



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in *Studi Giuridici Comparati ed Europei*

34° CICLO

Tesi di Dottorato

***IL SINDACATO DELLA CORTE COSTITUZIONALE
SULLE QUESTIONI A CONNOTAZIONE
TECNICO-SCIENTIFICA***

***TRA RAGIONEVOLEZZA SCIENTIFICA
E DISCREZIONALITÀ POLITICA***

Relatrice:

Prof.ssa Cinzia Piciocchi

Dottorando:

Dott. Giulio Battistella

Curriculum in Diritto Amministrativo, Costituzionale e Internazionale

Anno Accademico 2020-2021



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Candidato: Giulio Battistella

**IL SINDACATO DELLA CORTE COSTITUZIONALE
SULLE QUESTIONI A CONNOTAZIONE
TECNICO-SCIENTIFICA**

**TRA RAGIONEVOLEZZA SCIENTIFICA
E DISCREZIONALITÀ POLITICA**

Relatrice Prof.ssa Cinzia Piciocchi

Anno Accademico 2020/2021

Indirizzo specialistico in Scienze pubblicistiche

XXXIV ciclo

Esame finale: 02/12/2022

Commissione esaminatrice:

Prof. Luigi Ferraro, Università degli Studi della Campania

Prof.ssa Lucia Scaffardi, Università di Parma

Prof.ssa Silvia Zullo, Università di Bologna

ABBREVIAZIONI

Biolaw J.	BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtssentscheidungen
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
C.i.D.	Considerato in Diritto
CC	Conseil Constitutionnel
Cass.	Corte di Cassazione
CGUE	Corte di Giustizia dell'Unione Europea
Corte cost.	Corte costituzionale
Corte EDU	Corte Europea dei diritti dell'uomo
Dir. fond.	Diritti fondamentali
Dir. pubbl.	Diritto pubblico
Dir. pubbl. comp. eur.	Diritto pubblico comparato ed europeo
DPCE online	Diritto pubblico comparato ed europeo online
Forum di Quad. cost.	Forum di Quaderni costituzionali
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
ICON	International Journal of Constitutional Law
Ist. fed.	Istituzioni del Federalismo
Nomos	Nomos – Le attualità del diritto
Oss. cost.	Osservatorio costituzionale
Oss. fonti	Osservatorio sulle fonti
Quad. cost.	Quaderni costituzionali
R.i.F.	Ritenuto in fatto
Riv. AIC	Rivista dell'Associazione AIC
TAR	Tribunale amministrativo regionale

ABSTRACT

L'obiettivo del presente lavoro è di analizzare le tecniche argomentative e i moduli decisori utilizzati dalla Corte costituzionale per vagliare la legittimità costituzionale delle leggi a contenuto scientificamente connotato. Con ciò ci si riferisce sia alle modalità argomentative attraverso le quali la Corte si appella al dato tecnico-scientifico per decidere nel merito una questione di costituzionalità su materia a carattere tecnico-scientifico, sia le tipologie decisorie che la Corte impiega per rimediare al vizio di legittimità che inficia la disposizione legislativa impugnata.

Per prima cosa, si faranno alcune premesse necessarie a chiarire perché il diritto, in alcuni casi, sia legata alla scienza da un rapporto di intrinseca complementarità, e attraverso quali canali queste due dimensioni vengano a comunicare.

In seguito, si analizzeranno i caratteri del processo costituzionale e si passeranno in rassegna le ragioni per cui anche un giudizio di legittimità incentrato sul raffronto tra norme – o, come si suol dire, ‘astratto’ – non possa rimanere impenetrabile al dato fattuale esterno, appellandosi ai fatti extra-giuridici per far vagliare la conformità della disposizione impugnata alle norme parametro. All'esito di queste considerazioni preliminari, si passerà ad analizzare in maniera sistematica la giurisprudenza costituzionale che si è pronunciata sulle questioni a connotazione scientifica, evidenziando il nesso che lega il parametro evocato e le cognizioni di scienza nella risoluzione del dubbio di costituzionalità. L'analisi giurisprudenziale si svilupperà lungo una traiettoria che mira a selezionare, essenzialmente, tre plessi tematici di sicuro rilievo costituzionalistico: l'importanza del dato scientifico nella costruzione delle fattispecie normative, l'ipotesi dell'individuazione di una ‘riserva di scienza’ che vincoli il legislatore a non interferire nelle valutazioni di natura prettamente scientifica, ed infine il rapporto tra sviluppo scientifico-tecnologico e ‘nuovi diritti’.

Lo studio dei materiali giurisprudenziali permetterà di sviluppare, sul piano teorico, la discussione su alcuni problemi attuali del costituzionalismo e della giustizia costituzionale: la progressiva “concretizzazione” del processo costituzionale, l'emersione di uno specifico sindacato di ‘ragionevolezza scientifica’, il perfezionamento delle modalità di svolgimento del bilanciamento degli interessi, l'intensificazione del sindacato costituzionale sulle valutazioni di fatto del legislatore, la mobile linea del confine tra la discrezionalità del legislatore e i limiti al potere di sindacato del Giudice costituzionale, l'elaborazione di nuove tecniche decisorie tese a favorire il dialogo tra Corte costituzionale e Parlamento nella disciplina del ‘seguito legislativo’, ed infine il problema del coordinamento tra questi due organi nella garanzia dei diritti della persona (in specie, nel riconoscimento dei ‘nuovi diritti’).

A questi temi non è possibile dare risposte definitive. Nondimeno, lo studio della giurisprudenza costituzionale analizzata consente di trarre provvisoriamente alcune conclusioni, e di formulare qualche proposta in vista dei possibili sviluppi futuri. Il tema dell'incisività del sindacato giurisdizionale nel controllo sulle valutazioni di fatto del legislatore interessa trasversalmente tutti gli ordinamenti dotati di un sistema di giustizia costituzionale. Al momento si registra una netta tendenza all'intensificazione del sindacato, cui corrisponde la proporzionale diminuzione della discrezionalità del legislatore. A questo proposito, particolarmente significativa è l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco, che offre notevoli spunti per riflettere sulle potenzialità e i limiti di un sistema di giustizia costituzionale che tende a restringere ai minimi termini gli spazi di valutazione della politica.

RINGRAZIAMENTI

Questo lavoro rappresenta il frutto di tre intensi e difficili anni di dottorato.

Nonostante il momento della scrittura copra grosso modo l'ultimo anno di ciclo, questa tesi compendia un impegno e una dedizione allo studio che si giova anche delle esperienze del passato. Un percorso di formazione che inizia al liceo classico Stellini di Udine, prosegue all'Università degli Studi di Padova e alla Scuola Galileiana di Studi Superiori, e si conclude alla Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei dell'Università degli Studi di Trento.

In ciascuno di questi luoghi ho appreso, e tutti mi hanno offerto delle opportunità.

Personalmente, sono fiero di aver fatto parte di ognuna di queste realtà, e sono grato a tutte le persone che mi hanno aiutato a crescere, a sperimentare le mie attitudini, a coltivare le mie passioni.

Mi limito qui a ringraziare alcuni di coloro che mi hanno accompagnato negli ultimi tre anni, persone alle quali sento di dovere qualcosa: ad alcuni la mia riconoscenza, ad altri la mia stima, ad altri ancora il mio affetto. Mi sembra doveroso ringraziare non solo per i consigli dati e le opportunità offertemi, ma anche per quelle che non ho saputo cogliere.

I miei non vogliono essere ringraziamenti esagerati, pomposi o di "mera facciata": questo è un costume, tipicamente accademico, che non mi appartiene.

Per prima cosa, ci tengo a esprimere la mia gratitudine alla Prof.ssa Cinzia Piciocchi, che mi ha seguito nel mio percorso di ricerca e mi è stata vicina in alcuni dei momenti più difficili della mia vita. Ringrazio inoltre il Prof. Carlo Casonato, per avermi permesso di tenere il mio seminario nell'ambito del suo corso, il Prof. Simone Penasa, per le utili indicazioni bibliografiche che mi ha dato per avviare la mia ricerca, e il Prof. Paolo Veronesi, per l'enorme disponibilità con cui ha accettato il mio invito a discutere del progetto della mia tesi.

Un sentito ringraziamento va poi al Prof. Gian Antonio Benacchio, coordinatore del Corso di Dottorato, per la grande umanità e il profondo rispetto che ha sempre avuto verso noi giovani studiosi, e al Prof. Fulvio Cortese, preside della Facoltà di Giurisprudenza, per la sollecitudine con cui ha approvato le mie richieste di missione all'estero.

Sono profondamente grato a tutto il personale dell'Università con cui mi sono interfacciato nel corso di questi tre anni: la Dott.ssa Maria Teresa Perri, la Dott.ssa Gae Santi e la Dott.ssa Ornella Bernardi; il personale della portineria della Facoltà; gli addetti al servizio bibliotecario di Ateneo; il personale in servizio presso l'Opera Universitaria. Dei miei colleghi ci tengo in particolare a ringraziare il Dott. Andrea Piletta Massaro, la Dott.ssa Daria De Notariis e il Dott. Lorenzo Dore.

Sono profondamente riconoscente al Prof. Armin von Bogdandy, direttore del *Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* di Heidelberg, che mi ha permesso di svolgere attività di ricerca presso questo prestigioso Istituto, e a tutto il personale di servizio che ho avuto il piacere di conoscere, in particolare Sandra, Silvia e Susanne del servizio bibliotecario, la Dott.ssa Christa Stadler e la Dott.ssa Yvonne Klein. Durante il mio soggiorno ad Heidelberg, hanno discusso con me di alcune parti del lavoro la Dott.ssa Laura Hering e il Dott. Moritz Vinken, che ringrazio sentitamente. Sono inoltre grato al Dott. Martin Traußnigg per alcuni interessanti consigli bibliografici.

Un ultimo ringraziamento lo voglio rivolgere agli studenti dei corsi di tutorato e delle esercitazioni di diritto costituzionale: lavorare con loro è stato per me un vero piacere, e anche la parte più soddisfacente del mio impegno in Università. Sono anche estremamente riconoscente a coloro che mi hanno dato l'opportunità di svolgere attività didattica integrativa con gli studenti: oltre alla mia tutor, il Prof. Federico Puppo, la Prof.ssa Laura Baccaglioni, il Prof. Marco Dani e la Dott.ssa Marta Tomasi.

Non sarei arrivato alla fine di questo percorso se non avessi goduto del sostegno e dell'affetto delle persone che più mi sono state vicine in alcuni momenti difficili degli ultimi anni. Mi riferisco a mia mamma Giannina, a mio papà Michele, a mio fratello Matteo, alle mie zie Anna e Giuliana, agli amici friulani: Eleonora Meneghel, Francesca Di Vora e Elia Bastiancic; alle inossidabili amicizie padovane: Giorgia Poles, Sara Michielin, Alessandra Zirillo, Antonio Papa, Michele Nardelli e Davy Marguerettaz; agli amici trentini: Daniela Negoita, Alice Santin, Paolo Scaramuzza; ed infine agli amici che hanno allietato il mio soggiorno ad Heidelberg: Martina, Carmen, Davide, Robert, Caterina, Alice, Beatrice, Gabriel, Bastian e Aurora.

INDICE

	Pag.
INTRODUZIONE.....	I-X
CAPITOLO PRIMO SCIENZA E DIRITTO COSTITUZIONALE DIALOGHI, CONNESSIONI, RESISTENZE	
1. Diritto e scienza: un inevitabile (e necessario) connubio.....	1
2. Il ruolo del diritto tra rivoluzione scientifico-tecnologica e cambiamenti sociali.....	10
2.1 I diversi approcci nella regolazione giuridica dei fenomeni a connotazione tecnico-scientifica e scientifico-tecnologica, tra interventismo e astensionismo.....	14
3. Tra legge e regolamento: il problema della fonte più idonea nella regolazione giuridica del fenomeno tecnico-scientifico.....	19
3.1 La preferenza per il formante legislativo, sul piano dei principi costituzionali.....	26
3.2 La preferenza per il formante legislativo sul piano delle fonti internazionali.....	31
4. Scienza e tecnica: prime definizioni.....	33
4.1 (Segue) Le norme tecniche.....	37
5. Le comunità scientifiche e i processi di produzione del sapere specialistico.....	48
5.1 Il problema del metodo nella filosofia della scienza: quando una conoscenza può dirsi “scientifica”? Cenni storici.....	53
5.2 Incertezza scientifica, instabilità del sapere e loro riflessi sulla formazione delle decisioni politiche e giurisdizionali.....	62
6. Giudici e legislatori di fronte al problema della validazione delle conoscenze scientifiche.....	64
7. Definizioni scientifiche e potestà legislativa.....	67
7.1 Il problema della definizione legislativa di concetti scientifici nel raccordo con il sistema dei valori costituzionali: il caso della definizione legale di ‘morte’ nella delimitazione della fattispecie penale dell’omicidio.....	68
7.2 Le definizioni scientifiche come parametro di individuazione e ripartizione delle materie tra Stato e Regioni: un caso pratico.....	72
8. Professionalità tecnica dell’attività medico-terapeutica e principi fondamentali nella regolamentazione della materia sanitaria.....	74

	Pag.
9. Il problema della produzione normativa a contenuto tecnico-scientifico.....	77
9.1 Valutazioni tecnico-scientifiche complesse, bilanciamento dei diritti e formazione della decisione politica: le decisioni sul caso ILVA.....	78
10. Quali strumenti per la garanzia dell'adeguatezza scientifica della legge?.....	86
11. Sintesi conclusiva.....	89

CAPITOLO SECONDO
IL PROCESSO COSTITUZIONALE
TRA 'ASTRATTEZZA' E 'CONCRETEZZA'
IL DATO SCIENTIFICO COME 'FATTO LEGISLATIVO'

1. Sulla natura del sindacato di legittimità costituzionale.....	91
2. L'attività interpretativa e i fatti nell'opera di concretizzazione delle norme giuridiche.....	96
3. Il giudizio di costituzionalità e i 'fatti'. La distinzione tra legislative facts e adjudicative facts.....	99
3.1 La distinzione tra "fatto" e "caso" nel giudizio costituzionale. Precisazione	102
3.2 Le diverse tipologie di 'fatti legislativi'.....	103
4. L'interazione tra gli elementi di fatto e di diritto nel sindacato di legittimità della Corte costituzionale.....	106
4.1 Errore di fatto e revocabilità delle decisioni della Corte costituzionale.....	111
5. 'Astrattezza' e 'concretezza' del processo costituzionale.....	115
5.1 L'evoluzione della 'concretezza' nel giudizio sulle leggi.....	119
5.2 La 'concretezza' come apertura alla complessità del reale, in particolare con riguardo ai fatti tecnico-scientifici.....	123
6. Norma-parametro e norma-oggetto nel prisma dell'interpretazione "scientificamente orientata".....	126
7. Struttura del controllo di costituzionalità, motivi della questione e/o del ricorso e rilievo dei fatti in punto di ammissibilità della q.l.c.....	132
7.1 I fatti di scienza nella valutazione della «rilevanza» e «non manifesta infondatezza» della q.l.c.: il necessario riferimento allo stato attuale del dibattito scientifico e dell'innovazione tecnologica come vaglio preliminare delle condizioni di accesso alla giustizia costituzionale.....	134
8. Le 'vie di accesso' del fatto nel giudizio costituzionale. I mezzi istruttori.....	139

	Pag.
9. Breve sintesi: la problematica della scienza nel giudizio di costituzionalità.....	151

CAPITOLO TERZO
LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SULLE
QUESTIONI SCIENTIFICAMENTE CONNOTATE
ANALISI CASISTICA DELLE FATTISPECIE

1. Introduzione.....	155
2. Il ruolo delle cognizioni tecnico-scientifiche nella costruzione delle fattispecie legislative.....	158
2.1 Sviluppo tecnologico e anacronismo legislativo: sulla congruità del dato normativo rispetto allo stato attuale delle capacità tecnologiche nelle vicende del monopolio televisivo statale.....	158
2.2 Quando la legge si basa su un dato scientifico errato che impatta su un elemento essenziale della fattispecie: il caso del reato di ‘plagio’.....	166
2.3 Quando il presupposto scientifico è errato e/o impreciso ma le figure della fattispecie sono altrimenti determinabili, ricorrendo allo strumento dell’interpretazione conforme: la sentenza n. 114 del 1998.....	169
2.4 Le fattispecie normative tra eguaglianza “scientifica” e disparità di trattamento giuridico: il problema dell’assistenza sociale alle persone che abusano di sostanze alcoliche e stupefacenti nel prisma della discrezionalità legislativa.....	173
2.5 Il dato scientifico e l’adeguatezza della legge.....	176
2.5.1 Quando il dato scientifico svela uno sbilanciamento in eccesso nell’attuazione degli scopi costituzionali: il caso delle norme sull’esecuzione penale.....	176
2.5.2 Quando il dato scientifico svela uno sbilanciamento in difetto nell’attuazione degli scopi costituzionali: il caso delle leggi in materia previdenziale e di assistenza sociale.....	185
2.6 Quando il dato scientifico è irrilevante perché la legge serve a scopi diversi rispetto a quelli cui la scienza è strumentale.....	189
2.6.1 La discrezionalità del legislatore nella regolazione dei rapporti economici: la priorità delle valutazioni politiche su quelle scientifiche, con l’unica condizione che siano rette da uno ‘scopo legittimo’.....	190
2.6.2 La discrezionalità del legislatore nella costruzione della fattispecie tributarie.....	193
3. Il principio della ‘riserva di scienza’.....	196
3.1 Il leading case: la sentenza n. 282 del 2002.....	197
3.2 Le sentenze sui casi ‘Di Bella’ e ‘Stamina’.....	199

	Pag.
4. Evoluzione tecnico-scientifica e ‘nuovi diritti’	206
4.1 Il diritto all’identità sessuale e di genere.....	206
4.2 Il diritto alla procreazione: dal “diritto a formare una famiglia con figli” al “diritto ad essere genitori”. Diritto, politica e morale nelle questioni scientificamente complesse ed eticamente controverse.....	212
4.3 Il diritto alla morte dignitosa.....	226
5. Scienza, politica e diritto costituzionale nelle ipotesi di c.d. discrezionalità mista: il caso delle politiche vaccinali.....	229
6. Come la Corte costituzionale decide le questioni scientificamente connotate: riepilogo delle principali tecniche decisorie.....	239
7. Prime conclusioni sul rapporto tra diritto e scienza alla luce della giurisprudenza costituzionale.....	247

CAPITOLO QUARTO
IL POSTO DELLA SCIENZA NELLA
GIUSTIZIA COSTITUZIONALE
IPOTESI RICOSTRUTTIVE

1. Introduzione: controllo della discrezionalità politica, incisività del sindacato e modulazione delle tecniche decisorie nel giudizio sulle questioni scientificamente connotate.....	252
2. Sindacato di ragionevolezza e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale sulle questioni scientificamente connotate. Spunti ricostruttivi.....	255
2.1 Precisazioni intorno alla figura della ‘delega di bilanciamento’.....	261
2.2 Delega di bilanciamento e ‘riserva di scienza’: una ragionevole critica.....	262
3. Tra ragionevolezza scientifica e problematiche etiche: il caso della giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita.....	264
3.1 La problematica delimitazione tra diritto alla salute e diritto all’autodeterminazione nella prospettiva costituzionale (prime note e rinvio).....	271
4. Tra ragionevolezza scientifica e bilanciamento dei diritti: chiarimenti sull’incerto confine tra le due tecniche decisorie.....	274
5. Precisazioni sui confini della ‘riserva di scienza’.....	277
6. Considerazioni minime sul principio di precauzione.....	285
7. Prime conclusioni sul rapporto tra atto politico, sapere scientifico-tecnologico e riserva di scienza: il principio «suum unicuique tribuere» e la legittimazione della decisione politica a fianco (ma mai in contrasto) del giudizio della scienza.....	288

	Pag.
8. La ‘discrezionalità politica’ del legislatore quale ‘potere libero nei fini’ e le sue implicazioni sul sindacato di legittimità costituzionale.....	291
9. Analisi di un caso pratico alla luce del dibattito sull’eccesso di potere legislativo: la sentenza n. 84 del 2016 sulla destinazione degli embrioni alla ricerca scientifica.....	298
9.1 Il problema della ricerca sugli embrioni nel prisma della discrezionalità del legislatore nel campo bioetico, con particolare riguardo alla definizione dello statuto normativo dell’embrione.....	299
9.2 La decisione attorno alla destinazione degli embrioni sovrannumerari allo specchio della discussione sulla discrezionalità del legislatore: scelta libera nei fini o vincolata sul piano dei principi?.....	308
10. Tipologie di sindacato sulla discrezionalità tecnica. L’elaborazione della dottrina amministrativistica e l’ipotesi della sua estensione alla giurisprudenza costituzionale.....	314
10.1 Le questioni scientifiche controverse nel processo costituzionale: distinzione tra casi in cui esse rilevano e sono determinanti, e casi in cui rilevano ma non sono determinanti nella decisione della questione di costituzionalità.....	320
10.2 Le questioni scientifiche controverse nel processo costituzionale: sindacato estrinseco o intrinseco?.....	327
10.2.1 Il sindacato della Corte sulla regolazione di materia scientificamente connotata per il caso di incoerenza sistematico-normativa.....	333
10.2.2 Il sindacato della Corte sulla discrezionalità del legislatore in caso di materia scientificamente connotata ed eticamente sensibile, in presenza di un conflitto tra più beni costituzionali, sul cui bilanciamento dei quali manchi una soluzione costituzionalmente vincolata.....	335
10.2.3 Il sindacato della Corte sulla discrezionalità del legislatore in materia di regolazione dei rapporti familiari, tra valutazione scientifica e coscienza sociale.....	337
10.2.4 Il sindacato della Corte nelle materie connotate da ‘discrezionalità mista’.	340
10.2.5 Prime conclusioni a proposito del sindacato della Corte costituzionale sulla discrezionalità tecnica del legislatore.....	342
11. Considerazioni conclusive sulla discrezionalità del legislatore, tra valutazioni di scienza e valutazioni di opportunità.....	346
12. Esistono degli indici sulla base dei quali la Corte costituzionale tende a rafforzare il proprio sindacato?.....	347
12.1 A proposito dei ‘nuovi diritti’, in particolare di quelli che sono il portato della scienza e della tecnica.....	350

	Pag.
12.2 Sulle tecniche di riconoscimento dei ‘nuovi diritti’. Spunti ricostruttivi per un approccio “costituzionalmente orientato” al problema dell’individuazione dei nuovi diritti a connotazione tecnico-scientifica.....	355
13. Il dilemma dei ‘nuovi diritti’ tra principio democratico e difficoltà contro-maggioritaria: chi è il soggetto legittimato a riconoscere un nuovo diritto, e fino a che punto tale organo gode di discrezionalità nel plasmarne il contenuto?.....	359

