corte sembra attribuire una certa importanza al contraddittorio tra le parti, cioè ai dati forniti nelle loro

⁶⁴⁸ Ad esempio, nell'ord. istrutt. 4 luglio 2000, emessa nel corso del giudizio in via incidentale deciso con sent. 353/2002, si legge che la Corte, «tenuto conto dei profili dedotti dal giudice *a quo* e dalla difesa del Presidente del Consiglio dei ministri 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». Sebbene non venga, poi, fatto esplicito riferimento a tali risultanze all'interno del considerato in diritto, sembra importante evidenziare che, in questo caso, l'esigenza di procedere ad accertamenti istruttori nasce, o perlomeno così lascia intendere la Corte, proprio dall'ordinanza di rimessione e dagli interventi delle parti.

⁶⁴⁹ Secondo R. Romboli, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni*, cit., 241 le parti del giudizio *a quo* sono i soggetti più idonei a portare alla Corte dati ed elementi tratti dalla propria esperienza concreta, la quale viene da questa assunta non nella sua specificità, ma nella sua tipicità.

⁶⁵⁰ Cfr. A. Pizzorusso, *Stare decisis e Corte costituzionale*, in G. Treves (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1971, 45-46, il quale rileva che in talune limitate ipotesi, la Corte darebbe luogo a giudizi vertenti su "questioni di fatto", che la costringerebbero ad accertamenti simili a quelli comunemente eseguiti dagli altri giudici, in cui il ruolo di premessa minore del sillogismo giudiziale è assunto, da un vero e proprio accertamento di fatto. L'A. evidenzia che, in questi casi, nei giudizi di costituzionalità «si ha una combinazione, in varia proporzione, di questioni di fatto e di questioni di diritto».

⁶⁵¹ In particolare, «la tesi fondamentale [...] sulla quale poggiano le denunciate violazioni di norme costituzionali, consiste nell'affermazione che il presupposto del riconoscimento della legittimità di tale monopolio è la limitatezza dei canali disponibili e che tale presupposto non sussiste per quanto attiene alle trasmissioni su scala locale» (punto 6 del considerato in diritto).

⁶⁵² Altrettanto significativa appare la sent. 226/1974, riguardante la medesima materia, nella quale i rilievi fattuali contenuti nell'ordinanza di rimessione (e precisamente, il costo non rilevante degli impianti di trasmissione televisiva via cavo locale e la possibilità di porre in opera cavi coassiali senza limiti di quantità) vengono negati dall'Avvocatura dello Stato e, invece, confermati dalla parte privata: entrambe documentano dati specifici, ma è sulla base dei dati allegati da quest'ultima che la Corte può affermare l'illimitatezza dei canali realizzabili (dato ritenuto «pacificamente universalmente riconosciuto») e la sostenibilità dei costi.

memorie e alle eventuali repliche e confutazioni⁶⁵³. A tal proposito, è interessante rilevare che nella sent. 451/2000 il giudice costituzionale ritiene che la decisione possa fondarsi sulle risultanze degli accertamenti istruttori dallo stesso compiuti, proprio perché questi non sono contestati dalle parti private, conferendo in tal modo un rilievo potenzialmente determinante, o comunque sicuramente attivo e condizionante il procedimento decisionale della Corte, al ruolo delle parti costituite⁶⁵⁴.

Non va però dimenticato che il giudizio potrebbe anche avere un percorso inverso, cioè, a fronte di una diversa (o insufficiente⁶⁵⁵) ricostruzione dei presupposti empirici di una norma, operato dalle diverse parti in causa, potrebbe essere il giudice costituzionale che, autonomamente, decide di utilizzare i suoi poteri istruttori⁶⁵⁶, al fine di chiarire quale sia la corretta qualificazione dei fatti⁶⁵⁷. Contrario a questo tipo di soluzione sembra essere

⁶⁵³ A dimostrazione di ciò, si richiama quanto affermato della relazione sulla giurisprudenza costituzionale nell'anno 2006, a proposito del fatto che «non constano ordinanze cd. istrutorie ex art. 12 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, relative all'acquisizione dei mezzi di prova. Sono state, pertanto, ritenute sufficienti le informazioni che sono giunte alla Corte attraverso l'ordinanza di rimessione (o, eventualmente, con l'attività dei soggetti intervenuti o costituitisi in giudizio)» (corsivo non testuale).

Non si dimentichi che, in alcuni casi, come nel giudizio concluso con la sent. 20/1978 (che dichiara l'illegittimità del divieto legislativamente imposto alla brevettabilità dei farmaci), la Corte ha deciso di utilizzare esplicitamente, ai fini dell'accoglimento, rilievi, anche fattuali, contenuti delle memorie di parti estranee ai procedimenti principali, il cui intervento è stato poi dichiarato inammissibile.

Più in generale, fin dalla sent. 13/1960 la Corte ha precisato che la sua attività «si svolge secondo modalità e con garanzie processuali ed è disciplinata in modo da rendere possibile il contraddittorio fra i soggetti e gli organi ritenuti più idonei, e pertanto legittimati, a difendere davanti ad essa interpretazioni eventualmente diverse delle norme costituzionali. Tutto ciò riguarda soltanto, però, la scelta del metodo considerato più idoneo dal legislatore costituente per ottenere la collaborazione dei soggetti e degli organi meglio informati e più sensibili rispetto alle questioni da risolvere ed alle conseguenze della decisione»

⁶⁵⁴ Un esempio del fatto che la presenza delle parti private nel giudizio di costituzionalità ha permesso l'instaurazione di un contraddittorio avente ad oggetto proprio gli elementi di fatto presupposti della disciplina è fornito dal giudizio deciso con sent. 419/2000, nel quale (con ord. istrutt. 18 dicembre 1998) si chiede al Ministro delle poste e delle telecomunicazioni ed al Ministro del tesoro di fornire dati ed elementi necessari per verificare la ragionevolezza della deroga apportata alla disciplina del lavoro a termine dalla norma denunciata. A seguito dell'ottenimento dei dati richiesti, le parti private hanno contestato la provenienza delle risposte ai quesiti dalla s.p.a. poste italiane, anziché dalle pubbliche amministrazioni effettivamente interpellate dalla Corte, ritenendo per questo motivo le risposte scarsamente attendibili e, comunque, indipendentemente da ciò, insufficienti. Nel considerato in diritto la Corte dichiara di fondare la sua decisione sulle risultanze dell'istruttoria, pur avendo tenuto in considerazione le diverse allegazioni delle parti: arriva, così, a ritenere giustificata l'efficacia retroattiva conferita alla norma sulla scorta di «valutazioni, sicuramente non implausibili alla luce degli elementi di fatto di cui si è dato conto». Si noti che, in questo caso, è la stessa Corte a dar conto delle fonti da cui ha ricavato gli elementi fattuali posti alla base delle sue determinazioni.

⁶⁵⁵ Cfr. L. Paladin, *Legittimità e merito*, cit., 337-338, il quale rileva che nulla vieta che l'indagine sulle circostanze materiali da cui la legge dovrebbe derivare la propria giustificazione, quando le notizie delle parti sono insufficienti, possa essere fatta mediante istruttoria.

⁶⁵⁶ Una simile soluzione è ipotizzata da L. Paladin, *Il sindacato della Corte Costituzionale*, cit., 158, il quale prospetta il ricorso ai poteri istruttori quando le parti non vi siano parti costituite o quando le stesse sono incapaci di elaborare i dati necessari. Cfr. anche Q. Camerlengo, *I poteri istruttori*, cit., 187-189, secondo il quale il giudizio costituzionale sarebbe un «processo con parti, dove eventuali carenze o lacune del materiale conoscitivo prodotto dalle parti vincolano la Corte ad esercitare i poteri istruttori contemplati dal diritto positivo».

⁶⁵⁷ Ad esempio, con l'ord. 3 dicembre 2001, (emessa nel corso del giudizio in via incidentale deciso con sent. 466/2002) la Corte dispone un'istruttoria dichiarando esplicitamente che la finalità è quella di «una più completa valutazione di tutti gli aspetti della controversia e delle tesi contrapposte illustrate delle parti», che, nel caso specifico, sono società televisive e quindi soggetti «potenti» in riferimento alla consistenza delle loro allegazioni. Viene così acquisita una serie di informazioni circa l'assetto radiotelevisivo italiano, la sua evoluzione nel tempo ed i fattori che hanno concorso a determinarlo, compresi gli aspetti tecnici, economici e finanziari. Gli organismi interpellati sono il Ministero delle telecomunicazioni, l'Autorità per le garanzie delle telecomunicazioni, nonché all'Autorità della concorrenza e del mercato. A seguito dell'ottenimento

Bin⁶⁵⁸, secondo il quale l'accesso dei fatti nel giudizio di costituzionalità soffrirebbe di tutti i limiti del contraddittorio davanti alla Corte e non è pensabile che essa «sopperisca con propria autonoma attività istruttoria, poiché i “fatti” non sono mai separabili dagli interessi di chi li produce». I dati scientifici che arrivano nel giudizio di costituzionalità sarebbero, quindi, essenzialmente quelli prodotti dal giudice (di fatto sempre orientati alla contestazione della legittimità della norma) e, per questo, l'Autore auspica l'espansione di un'apertura “informale” del contraddittorio⁶⁵⁹. Comunque, sia ammettendo il ricorso all'istruttoria, sia ipotizzando un allargamento del contraddittorio⁶⁶⁰ o riconoscendo il ruolo degli *amici*⁶⁶¹, al fine di fornire i dati fattuali necessari ai giudizi della Corte, il risultato raggiunto è il medesimo, cioè quello di procurare al giudice costituzionale tutti gli elementi per valutare se il diritto su cui incide la legge impugnata sia ragionevolmente garantito. Si tenga presente, infatti, che le parti costituite sono anche, e soprattutto, portatrici degli interessi e dei diritti per i quali si richiede adeguata tutela, ed è anche per questo che in dottrina si rileva come «l'esplicito ricorso all'istruttoria sarebbe [...] auspicabile, anche al fine di meglio garantire le parti eventualmente costituite, che proprio dalla ordinanza istruttoria potrebbero dedurre quali siano gli elementi del futuro *iter logico* della Corte, che questa stessa gli anticipa in qualche modo in quella sede (ed orientare di conseguenza le proprie difese)»⁶⁶². A ben vedere, anche il fatto che spesso vengano considerati come notori i “fatti” ammessi concordemente dalle parti, potrebbe rappresentare un primo indice di un riconoscimento – sebbene solo abbozzato – di una sorta di “diritto di difesa” anche nei giudizi di costituzionalità.

Le soluzioni fin qui prospettate andrebbero ad ogni modo valutate in un'ottica di opportunità, poiché nessuna di queste strade può attualmente imporsi come doverosa alla Corte, che mantiene, la più ampia discrezionalità in merito a come e quando far uso dei suoi poteri istruttori, nonché per quanto riguarda l'ammissione nel giudizio di costituzionalità di parti ulteriori rispetto a quelle costituite nel processo *a quo*⁶⁶³. Ad

delle risultanze istruttorie le parti depositano una serie di memorie con cui appoggiano o contestano le risultanze stesse e addirittura sostengono l'ininfluenza di alcuni di tali elementi ai fini della decisione.

⁶⁵⁸ R. Bin, *La Corte e la scienza*, cit., 7.

⁶⁵⁹ Attraverso «l'indizione di udienze conoscitive a cui invitare le organizzazioni d'interessi coinvolte nella decisione, la Corte potrebbe risolvere il problema di come utilizzare l'*adversary system* senza aprire formalmente il contraddittorio accreditando diritti di intervento la cui dilazione sarebbe inevitabile e incontrollabile». Favorevole ad ammettere un'ampia possibilità di intervento volontario nel giudizio di costituzionalità, anche nella sola forma della presentazione di memorie scritte (secondo l'esempio anglosassone dell'*amicus curiae* in giudizi che involgono un *public interest*) è anche, A. Cerri, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 12.

⁶⁶⁰ Ritiene necessario un ripensamento circa la disciplina del contraddittorio nei giudizi costituzionali, R. Romboli, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni*, cit., 240, secondo il quale «l'ipotesi di un'apertura del contraddittorio nel processo costituzionale oltre i soggetti specificamente indicati dalla legge come legittimati a costituirsi e la presenza di differenti categorie di “terzi” porta la necessità di individuare criteri di selezione ed a tal fine di riflettere su quale sia nel processo costituzionale il ruolo dei soggetti che si costituiscono». Ritengono che non sia da sottovalutare l'opportunità di un «mirato allargamento del contraddittorio nel processo costituzionale, specialmente quando gli elementi fattuali utili alla risoluzione della *quaestio* trascendono la specifica fattispecie concreta del giudizio principale», G. Brunelli-A. Pugiotto, *Appunti per un diritto probatorio*, cit., 267. Gli A. richiamano il giudizio concluso con la sent. 456/1993, che ha allargato la dialettica del processo costituzionale alla Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri; tale organismo non era parte del processo principale, ma rappresentava un soggetto esponenziale di interessi collettivi, idoneo a contribuire alla ricerca degli elementi fattuali coinvolti dalla *quaestio*.

⁶⁶¹ Come osservato da A. Cerri, *Azione, difesa, partecipazione nel giudizio incidentale, nei conflitti ed in alcune recenti proposte di riforma*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, 257, l'*amicus curiae* è una figura che si colloca sullo spartiacque tra parte e partecipazione.

⁶⁶² M. Luciani, *I fatti e la Corte*, cit., 556.