CAPITOLO QUINTO
PROSPETTIVE COMPARATIVISTICHE DEL SINDACATO
SUI ‘FATTI LEGISLATIVI’
ANALISI COMPARATA DI ALCUNI ORDINAMENTI EUROPEI,
CON PARTICOLARE RIGUARDO AL SISTEMA TEDESCO

1. Introduzione: il controllo sui ‘fatti legislativi’ in ottica comparata. Distinzione tra modelli a scrutinio debole e modelli a scrutinio forte.....	365
2. Il sindacato debole nel controllo sui fatti legislativi: le esperienze del Conseil Constitutionnel e della Corte Europea dei diritti dell’uomo.....	371
3. Il sindacato forte nel controllo sui fatti legislativi: l’esperienza del Bundesverfassungsgericht.....	381
4. Breve digressione: i fatti di scienza nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale.....	388
4.1 Costituzione e sistema dei diritti nella Repubblica Federale Tedesca.....	389
4.2 Il contributo dei fatti di scienza allo sviluppo del progetto costituzionale.....	394
5. Modelli istruttori per il controllo dei fatti legislativi nell’ambito di un giudizio di legittimità costituzionale e la loro combinazione con le tecniche di decisione.....	400
5.1 La ‘soluzione processuale’ (prozessuale Lösung).....	402
5.2 La ‘soluzione sostanziale’ (materiell-rechtliche Lösung).....	404
5.3 La ‘soluzione procedurale’ (verfahrensrechtliche Lösung).....	408
6. I tre livelli d’intensità nel controllo delle valutazioni della politica sui fatti legislativi: ‘controllo di evidenza’, ‘controllo di plausibilità’ e ‘controllo stretto di merito’ nella giurisprudenza costituzionale tedesca.....	411
7. Il controllo sulle prognosi legislative. Presupposti e limiti.....	416
7.1 Un esempio recente di sindacato sulle prognosi legislative: il giudizio di costituzionalità sulla legge per la protezione del clima.....	420

	Pag.
8. La prerogativa d'apprezzamento del legislatore (Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers) nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale.....	428
9. Il Tribunale costituzionale alle prese con le misure anti-CoViD tra incertezza scientifica, bilanciamento degli interessi e valutazione sulle prognosi.....	440
9.1 Le decisioni costituzionali cautelari e la valutazione delle condizioni per la sospensiva in regime di scienza incerta.....	441
9.2 La recente decisione relativa alla “Legge sulla protezione dalle infezioni” nella versione modificata dalla “Quarta legge per la protezione della popolazione in condizione di epidemia”.....	444
10. Sintesi conclusiva. Spunti e suggestioni per il caso italiano.....	451

CONCLUSIONI

1. Tecnica, scienza e diritto nella giurisprudenza costituzionale comparata, con particolare riguardo al ruolo della Corte nel sistema della forma di governo.....	459
2. Un uso oculato del canone della ragionevolezza scientifica: il giusto posto della scienza nel sindacato sulla discrezionalità del legislatore.....	465
3. Un altro problema all'orizzonte: l'uso del termine ‘razza’ in Costituzione.....	469
4. Problematiche attualissime sulla gestione dell'emergenza sanitaria da CoViD-19, e una notazione sugli obblighi di vaccinazione.....	472
BIBLIOGRAFIA.....	485

INTRODUZIONE

Il rapporto tra diritto e scienza è uno dei temi più fortunati nella riflessione dottrinale degli ultimi tre decenni, e alimenta un dibattito che sollecita l'interprete ad affrontare i problemi nuovi facendo uso delle categorie tradizionali attorno alle quali si è avviluppata la dogmatica di ciascuna branca del diritto.

L'estrema mutevolezza che ha caratterizzato le società occidentali nell'epoca successiva alla Seconda Guerra Mondiale ha prodotto modifiche radicali nella sistemazione di molti settori sia del diritto pubblico che del diritto privato, riducendo le distanze che tradizionalmente solcavano l'uno e l'altro versante sin dai tempi del diritto romano.

Il progresso scientifico-tecnologico ha reso ancora più evidente il cambiamento delle strutture sociali in atto, aprendo la strada ad un ripensamento delle tecniche di produzione normativa fino ad oggi invalse e spingendo a ricercare le opportune modalità per far sì che le regole prodotte dalla politica si presentino congrue rispetto alle più aggiornate conoscenze scientifiche disponibili in un dato settore dell'esperienza umana.

Accade sovente che all'impeto del progresso scientifico sia necessario rispondere adeguando il diritto vigente alla nuova rappresentazione della realtà, senza stravolgere le regole e i principi che governano un dato settore, procedendo tramite piccole opere di manutenzione, aventi però un grande impatto nella garanzia della qualità della normazione e sulla capacità dell'atto normativo di perseguire gli scopi per i quali è stato approvato (nel presente lavoro si prediligerà, comunque, il punto di vista della legge).

Rispetto a tali esigenze, accade però che non sempre le risposte della politica siano adeguate alle sollecitazioni della scienza: talvolta l'intervento c'è, ma è incompleto rispetto ad una necessaria opera di rifinitura; talaltra l'intervento c'è, ma è totalmente o parzialmente inadeguato rispetto alle evidenze della scienza e della tecnica; altre volte, quell'intervento non viene attuato, e le strade per rimediare devono essere ricercate all'infuori del circuito della politica, nelle pieghe dell'ordinamento; altre volte, infine, una normativa manca a monte, per cui la responsabilità di dare una risposta alla domanda di giustizia incombe sugli operatori giuridici – soprattutto sui giudici – i quali, in mancanza di una disciplina di settore applicabile, devono appellarsi ai principi generali per creare una regola da applicare al caso singolo.

Rispetto al filone di studi che sul tema del rapporto tra diritto e scienza è andato sviluppandosi, raggiungendo dimensioni veramente importanti in quelle discipline che più di altre sono state interessate dal progresso tecnico-scientifico (si pensi al tema dell'imputabilità penale alla luce delle nuove acquisizioni neuroscientifiche, o al problema della prova nel risarcimento per responsabilità extracontrattuale dei danni cagionati da prodotti cancerogeni), il presente lavoro intende contribuire assumendo come prospettiva d'indagine l'esperienza della giustizia costituzionale.

Tale impostazione ha immediate conseguenze nella delimitazione delle questioni che saranno affrontate in questo studio. Per prima cosa, oggetto di scrutinio da parte del Giudice costituzionale sono le norme trasfuse in un atto legislativo, approvate dal Parlamento o dal Governo sulla base di apprezzamenti che coinvolgono sia valutazioni politiche sia valutazioni svolte alla stregua di *standard* e criteri propri delle scienze tecnico-specialistiche. In secondo luogo, le norme legislative sono l'esito di valutazioni che prescindono da una specifica vicenda concreta, e hanno l'attitudine a disciplinare una molteplicità indefinita di rapporti giuridici presenti e futuri, secondo i caratteri di astrattezza e generalità che connotano la fonte legislativa. In terzo luogo, trattandosi di una giurisdizione di mera legittimità, il sindacato di costituzionalità è fondamentalmente incentrato sul vaglio di conformità della norma legislativa alla norma costituzionale o interposta assunta a parametro, rispetto al quale il dato tecnico-scientifico funge da elemento conformativo che integra il precetto superiore mediante la specificazione delle condizioni necessarie ad attuarlo o a rafforzarne la ragionevolezza.

In particolare, scopo del presente lavoro è di analizzare i modi argomentativi e le tecniche decisorie utilizzati dalla Corte costituzionale per decidere questioni che, vista la loro connotazione tecnico-scientifica, richiamino le cognizioni specialistiche di altre discipline, soprattutto della scienza medica. Nella parte centrale del lavoro si cercherà, infatti, di dimostrare che tale connotazione spiega un effetto diretto sulle modalità argomentative attraverso le quali il Giudice delle leggi risolve il problema sottoposto al suo vaglio (condizionando sul piano operativo le modalità in cui viene condotto lo scrutinio di ragionevolezza o il bilanciamento degli interessi), nonché sulla scelta delle tecniche di decisione con le quali rimediare al vizio riscontrato, che in questo ambito compendiano l'intero prontuario degli strumenti sviluppati dalla Corte costituzionale in settant'anni di attività. A tale riguardo, si avrà modo di vedere che gran parte dei problemi

evocati con la proposizione della questione di costituzionalità si risolve, sul piano giuridico, in un problema di costruzione della fattispecie legislativa, la quale in questo ambito dovrebbe essere costruita secondo una trama testuale aperta e flessibile, che sia in grado di far comunicare il versante scientifico e quello politico-giuridico, facendo sì che le vicende dell'uno non rimangano indifferenti all'altro.

L'opzione per il particolare punto di vista offerto dalla giustizia costituzionale rende opportuna anche una precisazione di metodo. La problematica del rapporto che lega diritto e scienza viene letta alla luce delle competenze e della funzione della Corte costituzionale nel complesso della forma di governo italiana, e quindi dei limiti che connotano la sua capacità d'intervento nel rimediare ai vizi della legge impugnata. La scelta della tecnica decisoria con cui epurare la disposizione impugnata del vizio riscontrato viene compiuta dalla Corte non unicamente in base ad una valutazione di carattere strumentale (cioè di idoneità del mezzo rispetto al fine), ma anche in ragione del margine di discrezionalità che la norma superiore riconosca al legislatore nell'esercizio dell'attività normativa (ciò che si riflette sulla legittimazione della Corte ad intervenire con modalità più o meno incisive).

A tale riguardo, si tornerà a riflettere sul concetto di 'discrezionalità del legislatore' e sulle differenze che la separano rispetto alla 'discrezionalità amministrativa', che rappresenta il referente logico e storico nel confronto col quale si è cominciato a discutere del 'potere discrezionale' del legislatore, senza peraltro che abbia portato ad emanciparsi da una tradizione che configura notoriamente il potere legislativo come 'libero nei fini'. La trasposizione acritica delle categorie proprie della dottrina amministrativistica ha indotto taluni autori (in alcune occasioni, perfino la Corte costituzionale) a concepire un 'eccesso di potere legislativo' che rende sindacabili dal Giudice delle leggi le stesse modalità con le quali la funzione legislativa possa essere esercitata dal suo titolare, nelle ipotesi in cui questa debba ritenersi funzionalizzata al perseguimento di scopi stabiliti direttamente dalla norma costituzionale o interposta assunta a parametro, negando che in tali ambiti il potere legislativo goda della libertà di decidere come e quando agire. L'adesione a tale dottrina ha delle conseguenze importanti nella delimitazione dei poteri della Corte costituzionale quale garante dei valori dell'ordinamento e dei diritti della persona, dal momento che per questa via si viene a concepire e legittimare un potere sostitutivo del Giudice delle leggi al Parlamento, nelle

ipotesi in cui l'inerzia del legislatore sia suscettibile di tradursi nella lesione incostituzionale di diritti che la Costituzione impone allo Stato di tutelare.

Ma le suggestioni offerte dalla riflessione amministrativistica per la nostra riflessione non si limitano a questo. La problematica del sindacato della Corte costituzionale sulla ragionevolezza scientifica delle leggi ha indotto chi scrive a riflettere sulla possibilità di importare in ambito costituzionalistico la discussione dottrinale, sviluppata in ambito amministrativistico, sulla 'discrezionalità tecnica', nel tentativo di verificare se i limiti che incontra il Giudice costituzionale nello scrutinio sulle valutazioni tecnico-scientifiche del legislatore non trovino un parallelo nei limiti che larga parte della dottrina e della giurisprudenza amministrative oppongono ad un sindacato pervasivo sulle valutazioni tecniche compiute dalla PA. Si passeranno, quindi, in rassegna le tipologie di sindacato teorizzate sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, e si tenterà indi di riflettere se non siano riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale applicazioni e analogie che, almeno in parte, giustifichino la trasposizione di quelle tecniche nell'ambito della giustizia costituzionale.

Un ulteriore aspetto che complica, a parere di chi scrive, la problematica accennata rispetto al sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche della PA, è la configurazione della Corte come organo legittimato al riconoscimento e all'attuazione dei nuovi diritti in concorso con gli organi rappresentativi. Sul piano costituzionalistico, infatti, lo studio delle relazioni che intercorrono tra il diritto e la scienza pone l'ulteriore problema di verificare in quale misura questa possieda la capacità conformativa di perimetrare, ampliandoli, gli spazi di libertà entro cui il cittadino può esercitare le classiche libertà costituzionali, offrendo *standard* di protezione migliori rispetto a quelli fino ad ora praticabili nell'ordinamento, ovvero di estendere il catalogo dei diritti, portando all'emersione di 'nuovi diritti'. Si tratta di un tema, invero, che si affaccia con sempre maggior prepotenza nel pubblico dibattito e che risente, a livello scientifico (della scienza giuridica), della pervicacia dei toni polarizzanti con cui le discussioni sui nuovi diritti dividono i giuristi – in maniera grossolanamente semplificante – tra “conservatori” e “progressisti”, inquinando la *fairness* del confronto tra visioni opposte e ostacolando, a livello dogmatico, la discussione dottrinale sul fondamento dei 'nuovi diritti'.

Il vizio di fondo che inficia tale dibattito impedisce di cogliere la problematicità intrinseca ai nuovi diritti, quali nuove dimensioni dell'agire individuale che rivendicano

spazi di libertà apparentemente illimitati, ma che in realtà si stendono su spazi almeno in parte già coperti dai diritti storicamente riconosciuti, con i quali sono destinati ad entrare in conflitto. Ciò dimostra perché gli operatori giuridici siano sempre più frequentemente investiti della responsabilità di bilanciare le posizioni in conflitto su un terreno rispetto al quale gli organi politici decidono di non esprimersi, rifugiandosi in una “non decisione” che solo formalmente li libera da responsabilità, scaricando l’onere di prendere le decisioni importanti sugli organi incaricati dell’attuazione della legge: la pubblica amministrazione e i giudici.

A fronte delle difficoltà riscontrate, non sarà possibile affrontare compiutamente in questo lavoro il tema dei ‘nuovi diritti’ con il dovuto approfondimento. Ad esso di accennerà, comunque, nel tentativo di prefigurare alcuni dei nodi più problematici sui quali il Giudice costituzionale sarà chiamato ad esprimersi nel prossimo futuro, e che in parte si sono già affacciati sullo sfondo di alcune questioni di legittimità che hanno investito le leggi in materia di transessualismo e di procreazione medicalmente assistita.

Tutti questi profili (moduli argomentativi impiegati dalla Corte per risolvere questioni di legittimità relative a leggi a contenuto scientificamente connotato, incisività del sindacato della Corte nel controllo delle valutazioni tecnico-scientifiche del legislatore, discussione sui nuovi diritti germinati dalle applicazioni della scienza e della tecnica) trovano una stretta connessione nell’argomentazione del Giudice delle leggi, il quale deve decidere la questione di costituzionalità tenendo conto di tutti gli aspetti rilevanti ad essa connessi.

Giova, allora, introdurre brevemente la struttura del presente lavoro, che consta complessivamente di cinque capitoli, oltre alle conclusioni.

Il primo capitolo ha una funzione ricognitiva, e si propone di dimostrare le ragioni per cui le cognizioni tecniche e scientifiche siano rilevanti per l’esercizio della funzione legislativa, nell’arco di tutta la “vita” della legge. Si esporranno le motivazioni per cui, ad opinione di chi scrive, una regolamentazione legislativa deve considerarsi necessaria anche per la disciplina di materie che, pur caratterizzate da un elevato tasso di mutevolezza sull’onda del progresso scientifico e tecnologico, vadano ad impattare su aspetti di primaria importanza del patrimonio giuridico della persona e, soprattutto, sui diritti costituzionalmente garantiti. Sempre in questo capitolo si darà conto di alcune indicazioni di tecnica legislativa che la Corte costituzionale ha fornito su come normare

siffatte materie, mostrando di prediligere una tecnica di normazione ispirata ai principi di sussidiarietà e adeguatezza, divisa tra la fonte legislativa e la fonte regolamentare, che attribuisce la competenza decisionale alla sede in posizione più idonea a convogliare in un medesimo procedimento sia i dati tecnici e le conoscenze specialistiche riguardanti l'ambito normato, sia le istanze provenienti dai destinatari del precetto. Si esporranno, inoltre, i principali strumenti per mezzo dei quali possa venir garantita la persistente comunicazione tra la scienza e le fonti legislative, nell'ottica di mantenere la legge fisiologicamente in linea con le acquisizioni più recenti della scienza e della tecnica, pur sempre però nel rispetto dei vincoli costituzionali di scopo e dei valori intangibili che il dato scientifico non può intaccare.

Il secondo capitolo introduce al percorso “a tappe” che, partendo dalla fase preliminare all'instaurazione del processo innanzi al Giudice delle leggi, condurrà all'analisi della giurisprudenza costituzionale sulle questioni di legittimità a connotazione tecnico-scientifica e delle tecniche impiegate per la loro risoluzione. Più nello specifico, il secondo capitolo è incentrato sulla discussione generale sui caratteri tipici del giudizio di costituzionalità, in particolare sulla natura “astratta” di esso, e su come tale carattere condizioni l'apertura di tale tipologia processuale ai “fatti”. Dopo aver spiegato le ragioni per le quali anche un giudizio tra norme (inevitabilmente “astratto”) condivide un certo grado di “concretezza” (che in alcuni casi è anche considerevole, come nel processo in via incidentale), si analizzeranno brevemente quali categorie di “fatti” entrano nel processo costituzionale, e come esse ne condizionino le modalità d'instaurazione nel “passaggio di consegne” dal giudice *a quo* alla Consulta (per quanto concerne le valutazioni inerenti al giudizio sulla rilevanza, la non manifesta infondatezza e la possibilità di esperire il tentativo d'interpretazione conforme).

Il terzo capitolo rappresenta il cuore dell'intero lavoro, ed è interamente dedicato all'analisi della giurisprudenza costituzionale relativa a questioni giuridiche a connotazione (almeno parzialmente) scientifica. Le varie ipotesi analizzate sono riunite in plessi tematici funzionalmente organizzati per evidenziare gli aspetti significativi del contributo che le cognizioni di scienza forniscono al Giudice delle leggi nel far luce sugli elementi rilevanti per la risoluzione della questione di costituzionalità, giungendo in alcune ipotesi ad indicare il ‘verso’ della decisione. I casi analizzati traggono spunto da vicende nelle quali la questione sorgeva dall'applicazione di leggi che regolamentavano

materie tra loro molto varie (radiotelevisione, transessualismo, repressione penale delle condotte devianti, assistenza sociale, accesso alle terapie sperimentali, procreazione medicalmente assistita ecc.), per la cui comprensione era necessaria l'acquisizione di conoscenze tecnico-specialistiche extra-giuridiche. Essi saranno analizzati sia alla luce delle implicazioni di diritto sostanziale (come il dato di scienza incide nella determinazione della conformità e/o difformità della norma di legge alla norma-parametro) sia a quelle di diritto processuale (come la Corte costituzionale interviene a rimediare al vizio censurato, ricorrendo a dispositivi ora di tipo annullatorio, ora di tipo interpretativo, ora di tipo additivo-manipolativo).

Il quarto capitolo mira a compendiare le conclusioni raggiunte nei tre capitoli precedenti, approfondendo più nello specifico le principali tematiche da ultimo evocate nell'analisi giurisprudenziale, soprattutto in riferimento alle principali tecniche argomentative e ai moduli decisorii utilizzati dalla Corte nel decidere su questioni scientificamente connotate. Si comincerà, quindi, analizzando brevemente come le cognizioni di scienza incidono sull'applicazione del *test* di ragionevolezza (in particolare nella variante della 'ragionevolezza scientifica'), del bilanciamento dei diritti e del principio di precauzione. Si passerà, poi, ad affrontare (ma solo per cenni) il problema "classico" della discrezionalità legislativa e della possibilità di concepire un 'eccesso di potere legislativo' nell'esercizio del potere legiferante, applicando questa dottrina all'analisi di un caso pratico deciso recentemente dalla Corte costituzionale su una questione che aveva, tra le altre, anche una connotazione scientifica. Sempre in questo capitolo, si tenterà di applicare le varie tipologie di sindacato sulla discrezionalità tecnica elaborate dalla giurisprudenza amministrativa ad alcune delle decisioni analizzate, per verificare se tale parallelismo possa avere una qualche utilità nello studio delle tecniche decisorie della Consulta e se le eventuali diversità riscontrate non debbano imputarsi alla specialità della giurisdizione costituzionale rispetto a quella amministrativa. Infine, si faranno brevi considerazioni sul tema dei nuovi diritti germinati dall'evoluzione delle conoscenze scientifiche e dal perfezionamento delle applicazioni biotecnologiche.

Purtroppo, l'analisi di quest'ultimo aspetto non sarà esaustiva, essendo limitato ad evidenziare come il progresso scientifico-tecnologico abbia aggravato il processo di alterazione della forma di governo nella ideale "divisione di competenze" che, almeno in base al modello costituzionale, dovrebbe presiedere al riconoscimento e alla tutela dei

nuovi diritti. Ci si riferisce al fatto che, sempre più frequentemente, la Corte costituzionale sia chiamata a prendere posizione su problemi che necessitano prevalentemente di una risposta politica da parte degli organi rappresentativi e di governo, mediante la discussione e l'approvazione di leggi che disciplinino le nuove pretese avanzate dai singoli, i diritti e i doveri che fanno capo a ciascuna parte, le regole atte a dirimere i conflitti che avessero a sorgere. Anche nei casi in cui la Corte “decide di decidere”, le sue pronunce non hanno quasi mai carattere auto-applicativo, né tantomeno hanno l'attitudine a regolamentare in via generale e astratta le fattispecie che nella pratica possono presentarsi. Come sarà meglio chiarito, le pur raffinatissime nuove tecniche di decisione di cui la Corte si è spontaneamente dotata in settant'anni di attività non valgono a sostituire l'opera del Parlamento, il cui intervento rimane comunque auspicabile, come del resto espressamente riconosciuto dalla Consulta nell'arcinoto “caso Cappato”.

Il quinto capitolo, infine, è dedicato alla comparazione con alcuni ordinamenti stranieri, a due dei quali si farà solo un breve accenno (sistema francese e sistema CEDU) mentre sul terzo ci si soffermerà con maggiore attenzione (sistema tedesco). La comparazione si concentrerà, in particolare, sull'analisi delle tipologie di sindacato operate dalle Corti costituzionali e sovranazionali nello scrutinio delle scelte discrezionali del legislatore, avuto riguardo all'ampiezza dei poteri che le Corti si riservano nel rivedere le valutazioni compiute dagli organi politici, se del caso procedendo ad un nuovo vaglio dei presupposti fattuali sulla base dei quali era stata approvata la legge impugnata. La selezione di questi ordinamenti non è casuale, ma riposa nella constatazione – tendenzialmente pacifica – che mentre da un lato vi sono Corti (come il *Conseil constitutionnel* francese o la Corte EDU) poco propense a rimettere in discussione gli accertamenti e le valutazioni in fatto compiute dagli organi politico-legislativi, ve ne sono di altre (tra cui spicca il *Bundesverfassungsgericht* tedesco) che attraggono nell'orbita del proprio sindacato ogni elemento, di fatto o di diritto, che abbia precedentemente formato oggetto di apprezzamento da parte del legislatore.

A questo riguardo, particolarmente utile si rivela il confronto con l'esperienza del Tribunale costituzionale federale tedesco, che fin dai primi anni di attività ha elaborato forme tipiche di scrutinio che, nei tempi successivi, sono state sistematicamente osservate dalla giurisprudenza successiva. La comparazione col sistema tedesco si rivela proficua non solo perché attinge all'esperienza di una giurisdizione di riconosciuta importanza in

Europa, ma anche per l'inedito coraggio con cui è venuta affermando – caso più unico che raro nel panorama comparato – la primazia del diritto sulla politica, stabilendo in principio che non esiste alcun settore della politica sottratto a vincoli di diritto, e quindi immune dalla giurisdizione. Il raffronto con l'esperienza tedesca permette di soppesare i rischi e i benefici di una Corte costituzionale interventista, che ridimensiona il ruolo della politica in adesione ad un atteggiamento culturale che risolve ogni problema in una questione di interpretazione del testo costituzionale, non mancando di offrire soluzioni originali a problemi destinati comunque a giungere, prima o poi, all'attenzione di tutte le Corti costituzionali.

Dal confronto con le esperienze straniere si potrà constatare che la Corte costituzionale italiana sia riuscita non meno di altre nel delicato compito che la Costituzione le riserva. Si noterà, peraltro, che essa ha nel corso del tempo acquisito una maggiore consapevolezza del proprio ruolo nel quadro della propria funzione di garanzia degli equilibri istituzionali e del sistema. L'impressione è che la Corte italiana stia attraversando una fase di transizione, non ancora ultimata, nella quale sta passando dal modello originario definito nella Carta fondamentale ad un modello più adeguato a supplire alle mancanze di un sistema rappresentativo in profonda crisi. Dalla trattazione svolta nel terzo e nel quarto capitolo si vedrà come la Corte costituzionale italiana abbia progressivamente superato i limiti che un tempo si poneva alla facoltà di sindacare gli apprezzamenti in fatto del legislatore, e si sia dotata di nuovi strumenti per vagliare l'adeguatezza, la pertinenza e la congruità delle scelte legislative rispetto alle condizioni di fatto sulla cui base hanno visto la luce.

La Corte è quindi andata oltre la posizione nella quale si trovava originariamente quando è entrata in attività, ed è attualmente alla ricerca del proprio "posto" nel sistema della forma di governo italiana. Nonostante non sia possibile pronosticare gli sviluppi del prossimo futuro, è un fatto che la Corte abbia mostrato negli ultimi anni di guardare con molto interesse all'esperienza delle proprie omologhe straniere, non rinunciando ad importare da quegli ordinamenti le soluzioni che reputasse più utili per adempiere al meglio e con efficienza la propria funzione nel sistema (questa tendenza è evidente se si guarda alle nuove tecniche impiegate per differire gli effetti nel tempo delle decisioni di incostituzionalità, come la sentenza n. 10 del 2015, o per sollecitare un rapido intervento legislativo da parte del Parlamento, come l'ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242

del 2019). La Corte guarda alle esperienze straniere non solo per trovare soluzioni innovative da applicare in Italia per far fronte ai nuovi problemi della realtà istituzionale, ma anche per ricercare una legittimazione di cui si sente sprovvista: schiacciata dal peso di una tradizione che la relega alla funzione di 'legislatore negativo' (secondo la nota concezione kelseniana), la Corte cerca di superare i propri limiti guardando alle esperienze di altre Corti costituzionali europee, confortata da una storia condivisa di valori che ha il proprio fondamento nel costituzionalismo di matrice liberal-democratica.

La Corte è, in definitiva, alla ricerca della propria identità, in un quadro istituzionale che, pur diverso rispetto alle origini, serba tuttora il bisogno di una figura di garanzia che agisca a fianco della politica, rimanendo però estraneo alla politica.

CAPITOLO PRIMO

SCIENZA E DIRITTO COSTITUZIONALE

DIALOGHI, CONNESSIONI, RESISTENZE

SOMMARIO: 1. Diritto e scienza: un inevitabile (e necessario) connubio – 2. Il ruolo del diritto tra rivoluzione scientifico-tecnologica e cambiamenti sociali – 2.1 I diversi approcci nella regolazione giuridica dei fenomeni a connotazione tecnico-scientifica e scientifico-tecnologica, tra interventismo e astensionismo – 3. Tra legge e regolamento: il problema della fonte più idonea nella regolazione giuridica del fenomeno tecnico-scientifico – 3.1 La preferenza per il formante legislativo, sul piano dei principi costituzionali – 3.2 La preferenza per il formante legislativo sul piano delle fonti internazionali – 4. Scienza e tecnica: prime definizioni – 4.1 (Segue) Le norme tecniche – 5. Le comunità scientifiche e i processi di produzione del sapere specialistico – 5.1 Il problema del metodo nella filosofia della scienza: quando una conoscenza può dirsi “scientifica”? Cenni storici – 5.2 Incertezza scientifica, instabilità del sapere e loro riflessi sulla formazione delle decisioni politiche e giurisdizionali – 6. Giudici e legislatori di fronte al problema della validazione delle conoscenze scientifiche – 7. Definizioni scientifiche e potestà legislativa – 7.1 Il problema della definizione legislativa di concetti scientifici nel raccordo con il sistema dei valori costituzionali: il caso della definizione legale di ‘morte’ nella delimitazione della fattispecie penale dell’omicidio – 7.2 Le definizioni scientifiche come parametro di individuazione e ripartizione delle materie tra Stato e Regioni: un caso pratico – 8. Professionalità tecnica dell’attività medico-terapeutica e principi fondamentali nella regolamentazione della materia sanitaria – 9. Il problema della produzione normativa a contenuto tecnico-scientifico – 9.1 Valutazioni tecnico-scientifiche complesse, bilanciamento dei diritti e formazione della decisione politica: le decisioni sul caso ILVA – 10. Quali strumenti per la garanzia dell’adeguatezza scientifica della legge? – 11. Sintesi conclusiva

1. Diritto e scienza: un inevitabile (e necessario) connubio

Scienza e diritto sono diventati un binomio di uso frequente nel lessico di giuristi e filosofi¹.

¹ Nella vasta produzione letteraria v. H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 2005; U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000; Id., *Un mondo a rischio*, Torino, 2003; J. Ellul, *La tecnica rischio del secolo*, Milano, 1969; E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973; V. Frosini, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981; U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999; L. Boella, *Neuroetica. La morale prima della morale*, Milano, 2008; P. Calissano, M. Mancina, D. Parisi (a cura di), *Mente e cervello: un falso dilemma?*, Genova, 2001; F. D'Agostino, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1997; L. d'Avack, *Verso un antideestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009; Id., *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Torino, 2019; N. Irti, E. Severino, *Dialogo su tecnica e diritto*, Roma-Bari, 2001; H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990; Id., *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Torino, 1997; N. Luhmann, *La società del rischio*, Milano, 1996; R. Marchesini, *Post-human. Verso nuovi modelli di esistenza*, Torino, 2004; L. Palazzani, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Torino, 2015; Ead. (a cura di),

Lo sviluppo della scienza e della tecnica ha giocato un ruolo determinante nell'evoluzione dei processi di produzione economica, nella divisione del lavoro e nel rinnovamento di istituti giuridici tradizionali come la proprietà e il contratto². Le sempre più raffinate tecniche di produzione industriale hanno aperto la strada ad applicazioni sperimentali delle quali non sono noti i rischi e i benefici per la salute umana, la tutela delle specie animali protette e la conservazione dell'ambiente e delle risorse naturali.

Il rapido sviluppo tecnologico³ che ha interessato gli Stati occidentali a partire dalla seconda metà del XX secolo ha posto nuovi problemi nella regolazione dei profili giuridici della responsabilità civile e nella tutela dei diritti degli individui⁴. L'evoluzione delle biotecnologie⁵ in campo sanitario, in particolare, ha esteso i margini di manovra di cui dispone il personale medico per curare patologie un tempo senza trattamento, e ciò ha aumentato il numero di occasioni in cui medici e pazienti vengono a contatto, condividendo i diritti e i doveri tipici del rapporto di cura⁶.

Dei molti problemi oggi giorno dibattuti in seno alla dottrina giuridica in ottica transdisciplinare, basti ricordarne tre aventi specifica rilevanza costituzionale: lo sviluppo della medicina di genere come approdo conseguente alla valorizzazione nel rapporto di cura della differenza uomo/donna⁷; la flessibilizzazione dell'ordinamento giuridico a

Nuove biotecnologie, biodiritto e trasformazioni della soggettività, Roma, 2007; E. Severino, *Il destino della tecnica*, Milano, 2009; L. Kass, *La sfida della bioetica. La vita, la libertà e la difesa della dignità umana*, Torino, 2007; S. Jasanoff, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001; A. Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001; Id., *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Lavis, 2016.

² Per una breve introduzione su questi aspetti v. G. Calabresi, *Scienza e diritto: alcune annotazioni preliminari*, in G. Comandé, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, pp. 3 ss.

³ Secondo J. Ellul, mentre fino alla prima rivoluzione industriale il progresso tecnico è andato di pari passo con l'adattamento dell'uomo ai cambiamenti sociali ed economici, a partire dal XVIII sec. la tecnica evolve con una rapidità «che sconcerca non solo l'uomo della strada ma il tecnico stesso» (così J. Ellul, *La tecnica rischio del secolo*, Milano, 1969, p. 82).

⁴ Sul punto v. S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006; Id., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; Id., *Controllo e privacy della vita quotidiana. Dalla tutela della vita privata alla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1/2019, pp. 9 ss.

⁵ In generale, sul punto, G. F. Ferrari, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4/2002, pp. 1563 ss.

⁶ P. Zatti, *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 12-2/2008, pp. 403 ss.

⁷ Si tratta di una branca della medicina che si occupa di studiare le differenze biologiche tra i due sessi, nonché le differenze di genere legate a condizioni socio-economiche e culturali e la loro influenza sullo stato di salute e di malattia, che si manifestano nella sintomatologia e gravità di certe malattie, nella risposta alle terapie e nelle reazioni avverse ai farmaci, nelle esigenze nutrizionali e nelle risposte ai nutrienti e alle sostanze chimiche presenti nell'ambiente e negli stili di vita ecc. In Italia è stato soprattutto grazie alla legge n. 3/2018, recante *Applicazione e diffusione della Medicina di Genere nel Servizio Sanitario Nazionale*, che è stato avviato il processo di personalizzazione del percorso di cura, nella

fronte del progressivo riconoscimento dell'identità di genere come aspetto essenziale per lo sviluppo dell'individuo⁸; il mutamento 'antropologico' che i tradizionali concetti di 'paternità' e maternità' hanno subito per effetto del perfezionamento delle nuove tecniche di procreazione medicalmente assistita (PMA)⁹.

Il progresso della conoscenza nell'ambito delle scienze della vita ha non solo mutato i confini entro i quali venivano concepiti l'uomo¹⁰ e la natura umana¹¹ (che, fin dai tempi antichi, si fondava sull'unità corpo-mente), ma ha anche parcellizzato le molte

sperimentazione clinica dei farmaci e nella formazione del personale sanitario secondo canoni improntati alla valorizzazione delle differenze di genere. Sul punto v. C. Mannelli, *Medicina di genere. Un obiettivo ancora lontano?*, in *Not. Politeia*, 2020, pp. 67 ss.

⁸ *Ex multis*, di recente, v. M. Tampieri, *L'identità personale: il nostro documento esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, n. 4/2019, pp. 1195 ss.

⁹ Nella vasta letteratura sul tema si vedano S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte riproduttive. Riflessioni intorno alla procreazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria della gravidanza*, Milano, 2017; L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; M. P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020.

¹⁰ Sul punto di veda L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017, in specie pp. 99 ss., per il quale l'invenzione della macchina computazionale avrebbe ridefinito (per la quarta volta) il posto dell'uomo nel contesto naturale e sociale e mutato la concezione che egli aveva di sé stesso. Floridi utilizza nel suo lavoro il termine 'rivoluzione' per indicare ciascuna delle fasi storiche in cui l'essere umano si è trovato a ridefinire il proprio *status* in rapporto al resto del mondo. Secondo l'Autore, «la scienza muta la nostra comprensione fondamentale in due modi» (p. 99): il primo potrebbe essere definito 'estroverso', cioè riferito al mondo esterno; il secondo potrebbe essere definito 'introverso', ossia riferito a noi stessi. La prima rivoluzione è stata quella copernicana, che ha fatto perdere all'uomo la sua centralità nell'universo; la seconda rivoluzione è stata quella darwiniana, che ha fatto perdere all'uomo la propria eccezionalità nel sistema naturale, asserendo che l'essere umano non è nient'altro che una derivazione di altre specie animali; la terza rivoluzione è stata quella freudiana, che ha posto fine al mito del razionalismo cartesiano e sostenuto che anche la mente è inconscia e soggetta a meccanismi di difesa (come quello della repressione), dando così ad intendere che l'azione umana è prevalentemente l'esito dell'inconscio. La quarta rivoluzione, infine, ha definitivamente abbattuto il pregiudizio secondo cui l'intelligenza è una dote che appartiene solo all'uomo, e riconosce che l'intelligenza artificiale può essere anche più efficiente di quella naturale. In tal modo, la quarta rivoluzione «ha rimosso l'erroneo convincimento della nostra unicità e ci ha offerto gli strumenti concettuali per ripensare la nostra comprensione di noi stessi», non più come agenti isolati e unici, ma come «organismi informativi (*inforg*), reciprocamente connessi e parte di un ambiente informativo (l'infosfera), che condividiamo con altri agenti informativi, naturali e artificiali, che processano informazioni in modo logico e autonomo» (p. 106).

¹¹ Cfr. G. F. Ferrari, *Bioteχνologie e valori costituzionali*, cit., pp. 1576-1577, per il quale «nell'epoca delle bioteχνologie informatiche, la società scientificizzata non è più separata dalla scienza, che tende a convertirsi immediatamente in tecnologia, in forme diffuse e rapidissime, ed a produrre con le sue applicazioni effetti irreversibili per tutte le forme di vita [...]: la scienza non si limita più ad espropriare e controllare alcune manifestazioni della vita, ma la riplasma per intero, ne trasforma la natura, ne ridetermina le forme, fonda oggettività del sapere e soggettivismo etico in un unico fenomeno totalizzante».

dimensioni della persona di cui l'ordinamento giuridico si occupa, come soggetto di diritto e oggetto di tutela¹².

L'invasiva presenza di tecnologie di controllo informatico e di strumenti di manipolazione del consenso ha determinato un crescente bisogno di tutela della riservatezza e della libertà personale tanto sul piano lavorativo quanto nell'ambiente domestico¹³, ma allo stesso tempo la rapida tecnologizzazione di ogni ambito della realtà sociale e dei servizi pubblici preposti all'esercizio di diritti e libertà d'indiscussa tradizione costituzionale (libertà di manifestazione del pensiero, libertà d'informazione, libertà di impresa economica, diritto di voto ecc.) ha indotto gli studiosi ad interrogarsi sulla possibilità di configurare un nuovo diritto alla «libertà informatica», che sia il prodotto o di interpretazioni evolutive del testo costituzionale o di specifiche integrazioni apportate in esito ad un procedimento di revisione oppure in occasione dell'approvazione di nuove Costituzioni¹⁴.

La maggiore sensibilità che le società contemporanee mostrano rispetto alle problematiche sollevate dalle applicazioni in oggetto ha prodotto un aumento della domanda di intervento pubblico a difesa dell'intimità e, in generale, della sfera privata e dell'integrità della persona, a fronte del pericolo via via più attuale di interferenza da parte di attori esterni¹⁵.

Ogni mutamento sociale che si sia concretizzato come prodotto dell'avanzamento della scienza ha significato una espansione dei confini entro i quali l'individuo esercita la propria libertà di scelta, con conseguenze che si riverberano sulla sfera giuridica sia di chi decide, sia di chi subisce la decisione¹⁶. Come scrive Amedeo Santosuosso, «anche

¹² F. Accardo, *Tra libertà e dignità. La tutela della persona nelle esperienze statunitensi ed europee*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 4/2018, pp. 629 ss.

¹³ Secondo U. Galimberti, *Psiche e techne*, cit., p. 34, «abitiamo in un mondo in ogni sua parte tecnicamente organizzato, la tecnica [...] è il nostro ambiente, dove fini e mezzi, scopi e ideazioni, condotte, azioni e passioni, persino sogni e desideri sono tecnicamente articolati e hanno bisogno della tecnica per esprimersi».

¹⁴ Sul punto v. T. E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in G. Comandé, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, pp. 173 ss., spec. pp. 177 ss., il quale cita le esperienze più significative europee ed extra-europee, e giunge a discorrere, con riguardo in particolare all'esperienza degli Stati del Sudamerica, di un «habeas data costituzionale».

¹⁵ M. S. Esposito, *Trattamento dei dati personali e rischi correlati, nel prisma dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Dir. informaz. informat.*, n. 4-5/2019, pp. 1071 ss.

¹⁶ La scelta, ad esempio, di ricorrere alle tecniche di fecondazione eterologa comporta per i membri della coppia (o per la singola donna) l'effetto giuridico di acquistare la qualifica di genitore rispetto al nato, ma comporta anche l'inserimento di quest'ultimo in un contesto familiare rispetto al quale egli è parzialmente estraneo sul piano genetico. Così come la decisione di una coppia di uomini di ricorrere alla

se costruito con parti aggiunte da un punto di vista biologico o diviso nella sua continuità psicologica, l'individuo sembra essere diventato il sovrano nella determinazione dei suoi confini biologici, psicologici e sociali»¹⁷ e appare capace di definire «il suo compasso individuale e, in una certa misura, il proprio *creativo autoritratto*»¹⁸.

La società tecnologica ha, peraltro, dimostrato che il binomio libertà-autodeterminazione non procede di pari passo con l'evoluzione delle potenzialità offerte dalla scienza e dalla tecnica, ciò che si traduce sul piano costituzionale con un aumento della conflittualità tra attori che vantano opposte pretese. Per dirla con un'efficace espressione di Roberto Bin, l'espansione dei diritti e delle libertà non è «a somma zero»¹⁹, e impone la ricerca di soluzioni legislative che siano quanto più idonee ad arbitrare il conflitto tra chi vede espandersi la propria libertà e chi se la vede comprimere.

I 'nuovi diritti' sono il prodotto delle rivendicazioni di una società tecnologicamente avanzata che non tollera le 'briglie strette' di un diritto perpetuamente in arretrato rispetto alle potenzialità di una scienza in costante evoluzione. In tale contesto, il bisogno di regolamentazione ha indotto in misura crescente i Parlamenti nazionali ad approvare leggi mirate a governare gli effetti della complessità scientifico-tecnologica, introducendo discipline che fossero o il frutto di specifiche scelte di valore

gestazione per altri comporta per essi l'assunzione del titolo genitoriale rispetto al minore, mentre per quest'ultimo comporta l'inserimento in un nucleo familiare nel quale mancherà la figura della madre. La decisione di una impresa di adottare una tecnica produttiva maggiormente efficiente ma più inquinante ha certamente dei riflessi per i lavoratori (che magari sono sgravati di una mansione pesante), ma impatta anche sulla salubrità dell'ambiente e sulla salute dell'intera collettività. Per una rassegna delle decisioni che hanno accompagnato l'evoluzione del panorama giurisprudenziale su questi temi si veda, per tutti, A. Santosuosso, *Corpo e libertà*, cit., pp. 215 ss. Simili considerazioni possono farsi a proposito dell'incidenza dell'ingegneria genetica sui membri della stirpe: essendo la genetica un campo di studio nel quale per definizione si vanno a ricercare e, quand'anche, a manipolare le informazioni ereditarie comuni agli appartenenti alla stessa linea genetica, diventa inevitabile che le decisioni assunte da un singolo individuo non sono mai "isolate", ma finiscono per ripercuotersi sui membri collaterali della famiglia (si pensi ai risvolti assicurativi) e sui discendenti (nel caso in cui, per esempio, il genitore decida di ricorrere alla terapia genica per manipolare il proprio patrimonio genetico in senso migliorativo-eugenetico o per eliminare un gene responsabile della trasmissione ereditaria di malattie gravemente invalidanti). Su questi aspetti v. A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, cit., pp. 122 ss. Sul punto si veda anche M. Tomasi, *Genetica e Costituzione. Esercizi di uguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Napoli, 2019, pp. 41 ss., la quale evidenzia come «l'estensione della portata informativa procede tanto in senso orizzontale, quanto in senso verticale: l'informazione genetica opera quale *trait d'union* collegando generazioni presenti, passate e future, in linea verticale, ma anche individui di una stessa generazione, legati da vincoli genetici, in una pluralità di linee orizzontali, la cui rilevanza va via progressivamente calando, al distanziarsi dal soggetto-fonte» (p. 49).

¹⁷ A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, cit., p. 122.

¹⁸ *Ibidem* (corsivi testuali).

¹⁹ È questa la tesi da ultimo ribadita in R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 33.

ideologicamente orientate, o la combinazione di procedure compromissorie volte a favorire le soluzioni di volta in volta più sostenibili in rapporto al complesso degli interessi in gioco²⁰.

Il tema della regolamentazione giuridica dei settori maggiormente impattati dallo sviluppo scientifico ha formato oggetto, in tempi recenti, di ampie riflessioni da parte di esperti di varia estrazione e formazione, e con riguardo al solo campo giuridico ha attirato l'interesse della dottrina civilistica, amministrativistica e, soprattutto, penalistica²¹, le quali per prime sono state sollecitate a discutere criticamente quei problemi in dialogo con le pronunce che la giurisprudenza andava accumulando sul tema²².