⁶⁶³ Per quanto riguarda la costituzione davanti alla Corte di parti diverse da quelle costituite nel giudizio *a quo*, si tenga presente che il giudice costituzionale sembra aver progressivamente allargato le maglie della loro ammissibilità seguendo alcuni criteri (ad esempio, esistenza di un interesse su cui incida direttamente

esempio, il giudice delle leggi ha mostrato di voler riconoscere esplicitamente l'importanza del ruolo di alcuni specifici soggetti quando, nel 2000, ha ritenuto opportuno aprire il contraddittorio nel giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo, conformemente «all'esigenza di dare accesso ad ulteriori argomentazioni rilevanti ai fini del decidere»⁶⁶⁴, disponendo l'audizione dei presentatori di memorie diversi dal Comitato promotore e dal Presidente del Consiglio dei ministri, «senza che costoro assumano la posizione di parti intervenienti». L'estensione del contraddittorio sembra in questo caso essere dettata sia dall'esigenza di rappresentare avanti la Corte il conflitto tra i diversi interessi sia dalla necessità di dare legittimazione alla decisione sull'ammissibilità del *referendum*, spesso fatta oggetto di scontri politici⁶⁶⁵. Non è da sottovalutare, però, la possibilità di considerare l'ammissione di memorie da parte di coloro che desiderino “partecipare” al giudizio depositando tali atti – in quest'ambito, e non solo –, come vera e propria fonte per il reperimento di dati fattuali rilevanti per la decisione⁶⁶⁶. Si prospetta, infatti, in dottrina⁶⁶⁷, l'idea di un allargamento della partecipazione a soggetti diversi dalle parti, formalmente riconosciute come tali, anche in giudizi diversi da quello di ammissibilità del *referendum*⁶⁶⁸; si pensi, in particolare, a quelli di legittimità, soprattutto nei casi in cui siano poste al vaglio della Corte questioni di pubblico interesse relative a temi che dividono a livello culturale e sociale e che, non di rado, sono la proiezione di presupposti scientifici poco chiari, incerti o su cui manca un ampio consenso tra gli esperti⁶⁶⁹.

all'esito del giudizio principale) dallo stesso stabiliti e valutati di volta in volta. Cfr. A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009, 205, secondo i quali «assai discusse sono a tutt'oggi le questioni relative alla nozione di “parte” ed al fondamento della sua partecipazione nel processo costituzionale. Nel complesso la giurisprudenza si presenta ancor oggi incerta ed oscillante, tendenzialmente restrittiva ma con alcune non insignificanti aperture a favore di soggetti privi della qualifica di “parte” in senso proprio del processo *a quo*». Gli A. rilevano che «la più probante testimonianza di disponibilità si è, forse, avuta in occasione del famoso caso Di Bella, essendosi considerata la Regione Emilia-Romagna “titolare di un evidente interesse sostanziale, con riguardo sia all'oggetto della controversia di merito, sia all'incidente di costituzionalità” (sent. n. 185/1998), nonché nel caso deciso con la sent. n. 284/2002, con cui si è acconsentito all'intervento della RAI siccome titolare di posizione giuridica specificamente qualificata (trattandosi di q.l.c. concernente la legittimità del canone di abbonamento della televisione). È stato altresì ammesso l'intervento della Provincia di Bolzano in giudizi che avevano ad oggetto la disciplina di attuazione dello statuto della Regione T.A.A. (decc. nn. 372 e 479/2002)». Inoltre, come rileva R. Romboli, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino 2008, 96-97, dal 2004 la Corte costituzionale può far riferimento ad un nuovo dato normativo conseguente alla modifica delle sue norme integrative: all'art. 4 sono stati aggiunti due ulteriori commi, attraverso i quali si prevede la possibilità di ammettere l'intervento in giudizio di soggetti terzi, diversi cioè dalle parti del giudizio principale e dai presidenti del consiglio dei ministri e della giunta regionale («eventuali interventi di altri soggetti, ferma la competenza della Corte a decidere sulla loro ammissibilità devono aver luogo con le modalità di cui al comma precedente. L'atto di intervento di cui ai commi precedenti deve essere depositato non oltre venti giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'atto introduttivo del giudizio»).

⁶⁶⁴ Sent. 31/2000.

⁶⁶⁵ Critici rispetto a tale giurisprudenza A. Morrone-A. Pugiotto, *La Corte e i referendum* giustiziati, in *Quad. cost.*, 2/2000, 415, secondo i quali tale «*invito a Corte*» finisce per «portare dentro Palazzo della Consulta la polemica referendaria incanalandola in un procedimento legale», basandosi su «criterio incerto e imprevedibile» e dando vita ad un contraddittorio che «non è funzionale alla natura di un giudizio dove in gioco è l'ammissibilità di un *referendum*, non le ragioni favorevoli o contrarie all'abrogazione».

⁶⁶⁶ A ben vedere, già nella sent. 20/78, che conclude un giudizio in cui le parti (potenti società farmaceutiche) non furono ammesse, nella motivazione si dà atto, esplicitamente, di importanti elementi introdotti con le loro memorie.

⁶⁶⁷ R. Bin, *Potremmo mai avere sentenze sui referendum del tutto soddisfacenti? Una considerazione d'insieme sulle decisioni “referendarie” del 2000*, in *Giur. cost.*, 2000, 224.

⁶⁶⁸ Cfr. R. Romboli, *L'intervento nei processi costituzionali incidentali: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, in *Giur. cost.*, 1992, 2605 ss., il quale riflette sulla possibilità di un ampliamento del contraddittorio nei giudizi davanti la Corte nonché sull'introduzione nel processo costituzionale della figura dell'*amicus curiae*.

⁶⁶⁹ Cfr. A. Cerri, *Sindacato di costituzionalità*, cit., 12, il quale è favorevole ad ammettere un'ampia possibilità di intervento volontario nel giudizio di costituzionalità, anche nella sola forma della presentazione

4. I giudizi in via principale. La Regione: “parte in giudizio” e legislatore che si “giustifica”

Prendendo in esame alcuni giudizi in via principale, in cui oggetto della contestazione sono leggi regionali, si può notare come la Regione in essi costituita, attraverso le sue memorie, fornisca spesso elementi fattuali utili alla risoluzione della questione, dando vita, in tal modo, (unitamente all’Avvocatura dello Stato, rappresentante del Consiglio dei ministri) ad un vero e proprio contraddittorio sul fondamento empirico della normativa. Si tenga inoltre presente che, in questi casi, la difesa della Regione è in grado di rappresentare in maniera precisa e corretta i “fatti” considerati al momento dell’elaborazione della legge, motivando così la scelta normativa, alla stregua di un legislatore che giustifica il suo operato sulla base di precisi riferimenti, anche fattuali.

Si consideri, ad esempio, il giudizio concluso con la sent. 282/2002, più volte citata, con la quale si dichiara illegittima la normativa che vieta determinate pratiche terapeutiche⁶⁷⁰, poiché «nella specie, l’intervento regionale contestato dal Governo non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti»⁶⁷¹. Secondo la Corte, «il divieto non si correla ad un autonomo accertamento, effettuato o recepito dal legislatore regionale, circa gli effetti delle pratiche terapeutiche considerate»: ciò deriva dal fatto che la stessa previsione legislativa stabilisce la sua vigenza «solo fino a quando l’organo statale competente, cioè il Ministero della salute, non definisca le situazioni cliniche per le quali dette terapie risultino sperimentalmente efficaci e non dannose per i pazienti, e non determini i protocolli specifici per la loro applicazione» ed è per questo che la legge in questione può essere definita “precauzionale”⁶⁷². A ciò si aggiunga che le stesse memorie difensive della Regione Marche sono tutt’altro che chiare circa il dato scientifico posto a fondamento della legge: infatti, mentre in un primo momento la difesa regionale dà atto dell’esistenza di un’«ampia discussione in tutti i livelli dell’opinione pubblica e degli organismi scientifici nazionali ed internazionali (organismi citati nella proposta di legge)»⁶⁷³, in seguito, attribuisce – quasi incidentalmente – alla pratica terapeutica una «accertata pericolosità»⁶⁷⁴ ed, infine, descrive la scelta normativa come un’«applicazione del principio di precauzione», in attesa che «venga chiarita la portata degli eventuali effetti lesivi»⁶⁷⁵. È

di memorie scritte (secondo l’esempio anglosassone dell’*amicus curiae* in giudizi che coinvolgono un *public interest*).

⁶⁷⁰ Si tratta della legge regionale delle Marche 13 novembre 2001, n. 26, recante *Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia*.

⁶⁷¹ La scelta legislativa regionale, infatti, «si presenta come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente intesa a scopo cautelativo, in attesa di futuri accertamenti» (punto 6 del considerato in diritto).

⁶⁷² La Corte costituzionale evidenzia, peraltro, che le indicazioni ministeriali per quanto riguarda la terapia elettroconvulsivante, «non sono del tutto assenti: la stessa relazione al disegno di legge regionale poi approvato ricorda la nota 15 febbraio 1999 del Ministero della sanità, in cui, fra l’altro, si specificano le limitate indicazioni d’uso per questa che viene considerata “ancora oggi un’opzione terapeutica”, nonché controindicazioni, modalità di attuazione, necessità di protocolli esecutivi, procedure di consenso informato».

⁶⁷³ Nella seconda memoria difensiva, inoltre, la Regione dichiara che «alla base della legge impugnata c’è la necessità di sospendere, in base al principio di precauzione, che in ambito comunitario si intende applicabile particolarmente nei settori della protezione della salute e dell’ambiente, l’utilizzo di terapie circondate da ampi e controversi margini di incertezza, tanto in relazione all’efficacia terapeutica quanto in relazione ai possibili effetti collaterali dannosi per la salute del paziente, come lo stesso Ministro della sanità avrebbe riconosciuto (quanto alla terapia elettroconvulsivante)».

⁶⁷⁴ Arrivando a definire il divieto stabilito come una «una misura cautelare ritenuta indispensabile».

⁶⁷⁵ Addirittura, secondo la Regione, il suo intervento legislativo solleciterebbe «la ricerca scientifica al fine di consentire un’adeguata valutazione degli effetti di queste particolari terapie sui pazienti».

quindi da quanto dichiarato negli interventi difensivi che la Corte può ricostruire la valutazione legislativa (in questo caso, l'assenza di approfondimento) dei presupposti fattuali della norma in esame.

Diversamente, in altri casi le memorie regionali hanno contribuito alla decisione della Corte allegando dati scientifici⁶⁷⁶ utili al rigetto della questione (sent. 162/2004)⁶⁷⁷. I rilievi fattuali in merito al valore scientifico delle indagini collegate al rilascio del libretto di idoneità sanitaria, infatti, sono funzionali alla dimostrazione dell'infondatezza delle censure mosse dal Governo e portano il giudice costituzionale a concludere che «queste Regioni, nell'ambito della loro discrezionalità legislativa, eliminano semplicemente una discussa forma di documentazione episodica dello stato di salute degli operatori del settore alimentare»⁶⁷⁸.

Gli esempi considerati, oltre a portare ulteriori argomentazioni a sostegno del ruolo essenziale del contraddittorio davanti alla Corte, mostrano concretamente le ripercussioni nel giudizio costituzionale della possibilità, sopra ipotizzata, di interpellare direttamente il legislatore attraverso lo strumento istruttorio.

5. I dati scientifici nei giudizi riguardanti i diritti fondamentali

Sono dunque diversi gli strumenti utilizzati nel giudizio costituzionale per reperire i dati fattuali necessari alla decisione⁶⁷⁹. La Corte, a seconda dei casi e a sua discrezione, infatti, decide come reperire informazioni e, soprattutto, quando ritenere sufficienti i dati a sua disposizione al fine di pronunciarsi sulla questione ad essa sottoposta. Si noti, ad esempio, che i poteri istruttori vengono utilizzati dalla giurisprudenza più recente, per risolvere questioni che coinvolgono interessi di determinate categorie sociali (ad esempio, le prestazioni previdenziali dei lavoratori dipendenti⁶⁸⁰) e richiedono un'attenta valutazione di elementi fattuali con una marcata connotazione tecnica⁶⁸¹. Da ciò sembra dedursi la

⁶⁷⁶ Al punto 5.3. del ritenuto in fatto si legge che «quanto alla eliminazione dell'obbligo di dotarsi del "libretto sanitario", le Regioni Toscana, Lombardia ed Emilia-Romagna sostengono, con analoghe ed ampie argomentazioni, che [...] ammesso che l'art. 14 della legge n. 283 del 1962 costituisse un principio fondamentale nella materia all'epoca della sua emanazione, oggi, nel mutato contesto della legislazione, delle modalità di produzione e distribuzione degli alimenti, degli studi e delle concezioni igienico-sanitarie, non lo sarebbe più. Esso, anzi, costituirebbe un residuo normativo privo di giustificazione, in quanto ormai inidoneo a tutelare la salute. A sostegno di tale affermazione, le Regioni richiamano in particolare le conclusioni a cui sarebbe pervenuta l'Organizzazione mondiale della sanità già nel 1989: nella relazione finale elaborata all'esito di apposita indagine, essa avrebbe dichiarato che gli esami medici di *routine* per gli alimentaristi sono inefficaci e perciò inutili; che tali accertamenti non sono consigliabili sulla base del rapporto costo/efficacia e non sono affidabili per prevenire le malattie di origine alimentare. Nel medesimo documento sarebbe rinvenibile una raccomandazione ai Governi a non utilizzare più questo tipo di intervento. Ad analoghe conclusioni – riferiscono ancora le difese regionali – sarebbero giunti diversi altri organismi scientifici e professionali; lo stesso Istituto superiore di sanità avrebbe appoggiato le richieste di eliminazione del libretto sanitario, sottolineando la sua inadeguatezza rispetto allo scopo perseguito ed affermando la maggiore efficacia a tal fine della formazione personale degli addetti alla manipolazione degli alimenti [...]. Le norme regionali impugnate, dunque, non farebbero che adeguarsi alle conoscenze scientifiche consolidate che fondano la prevenzione delle malattie trasmissibili attraverso gli alimenti sulla sorveglianza epidemiologica, sull'attività di formazione-educazione alla sicurezza alimentare e sul sistema di controlli basato sull'autocontrollo alla produzione. Infine, la Regione Emilia-Romagna sostiene che, qualora l'art. 14 della legge n. 283 del 1962 fosse ritenuto ancora principio fondamentale della materia, esso sarebbe costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 32 Cost., in quanto imporrebbe un trattamento sanitario in assenza di qualunque evidenza scientifica sulla sua utilità».

⁶⁷⁷ Analizzata nel capitolo II.

⁶⁷⁸ Punto 4.3 del considerato in diritto.