Negli ultimi anni, anche la dottrina costituzionalistica ha cominciato ad interessarsi di tali questioni, con un ritardo fisiologico ma con interesse progressivamente maggiore²³. Infatti, già a partire dagli anni '70 del secolo scorso la Corte costituzionale

²⁰ Con riguardo alla regolazione delle problematiche bio-giuridiche, di recente è stato proposto di distinguere tra modelli di normazione assiologicamente orientati (*value oriented*), «nei quali si predilige una concezione tradizionale del processo legislativo limitata al circuito politico e la legge assume la natura di fonte tendenzialmente esclusiva e dettagliata», e modelli di normazione «contraddistinti dal coinvolgimento di gradi crescenti di *expertise* e dei molti soggetti coinvolti nel processo legislativo e da una attribuzione di potere di *rule-making* oltre che di *adjudication* a favore di organismi tecnici» (*procedure oriented*), così C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, C. Piciocchi, M. Tomasi, G. Vaccari, *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto*, in A. Torre (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015, pp. 87 ss., in specie pp. 90-91. Con riguardo alla PMA v. S. Penasa, *La procreazione medicalmente assistita in prospettiva comparata: verso una modellistica inter-familiare?*, nello stesso volume, pp. 391 ss.

²¹ La dottrina penalistica che si è dedicata allo studio nel nesso di causalità nel processo penale è sterminata. Tra i molti si vedano F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000; Id., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 773 ss.; M. Romano, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in G. Forti, M. Bertolino (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, pp. 899 ss.; G. Fiandaca, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Dir. quest. pubbl.*, n. 5/2005, pp. 13 ss.; G. Canzio, *La causalità tra diritto e processo penale: modelli cognitivi e ragionamento probatorio*, in L. de Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2010, pp. 111 ss.; R. Bartoli, *Diritto penale e prova scientifica*, in G. Canzio, L. Luparà (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Padova, 2017, pp. 92 ss.

²² *Ex multis* cfr. R. De Luca Tamajo, *Nuove tecnologie e diritto alla riservatezza dei lavoratori*, Milano, 1988; G. Ponzanelli, G. Comandé (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, cit.; A. Amato, G. Flora, C. Valbonesi (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Torino, 2019; C. Ragni, *Scienza, diritto e giustizia internazionale*, Milano, 2020; A. Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017; M. Cuniberti (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, 2008.

²³ In ordine cronologico v. G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008; S. Penasa, *La legge della scienza. Nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, 2015; A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018; D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019;

italiana si è trovata a decidere della legittimità costituzionale di leggi che, o perché fondate su assunti di carattere scientifico o perché destinate a produrre effetti valutabili sulla base di cognizioni extra-giuridiche, presentavano una connotazione scientifica, e avrebbero pertanto dovuto giudicarsi alla stregua delle evidenze di tali scienze. Tuttavia, è solo sul volgere del nuovo Millennio che ha cominciato a porsi in tutta la sua attualità il problema di definire lo «statuto costituzionale della legge a contenuto tecnico-scientifico»²⁴, a mano a mano che le reciproche connessioni tra diritto e scienza venivano a delinarsi nella forma di questioni di legittimità costituzionale, ponendo interrogativi inerenti principalmente al rapporto tra discrezionalità legislativa e scienza medica.

Come ricordato, la parcellizzazione della conoscenza e la sempre più sofisticata specializzazione dei saperi ha determinato un generale aggravio nella comprensione di fenomeni la cui regolazione rende necessaria l'acquisizione di tecniche, nozioni ed esperienze di cui il decisore politico è normalmente sfornito. Il profilo concernente la formazione dell'atto normativo è, nondimeno, aspetto che si lega, inevitabilmente, a quello del suo trattamento in sede di controllo giurisdizionale, laddove si riconosca che il difetto o l'insufficienza di istruttoria scientifica ridonda in un vizio che inficia la legittimità dell'atto impugnato sul versante della sua ragionevolezza²⁵.

Se in un primo momento l'esclusione di queste problematiche dal processo costituzionale ha permesso ai giudici di Palazzo della Consulta di preservare intatta l'aurea di estraneità del giudizio sulle leggi dagli elementi di fatto che, al di là delle finzioni, inevitabilmente condizionano la legittimità degli atti legislativi²⁶, negli ultimi anni non solo tale tendenza si è invertita, ma l'atteggiamento astensionista dei giudici costituzionali ha finito per apparire ingiustificato a fronte di questioni formulate in

G. Ragone; Eine empirische Wende? *La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020.

²⁴ L'espressione è di A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., pp. 143 ss.

²⁵ La questione è stata ben evidenziata sul piano comparato, con specifico riguardo alle leggi in materia di procreazione medicalmente assistita, da S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., pp. 287 ss.

²⁶ Il giudizio sulle leggi, in quanto processo limitato al controllo della legittimità degli atti normativi di fonte primaria, viene notoriamente concepito come un raffronto tra norme nel quale le valutazioni del giudice dovrebbero limitarsi a considerazioni di puro diritto. In base a questa concezione, riferimenti alla realtà fattuale esterna alle norme non dovrebbero aver luogo nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale. E tuttavia si tratta di una tradizione dottrinale smentita, oltre che dagli studi più recenti in materia, dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Sul tema del rapporto tra 'fatto' e 'diritto', soprattutto in relazione al problema dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme giuridiche, v. *amplius* cap. II.

maniera via via più puntuale e sulla base di vicende che evidenziavano specifiche criticità applicative delle disposizioni impugnate. Sicché, a parte i casi nei quali la Corte ha potuto ‘cavarsela’ con sentenze interpretative di rigetto²⁷, in numerose altre occasioni ha dovuto dichiarare la incostituzionalità di disposizioni che si presentavano, in punto di applicazione, incongruenti in rapporto alla realtà fattuale, a causa della inflessibilità con cui il dato inequivoco di legge ostava ad interpretazioni capaci di coordinare la volontà politica trasfusa nell’atto legislativo con le più aggiornate evidenze scientifiche disponibili²⁸.

La questione del rapporto tra diritto e scienza appartiene, quindi, pienamente al raggio di interesse del costituzionalista, gettando nuova luce su temi classici del dibattito dottrinale (si pensi al tema dell’istruttoria nel processo costituzionale, o al problema dell’estensione del sindacato della Corte rispetto alle valutazioni della politica), ma evidenzia anche plasticamente i mobili confini del giudizio di costituzionalità, che seppur formalmente relegato al controllo di mera legittimità giunge sovente – i casi che si analizzeranno sono rappresentativi di quanto si va dicendo – a tralignare in un controllo sul merito delle scelte politiche del legislatore, aprendo nuove frontiere nel dibattito sugli sviluppi attuali e futuri della giustizia costituzionale e sul ruolo della Corte nel contesto della forma di governo italiana²⁹.

L’erompere dei fatti di scienza nel processo costituzionale ha, infatti, offerto il destro per caducare norme di legge che, all’atto pratico, mostravano il carattere

²⁷ È questo il caso delle sentenze n. 221/2015 e n. 180/2017, con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale della l. n. 164/1982, in materia di rettificazione anagrafica del sesso, sulla base del fatto che il dato letterale della legge si presentava sufficientemente flessibile da essere interpretato nel senso di permettere la rettificazione degli atti di stato civile anche in assenza della previa sottoposizione all’intervento chirurgico demolitorio-ricostruttivo dei caratteri sessuali primari. Sul punto si tornerà nel cap. III.

²⁸ È questo, invece, il caso delle sentenze n. 151/2009, n. 162/2014, n. 96/2015, n. 229/2015, con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità di diverse disposizioni della l. n. 40/2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, sia per mancanza di coordinamento della scelta legislativa con le evidenze offerte dalle scienze mediche, sia per illogicità della disciplina della PMA a tutela dell’embrione rispetto alle previsioni contenute nella l. n. 194/1978, in materia di interruzione volontaria della gravidanza. Su queste sentenze si farà il punto nel cap. III.

²⁹ Tra i contributi più recenti che si sono occupati, in generale, del tema v. O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014; D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020.

chiaramente ideologico del modello da esse incorporato, pensato per favorire un assetto di interessi ispirato ad una precisa concezione etica dei valori coinvolti³⁰.

Invero, proprio la matrice ideologica che ha ispirato la genesi di tali leggi ha in seguito portato al loro annullamento ad opera della Corte, da un lato perché una legge approvata a colpi di maggioranza risente di una strutturale chiusura che mal si concilia con le istanze del pluralismo, dall'altro perché la formale legittimazione democratico-maggioritaria non basta a salvare una legge dalla scure della dichiarazione d'incostituzionalità, laddove l'oggetto della normativa trovi la fonte principale della propria legittimazione in canali diversi dal circuito democratico³¹.

Per queste ragioni, la più recente giurisprudenza costituzionale che si è pronunciata su questioni concernenti il rapporto tra diritto e scienza (PMA, OGM, vaccini, consumo ambientale ecc.) sollecita – in maniera quanto mai attuale – una riflessione sulle forme di legittimazione nello Stato costituzionale contemporaneo, e di riflesso intorno a funzione, legittimazione e limiti del sindacato del Giudice costituzionale, il quale, in diverse occasioni, si è trovato al centro di uno scontro frontale con le forze politiche, che ciclicamente lamentano l'eccessivo attivismo della Corte sui temi eticamente controversi.

La complessità delle tematiche accennate richiederebbe una specifica trattazione per ciascuna di esse. Il tentativo non può, però, nemmeno essere intrapreso, perché così facendo si rischierebbe di deviare dall'obbiettivo che questo studio si propone: analizzare il rapporto tra diritto e scienza dall'angolo visuale della giustizia costituzionale, concentrando l'attenzione sul nesso tra esperienza giuridica e complessità scientifica nel

³⁰ È questo il caso – al quale sarà fatto più volte riferimento nel corso del presente lavoro – della l. n. 40/2004 (*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*).

³¹ Cfr. U. Adamo, *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, in *Consulta Online*, n. 1/2018, pp. 296 ss., per il quale «[n]on tutto può essere deciso per alzata di mano o attraverso il consenso popolare; ad esempio, non si ricorre al principio democratico per decidere se il sistema solare è eliocentrico ovvero geocentrico. Non tutto, *id est*, è decidibile con il ricorso alla validazione maggioritaria, in quanto alcuni temi devono essere affrontati secondo un metodo condiviso (accettato dalla comunità scientifica), che si definisce metodo scientifico.» (p. 296). In generale, con riguardo agli atti giuridici, F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 372 ss., ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 193, per il quale «la pretesa di razionalità, quando si tratta di problemi che coinvolgono la rilevanza causale di determinati fatti, può realizzarsi a propria volta solo attraverso l'applicazione delle tecniche che in un momento storico determinato sono sorrette dal comune consenso o suffragate dalle acquisizioni della scienza: in rapporto allo scopo perseguito dall'ordinamento siccome rispondente a una esigenza di giustizia, qualunque soluzione non conforme a quelle tecniche risulterebbe arbitraria e quindi ingiusta proprio perché irrazionale.»

giudizio di costituzionalità delle leggi in relazione alle singole fasi in cui si articola (verifica delle condizioni di ammissibilità e valutazione nel merito), sulle tipologie di tecniche decisorie più frequentemente impiegate per la risoluzione delle sollevate questioni ed infine sui criteri di modulazione dell'incisività del sindacato rispetto alla materia normata.

Preliminarmente, però, si ritiene necessario muovere da una premessa sulle modalità attraverso le quali il diritto si richiama alla scienza e la scienza entra nel mondo del diritto. La complessità di questa relazione suggerisce di partire dal problema della regolamentazione giuridica delle fattispecie a connotazione tecnico-scientifica, compito che naturalmente appartiene agli organi democratico-rappresentativi nella loro qualità di soggetti investiti della responsabilità politica di assumere le decisioni fondamentali nel governo di fenomeni che tangono tanto la sfera individuale quanto il complesso della società civile. Scienza e tecnica hanno, infatti, dato luogo a problematiche che, pur coperte dal loro carattere formalmente a-politico, assurgono inevitabilmente a problemi di politica del diritto, di cui istituzionalmente si occupano i legislatori e i giudici costituzionali.

Oggetto del presente capitolo sarà, dunque, la definizione dei concetti che più frequentemente saranno evocati nel prosieguo della trattazione, come 'scienza', 'tecnica', 'norma tecnica', 'discrezionalità tecnica' ecc.), l'analisi dei principali modelli di regolamentazione delle materie a connotazione tecnico-scientifica e il tema – connesso – delle fonti normative più adeguate per disciplinare fenomeni la cui complessità impone la ricerca delle soluzioni quanto più compromissorie nella garanzia delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte. Il tema interseca il problema della partecipazione dei soggetti interessati al procedimento di formazione della normativa che, tuttavia, non potrà che essere trattato per sommi cenni, al fine di anticipare alcune questioni nelle quali ci si imbatteva spesso nell'analisi della pertinente giurisprudenza costituzionale.

2. Il ruolo del diritto tra rivoluzione scientifico-tecnologica e cambiamenti sociali

Scienza e tecnica condizionano da sempre la vita dell'uomo. L'evoluzione della scienza e della tecnica viene favorita da un lato dal bisogno dell'essere umano di far fronte alle necessità che si frappongono al godimento di una esistenza libera e dignitosa, dall'altro dalla naturale propensione a ricercare metodi e strategie utili a superare i propri

limiti tecnici e biologici. Per molta parte della storia dell'umanità, tali necessità sono state essenzialmente di natura economico-produttiva, e sono state superate grazie al miglioramento delle tecniche di produzione, allo sgravio nello svolgimento dei lavori pesanti, all'intensificazione degli scambi commerciali favorita dallo sviluppo di metodi di trasporto e comunicazione più agili e veloci. I periodi storici in cui scienza e tecnica hanno maggiormente impattato sulla vita dell'uomo sono state le 'rivoluzioni industriali', in concomitanza con le quali si è assistito a modifiche strutturali di carattere economico, politico e culturale delle società europee, che attualmente vedono una naturale continuazione nella 'rivoluzione digitale'³². Questi mutamenti possono, nel complesso, essere tutti riferiti al processo di efficientamento scientifico-tecnologico, che ha modificato l'assetto delle mansioni lavorative, il sistema dei trasporti, gli strumenti di comunicazioni interpersonale, le tecniche di manipolazione agro-alimentare ecc.³³.

A partire dalla seconda metà del secolo scorso, però, sono state sviluppate tecniche di intervento biomedico e tecnologie medico-chirurgiche di manipolazione del corpo umano che hanno profondamente impattato sui beni giuridici di rilevanza costituzionale.

³² Il lemma 'rivoluzione industriale' viene generalmente impiegato per riferirsi al mutamento prodotto, soprattutto nel settore della manifattura tessile, dall'utilizzo dell'energia a vapore e dalla meccanicizzazione degli impianti produttivi nell'Inghilterra del XVIII secolo, dove storicamente si è diffusa su larga scala. Gli storici dell'economia individuano, nondimeno, altre rivoluzioni industriali che, al pari della prima, vengono fatte coincidere con altrettanti momenti di svolta nell'impiego di nuove tecnologie per la produzione e nell'organizzazione dei rapporti economici e sociali. La seconda rivoluzione è cominciata nella seconda metà del XIX secolo e si è protratta per circa un secolo: si è avuta in concomitanza con la scoperta di nuovi metodi di sfruttamento del petrolio, la produzione di energia elettrica e la diffusione dell'automobile e degli altri mezzi di trasporto automatizzati, e si caratterizza per la diffusione di un modello industriale organizzato su base fordista, nella quale la produzione di beni standardizzati avviene a partire dall'assemblaggio di singole parti anch'esse standardizzate e interscambiabili. La terza è notoriamente legata alla trasformazione delle strutture produttive dovuta alla tecnologizzazione delle filiere industriali, che ha interessato nella seconda metà del '900 prima gli Stati occidentali, poi gli Stati dell'Est asiatico; infine, la quarta rivoluzione si connota per la massiccia diffusione dell'informatica e dell'elettronica in ogni ambito socialmente rilevante, quindi non solo nelle filiere produttive ma anche nelle pubbliche amministrazioni, nelle strutture sanitarie, nelle scuole e finanche nelle private abitazioni. Sul punto v. S. Battilossi, *Le Rivoluzioni industriali*, Roma, 2002 (con periodizzazione parzialmente diversa da quella qui impiegata); S. Caravella, M. Menghini, *Race against the Machine. Gli effetti della quarta rivoluzione industriale sulle professioni e sul mercato del lavoro*, in *L'industria*, n. 1/2018; pp. 43 ss.; F. Andrei, A. Bruni, L. Tirabeni, *Fra corpi e dispositivi: processi di digitalizzazione e benessere dei lavoratori nella Quarta Rivoluzione Industriale*, in *Soc. lav.*, n. 11/2020, pp.158 ss. In relazione alla 'rivoluzione digitale', cfr. L. Floridi, *La quarta rivoluzione*, cit., p. IX, per il quale le tecnologie informatiche «sono divenute forze ambientali, antropologiche, sociali e interpretative» che «creano e forgianno la nostra realtà fisica e intellettuale, modificano la nostra auto-comprensione, cambiano il modo in cui ci relazioniamo con gli altri e con noi stessi, aggiornano la nostra interpretazione del mondo, e fanno tutto ciò in maniera pervasiva, profonda e incessante»

³³ Per una complessiva panoramica dei cambiamenti economici, sociali e culturali che si sono registrati nei trent'anni successivi dalla Seconda Guerra Mondiale v. E. J. Hobsbawm, *Il secolo breve*, Milano, 1995, pp. 303 ss.

A mano a mano che il progresso tecnologico ha lambito gli aspetti maggiormente sensibili della persona umana, la linea di confine tra rischio e beneficio si è fatta più labile. Le rivoluzioni della quarta ondata si differenziano da quelle del passato per l'evidente maggiore pervasività con cui incidono sulla quotidianità di ciascun individuo: dal mondo del lavoro alle relazioni personali, dal rapporto con la pubblica amministrazione alla giustizia nelle aule di tribunale, dalla comunicazione interpersonale al rapporto tra medico e paziente, nessun campo dell'azione umana ne è rimasto immune. Gli effetti delle rivoluzioni tecnologiche non possono pertanto essere messi indistintamente sullo stesso piano, dal momento che essi impattano in misura diversa e sotto diversi aspetti sui diritti della persona e sugli altri interessi che l'ordinamento costituzionale tutela e promuove.

Gli effetti prodotti dalle rivoluzioni scientifico-tecnologiche pongono ad un tempo opportunità e rischi ai valori della società nel suo complesso, e impongono agli organi dotati di responsabilità politica di prevedere un'adeguata regolamentazione delle materie a connotazione tecnico-scientifica per indirizzare i mutamenti prodotti dallo sviluppo tecnologico verso soluzioni rispondenti a criteri di conformità rispetto ai valori consacrati nella Carta costituzionale. Valori che, com'è noto, non sono neutri rispetto all'impatto delle nuove tecnologie e che, pur nel contesto di una realtà sociale in continua evoluzione, trainata da una scienza che non conosce confini, sono stati positivizzati per durare nel tempo. Le 'Costituzioni lunghe' del XX secolo contengono infatti prescrizioni per principi, in prevalenza ampie e indeterminate, che al fondo sono la consacrazione di valori politici ed etico-sociali sui quali i Padri Costituenti hanno voluto erigere le fondamenta del nuovo ordinamento statale. Lungi dal modello prettamente proceduralista di stampo kelseniano, le Costituzioni europee contemporanee si connotano per essere la risultante di un'impostazione assiologica che indirizza e orienta la produzione normativa verso precise – sebbene non univoche – soluzioni di tipo tecnico-giuridico³⁴. Valori idealmente

³⁴ Su questo aspetto si veda A. Giovannelli, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milano, 1983, pp. 278 ss., il quale evidenzia la difficoltà di trasporre il modello kelseniano di giustizia costituzionale in Italia, perché il carattere proprio delle Costituzioni lunghe novecentesche risiede proprio nel loro essere 'impregnate di valori', in una logica ben lontana dalla dottrina pura kelseniana. Scrive l'Autore: «Se non s'intende la Costituzione semplicemente come un insieme di limiti formali posti all'attività del legislatore, ma piuttosto come una norma sostanziale esprimente la tensione verso la realizzazione di un assetto sociale in certa misura confliggente col sistema dei rapporti presente all'interno della collettività, ne consegue che il compito del giudice costituzionale implica necessariamente l'impegno di cogliere l'essenza dei valori della Costituzione, svolgendo, in rapporto ad essi, non una funzione meramente negativa, ma anche un ruolo di orientamento e un'attività di stimolo nei confronti del Parlamento, collaborando attivamente con questo alla loro concreta attuazione nella società» (pp. 282-283).

protesi al futuro, e si pongono come una linea direttrice per i cittadini del presente e del domani³⁵.

È evidente, pertanto, che un atteggiamento biecamente astensionista di fronte alle sfide poste dal progresso scientifico-tecnologico, oltre ad essere inadeguato ad assicurare uno sviluppo della realtà sociale coerente col disegno tracciato nella Carta fondamentale, non è affatto neutro sul piano dei principi costituzionali. Sicché, per far fronte ai rischi derivanti da una incontrollata deriva tecnologica, le istituzioni rappresentative nazionali e internazionali si attestano significativamente su posizioni di prevalente interventismo nella disciplina della ricerca scientifica e nella regolazione sull'uso delle applicazioni tecnologiche, confermando la consapevolezza degli organi politici sul fatto che la società tecnocratica pone sfide che aumentano il bisogno di stabilire limiti certi entro i quali un dato comportamento può ritenersi ammissibile e giuridicamente legittimo.

In un contesto nel quale una parte consistente delle decisioni inerenti alla disciplina di settori quali la produzione economica, la tutela dell'ambiente, la sperimentazione agro-alimentare, il rapporto di cura avviene a mezzo della legge generale e astratta, aumenta per converso il numero delle occasioni nelle quali la Corte costituzionale è chiamata a vagliare l'adeguatezza scientifica delle leggi sottoposte alla sua attenzione.

Come noto, la principale difficoltà nel governare la scienza e la tecnica sta nel fatto che esse non conoscono confini territoriali, visto che la circolazione del sapere e dei frutti tecnologici prescinde, nell'odierno mondo globalizzato, dagli incerti e instabili confini dello Stato nazionale³⁶. Cionondimeno, la debolezza delle istituzioni politiche nazionali di fronte alle sfide della post-modernità non può tradursi nella rinuncia ad assolvere alle funzioni di tutela e di garanzia che la Costituzione fa incombere su di esse, soprattutto quando si tratti di difendere beni come la vita, la salute, la libertà. Il nuovo potere tecnologico è una espressione post-moderna di controllo sul corpo e sulla libertà dell'individuo, un potere che, a fronte di una pretesa immunità dalla politica, fa insorgere – tutt'al contrario – il bisogno di regole giuridiche certe, una sorta di pangiuridicizzazione resa necessaria dall'incertezza che contorna certe applicazioni tecnologiche. A tal

³⁵ L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra Carta per il futuro*, Milano, 2012, p. 22.