⁶⁷⁹ Anche se non sempre se ne dà atto con chiarezza nella motivazione della pronuncia.

⁶⁸⁰ Si vedano le sentenze citate nella nota seguente.

⁶⁸¹ Si veda, ad esempio, come si sia fatto uso dei poteri istruttori nei giudizi conclusi con le sentt. 327/1999, in tema di prestazioni previdenziali (in cui, peraltro, si sono costituiti alcuni dei lavoratori

necessità della Corte di approfondire (dandone rilevanza formale) i presupposti empirici di alcune scelte normative incidenti sui diritti della persona costituzionalmente garantiti, e ciò in particolar modo in presenza di parti private o di enti costituiti nel processo incidentale. Tal rilievi portano a ritenere che l'uso di differenti strumenti d'indagine probatoria nel giudizio di legittimità, al fine di accertare l'effettività delle garanzie legislativamente predisposte, possa essere modulato in relazione alle diverse situazioni considerate; e ciò mette in luce lo stretto collegamento che la tutela dei diritti fondamentali ha con il caso concreto della vita a cui essi vanno ricondotti⁶⁸².

Per quanto riguarda, nello specifico, la tutela dei diritti fondamentali strettamente collegati ai fatti tecnico-scientifici, si noti che nei giudizi riguardanti l'ambito biomedico la Corte non ha mai fatto ricorso ad istruttorie formali⁶⁸³, considerando quasi sempre la scienza alla stregua di un fatto notorio⁶⁸⁴. Molto spesso, inoltre, gli elementi fattuali tecnico-scientifici su cui il giudice delle leggi basa le sue decisioni risultano essere quelli forniti dal remittente – assunti nel corso del giudizio *a quo*⁶⁸⁵ – oppure dalle parti costituite nel processo costituzionale⁶⁸⁶. La Corte, in questi casi, non dà atto di aver compiuto specifici accertamenti in proposito, anche solo per confermare la ricostruzione del contesto scientifico che le è stata proposta, ma si può supporre che tutte le volte in cui al giudice costituzionale non appaia così pacifica la “notorietà” dei dati scientifici utilizzati per la risoluzione della questione⁶⁸⁷, si sia proceduto ad approfondimenti informali⁶⁸⁸. In dottrina

ricorrenti) e 31/1999, sempre in tema di previdenza sociale. Si è, inoltre, fatto ricorso allo strumento istruttorio per risolvere le questioni decise con le sentt. 63/1999, in cui si denuncia una serie di ingiustificate discriminazioni in tema di imposizione fiscale; 451/2000, riguardante il trattamento economico dei lavoratori (nel quale, peraltro, vi è stata la costituzione delle parti private); 121/2006, avente ad oggetto la disciplina in tema di indennità di disoccupazione (nel quale si sono costituite INPS e parti private), in cui la richiesta istruttorio sembra collegarsi all'esigenza di valutare l'impatto economico della decisione.

⁶⁸² M. Luciani, *Sui diritti sociali*, cit., 96.

⁶⁸³ Come rilevato da G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, cit., 47, il quale ipotizza che si sia fatto ricorso a istruttorie “informali”, cioè quelle attività istruttorie volte all'acquisizione «di “conoscenze specialistiche” personali ad amicali, “fatti notori” e “massime di esperienza”». Cfr. A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2004, 61.

Fra le poche occasioni in cui la Corte ha fatto ricorso ad ordinanze istruttorie per risolvere questioni tecnico-scientifiche si può ricordare il giudizio concluso con la sent. 20/1980, analizzato nel corso dei precedenti capitoli, e quelli risolti con le sentt. 826/1988 e 466/2002 in tema di radiotelevisione. In questi due giudizi la necessità di ricorrere allo strumento istruttorio deriva dal fatto che le parti costituitesi in giudizio e il giudice remittente avevano dato una diversa lettura della realtà tecnologica; tale dato fattuale necessitava invece di un'approfondita verifica in quanto costituiva la base per la decisione di costituzionalità.

⁶⁸⁴ Come rilevato da G. D'Amico, *La Corte e lo stato dell'arte*, cit., 444.

⁶⁸⁵ Si ricordi, tra gli altri, il caso risolto della sent. 114/1998, in cui si contesta la distinzione tra abitudine e cronica intossicazione (nell'ubriachezza e nell'uso di sostanze stupefacenti). A sostegno delle censure mosse, che si incentravano sulla presunta assenza di fondamento scientifico della distinzione, il giudice *a quo* riporta sia le risultanze di una perizia disposta nel corso del processo, sia le più recenti acquisizioni della scienza medica. Oppure, si pensi alla vicenda relativa al reato di plagio (sent. 96/1981), nella quale l'approfondimento scientifico necessario alla decisione di illegittimità viene compiuto essenzialmente dal giudice remittente e trasfuso dallo stesso nell'ordinanza di remissione.

⁶⁸⁶ Ad esempio, nella sent. 52/1985 la Corte costituzionale ha aderito ai rilievi dell'Avvocatura dello Stato, corredati da un parere reso dal Consiglio Superiore della Sanità, circa «l'estrema variegabilità tra una malattia psichica e l'altra, ovvero – addirittura – nelle manifestazioni esogene di medesima natura, ma tra un soggetto rispetto ad altro» ai fini della capacità lavorativa. Similmente, nell'ord. 306/2001 la Corte richiama quanto sostenuto dalla difesa erariale, senza sottoporlo a verifica, per quanto concerne l'«attuale stato delle conoscenze tecnico-scientifiche, che non hanno reso disponibile, per la verifica dell'uso di sostanze stupefacenti, una strumentazione analoga a quella utilizzata per il rilevamento dello stato di ebbrezza derivante dall'assunzione di sostanze alcoliche».

⁶⁸⁷ Alcuni casi in cui l'adesione ai rilievi scientifici mossi da una delle parti in causa appare effettivamente suffragata dalla notorietà dei dati scientifici utilizzati, sono rappresentati dalla sent. 139/1982, con la quale è stata dichiarata illegittima la norma che prevedeva la presunzione assoluta di durata nel tempo dell'infermità psichica, sulla base delle considerazioni svolte nelle ordinanze di remissione e nel corso del contraddittorio; e dalla sent. 173/1983, riguardante la norma che vietava agli uomini l'accesso alle scuole

si rileva che «quando la Corte ha ritenuto opportuno accertare le basi scientifiche della norma impugnata, lo ha fatto “con discrezione” ricorrendo, molto spesso, a fatti noti (o apparentemente tali), a regole della comune esperienza, all’*id quod plerumque accidit* ecc. In altre parole, la Corte vuole, con molta accuratezza, evitare di apparire come giudice del fatto, pur dipendendo, in molti casi, dall’analisi di questo, l’esito del giudizio costituzionale»⁶⁸⁹.

Alla luce di ciò, vista anche la particolare rilevanza che la conoscenza di profili tecnico-scientifici può assumere in relazione a determinate questioni di legittimità costituzionale (in particolar modo quelle aventi ad oggetto prescrizioni limitative di diritti fondamentali)⁶⁹⁰, potrebbe quindi essere necessario valutare, come sopra accennato, da un punto di vista processuale, l’esigenza che in questi casi i dati fattuali che costituiscono il fondamento della disciplina impugnata siano, da un lato, oggetto di ulteriori approfondimenti istruttori⁶⁹¹ e, dall’altro lato, sottoposti al contraddittorio delle parti⁶⁹²,

magistrali, in cui la Corte ha ritenuto superfluo indagare le basi scientifiche delle disposizioni impuginate dinanzi ad una richiesta ben argomentata, anche dal punto di vista della scienza pedagogica, vista la notorietà delle considerazioni svolte dal giudice *a quo*. Per un ulteriore approfondimento della casistica si rimanda a G. D’Amico, *Scienza e diritto*, cit., 250-255.

⁶⁸⁸ Cfr. G. D’Amico, *Scienza e diritto*, cit., 246, il quale rileva che dietro l’impiego di formule quali “fatto notorio”, “comune esperienza” e “*id quod plerumque accidit*”, vi è il ricorso massiccio ad “istruttorie informali” ed alle c.d. conoscenze amicali, che se, per un verso, permettono l’acquisizione delle informazioni necessarie secondo modalità di gran lunga semplificate, per altro verso, finiscono con l’indebolire l’impianto argomentativo della decisione della Corte. Secondo l’A., la stessa utilizzazione dei dati forniti dal remittente o dal ricorrente o di quelli emersi nel corso del contraddittorio, molte volte pare avvenire in maniera apodittica, lasciando presumere, per ciò solo, che le informazioni in parola siano suffragate da altre acquisite in modo “ufficioso”. Un esempio significativo in proposito è fornito dal giudizio in materia di transessualismo. Come rileva l’A. le considerazioni scientifiche presenti nella sent. 161/1985 sembrano particolarmente approfondite per un collegio non composto da esperti in materia; «in particolare merita attenzione la stessa definizione di transessuale che, per esplicita ammissione della stessa Corte, è ripresa dalla dottrina medico-legale; così come risulta ben motivata, dal punto di vista della scienza medica, l’impossibilità di curare il transessualismo attraverso strumenti alternativi all’intervento chirurgico».

⁶⁸⁹ G. D’Amico, *I dubbi della scienza*, cit., 169, il quale rileva criticamente che «i dubbi alimentati dalla aspirazione del diritto a regolare comportamenti profondamente condizionati dalla scienza e dalla tecnica non hanno indotto il giudice delle leggi ad arricchire il patrimonio di conoscenze necessario per una persuasiva ed ancor prima, ineccepibile valutazione della fondatezza o meno della proposta questione di costituzionalità. La Corte preferisce semmai affidarsi a fatti noti e massime di esperienza. Eppure una maggior sensibilità nei confronti di tale possibilità avrebbe potuto indurre la Corte ad assumere una posizione più coerente e puntuale in ordine a questioni anche estremamente problematiche, se solo avesse avvertito l’incidenza della dimensione scientifica e tecnologica sulle scelte del legislatore».

⁶⁹⁰ Cfr. Q. Camerlengo, *I poteri istruttori*, cit., 181. L’A. auspica un maggior ricorso della Corte ai suoi poteri istruttori «allorquando il legislatore traduca in prescrizioni limitative dei diritti fondamentali processi scientifici di conoscenza non assistiti da una adeguata e persuasiva affidabilità».

⁶⁹¹ Cfr. Q. Camerlengo, *I poteri istruttori*, cit., 167, secondo il quale il peso dell’attività istruttoria della Corte sarà destinata ad incrementarsi in futuro. Come rilevano A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2001, 90, «emerge sempre più la necessità di tutelare a livello costituzionale interessi la cui qualificazione presuppone conoscenze “scientifiche” avanzate (si pensi solo al settore della bioetica), cui la Corte dovrà giocoforza accedere utilizzando al massimo i suoi poteri istruttori». Anche la dottrina più risalente ha ipotizzato la necessità che in taluni casi la Corte effettui il passaggio da una conoscenza informale ad una formalizzata: cfr. A. Cerri, *I poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., 1350, secondo il quale il ricorso ad «espliciti atti istruttori diviene necessario o quando il documento di cui si tratta è nella disponibilità esclusiva di un ente od un organo non abilitato a comunicarlo senza esplicito e formale ordine; oppure quando si tratta di una notizia che le parti non danno per conosciuta nei loro atti difensivi e non può essere facilmente appresa dalle medesime, non rientrando nell’ambito del “notorio”».

⁶⁹² Cfr. Q. Camerlengo, *I poteri istruttori*, cit., 181, il quale rileva come le conoscenze extragiuridiche che, al fine di valutare il corretto esercizio della funzione legislativa, debbano necessariamente arricchire il patrimonio di cognizioni a disposizione del giudice delle leggi, devono pervenire a quest’ultimo, o attraverso le allegazioni delle parti, o con l’attivazione dei poteri istruttori. In particolare la «*doverosità dell’istruttoria costituzionale* si rivela ancora più evidente quando allorché siano coinvolti *diritti fondamentali* o *valori basilari dal dettato costituzionale*» (corsivo non testuale)

considerando anche l'opportunità di garantire a queste ultime un diritto all'acquisizione delle prove⁶⁹³, in modo da superare il carattere inquisitorio che caratterizza il giudizio di costituzionalità⁶⁹⁴. Con specifico riferimento alla fondatezza scientifica di determinate affermazioni, rilevanti per la definizione del giudizio, in dottrina si rileva che, quando esse non diventano oggetto del contraddittorio tra le parti, «la relativa pronuncia finisce con il presentare un *deficit* nella motivazione. Infatti, la sottoposizione dei dati tecnico-scientifici al “fuoco incrociato” delle parti costituite nel giudizio di costituzionalità si rileva particolarmente “proficua” per testare la validità scientifica di determinate affermazioni»⁶⁹⁵. In conclusione, pare condivisibile l'affermazione secondo cui «come appare improprio concentrare sulla sola Corte l'acquisizione di tutti gli elementi conoscitivi destinati ad illuminare l'oggetto del sindacato, altrettanto erroneo appare gravare le sole parti dell'onere di addivenire ad una esaustiva e attendibile rappresentazione dell'assetto normativo di cui si eccepisce l'incostituzionalità»⁶⁹⁶.

6. Osservazioni conclusive e prospettive

6.1. L'esigenza di imporre un vincolo metodologico al legislatore: motivazione contestuale alla legge

Alla necessità che le scelte normative strettamente legate a contesti tecnico-scientifici tengano conto delle acquisizioni della scienza al momento della loro elaborazione – soprattutto quando entrano in gioco diritti fondamentali⁶⁹⁷ – si collega inevitabilmente l'esigenza che il legislatore approfondisca e prospetti chiaramente la base scientifica della legge, in particolar modo qualora il contesto fattuale sia dominato da incertezze.