³⁶ Cfr. Sul punto v. G. Volpe, *Libertà e diritti dalla modernità alla biopolitica: l'individuo, la persona, l'uomo-specie, i diritti umani*, in C. Amato- G. Ponzanelli (a cura di), *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, pp. 339 ss.

proposito, è stato giustamente affermato che «la normativizzazione assoluta della vita è divenuta la manifestazione più sensibile della sovranità ed, al contempo, la prestazione più richiesta per l'esercizio dei diritti di libertà nell'età della tecnica»³⁷.

La messa a punto di efficaci strategie per disciplinare scienza e tecnica è una sfida che si trovano ad affrontare tutte le società contemporanee, ma valutazioni politiche, precomprensioni culturali e interessi economici contingenti possono determinare una notevole diversità di strategia nell'edificazione di una piattaforma normativa idonea a rispondere alle aspettative di regolazione.

2.1 I diversi approcci nella regolazione giuridica dei fenomeni a connotazione tecnico-scientifica e scientifico-tecnologica, tra interventismo e astensionismo

Un problema che tutti gli ordinamenti politici si trovano ad affrontare in relazione alle novità prodotte dalla scienza consiste dunque nella ricerca di limiti in grado di fissare un punto di equilibrio tra le istanze di autonomia nel godimento della libertà individuale da parte del singolo e le rivendicazioni collettive tese all'adozione di un approccio precauzionale nel trattamento giuridico delle fattispecie dubbie.

Sul piano costituzionalistico, il problema della scelta di una tra le plurime strategie di regolazione del fenomeno scientifico-tecnologico si pone prevalentemente sul piano individuale, in esito ad un processo di liberazione della persona dalla limitatezza delle proprie facoltà (resa possibile grazie alle nuove applicazioni tecnologiche) che ha avvalorato la pretesa del singolo di non soggiacere a limitazioni nell'accesso ai beni e servizi biotecnologici messi a disposizione dalla scienza e dalla tecnica. Le nuove possibilità disvelate dalla tecno-scienza determinano uno spostamento dei confini da una logica di 'necessità' ad una di 'scelta', perché – come è stato scritto – «facts turned into choices [...] what in the past simply happened, has become a possibility that may be chosen by individuals»³⁸.

³⁷ L. Buffoni, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, in *Oss. fonti*, n. 2/2010, p. 3.

³⁸ C. Piciocchi, *Bioethics and Law: between Values and Rules*, in *Ind. J. Gl. L. St.*, 2006 (12), p. 471.

Nondimeno, ad una impostazione che vede il diritto politico in ogni caso soccombere di fronte al potere di una scienza che abilita l'individuo a definire le regole del proprio agire³⁹, è stato correttamente fatto notare che «solo in apparenza, lo iato che si crea tra soggettività della persona ed oggettività/potenzialità della scienza si colma riconoscendo alla persona, nella specie al paziente, un potere decisionale che implicherebbe una sorta di “riappropriazione”, di vittoria finale sulla scienza, tutta giocata sul fronte della conoscenza»⁴⁰.

In molti casi, l'ordinamento si avvede che dietro la sconfinatezza di una libertà germinata dalle applicazioni scientifiche spesso si cela il rischio che una situazione di formale ‘possibilità’ appaia al soggetto come l'unica via perseguibile nel proprio interesse, traducendosi perciò in una ‘necessità’ che, invece di ampliare la libertà di scelta dell'individuo, lo costringe a optare per una via che magari appare la più scontata, ma probabilmente non offre la migliore soluzione alla sua volontà. La comprensione di ciò che la scienza dice può apparire distorta all'uomo comune alla ricerca di soluzioni pratiche ed immediate per affrontare i dilemmi della vita. Così, prendendo le mosse da tale assunto, anche gli Stati di sicura tradizione liberale non rinunciano a porre dei limiti all'esercizio incondizionato della libertà di autodeterminarsi da parte del singolo⁴¹.

Ma quali e quanto consistenti possono essere i limiti che lo Stato pone alla libertà dell'individuo di decidere come salvaguardare la vita, la salute e l'integrità della persona? Quali gli strumenti per attuare un paternalismo biopolitico in linea con le ideologie dello Stato costituzionale di diritto?

Gli ordinamenti giuridici possono adottare almeno tre approcci nel regolamentare il dato scientifico-tecnologico, ciascuno dei quali offre mezzi e soluzioni diverse per rispondere

³⁹ Cfr. A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, cit., il quale utilizza la metafora della scienza che mette nelle mani dell'individuo il «compasso della libertà», permettendogli di definire di volta in volta i confini e i limiti della propria azione, una assoluta sovranità rispetto alle scelte esistenziali che avrebbe l'effetto di escludere la legittimazione dello Stato a stabilire regole limitatrici della volontà individuale.

⁴⁰ G. Autorino Stanzone, *Ricerca scientifica, consenso, tutela della persona*, cit., p. 329.

⁴¹ Emblematico è il caso delle leggi a difesa del diritto alla vita che, pur essendo per definizione il bene più personale che ciascuno ha e, nel caso in cui la persona intenda rinunciarvi, teoricamente non incontra alcun altro diritto o interesse costituzionale concorrente, viene tutelato dagli ordinamenti liberal-democratici anche contro comportamenti autolesionistici della persona. Stesso discorso vale, sebbene in termini parzialmente diversi rispetto al citato caso del diritto alla vita, per la libertà di disporre del proprio corpo, che viene fatto oggetto di protezione da parte dell'ordinamento giuridico in situazioni nelle quali lo Stato reputa che l'attuazione di determinate modalità di disposizione di singole parti del proprio corpo sia obiettivamente contraria all'integrità personale dell'individuo.

alle esigenze di tutela che la comunità politica percepisce sulla base della propria sensibilità etico-sociale.

Un primo approccio è di opposizione e totale chiusura rispetto ad una determinata applicazione tecnologica, in ragione del forte disvalore che la società le riconnette e che l'ordinamento giuridico sanziona stabilendo divieti, anche a mezzo della legge penale. Un esempio di questo approccio è dato dai divieti di maternità surrogata e di ricerca sugli embrioni a scopo non terapeutico sanciti dalla normativa italiana in materia di PMA⁴².

Un secondo approccio è quello attendista, nel quale il legislatore adotta un atteggiamento di equidistanza rispetto ad una data applicazione, non prendendo partito a favore o contro di essa, vuoi perché nella società vi è la convinzione diffusa della necessità che sia garantito in tale campo uno spazio d'azione svincolato dal diritto (un *rechtsfreier Raum*), vuoi perché i traguardi raggiunti dalla ricerca scientifica sono promettenti e non destano particolare allarme sul piano dei risvolti etici. Sarebbe questo, ad esempio, il caso della 'clonazione terapeutica', che si prospetta come un'applicazione estremamente utile alla cura di certe menomazioni corporee, e che, implicitamente, trova legittimazione in quelle disposizioni normative che si limitano a vietare la sola 'clonazione riproduttiva'⁴³.

Il terzo approccio è stato definito di «autonomia amministrata»⁴⁴, una via intermedia rispetto alle precedenti che si caratterizza per il fatto che una determinata materia viene regolamentata dalla legge per linee generali, stabilendo pochi vincoli esterni, ma lasciando per il resto un certo margine di libertà all'autonomia privata. Rientrano in questo terzo approccio molte normative – soprattutto straniere – che recentemente hanno affrontato temi bioetici, in materia ad esempio di inizio e fine vita,

⁴² Cfr. G. Autorino Stanzone, *Ricerca scientifica, consenso, tutela della persona*, in G. Comandé, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, pp. 299 ss. I riferimenti normativi sono contenuti nella l. n. 40/2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, ed in specie all'art. 12, co. 6 per il divieto di realizzazione, organizzazione o pubblicizzazione della pratica della surrogazione di maternità (nota anche come 'gestazione per altri') e all'art. 13, co. 3 per il divieto di ricerca clinica e sperimentazione sull'embrione umano non giustificata da finalità terapeutiche o diagnostiche.

⁴³ G. Autorino Stanzone, *Ricerca scientifica, consenso, tutela della persona*, cit., p. 305. Il riferimento è all'art. 13, co. 3, lett. c) della stessa l. n. 40/2004, che vieta gli interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo, o di scissione precoce dell'embrione o di ectogenesi «sia a fini procreativi sia di ricerca»: come si vede, la norma si limita a vietare solo quelle forme di clonazione che si attuano mediante manipolazione dell'embrione, ma non vieta anche altre forme di clonazione che inducono la riproduzione cellulare per riparare tessuti e organi degenerati nei soggetti lesi.

⁴⁴ G. Autorino Stanzone, *Ricerca scientifica, consenso, tutela della persona*, cit., p. 306.

sperimentazione clinica, accesso a cure alternative ecc. L'ordinamento, in tali casi, si limita a stabilire direttive e linee generali di comportamento, tanto per i prestatori dei servizi quanto per gli utenti, ma confida nella capacità dei singoli di saper gestire la propria libertà in maniera responsabile. Nell'ordinamento italiano, un istituto giuridico che si pone nel solco di tale modello è dato dalle disposizioni anticipate di trattamento e dalla pianificazione condivisa delle cure⁴⁵.

Altri preferiscono distinguere tra 'modelli impositivi' e 'modelli permissivi', dando comunque atto che all'interno di ciascun modello vi è una pluralità di approcci intermedi che possono differenziare anche sensibilmente il modo in cui ciascun ordinamento regola una determinata materia⁴⁶.

L'iscrizione ad uno piuttosto che ad un altro modello non rappresenta mai un dato statico ma solo un punto di partenza, visto che col passare del tempo un ordinamento può evolvere, in concomitanza con il mutamento della coscienza sociale e l'emergere di nuove istanze etiche, verso un altro modello. In tali casi, il movimento più comune è il passaggio da un modello chiuso e oppositivo ad uno più aperto e liberale, ma vi sono anche ipotesi marginali nelle quali si è assistito al movimento opposto: questo è stato, ad esempio, l'approccio dell'ordinamento italiano alla regolamentazione della procreazione medicalmente assistita, in quanto da una situazione di sostanziale anomia⁴⁷ si è passati, a

⁴⁵ In particolare, le dichiarazioni anticipate di trattamento (DAT), disciplinate all'art. 4 della l. n. 219/2017, consistono in dichiarazioni redatte in forma di atto pubblico, scrittura privata autenticata o scrittura privata consegnata personalmente dal disponente all'ufficiale di stato civile, mediante le quali una persona maggiorenne e capace di intendere e di volere può «esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari» per il caso di «un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisiti adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle proprie scelte». La pianificazione condivisa delle cure, disciplinata dall'art. 5 della stessa l. n. 219/2017, è un istituto simile, per mezzo del quale ciascuna persona che si trovi nelle condizioni di cui all'art. 4 può pianificare il percorso terapeutico che gli debba essere praticato nel caso dell'«evolversi delle conseguenze di una patologia cronica e invalidante o caratterizzata da inarrestabile evoluzione con prognosi infausta».

⁴⁶ Cfr., ad esempio, C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino, III ed. 2012, pp. 112 ss.

⁴⁷ Prima dell'approvazione della l. n. 40/2004, il complesso normativo di riferimento per la regolazione della fecondazione artificiale era costituito, prevalentemente dagli articoli del codice civile sull'attribuzione di maternità e paternità, oltre alle normative di settore in materia di interruzione volontaria della gravidanza (l. n. 194/1978) e di adozione (l. n. 184/1983). Con riguardo, poi, alla fecondazione artificiale, sia omologa che eterologa, vi erano alcuni decreti del Ministro della Salute riguardanti la donazione di gameti e la protezione dell'anonimato dei donanti. Il completamento di questo sparuto *corpus* di regole è stato per il resto affidato al lavoro della giurisprudenza, soprattutto di merito. Una ricostruzione del quadro normativo anteriore all'entrata in vigore della l. n. 40/2002 è offerta in B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., pp. 17 ss.

seguito dell'approvazione della l. n. 40/2004, ad una situazione giuridica segnata da severi divieti.

L'opzione per un modello piuttosto che per un altro dipende, ovviamente, anche dalla cultura e dalla tradizione giuridica di un ordinamento. Negli ordinamenti di *common law*, ad esempio, è pratica consolidata e tendenzialmente accettata consentire l'attribuzione della genitorialità di un bambino nato da maternità surrogata in forza di una previa stipulazione contrattuale. Per converso, negli ordinamenti di *civil law* la fonte negoziale continua ad essere considerata uno strumento inadeguato ad assicurare la piena garanzia dei diritti del bambino nato da maternità surrogata o della stessa gestante, tanto che nella maggior parte degli Stati europei tale pratica è vietata ed è considerata contraria all'ordine pubblico⁴⁸. Similmente, può osservarsi come negli ordinamenti europei vi è una certa riluttanza ad impiegare l'istituto della proprietà privata per giustificare atti di disposizione su parti del proprio corpo (si tratti di organi, tessuti o anche solo frammenti di DNA), mentre al contrario nei Paesi di tradizione anglo-americana tale approccio viene generalmente accettato come facoltà connessa alla garanzia dell'*habeas corpus*. Simili riserve venivano opposte sul continente europeo quando si discuteva della possibilità di disporre l'interruzione dei trattamenti sanitari mediante disposizioni anticipate e/o testamento biologico, considerati mezzi strutturalmente inadatti cui affidare le decisioni sugli aspetti esistenziali della persona⁴⁹.

In tutte queste ipotesi, l'ordinamento riflette una precisa concezione del valore della persona e dei limiti alla capacità di questa di disporre dei propri interessi esistenziali, che in alcuni ordinamenti si esplica mediante la prevalenza della libertà di autodeterminazione dell'individuo, in altri mediante l'apposizione di confini invalicabili.

⁴⁸ Per una approfondita disamina sullo statuto della maternità surrogata nei principali Stati europei ed extra-europei v. S. Agosta, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, n. 1/2018, pp. 79 ss.

⁴⁹ Una ricostruzione critica delle teorie proprietarie del diritto alla vita è offerta in F. Cavalla, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle decisioni sull'eutanasia*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009, pp. 57 ss.

3. *Tra legge e regolamento: il problema della fonte più idonea nella regolazione giuridica del fenomeno tecnico-scientifico*

Il rapido progresso che interessa il settore delle biotecnologie e, in generale, tutti gli ambiti scientificamente connotati porta a ritenere preferibile l'utilizzo di fonti normative possibilmente flessibili, facilmente adattabili ai cambiamenti che si registrano nel settore scientifico interessato. La rete di connessioni che le biotecnologie instaurano tra una pluralità di soggetti richiede, inoltre, il massimo coinvolgimento di tutti gli interessati, in modo che le istanze di ciascuno siano opportunamente considerate e bilanciate ai fini della decisione finale.

Alla scelta di lasciare la disciplina di tali aspetti alla (totale) autoregolamentazione privata si prospetta l'alternativa di prevedere momenti d'intermediazione pubblicistica. Pratiche come l'interruzione volontaria della gravidanza, la fecondazione medicalmente assistita e l'aiuto medico a morire non sono, di regola, mai totalmente rimesse all'autonoma determinazione dell'individuo, ma vengono consentite sotto l'ègida sorvegliata dello Stato, che si fa carico della tutela dei valori coinvolti in ciascuna di esse (il diritto alla salute psico-fisica della donna, il diritto alla vita degli embrioni prodotti mediante PMA, il diritto alla vita di ciascun individuo, soprattutto delle persone deboli e vulnerabili ecc.).

Il problema della produzione normativa nei settori della bioetica e del biodiritto rappresenta, forse, l'argomento più dibattuto nell'attuale fase del 'costituzionalismo politico'⁵⁰, in cui la tematica del rapporto tra individuo e autorità viene continuamente riaccesa dallo scontro tra posizioni ideologiche che polarizzano il dibattito sui temi eticamente sensibili in società pluralistiche profondamente divise nell'approccio sia sul metodo che sul merito.

Ciò ha ricadute importanti anche nella scelta della fonte normativa cui affidare la regolamentazione di ciascuna materia a connotazione tecnico-scientifica. L'opzione per una forma procedimentale piuttosto che per un'altra risulta condizionata dalla tipologia di intervento che si vuole attuare e dal titolo con cui il singolo individuo partecipa alla formazione della decisione.

⁵⁰ Sul concetto di 'costituzionalismo politico', e sulla differenza rispetto al 'costituzionalismo giuridico', cfr. M. Goldoni, *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Dir. quest. pubbl.*, n. 10/2011, pp. 337 ss.; O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., pp. 226 ss.

Generalmente, nel momento in cui la pubblica autorità procede alla regolazione della materia tecnico-scientifica in relazione a diritti e interessi che riguardano l'individuo *uti singulus*, quale portatore di istanze che riguardano se stesso e non altri, la necessità di assicurare parità di trattamento induce a trasfondere la regola in una norma di legge. Al contrario, quando oggetto di regolamentazione è un interesse che riguarda una pluralità di associati, trattandosi di una situazione giuridica non scindibile per ciascun individuo (il quale vi partecipa *uti socius*), la fonte preferita di solito è il regolamento o l'atto amministrativo.

L'istanza di partecipazione alla formazione della decisione può, dunque, essere perseguita a monte mediante il coinvolgimento nell'ambito del procedimento legislativo oppure del procedimento amministrativo, con eventuale delega alla pubblica amministrazione (di solito, una autorità amministrativa indipendente) di stabilire di volta in volta le regole più adeguate a regolare il caso concreto. Ciò vale sia per quanto riguarda la partecipazione del cittadino alla formazione democratica della decisione, sia per quanto riguarda il contributo dell'*expertise* alla produzione istruttoria di elementi utili a garantire l'adeguatezza scientifica della soluzione tecnica prescelta.

Queste due vie, sebbene sotto diversi aspetti offrano garanzie assimilabili, non sono equivalenti, ma possono semmai ritenersi complementari.

Nell'ambito della riflessione svolta in seno alla dottrina amministrativistica si è da tempo raggiunta la consapevolezza che tra la fase del procedimento e quella del processo vi è una linea di continuità, che fa sì che le vicende del primo si comunichino al secondo⁵¹. Infatti, l'apprestamento di garanzie di partecipazione in sede procedimentale contribuisce da un lato a coinvolgere già al momento della formazione dell'atto i soggetti interessati e i terzi esperti nell'apporto di cognizioni utili alla elaborazione di norme scientificamente razionali, dall'altro a contenere il livello di conflittualità dovuta ad un procedimento non rispettoso di tutte le istanze coinvolte. L'anticipazione delle garanzie in sede procedimentale ha un evidente carattere deflattivo sul piano processuale e, oltre ad alleggerire la pressione sui tribunali, conferisce stabilità alla normativa di settore⁵².

⁵¹ È la lucida intuizione, oggi universalmente accolta, di M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 252 ss.

⁵² A questo proposito si vedano le considerazioni di C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica tra procedimento e processo*, Napoli, 2008, pp. 226 ss.

La complessità della regolazione delle materie aventi carattere tecnico-scientifico dovrebbe indurre a preferire la produzione normativa di fonte secondaria in luogo della produzione di rango legislativo, vista la maggiore flessibilità della prima rispetto alla seconda, come potrebbe anche evincersi dal carattere intrinsecamente amministrativo dell'attività dei poteri pubblici nel campo della scienza e della tecnica.

Tali riflessioni, che hanno avuto i loro albori nel contesto storico definito dal consolidamento dello Stato amministrativo, in parallelo con una concezione dello Stato di diritto che vedeva nella legge uno strumento deputato a disciplinare in negativo l'azione dei consociati ma senza offrire garanzie di contenuto⁵³, possono (e debbono) essere traslate in un contesto storico e giuridico, come quello attuale, nel quale si è passati definitivamente allo Stato costituzionale di diritto⁵⁴, in cui la legge perde la sua posizione apicale nel sistema delle fonti del diritto e cede il passo a Costituzioni rigide assiologicamente orientate.

Bisogna, infatti, considerare la fondamentale diversità che intercorre tra il ruolo che la legge aveva in epoca liberale e il ruolo che ad essa è affidato nell'attuale contesto dello Stato sociale. In epoca liberale, le assemblee elettive legiferavano prevalentemente allo scopo di stabilire limiti negativi al libero esplicarsi dell'autonomia privata (la quale godeva di un generale riconoscimento quale istituto veicolare rispetto alla conservazione e all'aumento della ricchezza privata)⁵⁵, in particolare per coordinare l'intraprendenza

⁵³ In Germania, il concetto di *Rechtsstaat* era stato declinato come dottrina del diritto e dello Stato che vedeva nella legge una fonte del diritto espressione del potere legiferante del Parlamento eletto, la cui funzione era di contenere in negativo lo sconfinato potere del Governo, ma non anche di arrestare l'azione di questo entro i rigorosi confini delineati dalla legge stessa, sulla base dell'implicito assunto che doveva ritenersi consentito tutto quanto non fosse espressamente vietato dalla legge (c.d. *monarchisches Prinzip*). Sul rapporto tra legge e amministrazione nella dottrina tedesca del XIX sec. v. D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, pp. 39 ss. Come spiegano L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, p. 364, la speciale configurazione del rapporto tra legge e atto governativo nella realtà tedesca è dovuta alla difficile parlamentarizzazione della monarchia costituzionale.

⁵⁴ Sulle implicazioni del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto, e del nuovo ruolo che ha assunto la legge in concomitanza con l'affermarsi dello Stato sociale, v. M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, pp. 90 ss.; R. Bin, *Lo stato di diritto*, Bologna, II ed. 2017, pp. 23 ss.; L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016, pp. 51 ss.