Nel nostro ordinamento, però, non esiste l'obbligo di corredare la legge di motivazione⁶⁹⁸, e ciò rende difficile, quando non impossibile, verificare in che modo i presupposti di fatto di una norma siano stati identificati e valutati nella fase della sua elaborazione. Sarebbe invece auspicabile che il legislatore decidesse di giustificare la sua scelta⁶⁹⁹ attraverso una sorta di motivazione, chiarendo il dato tecnico-scientifico su cui risposa la disciplina⁷⁰⁰. Il ruolo della motivazione (similmente all'analisi dei lavori

⁶⁹³ Sulla possibilità di considerare l'art. 24 Cost. come base della disciplina del contraddittorio davanti alla Corte si veda C. Mezzanotte, *Appunti sul contraddittorio nei giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, I, 967; secondo l'A. sarebbe infatti prospettabile, sulla base di tale norma costituzionale, la possibilità per i singoli interessati estranei ai giudizi *a quibus*, di spiegare intervento diretto innanzi la Corte a difesa delle proprie ragioni.

⁶⁹⁴ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., 291.

⁶⁹⁵ G. D'Amico, *Scienza e diritto*, cit., 271.

⁶⁹⁶ Q. Camerlengo, *I poteri istruttori*, cit., 187.

⁶⁹⁷ Si tenga presente quanto affermato nella sent. 282/2002: «un intervento 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, 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” (cfr. sent. n. 185 del 1998); o comunque dovrebbe costituire il risultato di una siffatta verifica».

⁶⁹⁸ Tradizionalmente si ritiene che la legge non abbia bisogno di dar conto delle premesse fenomenologiche e logiche in quanto *auctoritas, non veritas facit legem*.

⁶⁹⁹ Cfr. C. Salazar, *La motivazione nella più recente produzione legislativa: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Rassegna Parlamentare*, 1996/2, 420, secondo la quale pur non esistendo un obbligo di motivazione, è possibile che questa sia esplicita e accompagni la legge specificandone l'*occasio* e/o la *ratio*, oppure è possibile configurare motivazioni implicite o ricavabili *aliunde*.

⁷⁰⁰ In questi casi, la motivazione non rilevverebbe come dichiarazione dell'*intentio legislatoris* – irrilevante ai fini del giudizio di costituzionalità – e nemmeno (se non in via indiretta) per la ricostruzione della *ratio*

preparatori) potrebbe, infatti, essere rivalutato proprio a fronte dell'esigenza di rendere chiara, non tanto la finalità della legge, quanto l'apprezzamento dei presupposti di fatto assunti a base della scelta normativa, in particolare quando si tratta dei dati scientifici che stanno a fondamento di una disciplina in tema di diritti fondamentali. Come evidenziato, soprattutto in determinati ambiti, il legislatore è tenuto a valutare correttamente i presupposti di fatto in cui si colloca una disciplina, non potendo sostituire valutazioni politiche a quelle degli organi tecnico-scientifici: per questo, specialmente quando una legge opta per una tra le possibili soluzioni di una questione che ha a che fare con diritti della persona, come la salute, e soprattutto quando si tratti di materie "scientificamente sensibili", può diventare opportuna una motivazione che accompagni la relativa scelta.

In assenza di motivazione, per quanto è dato capire dalla giurisprudenza analizzata, il controllo di costituzionalità può essere effettuato prescindendo dalla valutazione legislativa dei presupposti fattuali⁷⁰¹, arrivando, eventualmente, anche a prendere in considerazione fatti diversi ed ulteriori rispetto a quelli su cui ci si è basati in parlamento. Da questo punto di vista, la questione relativa al grado di penetrazione del sindacato costituzionale appare un falso problema. Non vi è modo, infatti, per la Corte di conoscere con certezza il percorso decisionale, in particolare quello relativo ai "fatti" collegati alla norma, che ha portato ad una determinata scelta legislativa. L'esistenza stessa di una presunzione favorevole al legislatore sulla corretta valutazione dei presupposti empirici di una normativa prende le mosse dalla "supposizione" che tale valutazione sia stata effettuata, sebbene in assenza di specifiche dimostrazioni o ricerche di segnali positivi in tal senso. A fronte di un'ordinanza di rimessione che dimostri (o meglio prospetti) l'irragionevolezza della disciplina impugnata sulla base di "fatti" scientifici – i quali vengono in questo modo immessi nel giudizio costituzionale – la Corte sarà tenuta a valutare la legittimità della norma, e quindi l'eventuale arbitrarietà della scelta legislativa, sulla base di tali elementi, indipendentemente dal ruolo che essi hanno avuto nel procedimento parlamentare.

Non sembra quindi sostenibile l'idea secondo cui la motivazione renderebbe, in questi casi, più "controllabile" (cioè più facilmente annullabile) la scelta normativa⁷⁰², ma sembra anzi vero il contrario: dando atto del percorso decisionale seguito, il legislatore ha la possibilità di fornire una giustificazione alla disciplina, contribuendo alla dimostrazione

legis, quanto piuttosto per esplicitare come sia stata ricostruita la realtà fattuale (scientifica), collegata alla norma, e quindi per permetterne la valutazione della correttezza.

⁷⁰¹ Eventualmente potrebbero essere presi in considerazione i lavori parlamentari, ma, come già rilevato, non è detto che questi forniscano le informazioni necessarie.

⁷⁰² Un discorso diverso va fatto per quanto riguarda le possibili ripercussioni sul controllo di costituzionalità della motivazione (o della parte di essa) che indichi le finalità della legge. Come rileva L. Paladin, *Legittimità e merito*, cit., 333, «non è raro che l'oggettivarsi dei motivi si verifichi in concreto, sul medesimo piano dei più generali disposti di legge; ed in ciò consiste un'arma a doppio taglio, utile a prestabilire l'ossequio al legislatore nei confronti dei criteri finalistici indicati in costituzione, più utile ancora a consentire il sindacato della Corte sul rispetto dei criteri stessi». La motivazione contestuale, secondo l'A. costituisce uno strumento più efficace dell'analisi delle attività preparatorie, che «rappresentano semplici indizi – comunque superabili – di corrispondenza o di incompatibilità delle leggi alla costituzione». Cfr. anche A. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza*, cit., 567, il quale rileva che «per quei casi nei quali una norma costituzionale prescrive una motivazione dell'atto legislativo [...] il difetto della motivazione vizia di per sé solo l'atto (e trattasi di vizio di forma). La motivazione necessaria, la quale rilevi che l'atto sia stato posto in essere in vista di una finalità diversa da quella costituzionalmente canonizzata, determinerà invece l'illegittimità dell'atto per inosservanza del limite teleologico».

Ad ogni modo, se è vero che una motivazione che indichi le finalità della legge può aprire la strada ad uno "scrutinio stretto" di costituzionalità, è vero anche che questa può fornire una giustificazione alla normativa tale da renderla più "resistente" al controllo. Si veda, ad esempio, la sent. 109/1993, nella quale la motivazione legislativa, volta a definire la finalità della legge, cioè l'eliminazione dell'evidente e manifesto squilibrio a danno delle donne esistente nel mondo dell'imprenditoria, ha dato al giudice delle leggi la base per ritenere ragionevole la disciplina delle azioni positive.

di una sua eventuale ragionevolezza⁷⁰³. Se *motivare* significa persuadere della bontà degli elementi posti alla base della decisione, i dati fattuali prospettati nella motivazione che accompagna la legge diventerebbero il primo scoglio – molto più concreto rispetto all’esistenza di una semplice presunzione favorevole – che il giudice *a quo* incontrerebbe qualora volesse impugnare la legge davanti la Corte; è solo dimostrando il contrasto tra i dati scientifici in essa contenuti e quelli forniti nell’ordinanza di rimessione, che si potrebbe aprire un giudizio sull’irragionevolezza della norma⁷⁰⁴.

6.2. (segue) - Il ruolo determinante (in potenza) dell’istruttoria legislativa

Un’altra soluzione per rendere possibile un sindacato sui presupposti fattuali posti alla base di una legge, seppur in assenza di motivazione contestuale, potrebbe essere quella di rivalutare il ruolo dell’istruttoria parlamentare attraverso l’imposizione di un vincolo metodologico al legislatore. Ad esempio, per quanto riguarda lo specifico procedimento di formazione delle norme tecniche, in dottrina c’è chi auspica che la loro elaborazione in sede parlamentare includa un dibattito sugli aspetti tecnici attraverso adeguate consultazioni e istruttorie specialistiche⁷⁰⁵. È infatti evidente come nella norma tecnica si possa agevolmente individuare la duplice dimensione data da una base tecnico-scientifica,

⁷⁰³ Conducendo questo tipo di ragionamento, si sta prospettando l’opportunità che, soprattutto quando una legge fortemente condizionata dal contesto tecnico-scientifico incide sui diritti fondamentali, il legislatore dimostri «la “bontà intrinseca” delle scelte compiute o che si accinge a compiere, ancorandole a valutazioni e dati conoscitivi che provino l’efficacia e la coerenza, oltre che la necessità della decisione normativa», P. Torretta, *Qualità della legge e informazione parlamentare: contributo allo studio dell’indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Napoli 2007, 272.

⁷⁰⁴ A tal proposito, può essere interessante richiamare il principio stabilito dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo secondo cui l’incisione di diritti fondamentali deve essere adeguatamente motivata e la motivazione deve, a sua volta, fondarsi su dati dimostrabili e ragionamenti esatti (sent. 2 ottobre 2001, su ricorso n. 36022/97). Nel caso di specie, a fronte del ricorso presentato da cittadini inglesi che lamentavano disturbi al sonno e alla salute causati dai voli del vicino aeroporto Heathrow, la Corte condanna il Governo inglese in quanto l’aumento del livello di rumore notturno, dovuto all’eliminazione dei vincoli sui voli notturni fissati nel 1993, non appare giustificato da un prevalente interesse economico, tale da rendere legittima l’incisione dei diritti di cui all’art 8 della Convenzione. Per un’analisi dei profili qui richiamati si veda F. Tamassia, *La ragionevolezza nei giudizi della Corte di Giustizia europea nell’applicazione delle direttive non partecipate*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi (Roma, 2-4 ottobre 2006), Roma 2007, 353-356.

Ciò che emerge chiaramente da questa giurisprudenza è l’insufficienza della semplice dichiarazione da parte del legislatore di aver bilanciato adeguatamente gli interessi contrapposti preferendo i superiori interessi dell’economia nazionale a quelli individuali, poiché deve essere dimostrata, anche sulla base di elementi fattuali e, in particolar modo scientifici, la adeguatezza e la serietà del bilanciamento. In particolare, lo Stato, nell’adottare strumenti che portano alla restrizione di diritti garantiti, deve ricorrere a tutte le misure necessarie per ridurre al minimo le limitazioni dei privati. Nel caso specifico la Corte, rilevando la mancanza di studi completi e sufficienti di natura economica e sanitaria sulla base dei quali si possa valutare l’estensione e l’impatto delle interferenze provocate dall’incremento dei voli notturni sul sonno, nonché di un preventivo studio relativo alla soluzione meno onerosa per i diritti umani, dichiara che non risulta dimostrata la prevalenza degli interessi economici collettivi rispetto alle limitazioni dei diritti. La difesa del Governo aveva cercato di evidenziare come la regolamentazione dei voli aerei fosse coerente ai principi stabiliti dalla Convenzione e fondata su dati di fatto (allegando ricerche effettuate nel 1987, che dimostrerebbe la possibilità di un aumento del 25% dei voli notturni senza danneggiare il sonno degli abitanti intorno all’aeroporto, nonché uno studio sul sonno pubblicato nel 1992 su incarico del ministero dei trasporti dalle simili conclusioni); le difese dei ricorrenti, invece, sostenevano che gli studi in base ai quali veniva giustificata la lesione dei loro diritti fossero limitati e lacunosi, perché non analizzavano adeguatamente i problemi del sonno dei residenti e, per quanto concerne l’aspetto economico, non distinguevano adeguatamente gli effetti economici dei voli notturni da quelli diurni.

⁷⁰⁵ A. Palanza, *Norme tecniche e procedimenti parlamentari*, in S. Grassi-M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell’ambiente*, cit., IX, 37-40, l’A. ritiene che «l’esame di norme tecniche di tipo scientifico in Parlamento richieda la formale adozione di specifiche procedure nei regolamenti parlamentari e di norme che impongano al Governo di fornire al Parlamento una informazione tecnica essenziale, mirata e accessibile».

fornita dal mondo della ricerca, e da una componente valutativa, affidata alle scelte della politica; per questi motivi «si invoca la trasparenza e la visibilità di ogni fase di produzione della normativa e mediante la più ampia partecipazione, al momento dell'istruttoria, di tutti i soggetti potenzialmente in grado di fornire dati tecnici e scientifici rilevanti. In definitiva i procedimenti di formazione delle norme tecniche dovrebbero essere orientati a rendere chiaramente distinguibili (e dunque giudicabili nelle sedi in cui può essere fatta valere la relativa responsabilità) le componenti valutative della norma tecnica e le scelte politiche che hanno presieduto alla sua produzione»⁷⁰⁶. C'è inoltre chi⁷⁰⁷ sostiene che, soprattutto quando la comunità scientifica è incerta o divisa, l'*impasse* non debba essere nascosta, ma portata alla luce, perché è tale specifico contesto che diviene oggetto della decisione politica: in questi casi, quindi, si avverte in maniera ancora maggiore la necessità di una corretta ricostruzione legislativa della base scientifica dell'intervento legislativo, che tenga conto di pareri scientifici allargati a tutti gli esperti del settore e renda espliciti tutte gli spazi di incertezza. Riflessioni simili sembrano estensibili a qualsiasi disciplina, soprattutto se relativa ai diritti fondamentali, che mostri un legame diretto con i suoi presupposti scientifici⁷⁰⁸.

Ma è possibile (e opportuno) prospettare un vincolo metodologico e procedurale per il legislatore? Quali ripercussioni una simile soluzione avrebbe nel giudizio di costituzionalità?