⁵⁵ Ciò non contraddiceva, peraltro, il fatto che in epoca liberale i diritti di libertà potessero essere diversamente modulati nel contenuto a mezzo della semplice modifica della legge, mancando negli Statuti di epoca liberale la garanzia di un contenuto minimo sottratto a revisione legislativa. Cfr. M. Fioravanti, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, III ed. 2014, p. 127, per il quale «[n]ello Stato liberale di diritto del diciannovesimo secolo, l'ampiezza delle libertà civili, cosiddette 'negative', così come le forme di garanzia di quelle libertà, dipendono da un atto di autolimitazione dello

economica dei privati con gli interessi pubblici dello Stato, per adempiere a quei compiti indispensabili (quali l'amministrazione della giustizia, la riscossione delle imposte, la difesa nazionale) che appartengono al *proprium* dell'organizzazione statale. Con l'avvento dello Stato sociale, si assiste parallelamente all'espansione delle funzioni degli apparati pubblici (e, quindi, della legge), che non viene più relegata a mero strumento di normazione negativa ma diviene un mezzo generale di attuazione delle politiche sociali per la redistribuzione della ricchezza e la dispensazione di servizi pubblici⁵⁶.

Sebbene i procedimenti di produzione normativa (legislativo da un lato, amministrativo da un altro) abbiano acquisito caratteri che li accomunano per la gran parte, al punto che oggi sono divenuti pressoché interscambiabili – salvo poi differenziarsi in ragione del diverso grado di speditezza e flessibilità della fonte secondaria –, si deve nondimeno escludere che essi possano considerarsi totalmente alternativi.

Sotto molti aspetti, il procedimento amministrativo rimane tutt'oggi il luogo più idoneo a convogliare nella sede decisionale l'insieme dei contrapposti valori e interessi in gioco nelle fattispecie scientificamente e tecnicamente complesse⁵⁷, il governo delle quali difficilmente potrebbe venire perseguito una volta per tutte con norme generali ed

Stato sovrano; ed anche le libertà politiche, cosiddette 'positive', in modo perfettamente simmetrico, dipendono da un atto di sovranità dello Stato, che chiama gli individui-elettori a svolgere una funzione pubblica, ovvero a designare la classe politica dirigente»; Id., *Costituzionalismo*, cit., pp. 94 ss.

⁵⁶ Il nuovo interventismo statale sortiva, nondimeno, effetti strutturali tanto sul piano della fonte legislativa che su quello dell'atto amministrativo: l'accrescimento di funzioni dell'apparato statale, se da un lato si realizzava nella rivalutazione del ruolo della legge come mezzo di legittimazione politica e di garanzia del pluralismo rappresentativo, si accompagnava alla moltiplicazione delle manifestazioni in cui la potestà amministrativa andava ad incidere sulla sfera privata (a mezzo di autorizzazioni e concessioni). Sul punto v. L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 382 ss.

⁵⁷ Sul punto cfr. M. Cartabia, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991, spec. pp. 52 ss., per la quale il procedimento amministrativo svolge essenzialmente tre funzioni: una funzione di garanzia, in quanto strumento che permette al cittadino di interloquire con la pubblica amministrazione e di contribuire alla formazione dell'atto autoritativo, avendo così la possibilità di far presente tutti gli aspetti rilevanti che lo concernono e contribuire alla difesa preventiva delle proprie situazioni giuridiche; una funzione democratica, intesa come garanzia di partecipazione del cittadino alla formazione delle decisioni che riguardano la cosa pubblica; infine una funzione istruttoria, mediante la quale il privato cittadino può contribuire a portare all'attenzione della PA ulteriori elementi o fonti di conoscenza utili a creare una piena cognizione dello stato di fatto e di diritto della realtà su cui si interviene, creando così le migliori condizioni per una decisione rispettosa dei canoni di legittimità e di opportunità.

Le tre funzioni del procedimento amministrativo non si escludono reciprocamente, e anzi possono coesistere. Nondimeno, la funzione prevalente ad esso conferita dipende in concreto dalle modalità con le quali la legge lo disciplina, soprattutto dalle norme che regolano la partecipazione e il contraddittorio tra il privato e la PA.

astratte. In queste ipotesi, si preferisce riservare alla legge il compito di stabilire i principi generali in base ai quali la P.A. dovrà svolgere la propria attività, lasciando per il resto alle pubbliche amministrazioni l'onere di provvedere secondo quanto ritenuto di volta in volta più opportuno: così, ad esempio, nella gestione degli interessi di natura economica, per il governo dei quali viene normalmente affidata alla legge la funzione di mera programmazione e a successivi atti amministrativi la specificazione dei criteri per la realizzazione del programma e la determinazione dei singoli contenuti provvedimenti. In siffatte ipotesi, una legislazione per 'clausole aperte' potrebbe venire interpretata come implicito riconoscimento della funzione essenzialmente amministrativa dell'attività regolata, col che dovrebbe dedursi una sorta di preferenza per le fonti di normazione secondaria, come regolamenti e atti amministrativi generali⁵⁸.

A prescindere dal fatto che la Costituzione stabilisca espressamente la riserva di legge per la regolamentazione di alcune materie (che varrebbe solo per quelle espressamente indicate)⁵⁹, ci si potrebbe chiedere se la legge non sia comunque da considerare la fonte preferibile per la disciplina di beni giuridici e l'esercizio di diritti che, vista la loro strutturale inerenza agli aspetti più personali dell'individuo, hanno sicura rilevanza costituzionale. Se così si intende la garanzia del diritto a formare una famiglia con figli, del diritto all'identità di genere, del diritto all'integrità della linea genetica e, in generale, del diritto alla salute (autonomamente considerato rispetto ai profili citati), la garanzia di una disciplina generale stabilita per legge dovrebbe reputarsi non solo opportuna, ma addirittura necessaria. Né, d'altronde, potrebbe ritenersi sufficiente

⁵⁸ Cfr. L. Violini, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1986, p. 26, la quale (con riferimento all'ordinamento statunitense, secondo un principio estensibile ad altri ordinamenti) afferma che «la concezione di procedimento amministrativo come forma di garanzia del rispetto dei diritti sanciti dalla costituzione, unitamente alla indipendenza di certe autorità amministrative, ha così posto la base per una adeguata legittimazione dei vasti poteri discrezionali conferiti in nome della competenza tecnica alla pubblica amministrazione nella applicazione delle leggi e nel perseguimento dell'interesse pubblico».

⁵⁹ La riserva di legge è un istituto unanimemente conosciuto dalle Costituzioni democratiche del secondo Novecento, essendo il frutto di una tradizione culturale storicamente e logicamente presupposta dal neo-costituzionalismo. Discorso a parte vale per quegli ordinamenti (come la Francia) che contemplan una riserva di regolamento. Come noto, la dottrina attribuisce alla riserva di legge una duplice funzione: da un lato una funzione di garanzia, di tutela dei diritti fondamentali contro gli eccessi del potere esecutivo; dall'altro una funzione in senso lato 'democratica', di riserva della legittimazione a normare una certa materia agli organi della rappresentanza politica. Cfr. R. Guastini, voce *Legge (Riserva di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 167; S. Fois, *La «riserva di legge». Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, p. 303; A. Di Giovine, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, pp. 64 ss.

demandare la loro tutela singolarmente ad autorità amministrative indipendenti in assenza di qualsivoglia direttiva stabilita in forza di una decisione vincolante del corpo rappresentativo: la legge, infatti, in un ordinamento che eleva l'eguaglianza a valore fondamentale, è lo strumento prediletto per porre le condizioni e i limiti entro i quali l'esercizio di un diritto può svolgersi nel rispetto dei diritti concorrenti degli altri soggetti coinvolti⁶⁰.

Le democrazie contemporanee si caratterizzano, infatti, per essere regimi politici il cui elemento differenziale è, da un lato, l'incorporamento nelle rispettive Carte costituzionali di valori e cataloghi di diritti che è precluso al legislatore limitare oltre la misura strettamente necessaria o ledere nel loro 'contenuto essenziale'; dall'altro, la funzionalizzazione dell'azione statale e, in generale, dei pubblici poteri al perseguimento di programmi di rinnovamento sociale ed economico che non solo limitano sul piano teleologico la discrezionalità legislativa, ma le imprimono una direzione ben precisa⁶¹.

A parere di chi scrive, la preferenza per la legge discende dalla diversa qualità dei diritti e delle libertà coinvolte: mentre ci sono situazioni giuridiche (tipicamente, quelle di natura economica) che tollerano il concorso tra legge e regolamento nella disciplina della materia cui ineriscono (non avendo, secondo autorevole dottrina, il carattere della 'fondamentalità'⁶²), rispetto a cui peraltro la Corte costituzionale ha riconosciuto al

⁶⁰ Basti pensare alle ragioni storiche che hanno portato alla nascita dei Parlamenti, come organi rappresentativi che progressivamente si sono impossessati del potere legiferante del sovrano per porre limiti condivisi e non arbitrari alle libertà dei privati. Già durante lo Stato liberale (e a maggior ragione durante lo Stato costituzionale) la legge generale e astratta è venuta caratterizzandosi come garanzia dell'uguale trattamento dei cittadini dinanzi alle prerogative del potere pubblico. Cfr. R. Bin, *Lo Stato di diritto*, cit.; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne*, cit., p. 127, per il quale «se tutte le libertà si fondano solo ed esclusivamente sulle norme dello Stato, si deve per forza ammettere che esiste ora un solo diritto fondamentale, quello di essere trattati conformemente alle leggi dello Stato».

⁶¹ Per questa tesi, la prospettazione più importante e sistematica nella dottrina italiana rimane quella di F. Modugno, *L'invalidità della legge*, spec. vol. II, Padova, 1970. Come si vedrà nel cap. V, quando si farà la comparazione con l'ordinamento costituzionale tedesco, la tesi che vede i valori costituzionali dotati di una forza espansiva che riduce per la gran parte, se non addirittura elimina, gli spazi di libera determinazione della politica, è stata apertamente fatta propria dal Tribunale costituzionale federale di Karlsruhe, il quale fin dai suoi primi passi giurisprudenziali ha sostenuto che la Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca contenga anche una oggettiva gerarchia di valori (*objektive Werteordnung*), che lascia al decisore politico 'spazi di apprezzamento' ma non anche 'varchi di libertà'. Tale dottrina è, invece, rimasta minoritaria in Italia, e ha forse avuto qualche eco nelle rare decisioni in cui la Corte costituzionale sembra avallare l'ipotesi della configurazione di un 'eccesso di potere legislativo'. Il punto verrà meglio trattato, anche se in forma sintetica, al cap. IV, capp. 8 ss.

⁶² M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, p. 43. Sul concetto di 'fondamentalità' v. P. F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Milano, 1972, pp. 7 ss.

legislatore un margine di apprezzamento discrezionale piuttosto ampio (che non incontrerebbe nemmeno il limite del loro ‘contenuto essenziale’⁶³), ce ne sono molte altre che, in quanto strutturalmente collegate ai problemi della identità e della libertà personale, accedono ad un livello di tutela più forte, che vede nella legge lo strumento più idoneo a garantire il loro reciproco bilanciamento. Ciò è dovuto alla maggiore pervasività con cui la tecno-scienza impatta sugli aspetti più intimi della persona, e all’esigenza (già ricordata) che siano rispettati i principi del personalismo, dell’uguaglianza e del pluralismo etico-sociale, quali valori che la Costituzione, di norma e preferibilmente, impone siano salvaguardati col mezzo della legge⁶⁴.

A tali considerazioni, di natura strettamente giuridica, può aggiungersi il dato di fatto che registra un aumento della produzione normativa di rango primario su temi attinenti alla bioetica e al biodiritto, che – come già ricordato – rappresentano il terreno di elezione sul quale si giocano le “partite importanti” del confronto tra diritto costituzionale e progresso scientifico-tecnologico. Altro aspetto significativo è la circostanza che si siano moltiplicate le fonti normative di livello europeo (regolamenti, ma soprattutto direttive, oltre che raccomandazioni e altri strumenti di c.d. *soft law*) e internazionale, a dimostrazione dell’attenzione sempre più marcata e della maggiore consapevolezza che gli Stati hanno circa la necessità di predisporre una linea di intervento comune per assicurare ai valori della persona una tutela adeguata ed efficace rispetto ai rischi connessi ad una società tecnologica che non conosce confini nazionali.

Si è così progressivamente moltiplicata, negli ultimi trent’anni, la produzione di leggi, regolamenti, direttive europee, trattati internazionali (a fianco dei classici strumenti di *soft law*) in materie come la tutela della salute e la disciplina delle terapie, i prelievi e

⁶³ Cfr. M. Luciani, *La produzione economica privata*, cit., pp. 36 ss., il quale esclude che a proposito della libertà di iniziativa economica privata (la principale libertà economica contemplata nella Costituzione) la Carta repubblicana abbia previsto istituti di protezione come la *Wesensgehaltsgarantie* o la *Institutsgarantie*.

⁶⁴ Nella Costituzione italiana non vi sono disposizioni che stabiliscano il principio secondo cui la fonte privilegiata per la disciplina di certe materie debba essere la legge (principio di preferenza della legge), ma stabilisce i casi nei quali la legge debba essere la fonte, esclusiva o relativa, di normazione di una data materia (principio della riserva di legge). Dall’analisi della giurisprudenza costituzionale si deduce, tuttavia, che vi siano determinati ambiti sensibili che, per la maniera in cui si intersecano e interferiscono con altri diritti e libertà costituzionali, portano a concludere per la necessità di una regolamentazione a mezzo della legge (v., ad esempio, le c.d. ‘leggi costituzionalmente necessarie’). Per la distinzione tra ‘principio di legalità’, ‘riserva di legge’, ‘principio della preferenza di legge’ v. G. U. Rescigno, voce *Principio di legalità*, in *Enc. Treccani*, online, 2016, spec. § 4.

i trapianti di organi e tessuti, la protezione della privacy, la tutela delle acque e dell'ambiente, il contrasto agli agenti inquinanti, la prevenzione del rischio sismico-geologico, la produzione e la messa in vendita di prodotti chimico-industriali, la tutela della biodiversità, disciplina della sperimentazione clinica dei medicinali⁶⁵.

Il formante legislativo si conferma, dunque, la fonte principale di produzione del diritto nelle materie a contenuto tecnico-scientifico, da un lato perché la delicatezza delle questioni che insorgono in questo ambito richiede una pianificazione condivisa degli interventi da attuare, dall'altro perché la legge è e rimane la garanzia estrema della parità di trattamento e non discriminazione di fronte ad una realtà sempre più complessa.

3.1 La preferenza per il formante legislativo, sul piano dei principi costituzionali

L'incidenza del fattore scientifico-tecnologico su aspetti che ineriscono alla dimensione personale e sociale dell'individuo ha, quindi, attualizzato in maniera drammatica il problema di stabilire regole certe e strumenti efficaci per la protezione delle posizioni soggettive di tutti i soggetti coinvolti. L'obiettivo di dare risposta ad entrambe queste esigenze, in un contesto costituzionale pluralistico e in perenne fervore (ma, proprio per tale ragione, costantemente impegnato nella ricerca di strategie di bilanciamento più adeguate a rispondere alle esigenze di una società che cambia), può essere meglio perseguito stabilendo per legge, mediante regole imperative generali e astratte oppure mediante principi ampi ma non eccessivamente indeterminati, le direttive fondamentali alle quali devono attenersi i poteri pubblici e privati nel momento in cui si accingono ad intervenire nei settori a connotazione tecnico-scientifica.

Essendo tali leggi strutturalmente insufficienti a contenere una regolamentazione completa di quei settori, è inevitabile che per la loro implementazione sul piano tecnico ne venga demandata l'attuazione ad organi dotati di specifiche competenze. La funzione della legge sarà, dunque, di indirizzare la successiva fase amministrativa di attuazione verso la ricerca delle soluzioni che, pur fedeli al dato tecnico-scientifico, si presentino rispettose dei supremi valori e principi costituzionali. La legge, quale "anello di congiuntura" tra il dato giuridico-assiologico e il dato tecnico-scientifico, deve in altre

⁶⁵ Numerose, inoltre, sono anche le discipline approvate dalle Regioni aventi ad oggetto la regolamentazione di settori di loro competenza a contenuto tecnico-scientifico, soprattutto in materia di protezione dell'ambiente, della fauna selvatica, energia e inquinamento.

parole assicurare la giusta combinazione tra l'una e l'altra dimensione, presidiando quelli che sono i valori irrinunciabili di una comunità politica, ma lasciando per il resto alle autorità delegate il compito di individuare la soluzione più adeguata sul piano scientifico.

In simili ipotesi, l'intervento del legislatore si fa tanto più necessario – e la sua inerzia dovrebbe quantomeno considerarsi “costituzionalmente problematica” – per apprestare una tutela forte ed efficace a valori che la Costituzione non tollera siano violati.

Questa esigenza era stata, ad esempio, sottolineata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 347 del 1998, con la quale era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della disposizione del codice civile (art. 235, co. 1, n. 2 c.c.) nella parte in cui non precludeva al marito la possibilità di esperire l'azione di disconoscimento di paternità nei confronti del figlio nato da inseminazione eterologa, dopo che ne aveva validamente prestato il consenso al momento della fecondazione. Tra le pieghe di un monito celato da un dispositivo di formale inammissibilità⁶⁶, la Corte coglie l'occasione per precisare che, a fronte delle rilevanti problematiche sollevate dalla fattispecie in questione, «l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, spetta primariamente alla valutazione del legislatore»⁶⁷.

L'appello al legislatore è un invito alla presa di coscienza della complessità della dinamica dei rapporti umani nella società tecnologica, nella quale gli strumenti tradizionali del diritto si rivelano inadeguati a definire il perimetro delle responsabilità

⁶⁶ La fattispecie normativa si riferiva infatti ad un'ipotesi diversa da quella del caso di specie: la norma di legge consentiva al marito di esperire l'azione di disconoscimento di paternità del figlio della moglie nel caso in cui il suo concepimento fosse stato l'esito dell'adulterio di questa, configurando quindi una ipotesi tipica; al contrario, il caso che stava sullo sfondo del giudizio *a quo* vedeva come protagonista un padre che, dopo aver espresso il proprio consenso all'inseminazione eterologa della moglie, aveva esperito l'azione di disconoscimento del figlio per mancanza del legame biologico. Si trattava, dunque, di una lacuna normativa, di un 'silenzio della legge', della cui legittimità si dubitava a causa della mancata previsione (*rectius*: inclusione) di una eccezione alla regola che instaurava la paternità sulla base del vincolo biologico.

⁶⁷ Corte cost., sent. n. 347/1997, punto n. 4 del C.i.D. Tra i molti commenti cfr. E. Lamarque, *La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, n. 5/1998, pp. 2637 ss.; L. Balestra, *L'inseminazione eterologa e lo "status" del nato*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 461 ss.; F. Uccella, *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: cosa suggerisce la Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 465 ss.; C. Cossu, *Direttive costituzionali e sistema della filiazione: inseminazione eterologa, consenso del marito e disconoscimento della paternità*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 681 ss.; F. Mannella, *L'inseminazione artificiale eterologa davanti alla Corte costituzionale: una soluzione interlocutoria insoddisfacente*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 1138 ss.

nell'ambito delle relazioni familiari sorte a seguito del ricorso alle tecniche di 'procreazione artificiale'.

Nello specifico, la regola civilistica in base alla quale il rapporto di filiazione segue all'accertamento (salva l'ipotesi in cui non operino presunzioni legali) del legame biologico tra genitore e figlio è insuscettibile di trovare applicazione nel contesto di un progetto procreativo nel quale il marito della madre, pur non avendo fornito il materiale biologico necessario alla fecondazione, ha tuttavia contribuito in maniera determinante alla nascita del minore prestando il proprio consenso alla fecondazione tramite donazione di gamete da un terzo estraneo alla coppia. Dalla sentenza emerge plasticamente la dinamica mobilità con cui il diritto e i 'fatti scientifici'⁶⁸ interagiscono e si integrano vicendevolmente, portando naturalmente all'emersione di principi parzialmente diversi rispetto a quelli sanciti nel diritto positivo: infatti, nonostante il sistema codicistico veda nel legame genetico l'elemento che legittima l'attribuzione della genitorialità e la sua assenza, per converso, un elemento che legittima a chiedere il disconoscimento, nondimeno l'intervenuto 'fatto scientifico' che permette il concepimento con l'utilizzo di materiale genetico estraneo alla coppia determina in maniera (quasi) scontata – ma sul piano giuridico necessaria – l'elaborazione di una eccezione alla regola, dovendosi ritenere che in caso di inseminazione eterologa la prestazione del consenso da parte del genitore totalmente sterile sia esattamente ciò che sostanzia il diritto del figlio al riconoscimento dello *status* e lo speculare dovere del primo di assumersene la responsabilità. Non a caso, la successiva l. n. 40 del 2004 ha formalmente stabilito, all'art. 9⁶⁹, la regola secondo cui il genitore che presta il consenso all'eterologa, espressamente o per atti concludenti, non può esercitare l'azione di disconoscimento di paternità *ex art.* 235 c.c. o l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità *ex art.* 263 c.c., e neghi alla madre il diritto a dichiarare di non voler essere nominata al momento del parto. Il caso citato è emblematico dei vincoli interni alla legislazione nello Stato costituzionale di diritto: la primazia dei diritti (e, in particolare, dei diritti personalissimi) è un principio

⁶⁸ Per 'fatti di scienza' o 'fatti scientifici' ci si riferisce a tutte le modificazioni intervenute nel mondo della scienza e della tecnica che hanno ripercussioni sul piano giuridico e sociale, tali da determinare il ripensamento delle categorie tradizionali. Sul punto si tornerà più approfonditamente nel cap. II, al par. 4.2.

⁶⁹ La regola era stata elaborata nel contesto originario della legge, che prevedeva il divieto di fecondazione eterologa, e ora ha portata generale dopo che la Corte costituzionale ha annullato il divieto con la sentenza n. 162 del 2014.

che ha la forza di imporre al legislatore di stabilire col mezzo della legge le condizioni affinché sia salvaguardato il nucleo incompressibile dei beni giuridici dei soggetti coinvolti in contesti ‘costituzionalmente sensibili’, quali sono principalmente le decisioni aventi risvolti biogiuridici, mentre a fronte di una situazione di carenza legislativa o di totale anomia, solo eccezionalmente il compito di tutelare quei beni dovrebbe essere fatto incombere sui giudici comuni⁷⁰.

Il carattere ‘necessario’ dei principi affermati con la l. 40/2004 è stato chiaramente affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 45 del 2005, con la quale, nel dichiarare la inammissibilità della richiesta di sottoporre a *referendum* abrogativo l’intera legge, l’ha espressamente qualificata come ‘costituzionalmente necessaria’⁷¹, dal momento che in essa trova disciplina «una molteplicità di differenziati profili connessi o collegati alla procreazione medicalmente assistita»⁷², eliminata la quale verrebbe meno «una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione»⁷³. Una tutela che, sebbene non sia specificata nel contenuto da alcuna delle disposizioni costituzionali nel cui solco si colloca⁷⁴ (in tal senso, la legge sulla PMA non è a contenuto ‘costituzionalmente vincolato’), nondimeno rappresenta un – necessario, seppur rivedibile – punto di equilibrio nel conflitto tra i valori costituzionali in gioco, sottraendo la legge che lo incorpora alla libera disponibilità del legislatore o del corpo elettorale.