La prospettazione di un obbligo procedurale che imponga un'istruttoria riguardante i fondamenti scientifici della legge potrebbe trovare un implicito riconoscimento nella sent. 282/2002, laddove si annulla una legge poiché «non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti». Il semplice assolvimento di tale onere di approfondimento, però, sembra requisito necessario, ma non sufficiente a garantire tutela ai diritti fondamentali, poiché non può ritenersi che, una volta effettuate le dovute indagini conoscitive⁷⁰⁹, la scelta legislativa risulti sicuramente compatibile con i principi costituzionali; si tratterebbe invece di un approfondimento scientifico dalle cui risultanze non è possibile prescindere per l'elaborazione di una norma ragionevole. Sarà, poi, l'eventuale incompletezza di tale istruttoria o l'errata valutazione dei suoi risultati che potrà essere invocata dal giudice remittente a fondamento della censura della norma ritenuta inadeguata alla disciplina del caso concreto (e quindi illegittima).

Attualmente, però, nel nostro ordinamento si può affermare che all'inesistenza di criteri o regole per l'assunzione dei fatti nel procedimento legislativo corrisponda l'assenza di una forma di sindacato sulla veridicità dei presupposti di fatto⁷¹⁰. A ben vedere, la

⁷⁰⁶ M. Cecchetti, *Prospettive per una razionalizzazione della normazione tecnica*, cit., 47.

⁷⁰⁷ M. Tallacchini, *Politica della scienza e diritto*, cit., 13-14.

⁷⁰⁸ Più in generale, in dottrina c'è chi sostiene l'opportunità di un miglioramento qualitativo dei contenuti delle leggi attraverso un "contraddittorio degli interessi" al momento della loro formazione, tale da permettere un'acquisizione il più possibile completa dei dati conoscitivi necessari alla decisione, incidendo così sul momento di raccolta e elaborazione delle cognizioni tecniche e specialistiche che precede l'approvazione dell'atto normativo; cfr. P. Torretta, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit., 101.

⁷⁰⁹ A tal proposito si richiami ancora una volta quanto sostenuto da Q. Camerlengo, *I poteri istruttori*, cit., 180-181, secondo il quale la Corte sarebbe chiamata «a verificare l'effettivo compimento dell'attività di rilevazione dei pertinenti dati scientifici e tecnici, la serietà e la completezza di tale processo a acquisitivo, l'obiettiva attendibilità dei soggetti consultati dal legislatore, la mancanza di modelli teorici o modalità tecnico-operative palesemente e d'inequivocabilmente idonee a dimostrare l'inadeguatezza, la non congruità, se non persino la dannosità della soluzione normativa prescelta dal legislatore».

⁷¹⁰ R. Bin, *Atti normativi*, cit., 313-314, secondo il quale ciò conduce a configurare un distacco tra il giudizio di costituzionalità delle leggi ed il sindacato di legittimità svolto dal giudice amministrativo.

Il sindacato sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione impone, invece, una verifica in concreto su come si è svolto l'accertamento dei fatti e, inoltre, un controllo più penetrante sul dato empirico

giurisprudenza costituzionale analizzata mostra sì di procedere ad una risoluzione nel merito di simili questioni, ma lo fa attraverso una varietà di approcci: le modalità del controllo sul fondamento empirico della legge vengono modulate di volta in volta a seconda delle caratteristiche della situazione normativa, delle fonti dei dati e della loro stessa consistenza, nonché del tipo di diritto coinvolto. In tutti questi casi, non sempre è possibile riscontrare continuità e coerenza da parte del giudice delle leggi, nel delineare il rapporto tra discrezionalità legislativa e scienza. Se, invece, già a livello parlamentare si prevedesse la necessità di effettuare specifiche indagini conoscitive, a cui dare adeguata pubblicità, queste potrebbero essere utilizzate come punto di partenza per procedere alla valutazione della costituzionalità della scelta legislativa, ed in particolare della sua ragionevolezza rispetto al dato scientifico. Qualora tale istruttoria si rivelasse (o venisse contestata dal giudice *a quo* in quanto) parziale o inesatta, la Corte potrebbe utilizzare elementi ulteriori (prospettati nell'ordinanza di rimessione, raccolti mediante istruttoria o apporto delle parti) per determinare l'esistenza, o meno, della tutela costituzionalmente dovuta ad un diritto ed, eventualmente, dichiarare l'irragionevolezza della norma. A tal proposito, in dottrina⁷¹¹ si auspica un potenziamento degli strumenti di collegamento tra l'organo parlamentare e la Corte costituzionale attraverso un approfondimento dei profili tecnico-scientifici della disciplina da parte del primo, che realizzi una procedimentalizzazione dell'istruttoria legislativa sui fatti presupposti dalla legge⁷¹². Si tratterebbe di una sorta di sindacato di ragionevolezza *ex ante*, essendo il parlamento, attraverso i suoi organi interni, chiamato ad accertare la coerenza di una norma da emanare rispetto al contesto fattuale in cui deve essere applicata⁷¹³; a tali strumenti il giudice delle leggi potrebbe fare riferimento ogni qual volta vi fosse la necessità di procedere alla verifica delle informazioni scientifiche raccolte dall'organo legislativo e ad un controllo sulla loro valutazione⁷¹⁴. Una simile prospettiva, probabilmente, contribuirebbe anche ad evitare la perdita di valore che l'indagine conoscitiva sui contenuti della legge pare assumere – soprattutto nei settori connotati da una forte contrapposizione politica – tutte le volte in cui viene espletata per dare la sensazione che l'Assemblea si sia documentata

alla base del provvedimento viene ammesso a fronte di una mancanza di motivazione: così G. Morbidelli, *L'indennizzo diversificato*, cit., 1990, 2454.

⁷¹¹ Cfr. G. D'Amico, *Scienza e Corte*, cit., 275.

⁷¹² Un organismo già presente nell'ambito dell'Ufficio di presidenza della Camera dei deputati, che potrebbe avere un ruolo primario nella conoscenza e valutazione dei presupposti scientifici delle norme giuridiche, è il VAST (Comitato per la valutazione delle scelte scientifiche e tecnologiche), costituito con decreto del Presidente della Camera a partire dal 1996 (nell'attuale legislatura esso è stato istituito con decreto del 12 giugno 2008). Pensato come organo composto, oltre che da membri della Camera, anche di esperti in materie scientifiche ad essa esterni, nelle ultime legislature esso, invece, è stato formato essenzialmente da parlamentari e quasi mai ha proceduto ad un approfondimento della materia attraverso l'audizione di esperti. Forse un punto d'inizio potrebbe essere rappresentato, da un lato, da un ripensamento della composizione dell'organo e, dall'altro, ad un'intensificazione delle sue attività, attraverso lo svolgimento di specifiche funzioni istruttorie nel campo scientifico.

⁷¹³ Cfr. P. Torretta, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit., 189-191, la quale rileva che i molteplici risvolti di impiego che il principio di ragionevolezza riceve all'interno del sindacato di costituzionalità fanno di esso un fondamentale presupposto della funzione legislativa. In questo senso, l'indagine conoscitiva sembra rivestire un ruolo non trascurabile all'interno del procedimento parlamentare, a fronte del nesso che si instaura tra la fase "oggettiva" di acquisizione dei dati e la fase di valutazione politica dei medesimi.

⁷¹⁴ A questo proposito, va rilevato che la Corte, fin dai primi anni della sua attività, ha affermato che «la posizione costituzionale di indipendenza delle Camere non implica [...] l'assoluta insindacabilità, da parte di qualsiasi altro organo dello Stato, del procedimento con cui gli atti delle Camere vengono deliberati» (sent. 9/1959, punto 5 del considerato in diritto).

prima di decidere, senza però un reale interesse trasferire, o comunque contemplare all'interno del processo di formazione della legge, le notizie e i dati raccolti⁷¹⁵.

6.3. La Corte come giudice dei diritti: la necessità di una motivazione convincente e l'opportunità di introdurre il *dissent*

Come si è visto, la Corte assume un ruolo, oltre che di garanzia della legittimità costituzionale, anche di tutela dei diritti fondamentali fatti valere, innanzitutto, nel caso concreto oggetto del giudizio *a quo*⁷¹⁶. La pronuncia di costituzionalità ha di frequente immediate ripercussioni sulle situazioni giuridiche delle parti del processo principale⁷¹⁷ e al contempo accorda la tutela costituzionalmente garantita anche a tutti gli altri titolari di quel determinato diritto, indipendentemente dalla loro connessione con il caso che ha dato origine alla questione sottoposta al vaglio del giudice delle leggi.

Prima ancora di prendere in considerazione gli effetti della pronuncia, però, si noti che lo stesso dubbio di costituzionalità nasce al momento dell'applicazione concreta della

⁷¹⁵ P. Torretta, *Qualità della legge e informazione parlamentare*, cit., 204-205, la quale, analizzando alcune indagini conoscitive svolte in campi «politicamente (ovvero eticamente) sensibili», rileva che in tali contesti le procedure informative sembrano essere per lo più attivate sulla spinta di un'esigenza di visibilità nei confronti dell'opinione pubblica, trascurando, quasi *a priori*, i riflessi che le informazioni acquisite potrebbero avere sulla scelta normativa. In questi casi, «il legislatore sembra non voler tener conto di tutte le opzioni ed i suggerimenti che emergono dalla attività informativa espletata, o comunque mantiene un certo distacco nei confronti di alcune delle istanze e indicazioni evidenziate dalla consultazione dei destinatari della normativa in progetto, mostrando di essere (preventivamente?) orientato a riservare attenzione e tutela giuridica solo ad una parte di esse». L'A. prende in considerazione, in particolare, l'esperienza dell'indagine conoscitiva svolta nella XII Legislatura dalla Commissione Affari sociali della Camera dei Deputati in materia di procreazione medicalmente assistita, definendola «forse una delle ipotesi più evidenti di discrasia fra alcuni dei dati offerti nel momento conoscitivo e la disciplina successivamente elaborata». L'indagine riflette l'alternarsi di orientamenti rivolti a far prevalere l'autonomia individuale e richieste di un intervento legislativo diretto a prendere una precisa posizione; secondo l'A., a fronte di questa dicotomia, l'esercizio della discrezionalità politica non poteva che accogliere l'una o l'altra posizione, dovendo in ogni caso disattendere alcune delle istanze introdotte dall'indagine.

A questo proposito in dottrina c'è, però, anche chi rileva criticamente come il legislatore nell'elaborare la legge 40 non abbia tenuto conto, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti più strettamente scientifici della disciplina, del parere dei numerosi medici che hanno partecipato alle audizioni in Senato, cfr. P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., 188, nota 112.

⁷¹⁶ Per R. Romboli, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio*, cit., 156, lo smaltimento dell'arretrato ha avuto un riflesso positivo per la tutela dei diritti fondamentali del soggetto e per la effettività della stessa.

⁷¹⁷ Come si è visto nelle ipotesi in cui il remittente porta a sostegno dell'incostituzionalità l'esempio del caso concreto, da cui emerge l'inadeguata considerazione della scienza da parte della legge. In tema, si veda S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni*, cit., 422, secondo il quale «sempre più la Corte si è venuta allontanando dal terreno proprio del sindacato astratto, privo di qualsiasi connessione con la realtà stessa dell'applicazione delle norme sottoposte a giudizio di costituzionalità, ed è andata avvicinandosi ai modi propri di un controllo concreto di costituzionalità, parametrato sulle vicende della vita di relazione interessate dalle norme». Del resto, la stessa scelta della Corte di applicare una nozione di rilevanza come «influenza» – sebbene non necessariamente sull'esito del giudizio ma anche solo sul modo di decidere – collega necessariamente gli effetti dell'eventuale pronuncia di illegittimità al giudizio *a quo*. L'ord. 145/2000, ad esempio, dichiara l'inammissibilità per irrilevanza in quanto l'eventuale accoglimento «non comporterebbe alcun effetto ai fini della decisione [...]» e «dunque, la questione appare [...] prospettata senza alcuna utilità».

A questo proposito, cfr. F. Dal Canto, *La rilevanza e il valore del fatto*, cit., 176, il quale evidenzia che il requisito della rilevanza, almeno nella prospettiva del giudice *a quo*, si traduce nella utilità specifica della questione nel caso concreto. L'A. rileva, infatti, come siano numerose le pronunce in cui la Corte sembra aderire ad una nozione di rilevanza a metà tra la rilevanza-influenza e rilevanza-vantaggio per le parti; nel caso definito con la sent. 161/2000, ad esempio, viene dichiarata inammissibile una questione concernente un termine, ritenuto dal giudice remittente eccessivamente breve, perché nel caso specifico tale brevità non aveva impedito l'esercizio del diritto connesso.

legge, dell'incontro fra *lex* e *iura*⁷¹⁸, poiché è in questa sede che, in primo luogo, può rilevarsi l'inadeguatezza della legge a rendere giustizia (costituzionale)⁷¹⁹: è quindi dai giudici ordinari che la Corte viene attratta nel circuito giurisdizionale.

Sebbene nel nostro sistema la Corte costituzionale non sia progettata come giudice dei diritti – essendo questa funzione affidata al giudice ordinario – essa, pur non disponendo di strumenti specifici, ha molto spesso esercitato una funzione di tutela di situazioni giuridiche soggettive, superando l'assenza di un ricorso diretto e finendo per pronunciare sentenze che si prestano fortemente a fornire il criterio di giudizio del caso concreto⁷²⁰. Sia il giudice di merito che la Corte, infatti, possono fornire ai diritti la garanzia costituzionalmente prevista, applicando direttamente la Costituzione⁷²¹: il primo, lo fa ogni volta che assume una decisione ricavando la “regola del caso” da una disposizione costituzionale⁷²²; la Corte lo fa, ad esempio, quando definisce il contenuto essenziale del diritto⁷²³, quando interviene sui bilanciamenti rimuovendo ostacoli legislativi alle valutazioni giudiziali concrete, o quando elimina dall'ordinamento una norma incostituzionale, ponendo al contempo il principio che permetterà ai giudici di garantire l'effettività dei diritti costituzionali⁷²⁴. Essa stessa si qualifica, implicitamente, come giudice dei diritti tutte le volte in cui riconosce la possibilità di costituirsi nel processo costituzionale anche a soggetti che non sono parti nel giudizio *a quo*, richiamando la necessità di garantire loro il diritto di difesa (o quello alla prova), poiché portatori di un interesse concreto dipendente dal risultato del giudizio di legittimità⁷²⁵. Più in generale, la

⁷¹⁸ G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale*, in *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma 13-14 novembre 1989, Milano 1990, 120, il quale evidenzia che la *lex* è espressione delle esigenze regolatrici dell'apparato di governo, mentre gli *iura* sono le posizioni soggettive garantite ai soggetti sociali, singoli o gruppi: la giustizia costituzionale deve, infatti, «essere collocata nella linea di tensione tra esigenze “oggettive” del governo (di cui il diritto obiettivo è la manifestazione formale) e le esigenze soggettive della tutela delle proprie aspettative concrete».

⁷¹⁹ Cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., 432, secondo il quale la Corte da un lato recepisce l'interpretazione della norma “orientata ai fatti”, data nell'ordinanza di remissione, dall'altro lato effettua un'interpretazione “orientata ai testi”, con particolare riferimento al significato che la norma assume alla luce della Costituzione. L'A. distingue, inoltre, tra l'interpretazione giudiziale, il cui punto di partenza è una particolare fattispecie o controversia di cui si cerca la soluzione, e l'interpretazione dottrinale, attraverso la quale i giuristi si interrogano sul significato dei testi normativi “in astratto”.

⁷²⁰ Cfr. V. Onida, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il reciproco rapporto con le Corti soprannazionali*, in P. Bilancia-E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti, punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano 2004, 105-106.

⁷²¹ R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Atti del convegno annuale dell'A.I.C., (Roma 27-28 ottobre 2006), www.associazionedeicostituzionalisti.it, il quale descrive la casistica che sarà di seguito considerata.

⁷²² Ad esempio quando è la norma costituzionale ad essere fonte immediata della regola, o quando la legge viene applicata in modo conforme alla Costituzione.

⁷²³ Con sentenze di annullamento parziali o additive, di garanzia e di prestazione.

⁷²⁴ Cfr. G. Zagrebelsky, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze*, cit., 148, ad avviso del quale esiste «una distinzione di compiti “normativi” a seconda della dimensione costituzionale in cui si è chiamati ad operare: nella dimensione costituzionale si tratta di principi; nella dimensione legislativa, di regole generali e astratte, nella dimensione giudiziaria, di regole individuali e concrete». Secondo l'A., con la sentenza additiva di principio la Corte, rinunciando a porre regole, evita di «scendere in concorrenza e (potenzialmente) in conflitto con il legislatore. Dall'altro lato l'individuazione da parte della Corte della sua funzione specifica nel porre il principio che vale a rendere effettivo il precetto costituzionale, richiedendo la cooperazione dei giudici nella concretizzazione del principio stesso, a contatto con le esigenze regolative dei casi».

⁷²⁵ Nella sent. 314/1992, la Corte richiama esplicitamente l'art. 24 Cost. ritenendo non ammissibile che «che vi sia un giudizio direttamente incidente su posizioni giuridiche soggettive senza che vi sia la possibilità giuridica per i titolari delle medesime posizioni di “difenderle” come parti nel processo stesso» (punto 2 del considerato in diritto). In questi casi il processo costituzionale diventa il solo modo per difendere le loro posizioni giuridiche soggettive ed è sulla base di tali rilievi che la Corte ha consentito la presenza di soggetti

presenza delle stesse parti del giudizio *a quo* davanti alla Corte sembra trovare fondamento e giustificazione, oltre che nell'interesse generale alla costituzionalità della legge, anche nella tutela dello stesso interesse in gioco nel giudizio principale⁷²⁶. Sebbene l'autonomia del giudizio costituzionale possa far propendere per la configurazione del contraddittorio non come garanzia delle parti, ma come scelta del metodo più idoneo per ottenere la collaborazione dei soggetti e degli organi meglio informati e più sensibili rispetto alle questioni da risolvere e alle conseguenze della decisione, rimane comunque vero che le parti si costituiscono per sostenere la tesi che meglio soddisfa gli interessi fatti valere nel processo *a quo*. È quindi difficile negare che la loro presenza nel processo costituzionale risponda anche ad un'esigenza di difesa delle loro posizioni⁷²⁷.

Da queste sintetiche osservazioni emerge che, sebbene la funzione del giudice delle leggi sia quella di ricercare (e fornire) la tutela minima costituzionalmente garantita ai diritti fondamentali, esiste anche la possibilità che su di esso vengano scaricate tensioni irrisolte e non assorbite dal processo di positivizzazione, nonché l'eventualità che i giudici costituzionali si trovino ad esaminare questioni in tempi ravvicinati rispetto al loro sorgere (nonché alla stessa approvazione della legge)⁷²⁸. Tali fattori contribuiscono a dare maggior concretezza al giudizio costituzionale, ma, al contempo, costringono la Corte a destreggiarsi tra esigenza di *self-restraint* e affermazione della supremazia dei valori costituzionali⁷²⁹. In particolare, il giudizio di ragionevolezza, che permette di intervenire sul bilanciamento legislativo, e l'utilizzo di decisioni manipolative, possono esporre la Corte alla critica di invadere le scelte discrezionali del legislatore; anche per questo la sua funzione è stata definita «“intermedia” [...] al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e para-giurisdizionale –, funzione che conduce, da un lato, a “giurisdizionalizzare” la politica dentro le forme del processo, dall'altro a “politicizzare” la

“terzi”; cfr. R. Romboli, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino 2008, 97, 100. Nello specifico, i più recenti casi in cui la Corte ha ammesso l'intervento di soggetti terzi nel suo giudizio hanno riguardato: una questione di costituzionalità relativa alla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, quando è stato ammesso l'intervento della Parmalat s.p.a. (ord. 4 aprile 2006, s.n. allegata alla sent. 172/2006); il giudizio relativo alla legge della Regione Sicilia concernente l'attribuzione delle province ed ai comuni del gettito delle imposte erariali, nel quale è stato ammesso l'intervento delle province di Agrigento, Caltanissetta, Enna, Messina, Palermo, Siracusa e Trapani, nella considerazione che una eventuale dichiarazione di illegittimità della norma censurata avrebbe fatto venir meno, con effetto diretto su tutte le intervenienti, il fondamento dell'atto normativo impugnato nel giudizio *a quo* (ord. 250/2007).

⁷²⁶ Nella sent. 20/1982, ad esempio, la Corte fa riferimento alla difesa concreta dei propri diritti quale fattore che legittima e giustifica la presenza delle parti nel processo costituzionale.

Come rileva R. Romboli, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni*, cit., 241, le due situazioni sono senz'altro entrambe presenti, con la differenza che mentre la prima si presume comunque sussistente e irrinunciabile, la seconda può anche mancare.

⁷²⁷ A tal proposito si veda M. Ricca, *Sul rapporto tra “ritenuto in fatto” e “considerato in diritto” nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino 1994, 212. L'A rileva la possibilità di identificare di volta in volta quale sia l'oggetto del giudizio di costituzionalità: esso appare coincidere ora con la legittimità costituzionale della situazione complessiva dedotta nel giudizio in via principale, o con la fondatezza di una pretesa di parte, ora con la legittimità astratta di una norma di legge.

⁷²⁸ Cfr. E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., 52, secondo il quale «il fatto che alla conclusione del processo si possa giungere in tempi brevi – quando ancora sono in carica quel parlamento e quel governo che hanno prodotto la norma impugnata – può, infatti, cambiare notevolmente l'impatto e il valore “politico” della pronuncia adottata», finendo per accentuare la politicità dell'organo di giustizia costituzionale.

⁷²⁹ Cfr. R. Romboli, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio*, cit., 156-157, il quale rileva che a seguito dello smaltimento dell'arretrato la Corte è posta nella condizione di decidere una questione di costituzionalità nel termine di quattro-sei mesi dalla data in cui perviene alla cancelleria. L'A ritiene si possa parlare di una nuova fase della giurisprudenza costituzionale, «in cui la Corte viene attratta più pesantemente nella sfera delle valutazioni politiche e necessita quindi di crearsi strumenti e tecniche decisionali tali da garantire la sua autonomia di giudizio rispetto a quella espressa nell'immediato precedente da parte del parlamento e da fondare una propria legittimazione nel sistema costituzionale».

giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) delle pronunce»⁷³⁰.

In questo scenario diventa fondamentale che il giudice costituzionale dimostri la legittimità del suo intervento attraverso una motivazione controllabile⁷³¹, che metta in luce gli elementi – non solo giuridici, ma anche fattuali⁷³² – che hanno portato a una certa conclusione, nonché il percorso decisionale effettivamente seguito⁷³³. Affinché la Corte mantenga la propria legittimazione è infatti necessario che essa si tenga il più possibile estranea ad interferenze con l'ambito politico, cioè con lo spazio riservato alle scelte discrezionali del parlamento, ma che al contempo fornisca una risposta soddisfacente alla questione sottoposta a suo giudizio⁷³⁴. Il suo potere viene giustificato con una continua conquista del consenso, ottenuto grazie al metodo giurisdizionale utilizzato (giudice terzo imparziale, che agisce con regole del contraddittorio) e ad un'argomentazione controllabile⁷³⁵. Soprattutto quando la censura della Corte si fonda su valutazioni fattuali,

⁷³⁰ E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., 15. In tema, si veda anche G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Torino 2005, 2, secondo il quale la funzione della Corte è politica, ma al tempo stesso non appartiene alla politica. L'A. spiega questo apparente paradosso attraverso il doppio significato che può essere attribuito al termine "politica": come attività rivolta a produrre convivenza, unione (*pactum societatis*) oppure come attività di competizione tra le parti, come lotta per la maggioranza di governo (*pactum subjectionis*). Sul rapporto tra potere politico e Corte costituzionale si veda A. Baldassarre, *Intervento*, in N. Occhicupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova 1984, 131, secondo il quale la Corte rappresenta una «fonte vivente di legittimazione del potere della maggioranza politica», funzionando come vero e proprio organo di chiusura e di salvaguardia del "sistema".

Parla di «autorevoli ammissioni da parte di alcuni giudici costituzionali circa la "politicalità" che sta al fondo delle decisioni della Corte», A. Baldassarre, *I poteri conoscitivi della Corte Costituzionale*, cit., 1497, secondo il quale per politicalità si intende «non già la pura pretesa di far prevalere la propria personale opinione o l'interesse del gruppo politico da cui il giudice proviene o a cui è di fatto legato, ma con la più comprensiva esigenza che le decisioni della Corte siano in armonia con lo sviluppo storico che, momento per momento, si realizza nella società».

⁷³¹ Cfr. E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., 79-80, il quale evidenzia che «il problema più grave che discende dal giudizio di ragionevolezza (e dal bilanciamento) è naturalmente quello di evitare che la Corte, da giudice della legittimità della legge, possa trasformarsi in giudice dell'opportunità della stessa scelta legislativa [...]. Tanto più aumentano i poteri del giudice costituzionale ed i margini del suo sindacato nel controllo delle leggi, tanto più deve imporsi l'esigenza di una motivazione che renda trasparenti e persuasive le sue pronunce».

⁷³² Cfr. G. Brunelli-A. Pugiotto, *Appunti per un diritto probatorio*, cit., 258, secondo i quali «il riferimento agli elementi di fatto, formalizzato nella motivazione della pronuncia costituzionale», ha anche la funzione di «rendere persuasiva, perché più controllabile, la pronuncia medesima [...]. Il che diviene tanto più rilevante nelle frequenti ipotesi in cui la Corte fa uso di quelle tipologie decisorie (interpretative o manipolative) che postulano necessariamente un rapporto di collaborazione con i giudici ordinari, e che implicano, tra l'altro, l'esigenza di una motivazione tanto più congrua e completa quanto più ci si allontana da una giurisdizione di mero annullamento».

⁷³³ Cfr. R. Romboli, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni*, cit., 233, secondo il quale «una motivazione chiara ed esauriente, se da un lato consentirebbe alla Corte una maggior capacità di intervento senza essere costretta a ritirarsi per l'eccessiva politicalità della questione, dall'altro garantirebbe una maggiore omogeneità di giudizio da parte della stessa e la possibilità di un controllo delle sue decisioni ad opera dell'opinione pubblica, nei cui confronti quella pare dover in qualche modo rispondere, nonché servire come indirizzo alla attività di bilanciamento tra i diversi valori costituzionali che il parlamento è chiamato a svolgere allorché si appresta ad approvare una legge».

⁷³⁴ Per G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale*, cit., 121, è «sul rapporto tra la giurisdizione costituzionale e i soggetti sociali che le si rivolgono per ottenere protezione contro la legge incostituzionale» che «si gioca alla fine la legittimazione più profonda di qualsiasi sistema giurisdizionale e di qualunque sistema di giustizia costituzionale che intenda preservare la specificità del proprio ruolo, all'interno del sistema di governo».

⁷³⁵ Cfr. L. Paladin, *Esiste un "principio di ragionevolezza"*, cit., 165, il quale precisa che il ragionamento della Corte deve rimanere sempre un ragionamento giuridico controllabile da parte dei giuristi in genere e dei costituzionalisti in particolare; «occorre quindi che la Corte faccia sempre uso, anche quando si tratta di ragionevolezza, dei parametri costituzionali [...]: parametri sia pure impliciti [...] ma ricavati sempre dalla Costituzione scritta».

specialmente se di tipo tecnico-scientifico, diviene necessario dar conto della fonte dei dati utilizzati per la decisione, dimostrando l'imparzialità della loro acquisizione, nonché l'attendibilità dei contenuti recepiti⁷³⁶: «tanto più aumentano i poteri del giudice costituzionale ed i margini del suo sindacato nel controllo delle leggi, tanto più deve imporsi l'esigenza di una motivazione che renda trasparenti e persuasive le sue pronunce»⁷³⁷.

Da un punto di vista sostanziale, dunque, un intervento della Corte che tragga il proprio fondamento dalle acquisizioni scientifiche può giustificarsi tutte le volte in cui esso sia dettato dalla necessità di restituire autonomia alla scienza (evitando che resti imbrigliata da interventi di carattere legislativo), o di garantire la tutela costituzionalmente garantita di un diritto. Da un punto di vista formale e procedurale, si avverte la necessità di definire *standards* di comportamento⁷³⁸ sufficientemente stabili, che contribuiscano a motivare la decisione in maniera persuasiva⁷³⁹.