La circostanza che siano i giudici a ricercare per il singolo caso concreto le soluzioni più equilibrate e a fare gli opportuni bilanciamenti sulla scorta dei principi costituzionali si rivela, per altro verso, poco allettante. Si consideri, infatti, che la saltuaria supplenza dei giudici all’inerzia del legislatore può comportare il rischio che le soluzioni

⁷⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 347/1997, punto 4 del C.i.D., dove la Corte suggerisce che in caso di inerzia legislativa «spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali».

⁷¹ Corte cost., sent. n. 45/2005, punto 6 del C.i.D. Sul punto v. anche Corte cost., sent. n. 49/2000, punto 3 del C.i.D., nella quale la Corte ha definito le leggi costituzionalmente necessarie come quelle «dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, [che] una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento».

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Corte cost., sent. n. 35/1997, punto 2 del C.i.D. (con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato inammissibile la richiesta di *referendum* abrogativo di plurime disposizioni della l. n. 194/1978, in materia di interruzione volontaria della gravidanza).

⁷⁴ I parametri costituzionali di riferimento sono quelli che riguardano i diritti della personalità individuale e i diritti e i doveri all’interno della comunità familiare, quindi l’art. 2 Cost. e gli artt. 30 e 31 Cost.

di volta in volta escogitate siano tra loro molto diverse e che, a loro volta, possano ricevere applicazioni differenziate, con tutte le conseguenze sul piano dell'eguaglianza formale; inoltre, in molti casi l'elaborazione giudiziaria della regola da un principio generale non basta a porre efficacemente rimedio all'inerzia legislativa, almeno in quei casi nei quali la garanzia del bene giuridico necessiti della predisposizione, a livello sia legislativo che amministrativo, di istituti o procedure che l'apparato giudiziario non potrebbe creare *ex nihilo*⁷⁵.

⁷⁵ A titolo di esempio si può citare il caso di alcune sentenze additive di principio con le quali la Corte costituzionale ha sanzionato le normative impugnate ma ha constatato l'assenza assoluta di meccanismi legislativi che valessero ad orientare il giudice comune nella funzione di apprestare una immediata tutela alla parte attrice/ricorrente del giudizio *a quo*, in attesa del necessario intervento legislativo. Casi nei quali il Giudice delle leggi si rivolge espressamente, nel dispositivo, al solo legislatore, quasi che ai giudici comuni fosse precluso qualunque intervento in via sostitutiva. Significative, in tal senso, sono le sentenze n. 278/2013 (sulla possibilità per il giudice di interpellare la madre che al momento del parto aveva chiesto di non essere nominata) e n. 170/2014 (sul diritto della persona transessuale a conservare lo status giuridico acquisito col matrimonio anche a seguito del cambiamento di sesso). Benché le lacune prodotte dalle pronunce di accoglimento additive della Corte non potessero essere colmate con gli strumenti ermeneutici propri della giurisdizione, ma solo con interventi propriamente integrativi, la Corte di Cassazione ha cercato di ovviare in entrambi i casi senza aspettare i tempi del Parlamento, e provvedendo in via giurisprudenziale.

Partendo da quest'ultimo caso, la Prima Sezione civile della Corte di Cassazione, con la sentenza 26 gennaio 2015, n. 8097, ha affermato che «la qualificazione di “additiva di principio” non elide la specificità degli effetti delle pronunce di accoglimento così come indicati nell'art. 136, primo comma, della Costituzione» e che, dovendo ritenere la sentenza costituzionale autoapplicativa, l'effetto avrebbe dovuto essere di «conservare alle parti ricorrenti il riconoscimento dei diritti e doveri conseguenti al vincolo matrimoniale legittimamente contratto fino a quando il legislatore non consenta ad esse di mantenere in vita il rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata che ne tuteli adeguatamente diritti ed obblighi». Quanto, invece, al seguito della sentenza sul parto anonimo, le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza Cass., SS.UU. civ., 25 gennaio 2017, n. 1946, dopo aver nuovamente rimarcato l'effetto immediatamente caducatorio delle disposizioni impugnate per effetto del combinato disposto degli artt. 136 Cost. e 30 della l. n. 87/1953, hanno affermato che la genericità del principio affermato dalla Consulta «non esonera gli organi costituzionali, in attesa che il legislatore adempia al suo compito, dall'applicazione diretta di quel principio, né implica un divieto di reperimento dal sistema delle regole più idonee per la decisione dei casi loro sottoposti». Secondo le Sezioni Unite, l'affermazione del principio da parte della Corte costituzionale è «diritto vigente, capace di valere per forza propria, in quanto derivante dalla Costituzione: la legge alla quale il giudice è soggetto per il principio di legalità nella giurisdizione (art. 101, secondo comma Cost.) è quella che risulta dalla addizione del principio ad opera della sentenza di illegittimità costituzionale».

In base al principio della separazione dei poteri, il *vulnus* recato ai principi costituzionali dalle carenze della legge – sia rispetto alla mancanza di un istituto giuridico simile al matrimonio al quale possano accedere le coppie formate da due persone dello stesso sesso che rispetto alla mancata previsione della possibilità, per il figlio nato da parto anonimo, di interpellare in un secondo momento e anche a distanza di anni la madre che non voleva essere nominata – non avrebbe potuto essere compiutamente rimediato senza l'intermediazione del legislatore. E tuttavia la Corte di Cassazione, interpretando il proprio ruolo come organo di rilevanza costituzionale che svolge una parte attiva nell'adeguamento dell'ordinamento alle prescrizioni contenute in Costituzione, ha ritenuto di dover utilizzare tutti gli strumenti a sua disposizione per dare attuazione alla decisione del Giudice delle leggi.

3.2 La preferenza per il formante legislativo sul piano delle fonti internazionali

La preferenza per la fonte legislativa può essere argomentata sostenendo che esista un 'obbligo di legiferare' che incombe sullo Stato quale obbligazione positiva di *facere* discendente dai trattati internazionali sui diritti umani cui l'Italia ha aderito. In particolare, la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali stabilisce all'art. 2, co. 1 che il diritto alla vita di ogni persona è «protetto dalla legge», all'art. 8, co. 2 che non può esservi ingerenza di un'autorità pubblica nel libero godimento del diritto alla vita privata e familiare «a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge», e all'art. 10, co. 2 che l'esercizio della libertà d'espressione «può essere sottoposto alle formalità, condizioni, restrizioni o sanzioni che sono previste dalla legge».

Parallelamente, e nel solco di una logica di continuità, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea stabilisce all'art. 3, co. 2, I al. che ciascun individuo ha diritto al rispetto del consenso libero e informato espresso «secondo le modalità definite dalla legge», all'art. 8, co. 2 che i dati di carattere personale devono essere trattati «secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge», e all'art. 10, co. 2 che il diritto all'obiezione di coscienza è riconosciuto «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

A questi strumenti si deve aggiungere anche la Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina⁷⁶ che, tra l'altro, dispone all'art. 1 che «ogni Parte prende nel suo diritto interno le misure necessarie per rendere effettive le disposizioni della presente Convenzione», dovendosi per tali reputare strumenti di normazione generali e cogenti di rango legislativo, come peraltro è espressamente prescritto in quelle disposizioni che contemplano una riserva di legge statale (art. 6, sulla protezione delle persone incapaci; art. 7, sui trattamenti sanitari obbligatori per i malati psichiatrici; art. 10, sul diritto alla conoscenza delle informazioni relative alla propria salute; art. 18, sulla ricerca sugli embrioni; art. 26, sulla restrizione all'esercizio dei diritti contemplati nella Convenzione).

⁷⁶ Sulla Convenzione di Oviedo, in generale, v. C. Piciocchi, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2001, pp. 1301 ss.; I. R. Pavone, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2009.

Dal momento, dunque, che vi sono numerosi ambiti che, tangendo aspetti fondamentali della vita e della libertà dell'uomo, astrattamente (e concretamente) riguardano ciascun cittadino, le Carte internazionali dei diritti dell'uomo, replicando una scelta fatta propria dalle Costituzioni liberali e democratiche, richiedono che le relative decisioni siano prese nell'ambito di procedure pubbliche che vedano la partecipazione dei rappresentanti del popolo. Riemerge così la funzione equitativa della legge, come strumento di protezione della libertà e dei diritti individuali, quale si era connotata in epoca liberale con la diffusione dei sistemi parlamentari, e che oggi riscopre tale qualità in quegli ambiti rispetto ai quali la Corte di Strasburgo ha affermato l'esistenza di 'obbligazioni positive' in capo allo Stato, in relazione ai settori che ricadono, in particolare, nell'ambito di operatività dell'art. 8 CEDU (diritto al rispetto della vita privata e familiare)⁷⁷.

A parte il caso del diritto al rispetto della vita familiare, sul quale la Corte EDU ha sancito principi di sicura portata⁷⁸, si può ricordare come il diritto al rispetto della vita privata sia stato declinato dalla Corte di Strasburgo come diritto a godere di un certo *standard* di qualità della vita⁷⁹. La tutela della vita e dell'incolumità fisica comprende anche il dovere dello Stato di proteggere gli individui dai rischi legati all'inquinamento e garantire loro condizioni di vita non gravose, in quanto i danni gravi arrecati all'ambiente possono compromettere il benessere delle persone e privarle del libero godimento del loro domicilio⁸⁰. Più nello specifico, nella gestione del rischio derivante dall'esercizio di attività pericolose, la Corte EDU ha precisato che l'obbligo positivo dello Stato di difendere i propri cittadini consiste nel predisporre una legislazione che «doit régir l'autorisation, la mise en fonctionnement, l'exploitation, la sécurité et le contrôle de

⁷⁷ Cfr. V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, II ed. 2019, pp. 278 ss.

⁷⁸ Sul punto, in generale, si rinvia allo studio di C. Masciotta, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze, 2019.

⁷⁹ Tale è un concetto ampio e aspecifico, che non può essere definito una volta per tutte, ma va determinato di volta in volta in base agli elementi risultanti dal caso concreto (cfr. Corte EDU, *Lediaieva e altri c. Russia*, ric. nn. 53157/99 e altri 3, § 90, sentenza del 26 ottobre 2006; Corte EDU, *Jugheli e altri c. Georgia*, ric. n. 38342/05, § 63, sentenza del 13 luglio 2017).

⁸⁰ Cfr. Grande Camera della Corte EDU, *Öneriyildiz c. Turchia*, ric. n. 48939/99, sentenza del 30 novembre 2004, § 89 ss.; Corte EDU, *Budayeva e altri c. Russia*, ric. n. 15339/02, sentenza del 20 marzo 2008, § 128 ss.; Corte EDU, *Cordella e altri c. Italia*, ricc. nn. 54414/13 e 54264/15, sentenza del 24 gennaio 2019, § 157 ss.; Corte EDU, *Guerra e altri c. Italia*, ric. n. 14967/89, sentenza del 19 febbraio 1998, § 60.

l'activité en question, ainsi qu'imposer à toute personne concernée par celle-ci l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause»⁸¹.

La legge generale e astratta, quindi, conserva anche nella civiltà tecnologica la sua originaria ragion d'essere. Uno strumento di protezione dei diritti che serve a implementare i vincoli derivanti dai valori affermati nella Costituzione e nelle Carte internazionali dei diritti dell'uomo, e che in certi ambiti si pone come un presidio obbligatorio per la regolamentazione delle attività eticamente e socialmente sensibili.

4. *Scienza e tecnica: prime definizioni*

Passando ad un piano più generale, è ora necessario cercare di stabilire a che cosa ci si riferisce quando si usano le espressioni 'scienza' e 'tecnica'.

La parola 'scienza' è polivalente e viene impiegata in diverse accezioni. Da un punto di vista etimologico, essa esprime in primo luogo l'idea di 'conoscenza' o 'sapere' particolare posseduto da una categoria di soggetti per ragioni legate alla formazione professionale ricevuta. Più in particolare, il termine 'scienza' viene utilizzato per identificare un «sapere, dottrina, insieme di conoscenze ordinate e coerenti, organizzate logicamente a partire da principî fissati univocamente e ottenute con metodologie rigorose, secondo criterî proprî delle diverse epoche storiche», ovvero un «settore particolare delle indagini, del sapere e degli interessi scientifici; ciascuna delle varie branche in cui può dividersi l'attività speculativa dell'uomo in quanto sia rivolta, con metodi peculiari, alla conoscenza di un determinato ordine di fatti»⁸².

Accogliendo tale ampia accezione, si giunge a parlare di scienze matematiche, scienze naturali, scienze mediche, scienze storiche, scienze filosofiche, scienze giuridiche, scienze religiose ecc., ciascuna delle quali si propone lo scopo di sistematizzare le conoscenze su un certo campo di speculazione, agevolandone la trasmissione.

Si è soliti distinguere tra le scienze che si dedicano allo studio dei sistemi logici esatti (come la matematica e la logica) o dei fenomeni naturali (fisica, chimica, biologia,

⁸¹ Corte EDU, *Oneryildiz c. Turchia*, cit., § 90; Corte EDU, *Brincat e altri c. Malta*, nn. 60908/11 e altri 4, sentenza del 24 luglio 2014, §§ 101-102.

⁸² Voce *Scienza*, in *Enc. Treccani*, online.

medicina ecc.) secondo modelli teorici fisico-matematici e servendosi di metodi sperimentali, e le scienze che si occupano dello studio di oggetti, fenomeni e discipline non descrivibili secondo modelli matematici ma, cionondimeno, descrivibili secondo criteri oggettivi che trascendono le emozioni, i pregiudizi e le opinioni personali (tra di esse, le discipline filosofiche, storiche, letterarie, giuridiche ed economiche)⁸³.

La validità di tale distinzione, oltre ad essere controversa sul piano metodologico, si rivela fragile già al momento in cui si cerchi di ascrivere talune discipline all'uno o all'altro novero. Vi sono, infatti, scienze come la sociologia e l'economia che si servono di modelli quantitativi per le loro ricerche, e che tuttavia non sono considerate 'scienze dure', perché l'oggetto di cui si occupano è soggetto a variabili indipendenti, che espongono le relative 'leggi' a maggiori e più frequenti eccezioni alla regola generale, e impediscono il raggiungimento di quel grado di stabilità di cui godono le leggi delle scienze dure. Vi sono, inoltre, alcune discipline di recentissima generazione (si pensi alla psicoanalisi) il cui statuto scientifico è tuttora oggetto di dibattito, alimentato dall'autorevole opinione di alcuni studiosi che le hanno addirittura relegate nell'angolo della pseudoscienza⁸⁴.

Per tali ragioni, nel linguaggio comune il termine 'scienza' viene ordinariamente impiegato per riferirsi alle sole scienze dure. Tale è l'esito di un processo culturale che, a partire dall'età del positivismo (seconda metà del XIX sec.), è giunto ad identificare come 'scientifica' la sola conoscenza suscettibile d'essere descritta secondo proposizioni del linguaggio fisico-matematico. La straordinaria fiducia che durante il positivismo è stata riposta nella scienza come sapere (suppostamente) oggettivo si deve al fatto che la riproducibilità sperimentale delle teorie applicate sembrava confermare la possibilità di poter dimostrare su base empirica l'efficacia della teoria stessa, che in quanto tale avrebbe ricevuto una patente di validità universale ed indiscutibile. Questa visione dell'infalibilità della scienza era, inoltre, favorita dalla rapida trasformazione tecnologica che stava mutando profondamente le società europee di fine secolo, che in virtù dei

⁸³ La distinzione tra 'scienze dure' e 'scienze molli' è imprecisa, sgradevole e svalutativa verso le scienze umanistiche e morali, ma viene tuttora impiegata per 'comodità', più che altro per delineare i contorni del tipo di scienza cui si fa riferimento in premessa ad una indagine. Così, ad esempio, G. D'Amico, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019, pp. 3 ss.

⁸⁴ La non scientificità, intesa come non falsificabilità, delle teorie psicoanalitiche era stata sostenuta, ad esempio, da K. R. Popper, *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1984, pp. 63 ss.

benefici della scienza confidavano di poter dominare la natura e di piegare le sue leggi alla propria ‘volontà di potenza’⁸⁵.

La validità di tale assunto deve essere oggi relativizzata, alla luce delle più aggiornate riflessioni della filosofia della scienza contemporanea. In primo luogo, non è più in discussione il fatto che del metodo scientifico non è possibile fornire una definizione unitaria, giacché la sempre più accentuata specializzazione dei saperi ha condotto all’elaborazione di metodologie di ricerca progressivamente differenziate in rapporto alla specificità di ciascun ambito disciplinare, seppur tutti appartenenti al novero delle ‘scienze dure’⁸⁶. In secondo luogo, la pretesa oggettività che nella tradizione positivista caratterizzerebbe lo statuto delle leggi scientifiche non viene più intesa come insuscettibilità di qualsivoglia mutamento, essendo oggi generalmente condiviso l’assunto secondo cui una legge o teoria scientifica conserva i suoi caratteri differenziali rispetto alla mera opinione anche se sottoposta ad un processo di ridefinizione, aggiornamento e perfezionamento da parte della comunità di studiosi.

Inoltre, sebbene la differenza tra scienze della natura e scienze dello spirito stia, fondamentalmente, nella diretta verificabilità dell’oggetto di osservazione delle prime, la filosofia della scienza contemporanea riconosce che le c.d. ‘leggi scientifiche’ non rappresentano un oggetto unitario, dovendosi quantomeno distinguere tra «leggi d’osservazione» (che, per definizione, si occupano dei fatti osservabili sul piano empirico) e «leggi teoriche» (che possono avere ad oggetto sia fatti osservabili che fatti non osservabili)⁸⁷. Infatti, mentre le leggi d’osservazione «sono considerate vere, primarie e certe in quanto sono incorporate nella struttura del mondo naturale [...] quando una legge teorica genera inferenze che non sono confermate dall’osservazione, essa viene o riveduta in accordo con i nuovi fatti o abbandonata a favore di un’ipotesi alternativa», di modo che «i fatti stabiliti già sussunti sotto una legge teorica che viene abbandonata

⁸⁵ L’idea del progresso scientifico-tecnologico come volontà di potenza dell’uomo sulla realtà che lo circonda è una figura ricorrente nelle riflessioni filosofiche e sociologiche riguardanti l’impatto delle nuove tecnologie sulla relazione uomo-natura.

⁸⁶ Ciascuna scienza della natura, infatti, ha un suo specifico oggetto e richiede una specifica metodologia per essere indagato. Sul punto v. S. Richards, *Filosofia e sociologia della scienza. Epistemologia, società, religione*, Roma, 1983, pp. 95 ss.

⁸⁷ Voce *Teoria*, in *Enc. Treccani*, online.

passano tipicamente alla legge che la sostituisce, la quale, in aggiunta, comprenderà un certo numero di nuovi fatti accertati sul mondo naturale»⁸⁸.

Il discorso sullo statuto epistemologico della scienza sta, tuttavia, a valle della diatriba interna alla comunità di studiosi sui criteri fondanti del metodo scientifico, in quanto è l'attendibilità del metodo di ricerca che fonda il carattere 'scientifico' di una teoria⁸⁹. Una conoscenza potrà, pertanto, dirsi scientificamente valida e oggettiva se a monte è condivisa la correttezza metodologica delle procedure di selezione e processamento dei dati assunti a premessa di una teoria o legge scientifica.

In particolare, lo specifico nesso che collega la stabilità delle leggi delle scienze dure e la capacità di replicare in laboratorio i processi fisico-naturali dei fenomeni osservati ha permesso lo sviluppo di sistemi e la sperimentazione di tecniche che rappresentano il risvolto applicativo delle conoscenze teoriche. Ecco allora che, accanto alla scienza oggettivamente valida, comincia ad affiancarsi la 'tecnica' intesa come prodotto di una conoscenza scientifica codificata in regole specialistiche che prescrivono un *facere* funzionale al conseguimento di un certo risultato pratico⁹⁰.

La tecnica si connota per essere «scienza applicata»⁹¹, ossia una conoscenza destinata a produrre utilità pratiche o – secondo una accezione che ha avuto molta fortuna a partire dal positivismo – capace di assicurare il dominio dell'uomo sulla natura⁹². Nelle parole di Vittorio Bachelet, «la parola tecnica indica sia l'arte in genere dell'*homo faber*, sia l'abilità e perizia nell'esercitare la medesima, sia infine il complesso di regole o piuttosto di criteri che la scienza e l'esperienza offrono per un corretto esercizio dell'arte,

⁸⁸ Tutte le citazioni sono tratte da M. Mulkey, *La scienza e la sociologia della conoscenza*, Roma, 1981, p. 35.

⁸⁹ Su questi aspetti si rinvia alla trattazione svolta nei prossimi paragrafi.

⁹⁰ La nozione di 'tecnica' ha peraltro subito mutamenti di significato nel corso delle varie epoche storiche, passando dal mero «saper fare» fino a comprendere il «poter fare» come capacità di manipolazione sul mondo circostante. Con riguardo alla concezione della tecnica che avevano gli antichi Greci v. M. Isnardi Parente, *Techne. Momenti del pensiero greco da Platone a Epicuro*, Firenze, 1966.

⁹¹ Cfr. V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, il quale identifica la tecnica con le «concrete applicazioni della scienza pura» (p. 84).

⁹² Per questa concezione v. ancora V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., p. 15, nt. 32, per il quale «la tendenza odierna è piuttosto quella di connettere alla nozione di tecnica l'idea della conoscenza scientifica utilizzata per il dominio sulla natura attraverso l'applicazione delle sue stesse leggi»; inoltre S. Richards, *Filosofia e sociologia della scienza*, cit., pp. 146 ss.

e dunque l'applicazione in esso di tali criteri; di modo che sinteticamente può dirsi che attività o opera tecnica è quella che può e deve eseguirsi “a regola d'arte”⁹³.

Le norme e/o regole tecniche codificate sulla base di una scienza (appartenente al novero delle scienze dure⁹⁴) vengono definite ‘norme tecniche’, che tali si qualificano per essere ‘altre’ rispetto alle norme giuridiche ma che, al pari di queste ultime, concorrono a orientare il comportamento dei consociati, specie di quelli che, per ragioni di servizio, impiego o professione, si trovano a doverne fare applicazione.