Al fine di rendere più chiara e intellegibile la motivazione, visto il suo attuale carattere compromissorio, potrebbe essere valutata l'opportunità⁷⁴⁰ di introdurre lo strumento dell'opinione dissenziente⁷⁴¹, che potrebbe indurre i giudici costituzionali ad una

⁷³⁶ A tal fine, spesso la Corte ha utilizzato il richiamo al notorio, attribuendo a tale tipologia di fatti una certezza tale da permetterle di intervenire con pronunce di accoglimento, ma si auspica che le decisioni adottate dal giudice costituzionale sulla base di valutazioni scientifiche siano più documentate. In tema si veda G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, cit., 76, secondo il quale sarebbe opportuno che la motivazione delle sentenze desse conto, in termini più puntuali, del seguito di un'opinione scientifica, con l'indicazione del numero minimo di esperti che la professino, nonché delle qualifiche tecniche o scientifiche dei medesimi. L'A. ritiene in particolare che «l'adozione di siffatti canoni può comportare sì una più estesa attività istruttoria della Corte, ma non necessariamente molto ampia ed impegnativa. Per acquisire i dati di cui si è parlato, può essere sufficiente anche un'istruttoria di natura informale [...] eventualmente costituita dalla consultazione di qualche esperto della cultura scientifica medica; oppure con istruttoria formale (e forse è meglio), può essere chiesto ad acquisito il parere di scientificità (non scientifico) di qualche istituzione specializzata in campo biomedico, con verifica di quale sia lo stato della cultura sul problema. Tutto però senza un grave appesantimento dell'attività della Corte. Inoltre, ciò non comporta un ampliamento consistente (della motivazione) delle sentenze, posto che possono bastare, come dimostra l'esperienza, poche frasi per argomentare o documentare la valutazione di scientificità del giudice costituzionale».

⁷³⁷ E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., 80.

⁷³⁸ L. Paladin, *Esiste un "principio di ragionevolezza"*, cit., 166, ritiene che sarebbe utile «l'elaborazione di test di giudizio che consentano di salvaguardare [...] una relativamente maggior certezza del diritto, una relativamente maggior prevedibilità dei giudizi della Corte».

⁷³⁹ In tema si veda la riflessione di C. Casonato, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*, 5, secondo il quale «come già è spesso capitato in altri settori altamente discrezionali, allora, la Corte costituzionale potrebbe trovare un ruolo di *rulemaking* generalmente accettato, anche se non da tutti condiviso. Un utilizzo equilibrato della tecnica del bilanciamento degli interessi ed il carattere convincente delle motivazioni addotte potrebbero quindi permettere alla Corte di entrare nel circuito di creazione del diritto, assumendo una posizione di particolare efficacia, vista la vicinanza al caso concreto, nel regolare quanto in bioetica debba essere giuridicizzato. Per assumere tale posizione, tuttavia, è necessario che la Corte agisca con estrema cautela e sappia riconoscere i limiti che il sistema le assegna, primo fra tutti quello della discrezionalità politica del legislatore. Intervenire sulle tematiche bioetiche ad un livello puramente "politico" oppure andando oltre i "paletti" fissati dalla costituzione significherebbe per la Corte rischiare di perdere uno delle sue caratteristiche funzionali necessarie (un generale riconoscimento) con forti rischi in termini di legittimazione complessiva».

⁷⁴⁰ Si prescinde, in questa sede, sui problemi collegati alle modalità di previsione dell'istituto.

⁷⁴¹ Guarda con favore all'introduzione del *dissent* L. Paladin, *Esiste un "principio di ragionevolezza"*, cit., 167. Anche M. Luciani, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano 1994, 259, sostiene che non si possa dubitare della «capacità del *dissent* di incidere positivamente sulla qualità della motivazione, essendo genericamente condivisa l'idea che la possibilità di superare l'unanimità ufficiale e di rendere pubbliche, mediante "voti particolari", le opinioni difformi dei giudici dissenzienti indurrebbe la maggioranza a giustificare le proprie decisioni in modo meglio meditato ed approfondito, più lineare e meno compromissorio». Considera la *dissenting opinion* uno strumento destinato

più impegnata giustificazione delle loro decisioni⁷⁴², fornendo al contempo al legislatore, quando il suo intervento si renda necessario, i criteri direttivi che ne orientino le scelte⁷⁴³. Se si tiene conto, poi, dell'esistenza di settori particolarmente delicati, riguardanti diritti fondamentali la cui attuazione risulta strettamente collegata al progresso tecnico-scientifico e del fatto che in materia di biodiritto le scelte politiche sono spesso fortemente "divisive", non si può non richiamare quanto affermato da Mortati relativamente all'opportunità di introdurre il voto dissenziente: la decisione di costituzionalità deve, infatti, essere vista come «momento di un altro più vasto processo, che trova svolgimento nel travaglio critico della dottrina, la quale [...] potrà rinvenire nelle opinioni dissenzienti spunti e motivi per le proprie elaborazioni, ed altresì in modo analogo nella successiva prassi giurisprudenziale, fonte di quel continuo rinnovamento interpretativo nel quale il diritto trova lo strumento più idoneo di vitalità»⁷⁴⁴. Inoltre, anche gli apparati politico-legislativi⁷⁴⁵ potrebbero trarre importanti indicazioni da una motivazione articolata, che dia conto dell'operatività dei principi costituzionali sulla base delle diverse possibili ricostruzioni del contesto fattuale (tecnico-scientifico) in cui l'intervento legislativo si pone.

6.4. Una sintesi

Le considerazioni proposte evidenziano alcuni possibili sviluppi del rapporto tra Corte e legislatore, a fronte della necessità di rivalutare le reciproche implicazioni tra diritto (o meglio, legge) e scienza nell'ottica costituzionalistica.

In questa prospettiva trovano spazio le riflessioni sull'esigenza di imporre un vincolo metodologico al legislatore, sia per quanto riguarda l'introduzione di una motivazione contestuale alla legge, sia attraverso la procedimentalizzazione della fase di istruttoria parlamentare. Tali strumenti sembrano poter avere immediate ripercussioni, oltre che sulla valutazione legislativa relativa ai presupposti di fatto della legge, imponendo al legislatore una più ponderata valutazione della ragionevolezza "scientifica" delle sue scelte normative, anche sul giudizio di legittimità costituzionale.

Prendendo invece in considerazione l'attività della Corte, si è prospettato un uso più intenso e mirato dei poteri istruttori come fonte dei fatti (scientifici) necessari alla soluzione del giudizio di costituzionalità, ma anche come strumento per interpellare il legislatore in merito alla valutazione del contesto tecnico-scientifico in cui si colloca la

a garantire la trasparenza del processo di formazione della decisione E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., 81. In tema si veda anche G. Zagrebelsky, *Relazione*, in N. Occhicupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova 1984, 118-119, secondo il quale l'introduzione dell'opinione dissenziente potrebbe innovare il modo di operare della Corte, contribuendo a darle un ruolo più dinamico, che le permetta di svolgere una «funzione correttiva, critica e stimolatrice rispetto alle deviazioni, alle deficienze, alle mistificazioni e alle contraddizioni che la lotta politica porta con sé». Cfr. anche S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino 1998, 242, per il quale la «legittimazione complessiva della Corte [...] sembrerebbe poter trarre beneficio dall'introduzione dell'opinione dissenziente, proprio per la conseguente accentuazione di profili quali la reponzabilizzazione dei singoli giudici e la coerenza delle motivazioni dei provvedimenti, oltre che per la possibilità di maggior controllo, dall'esterno, della dialettica dei processi decisionali e, in generale, dell'attività del collegio».

⁷⁴² R. Romboli, *Ragionevolezza, motivazione*, cit., 241. A favore dell'introduzione delle *dissenting opinion* si veda anche P. Barile, *Il principio*, cit., 39, e A. Cervati, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e "bilanciamento" tra "valori costituzionali"*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza*, cit., 98-99, secondo il quale la presenza di opinioni dissenzienti potrebbero aiutare a tenere acceso il dibattito sulla interpretazione della costituzione.

⁷⁴³ C. Mortati, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del "dissent" nelle pronunce della Corte Costituzionale italiana*, in *La giustizia costituzionale*, Firenze 1966, 158.

⁷⁴⁴ C. Mortati, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del "dissent"*, cit., 164-165.

⁷⁴⁵ Il cui ruolo di destinatari delle pronunce della Corte viene evidenziato da R. Bin, *Atti normativi*, cit., 145-146.

norma. Viene in tal modo a configurarsi la possibilità di uno *strict scrutiny* sulla ragionevolezza delle leggi, in particolar modo in materie riguardanti i diritti fondamentali, attraverso un controllo più penetrante sui presupposti scientifici della normativa impugnata. A ciò consegue la necessità di motivazioni della Corte chiare e convincenti che diano atto degli elementi, anche fattuali, su cui si fonda la decisione: a tal fine si prospetta l'opportunità di introdurre lo strumento dell'opinione dissenziente.

Questi rilievi sono volti ad affermare, soprattutto in ambiti in cui i diritti fondamentali risultano strettamente connessi ai dati tecnico-scientifici, l'esigenza che vengano evitate, per quanto possibile, quelle decisioni di costituzionalità che «pur riconoscendo o potendo riconoscere la fondatezza della pretesa soggettiva ne neghino la tutela per interessi di altro genere. Come se si dicesse: avresti diritto, però è meglio per tutti (e quindi anche per te) che io non te lo riconosca»⁷⁴⁶.

⁷⁴⁶ G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale*, cit., 124.

INDICAZIONI BIBLIOGRAFICHE

- M. Ainis, *Sul linguaggio del giudice costituzionale*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale: atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano 1988, 255 ss.
- M. Ainis, *Le questioni scientifiche controverse nella giurisprudenza costituzionale*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 23 ss.
- A. Algostino, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. Cost.*, 1996, II, 3209 ss.
- A. Anzon, *Un'additiva di principio con termine al legislatore*, in *Giur. cost.*, 1993, 1785 ss.
- A. Anzon, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul "caso Di Bella"*, in *Giur cost.*, 1998, 1529 ss.
- A. Anzon, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano 1995.
- G. Azzoni, *Regola tecnica* (voce), *Digesto IV ed.*, vol. XVI, 470 ss.
- V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano 1967.
- A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma 1989, 1 ss.
- A. Baldassarre, *I poteri conoscitivi della Corte Costituzionale e il sindacato di legittimità in astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, II, 1497 ss.
- A. Baldassarre, *Intervento*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova 1984, 121 ss.
- B. Barbisan, *Vaccinazioni obbligatorie, trattamenti necessari e solidarietà per danni*, in *Giur. cost.*, 2001, 4117 ss.
- P. Barile, *Leggi e regolamenti discriminatori per motivi di sesso*, in *Giur. cost.*, 1958, 1243 ss.
- S. Bartole, *Elasticità dei principi e verifiche di fatto sulla loro applicazione*, in *Giur. cost.*, 1983, 573 ss.
- S. Bartole, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 1178 ss.
- S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna 2004, 403 ss.
- R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988.
- R. Bin, *Diritti e argomenti*, Milano 1992.
- R. Bin, *Giudizio "in astratto" e delega di bilanciamento "in concreto"*, in *Giur. cost.*, 1991, 3574 ss.
- R. Bin, *"Al cuor non si comanda". Valori, regole, argomenti e il "caso" nella motivazione delle sentenze costituzionali*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino 1994, 323 ss.
- R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 1 ss.

- R. Bin, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Atti del convegno annuale dell'A.I.C., (Roma 27-28 ottobre 2006), www.associazionedeicostituzionalisti.it
- R. Bin, *Potremmo mai avere sentenze sui referendum del tutto soddisfacenti? Una considerazione d'insieme sulle decisioni "referendarie" del 2000*, in *Giur. cost.*, 2000, 222 ss.
- R. Bin, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli 2005, 345 ss.
- R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino 2007.
- G. Brunelli-A. Pugiotto, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del "fatto" nelle decisioni della Corte*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino 1996, 245 ss.
- P. A. Capotosti, *Tanto tuonò..., ma non piovve*, in *Giur. cost.*, 1990, 2622 ss.
- E. Castorina, *Riflessioni sul contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute: la sperimentazione terapeutica di farmaci ed il rispetto della persona umana*, in *Giur. cost.*, 1998, 2535 ss.
- Q. Camerlengo, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 163 ss.
- L. Carlassare, *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, V, 1986, 293 ss.
- L. Carlassare, *Un inquietante esempio di "inammissibilità" a proposito dell'imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, 1314 ss.
- L. Carlassare, *L'articolo 32 della Costituzione e il suo significato*, in R. Alessi (a cura di), *L'amministrazione sanitaria*, Vicenza 1967, 105 ss.
- C. Casonato, *Bioetica e pluralismo nello Stato costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it
- M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna 2007
- M. Cecchetti, *Prospettive per una razionalizzazione della "normazione tecnica" a tutela dell'ambiente nell'ordinamento italiano*, in S. Grassi-M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano 2006, 41 ss.
- A. Cerri, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e nei conflitti*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 1335 ss.
- A. Cerri, *Inammissibilità "assoluta" ed infondatezza*, in *Giur. cost.*, 1983, II, 1219 ss.
- A. Cerri, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia Treccani*, vol. XXV, 1994, 1 ss.
- A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano 1976.

- A. Cerri, *Differenze di fatto e differenze di diritto valutate alla stregua del principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1977, 885 ss.
- A. Cerri, *Eterogenesi dei fini, anacronismo legislativo, limiti del giudicato costituzionale – Riflessioni a proposito della caduta del vincolo alberghiero*, in *Le Regioni*, 1981, 733 ss.
- A. Cerri, *Sindacato di costituzionalità*, in *Enciclopedia Treccani*, vol. XXVIII, 1992, 1 ss.
- A. Cerri, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in AA.VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 131 ss.
- A. Cerri, *Azione, difesa, partecipazione nel giudizio incidentale, nei conflitti ed in alcune recenti proposte di riforma*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, 253 ss.
- A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale: atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano 1988, 125 ss.
- A. Cervati, *Il sindacato della Corte Costituzionale sui decreti legislativi-provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1965, 1156 ss.
- A. Cervati, *Incostituzionalità delle leggi ed efficacia delle sentenze delle Corti costituzionali austriaca, tedesca e italiana*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del Seminario tenutosi a Roma, Palazzo della Consulta 23-24 novembre 1988*, Milano 1989, 287 ss.
- A. Cervati, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e “bilanciamento” tra “valori costituzionali”*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994, 60 ss.
- E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna 1996.
- F. Cintoli, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4/2004, 983 ss.
- P. Colapietro, *La vicenda del collocamento obbligatorio degli invalidi psichici: un nuovo modo di procedere nei rapporti Corte-Parlamento*, in *Giur. it.*, 1990, 863 ss.
- A. Corasanti, *Introduzione ai lavori del seminario*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano 1994, 1 ss.
- E. D. Cosimo, *Il principio di precauzione tra Stati membri e Unione europea*, in *DPCE* 3/2006, 1121 ss.
- V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, V ed., Padova 1984.
- V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Diritto e società*, 1982, 557 ss.
- V. Crisafulli, *Osservazioni alla sentenza 14 febbraio 1962, n. 5*, in *Giur. cost.*, 1962, 43 ss.
- V. Crisafulli, *Eguaglianza dei sessi, requisiti e sindacato della Corte*, in *Giur. cost.*, 1958, 862 ss.
- V. Crisafulli, *Osservazione alla sent. 56/1958*, in *Giur. cost.*, 1958, 862 ss.
- V. Crisafulli, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952.

- E. Crivelli, *I transessuali e il diritto europeo*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna 2007, 331 ss.
- R. D'Alessio, *Nota redazionale*, in *Giur. cost.*, 1994, 1819 ss.
- G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina 2008.
- G. D'Amico, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scelta alle incertezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in D'Aloia A. (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 237 ss.
- G. D'Amico, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino 2002, 431 ss.
- M. D'amico, *Le insidie della decisioni di principio (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro)*, in *Giur. cost.*, 1999, 2252 ss.
- F. Dal Canto, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino 2002, 145 ss.
- F. De Leonardis, *Tra precauzione e ragionevolezza*, in www.federalismi.it, (31 ottobre 2006).
- D. De Pretis, *Valutazioni tecniche e controllo giurisdizionale nel caso "Di Bella"*, in E. Bruti Liberati (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici*, Milano 2003, 938 ss.
- M. Dogliotti, *Diritto alla salute e danno biologico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1994, I, 161 ss.
- E. Dosi, *Il divieto della perizia psicologica in rapporto i principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1970, 1558 ss.
- K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1970.
- M. Esposito, *Indennizzo per violazione del diritto alla salute o indennizzo per espropriazione?*, in *Giur. cost.*, 2006, 3403 ss.
- T. E. Frosini, *Così cala l'ombra dell'illegittimità*, in *Guida al diritto*, 3/2004, 48 ss.
- G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino 2005, 31 ss.
- F. Giardina, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e responsabilità dello Stato*, in *Giur. cost.*, 1990, 1880 ss.
- M. Gigante, *Alcune osservazioni sull'evoluzione dell'uso del concetto di tecnica nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, I, 647 ss.
- S. Grassi, *Sul diritto dei lavoratori stagionali all'indennità di disoccupazione*, in *Giur. cost.*, 1974, I, 1460 ss.

- S. Grassi-A. Gragnani, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. Chieffi (a cura di), *Biotechnologie e tutela del valore ambientale*, Torino 2003, 149 ss.
- N. Greco, *Le norme tecniche nella crisi delle fonti e come parte della regolazione: apporti ordinamentali e prime riflessioni*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi (Roma, 2-4 ottobre 2006), Roma 2007, 301 ss.
- T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano 1997.
- T. Groppi, *La sentenza 253 del 2003: la Corte e il "diritto mite"*, in www.forumcostituzionale.it, (29 luglio 2003)
- T. Groppi, *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, in *Giur. cost.*, 1998, 2798 ss.
- G. Guarino, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Ius*, 1951, 356 ss.
- R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in G. Iudica-P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano 1993.
- R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 2004.
- C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova 1973, 1573 ss.
- S. Lessona, *La tutela della salute pubblica*, in P. Calamandrei-A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione*, Firenze 1950, 333 ss.
- M. Luciani, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 521 ss.
- M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. e soc.*, 1980, 769 ss.
- M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova 1983.
- M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984.
- M. Luciani, *Salute (Diritto alla salute –Diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1991, XXVII, 1 ss.
- M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, 79 ss..
- M. Luciani, *Lo spazio della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi al Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano 1994, 245 ss.
- E. Malfatti-R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino 1999.
- M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Politica del diritto*, 3/2004, 453 ss.

- M. Manetti, *La procreazione assistita tra ordinarietà ed emergenza*, in R. Bin-G. Brunelli-A. Guazzarotti-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*. Atti del convegno tenutosi a Ferrara il 18 aprile 2008, Torino 2008, 1 ss.
- T. Martines, *Concetti indeterminati e attività interpretativa della Corte costituzionale*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna 1969, 173 ss.
- T. Martines (a cura di), *Nuove forme di tutela delle situazioni soggettive nelle esperienze processuali. Profili pubblicistici*, Milano 2004.
- I. Massa Pinto, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, II, 1309 ss.
- C. Mezzanotte, *Appunti sul contraddittorio nei giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, I, 954 ss.
- F. Modugno, *L'invalidità della legge*, Milano 1970.
- F. Modugno, *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino 2007.
- F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007.
- G. Morbidelli, *L'indennizzo diversificato: un criterio di ragionevolezza*, in *Giur. cost.*, 1990, 2445 ss.
- A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001.
- A. Morrone-A. Pugiotto, *La Corte e i referendum giustiziati*, in *Quad. cost.*, 2/2000, 413 ss.
- C. Mortati, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, I, 457 ss.
- C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano 1968.
- C. Mortati, *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, in *Raccolta di scritti*, III, Milano 1972, 439 ss.
- C. Mortati, *Considerazioni sul problema dell'introduzione del "dissent" nelle pronunce della Corte Costituzionale italiana*, in *La giustizia costituzionale*, Firenze 1966, 155 ss.
- V. Onida, *La tutela dei diritti davanti alla Corte costituzionale e il reciproco rapporto con le Corti soprannazionali*, in P. Bilancia-E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti, punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano 2004, 105 ss.
- V. Onida, *Introduzione al seminario su I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Resoconto, in www.luiss.it.
- L. Paladin, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 304 ss.
- L. Paladin, *Il sindacato della Corte Costituzionale sull'«utilità delle leggi»*, in *Giur. cost.*, 1964, 144 ss.
- L. Paladin, *Ragionevolezza (Principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento 1997, 899 ss.

- L. Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova 1985, 605 ss.
- L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto-Aggiornamenti*, I, 1997, 899 ss.
- L. Paladin, *Esiste un "principio di ragionevolezza" nella giurisprudenza costituzionale?*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Atti del seminario svoltosi al Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano 1994, 163 ss.
- A. Palanza, *Norme tecniche e procedimenti parlamentari*, in S. Grassi-M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano 2006, 31 ss.
- S. Panizza, *L'introduzione dell'opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino 1998.
- C. Panzera, *Legislatore, giudici e corte costituzionale di fronte alla salute (verso un inedito "circuito" di produzione normativa?)*, in *Diritto e società*, 3/2004, 309 ss.
- C. Panzera, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali*, in www.forumcostituzionale.it
- G. Parodi, *Tecnica ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino 1990,
- L. Pesole, *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giur. cost.*, 1994, I, 406 ss.
- L. Pesole, *Sull'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale: i più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Giur. cost.*, 1992, II, 1566 ss.
- B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1983, 21 ss.
- B. Pezzini, *La scelta terapeutica tra esercizio di potere e assunzione di responsabilità (profili costituzionali del caso Di Bella)*, in E. Bruti Liberati (a cura di), *Diritto alla salute e terapie alternative: le scelte dell'amministrazione sanitaria e il controllo dei giudici*, Milano 2003, 65 ss.
- A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*. Atti del Convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986, Milano 1988, 71 ss.
- A. Pizzorusso, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 305 ss.
- A. Pizzorusso, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, II, 117 ss.
- A. Pizzorusso, *Stare decisis e Corte costituzionale*, in G. Treves (a cura di), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino 1971, 31 ss.
- L. Principato, *Il diritto costituzionale alla salute: molteplici facoltà più o meno disponibili da parte del legislatore o differenti situazioni giuridiche soggettive?*, in *Giur. cost.*, 1999, II, 2508 ss.
- L. Principato, *La immediata precettività dei diritti sociali ed il "contenuto minimo del diritto fondamentale alla salute"*, in *Giur. cost.*, 1998, 3853 ss.

- A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e “diritto vivente”*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano 1994.
- A. Pugiotto, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative “penali”*, in *Giur. cost.*, 1995, 3460 ss.
- D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.
- A. Rauti, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge ed i suoi problematici riflessi sulla forma di governo*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 35 ss.
- N. Recchia, *Libertà individuale, salute collettiva e test anti-AIDS*, in *Giur. cost.*, 1995, 559 ss.
- M. Ricca, *Sul rapporto tra “ritenuto in fatto” e “considerato in diritto” nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in A. Ruggeri (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino 1994, 193 ss.
- F. Rimoli, *Espropriazione, indennizzo, principio di eguaglianza: di una scelta interpretativa della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1991, 740 ss.
- R. Rolli-A.Pinna, *Il diritto alla salute*, in M. Sesta-A. Cuffaro (a cura di), *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, 3 ss.
- R. Romboli, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, 151 ss.
- R. Romboli, *L'intervento nei processi costituzionale incidentale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, in *Giur. cost.*, 1992, 2605 ss.
- R. Romboli, *Decreto-legge e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata 2006, 105 ss.
- R. Romboli, *Ragionevolezza, motivazione delle decisioni ed ampliamento del contraddittorio nei giudizi costituzionali*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano 1994, 229 ss.
- A. Ruggeri, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Diritto e Società*, 1/2007, 1 ss.
- A. Ruggeri, *Le attività “conseguenziali” nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano 1988.
- A. Ruggeri, *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in *Diritto e Società*, 2/2004, 237 ss.
- A. Ruggeri, *Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*, in *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino 2000, 525 ss.
- A. Ruggeri, *Teoria e “usi” della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 3/2007, 519 ss.
- A. Ruggeri, *Ancora una stretta (seppur non decisiva) ai decreti-legge, suscettibile di ulteriori, ad oggi per vero imprevedibili, implicazioni a più largo raggio (a margine di Corte cost. n. 171 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it.
- A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009.

- C. Salazar, *La motivazione nella più recente produzione legislativa: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Rassegna Parlamentare*, 1996/2, 419 ss.
- F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano 2001.
- A. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1975, 561 ss.
- G. Scaccia, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 1999, 387 ss.
- G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000.
- G. Scaccia, *Ragionevolezza delle leggi*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario dir. pubbl.*, 2006, 4805 ss.
- M. Scudiero-S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli 1999.
- G. Serges, *Anacronismo legislativo eguaglianza sostanziale e diritti sociali*, in *Giur. it.*, 2000, 684 ss.
- A. Simoncini, *Tendenze recenti della decretazione d'urgenza in Italia e linee per una nuova riflessione*, in A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione d'urgenza in Italia*, Macerata 2006, 19 ss.
- A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione, I, Fra democrazia relativistica e assolutismo etico*, Milano 1994.
- A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 1990.
- E. Spagna Musso, *Norma anacronistica e norma costituzionalmente illegittima*, in *Foro it.*, 1973, I, 2713 ss.
- M. Tallacchini, *Evidenza scientifica e normazione ambientale: la coproduzione di scienza e diritto*, in *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano 2006, 1 ss.
- M. Tallacchini, *Politica della scienza e diritto: epistemologia dell'identità europea*, in *Notizie di Politeia*, XVII, 62, 2001, 6 ss.
- F. Tamassia, *La ragionevolezza nei giudizi della Corte di Giustizia europea nell'applicazione delle direttive non particolareggiate*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica e il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi (Roma, 2-4 ottobre 2006), Roma 2007, 315 ss.
- G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980.
- P. Torretta, *Qualità della legge e informazione parlamentare: contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, Napoli 2007.
- R. Tosi, *Spunti per una riflessione sui criteri di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, I, 545 ss.
- A. Travi, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Diritto pubblico*, 2004, II, 439 ss.

- G. Vassalli, *La protezione della sfera della personalità nell'età della tecnica*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, Milano 1962, 675 ss.
- P. Veronesi, *Il corpo e la costituzione: concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano 2007.
- P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2004, 523 ss.
- D. Vincenzi Amato, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Trattamenti sanitari tra libertà e doverosità*, Atti del Convegno di studi, Roma, 1 dicembre 1982, Napoli 1983, 2463 ss.
- D. Vincenzi Amato, *Art. 32 II comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1976, 174 ss.
- D. Vincenzi Amato, *Libertà della persona e intervento pubblico nella procreazione*, in G. Ferrando (a cura di), *La procreazione artificiale tra etica e diritto*, Padova 1989, 182 ss.
- L. Violini, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano 1986.
- L. Violini, *Vuoto normativo, disparità di fatto e scelte "tecniche"*, in *Giur. cost.*, 1988, parte I, vol. IV, 4242 ss.
- L. Violini, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*, in *Giur. cost.*, 1998, 975 ss.
- L. Violini, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, 1450 ss.
- G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988.
- G. Zagrebelsky, *Il diritto "mite"*, Milano 1992.
- G. Zagrebelsky, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c., della Costituzione*, Milano 1993, 99 ss.
- G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 590 ss.
- G. Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma 13-14 novembre 1989, Milano 1990, 105 ss.
- G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Torino 2005.
- G. Zagrebelsky, *Relazione*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Padova 1984, 103 ss.