4.1 (Segue) Le norme tecniche

Date queste prime definizioni, giova adesso tentare di stabilire in cosa consistono le ‘norme tecniche’, locuzione cui si è già fatto riferimento per rimandare ad una codificazione normativa di natura extra-giuridica che, tuttavia, assume rilevanza giuridica in virtù dei rinvii che le fonti del diritto (di rango primario o secondario) operano a complessi di regole codificate secondo le prescrizioni delle scienze dure⁹⁵.

⁹³ Cfr. V. Bachelet, *L'attività tecnica*, cit., p. 15; nello stesso senso anche F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., p. 225, secondo il quale la tecnica è una «proiezione applicativa» della scienza. In senso parzialmente riduttivo rispetto a questa definizione v. C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 193, che identifica la tecnica con «quell'insieme di cognizioni che, in virtù di riprove logiche o sperimentali, sono specificamente utili per conoscere un certo fenomeno»; v. infine A. Predieri, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, pp. 251 ss., p. 256, per il quale la tecnica è «l'area caratterizzata da cognizioni e giudizi emessi sulla base di una scienza specialistica, o di una tecnica per la produzione di un bene o di un servizio non necessariamente collegata ad una scienza». Il legame tra scienza e tecnica è divenuto talmente forte che è stato coniato il termine sincratico ‘tecnoscienza’, con il quale ci si riferisce a qualunque conoscenza scientifica che si presta ad applicazioni tecniche su vasta scala, nel campo della fisica, della medicina e dell'ingegneria. La tecnoscienza costituisce oggi il fenomeno rappresentativo di una società tecnologicamente avanzata, pervasa dall'aspirazione alla massima realizzazione dei desideri e delle aspirazioni individuali, che veicola un'etica ispirata all'espansione illimitata delle libertà e al superamento dei limiti biologici. Sul punto v. M. Trombetta, S. Cristina, voce *Tecnoscienza*, in *Enc. di Bioetica e Scienza Giuridica*, XII, Napoli, 2017, pp. 111 ss.

⁹⁴ Cfr. C. Marzuoli, *Potere amministrativo e discrezionalità tecnica*, cit., p. 194, il quale, pur dando conto della tesi secondo cui astrattamente può ascrivere alla tecnica qualunque cognizione avente l'attitudine a descrivere e far conoscere un certo fenomeno, puntualizza che «dal punto di vista giuridico, solo certe discipline, quelle prevalentemente ricondotte all'area delle “scienze esatte”, oppure quelle non attinenti a valori, possono essere considerate tecniche».

⁹⁵ Nel linguaggio giuridico si utilizza il lemma ‘norma tecnica’, in genere, per designare una regola di comportamento, a carattere non giuridico, propria di saperi come la fisica, la chimica, l'ingegneria, le scienze contabili ecc. Nel linguaggio del diritto è ‘tecnico’ tutto ciò che è ‘specialistico’. Cfr. F. Ledda, *Tecnica, potere e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., p. 234, il quale conclude: «Potranno quindi annoverarsi tra le norme tecniche, suscettibili d'essere incorporate in una proposizione giuridica, quelle che trovano la loro base nelle scienze naturali o “reali”, o quelle che possono essere elaborate con l'osservanza dei modelli predisposti dalle scienze formali, in particolare dalla matematica. Anche le tecniche fondate sulle scienze sociali potranno fornire un sussidio non trascurabile ed anzi talvolta necessario, quando si tratti di individuare o prevedere con criterio assolutamente oggettivo fenomeni e

Il tema è stato oggetto di ampia riflessione da parte della dottrina giuridica, e sebbene sia impossibile riassumere in questa sede le varie opinioni espresse e gli esiti (non definitivi) cui si è approdati, è opportuno farne menzione per brevi cenni. Le ‘norme tecniche’ possono considerarsi, in qualche modo, il “ponte di comunicazione” tra il mondo del diritto e il mondo della scienza: le cognizioni scientifiche assumono rilevanza in sede giuridica e politica in quanto abbiano l’attitudine a tradursi in regole di comportamento per chi riveste posizioni giurisdizionali o di governo in ordine a “ciò che andava fatto” o su “ciò che andrebbe fatto”. Le norme tecniche sono il frutto di un sapere scientifico tecnicamente qualificato che è capace di imporre modelli di comportamento idonei ad orientare l’azione sociale.

Storicamente, il problema della definizione e identificazione delle norme tecniche ha interessato, prevalentemente se non esclusivamente, gli studiosi del diritto amministrativo, alle prese con la qualificazione dello statuto della discrezionalità tecnica e del suo trattamento giurisdizionale⁹⁶. Tale problematica (scaturita dalla ritrosia del giudice amministrativo ad operare un sindacato pieno e diretto sulle valutazioni tecniche della P.A.) è inscindibilmente connessa con la questione dello statuto delle norme tecniche, problema che “tecnicamente” (sia consentito il gioco di parole) è pregiudiziale rispetto al tema del grado di incisività del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni scientifiche, ma che si è affrancato da quest’ultima solo a partire dagli anni ’60 del secolo scorso⁹⁷.

Sebbene ad oggi non si sia ancora consolidata una definizione univoca di ‘norma tecnica’⁹⁸, è possibile scorgere una proficua convergenza tra le definizioni avanzate

tendenze considerati rilevanti dal diritto; mentre non si potranno utilizzare per un controllo d’ordine giuridico le indicazioni relative al modo di soluzione dei problemi in ampio senso sociali, che coincidono in larga parte con i problemi amministrativi veri e propri». Bisogna tuttavia considerare che l’accezione nella quale viene normalmente impiegata tale espressione è quella che fa riferimento alle scienze dure basate sull’applicazione di modelli fisico-matematici.

⁹⁶ Sul tema del trattamento giurisdizionale della discrezionalità tecnica cfr. V. Bachelet, *L’attività tecnica*, cit., p. 11 ss.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990; D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, pp. 58 ss.; C. Videtta, *L’amministrazione della tecnica. La tecnica fra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, pp. 27 ss.

⁹⁷ Cfr. C. Videtta, *L’amministrazione della tecnica*, cit., p. 100, per la quale è solo con i due saggi di Vittorio Bachelet e di Arnaldo De Valles che il tema dell’attività tecnica e/o delle norme tecniche viene per la prima volta trattato in maniera distinta da quello sulla discrezionalità tecnica.

⁹⁸ A tale proposito, è d’uopo precisare che nella dottrina italiana si fa riferimento alle locuzioni ‘norme tecniche’ e ‘regole tecniche’ come se fossero sinonimiche. Tale sinonimia è, tuttavia, venuta meno

almeno in riferimento al nucleo concettuale fondamentale. La norma tecnica è una regola elaborata sulla base di conoscenze specialistiche che vengono in rilievo nel mondo del diritto per la loro attitudine a farsi strumenti di attuazione del disposto normativo⁹⁹. Il diritto si richiama alla tecnica¹⁰⁰ quando l'oggetto che mira a regolamentare non si presta

a seguito del recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva 83/189/CEE del 28 marzo 1983, ad opera della L. 21 giugno 1986, n. 317, come modificata dal D. Lgs. 23 novembre 2000, n. 427, che disciplina le procedure di informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche. Le definizioni introdotte a partire dalla direttiva (successivamente confermate da altre direttive) sono state da ultimo recepite nel Regolamento (UE) n. 1025 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 sulla normazione europea. In base all'art. 2 del Regolamento per 'norma' si intende «una specifica tecnica, adottata da un organismo di normazione riconosciuto, per applicazione ripetuta o continua, alla quale non è obbligatorio conformarsi è [...]», mentre per 'specifica tecnica' si intende «un documento che prescrive i requisiti tecnici che un determinato prodotto, processo, servizio o sistema deve soddisfare [...]». Il Regolamento non si preoccupa di offrire una definizione di 'regola tecnica'; e tuttavia essa si ricava da altre direttive, come da ultimo la direttiva (UE) n. 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 settembre 2015, laddove viene definita, all'art. 1, lett. f), come «una specificazione tecnica o altro requisito o una regola relativa ai servizi, comprese le disposizioni amministrative che ad esse si applicano, la cui osservanza è obbligatoria, de jure o de facto, per la commercializzazione, la prestazione di servizi, lo stabilimento di un fornitore di servizi o l'utilizzo degli stessi in uno Stato membro o in una parte importante di esso, nonché, fatte salve quelle di cui all'articolo 7, le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri che vietano la fabbricazione, l'importazione, la commercializzazione o l'utilizzo di un prodotto oppure la prestazione o l'utilizzo di un servizio o lo stabilimento come fornitore di servizi». È evidente, pertanto, lo scostamento terminologico tra le definizioni impiegate dalla dottrina italiana e quelle del legislatore europeo: secondo A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit., p. 19, «il diritto europeo, in effetti, capovolge la prassi invalsa nella tradizione giuridica italiana», in quanto utilizza il termine 'regola' per riferirsi a ciò che nella discussione dottrinale nostrana viene solitamente individuato con il termine 'norma'.

⁹⁹ Cfr. A. De Valles, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in Aa. Vv., *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, Milano, 1963, III, pp. 178-179, per il quale le norme tecniche sono «applicazione di una data scienza o di una data arte», e quindi si distinguono dalle norme giuridiche in quanto «per essere intese, richiedono una coltura specifica in una scienza tecnica»; V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967, per il quale le «norme tecniche sono 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; e si richiamano quindi alla scienza e perizia come dei "tecnici" della disciplina o professione considerata» (p. 91); A. M. Sandulli, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in Aa. Vv., *Studi in onore di d'Avack*, Milano, 1976, p. 567, per il quale le norme tecniche stanno ad «indicare le norme giuridiche dettate per il conseguimento di certi risultati nella prospettiva della disciplina applicativa di una scienza o di un'arte»; G. Caia, N. Aicardi, *Il regime giuridico della normazione tecnica ambientale*, in S. Grassi, M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, Milano, 2006, p. 19, secondo i quali «per normazione tecnica si intende l'attività di produzione di precetti a contenuto tecnico, elaborati in base a giudizi e valutazioni condotti in applicazione di regole scientifiche». Sottolinea la polivalenza del termine 'tecnica' F. Salmoni, *Il rapporto tra tecnica e diritto attraverso l'analisi della produzione normativa tecnica consensuale*, in S. Grassi, M. Cecchetti (a cura di), *Governo dell'ambiente e formazione delle norme tecniche*, cit., p. 109, per la quale la tecnica designa «tanto un complesso di norme che regolano l'esercizio pratico e strumentale di un'arte, di una scienza, di un'attività professionale, tanto ogni attività che, sulla base delle conoscenze scientifiche, progetta strumenti, apparecchi, macchine, motori, utensili destinati al soddisfacimento delle esigenze pratiche della vita».

¹⁰⁰ Si consideri, peraltro, l'opinione a suo tempo espressa da F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., pp. 191-192, secondo il quale «[s]embra peraltro lecito manifestare l'opinione, che il nesso tra diritto e tecnica sia ancor più stretto di quello che risulta dallo schema del "rinvio". Nulla impedisce di pensare che la tecnica – o, in molti casi, la scienza di riferimento – fornisca "materiali" direttamente utilizzabili, ed anzi necessari, per la costruzione di concetti giuridici;

a essere ridotto agli schemi dell'imperativismo¹⁰¹: una legge che rimanda ai dettami della tecnica non si riduce, cioè, alla mera espressione di un comando da parte di un'autorità, ma contiene una delega a integrare il contenuto precettivo della norma giuridica mediante l'intermediazione degli strumenti propri di altri saperi¹⁰².

Aspetto dirimente nella qualificazione delle norme tecniche è dunque l'elevata specializzazione del sapere nel cui terreno si radica e trova fondamento la loro giustificazione scientifico-strumentale. L'elevata specializzazione richiesta a coloro che devono applicare le norme tecniche le connota, quindi, oltre che da un punto di vista oggettivo, anche sotto il profilo soggettivo, trattandosi di conoscenze che non appartengono all'uomo comune bensì a colui che fa parte di una certa comunità scientifica, della cui professionalità si abbisogna per la creazione, interpretazione e applicazione delle norme tecniche¹⁰³. Esse sono, infatti, il frutto di massime d'esperienza, regole dell'arte o professionali, evidenze scientifiche e sperimentali ancorate a criteri e forme di verifica «sufficientemente obiettivizzati»¹⁰⁴, che in relazione alla posizione degli operatori pubblici incaricati della loro applicazione (o di tutti i soggetti, anche privati, ai quali sia richiesto di attenersi) si configurano, da un lato, come un limite alla libera esplicazione della loro discrezionalità tecnica (avendo quelle norme un nucleo precettivo

più in generale, sembra non manifestamente inattendibile l'ipotesi che il diritto faccia propria la normatività inerente a questa o quella tecnica traducendola per ciò stesso in normatività giuridica».

¹⁰¹ Sul punto sovviene la teoria di A. De Valles, *Norme giuridiche e norme tecniche*, cit., pp. 177 ss., per il quale le norme tecniche, pur se richiamate in atti normativi, non avrebbero potuto considerarsi a loro volta norme giuridiche, sull'assunto che solo le norme contenenti un comando intelligibile dovrebbero considerarsi giuridiche in senso proprio, sicché «una regola, che non può avere i caratteri di una norma giuridica, non può acquistarli per effetto di un rinvio» (p. 184). De Valles ne faceva discendere una duplice conseguenza: da un lato, che la norma tecnica non può considerarsi obbligatoria di per sé; dall'altro, che la norma tecnica non si presta ad essere interpretata dal giudice, dovendo piuttosto essere considerata alla stregua dei fatti, insuscettibile di sindacato giurisdizionale di puro diritto. Sicché destinatari delle norme tecniche avrebbero dovuto considerarsi solo gli organi della P.A. e, per essi, i loro titolari, con la conseguenza che ad esse dovrebbe attribuirsi un contenuto assimilabile alle direttive. Alla teoria di De Valles avrebbe, pochi anni dopo, replicato Bachelet, *L'attività tecnica*, cit., p. 91, per il quale «se invece per norme tecniche si intendono vuoi gli usi di determinate arti o professioni o scienze che come tali siano recepiti in norme dell'ordinamento, vuoi – come si fa nello studio in parola – norme contenenti precetti qualificati da elementi tecnici, pur complessi, non sembra che tale contenuto o qualificazione possa far degradare la norma di legge (o di regolamento) a semplice circolare o istruzione interna della pubblica amministrazione».

¹⁰² Nota infatti V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., p. 84, che, pur essendo spesso le norme tecniche l'esito di regole matematiche o leggi scientifiche, la tecnica «comprende in realtà non solo enunciazioni logiche o deduzioni scientifiche, ma altresì veri e propri criteri di comportamento che, attingendo ad esse, costituiscono quelli che potrebbero chiamarsi gli "usi tecnici" di ciascuna arte o professione».

¹⁰³ C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica*, cit., pp. 104-105.

¹⁰⁴ V. Bachelet, *L'attività tecnica*, cit., p. 52.

minimo che consente di vagliarne il rispetto o la violazione nel contesto delle singole vicende applicative), dall'altro come criterio di valutazione della legittimità dell'azione amministrativa (e, quindi, come un limite all'esercizio della discrezionalità politico-amministrativa).

Da un punto di vista formale-contenutistico, le norme tecniche (al pari delle norme giuridiche) si avvalgono di prescrizioni corrispondenti a precetti, secondo lo schema delle 'proposizioni condizionali'¹⁰⁵, cioè «prescrizioni valide in rapporto con il fine da raggiungere, dalle quali discende, per i loro destinatari, l'imposizione non già di un dovere, bensì di un onere»¹⁰⁶, mentre la conseguenza del loro mancato rispetto è data dall'impossibilità di conseguire il risultato auspicato¹⁰⁷.

Un obbligo di conformarsi alle norme tecniche si configura solo quando la normativa tecnica costituisca oggetto di imposizione ad opera della legge o di un altro atto normativo in vista del perseguimento di finalità di interesse pubblico¹⁰⁸.

Sul piano della discussione dottrinale, un problema che ha angustiato la componente gius-pubblicistica è stato proprio di giustificare il carattere vincolante delle norme tecniche, ricercando le vie per il cui tramite il diritto positivo le rende obbligatorie, e di stabilire se, quando e a quali condizioni esse acquistino forza vincolante nonostante nulla sia imposto dal diritto scritto. In proposito, si possono distinguere diversi modelli di 'giuridificazione' delle norme tecniche¹⁰⁹.

¹⁰⁵ La 'proposizione condizionale' rappresenta il modello classico con il quale vengono costruite le disposizioni di legge nella tradizione positivista e imperativista, secondo lo schema kelseniano «se... allora», quindi come collegamento di uno stato di un fatto o stato di cose ad un altro fatto o stato di cose mediante un nesso d'implicazione o connessione normativa. Sul punto v. F. Modugno, *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 373-376. Per la concezione della norma tecnica come comando condizionato o imperativo ipotetico v. A. Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911, p. 8, per il quale le norme tecniche sono «una derivazione diretta delle leggi di natura». Lo stesso Autore annoverava, pertanto, le norme giuridiche tra le norme tecniche, essendo un insieme di prescrizioni tecniche il cui scopo è la conservazione del consorzio sociale (p. 34). Sulla filosofia di Ravà v. F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, pp. 36 ss., in specie pp. 41 ss.

¹⁰⁶ Così F. Salmoni, *Le norme tecniche*, cit., p. 28. Ciò che ha suscitato difficoltà nella ricostruzione dogmatica delle 'norme tecniche', la cui denominazione «sembra attribuire alle stesse una vigenza intrinseca identica o quanto meno analoga a quella delle norme giuridiche», pur trattandosi di fenomeni distinti sul piano operativo: così V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., p. 84.

¹⁰⁷ Sul piano dell'oggetto, si può distinguere tra norme tecniche che disciplinano le azioni da compiere per conseguire un certo risultato nell'esecuzione di un'opera in un determinato campo di attività, e norme tecniche che prescrivono le caratteristiche qualitative di beni e servizi.

¹⁰⁸ Cfr. V. Bachelet, *L'attività tecnica*, cit., pp. 33 ss.; G. Caia, N. Aicardi, *Il regime giuridico della normazione tecnica ambientale*, cit., p. 19.

¹⁰⁹ In tema si veda, di recente, B. Marchetti, M. Renna (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016.

Un primo modello consiste nell'incorporare e/o trascrivere per intero la norma tecnica nello stesso atto normativo, tale per cui essa acquista lo stesso valore giuridico di quest'ultimo e ne integra pienamente il contenuto precettivo. In questo modello, definito delle «regole tecniche ad efficacia generale»¹¹⁰, rientrano anche quelle ipotesi nelle quali la normativa tecnica non viene materialmente inserita nel testo dell'atto giuridico, ma viene inclusa in un allegato, di cui forma parte integrante¹¹¹. Si tratta di un modello obsoleto, che ha ricevuto applicazione soprattutto nella legislazione degli anni '50 e '60 del secolo scorso, e che nel contesto delle attuali capacità tecnologiche non si configura come un modello di normazione efficace, in quanto i meccanismi di produzione delle fonti che recepiscono la normativa tecnica conferiscono all'atto un grado di fissità che mal si concilia con l'esigenza di favorire l'aggiornamento dei precetti giuridici o il loro costante adeguamento alle norme tecniche di nuova formazione¹¹².

Il secondo modello – quello più diffuso – si attua strutturando il precetto giuridico con formule di rinvio alle norme tecniche. Il rinvio può essere fisso (o materiale o recettizio) o mobile (o formale o non recettizio)¹¹³. Il rinvio fisso si attua mediante il «richiamo di una specifica disciplina elaborata dagli organismi tecnici»¹¹⁴, di modo che non si ha la trascrizione integrale della normativa tecnica nel testo dell'atto che lo

¹¹⁰ G. Caia, N. Aicardi, *Il regime giuridico della normazione tecnica ambientale*, cit., p. 21.

¹¹¹ Così A. A. Cervati, *In tema di allegati ad un atto legislativo e delegificazione di tabelle*, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1620, per il quale «ove non risulti espressamente il contrario dalla parte redatta in articoli, le determinazioni contenute negli allegati assumono anch'esse valore legislativo, e ciò anche nelle parti in cui contengono accertamenti tecnici, determinazioni discrezionali adottate sulle base di valutazioni scientifiche, o clausole contrattuali, espressione di autonomia che l'ordinamento recepisce conferendo ad esse efficacia legislativa». Al fine di evitare una eccessiva cristallizzazione delle norme tecniche così giuridificate «la stessa legge potrà delegificare il potere di aggiornare, in futuro, le specifiche tecniche contenute negli allegati, attribuendo quindi alle fonti secondarie il potere di modificare o integrare tali aspetti tecnici all'avanzare delle conoscenze tecnico-scientifiche», così A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit., p. 90.

¹¹² Praticamente unanime è il giudizio negativo sull'adozione di questo modello. Tra i contributi più recenti, cfr. A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit., p. 89; B. Marchetti, M. Renna, *I processi di giuridificazione: soggetti, tecniche, limiti*, in B. Marchetti, M. Renna (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016, pp. 19 ss.; L. Violini, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, cit., p. 160, per la quale gli allegati «rendono assai complesso il compito del legislatore che deve occuparsi anche di regolamentare questioni di varia natura senza averne la necessaria competenza».

¹¹³ Sul meccanismo del rinvio, in generale, cfr. R. Guastini, voce *Legge (Riserva di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 164; A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, in Aa.Vv., *Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-19*, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977, pp. 92 ss.

¹¹⁴ L. Montanari, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, in G. Comandé, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, p. 456; v. inoltre G. Caia, N. Aicardi, *Il regime giuridico della normazione tecnica ambientale*, cit., p. 24.

richiama, ma ci si limita ad identificare la fonte che la contiene con indicazione della data di pubblicazione e del titolo delle norme tecniche richiamate (soggette ad una pubblicità di tipo diverso rispetto alle fonti ufficiali di cognizione del diritto). Il rinvio mobile si attua, invece, facendo riferimento «alla disciplina prodotta da una certa fonte o [...] da un determinato soggetto»¹¹⁵, ciò che assicura il costante aggiornamento della normazione tecnica agli *standard* elaborati dai soggetti individuati come competenti a produrli, siano essi pubblici o privati.

Un terzo modello di giuridificazione delle norme tecniche si attua mediante l'utilizzo nei testi normativi di formule elastiche e generiche dal contenuto indeterminato, esprimenti cioè «concetti giuridici indeterminati», per la cui concretizzazione è necessario fare riferimento alle valutazioni della scienza e della tecnica¹¹⁶. In questi casi si fa uso di una tecnica di redazione degli atti normativi che consiste nell'impiegare espressioni o termini indefiniti, o comunque “a maglie larghe”, suscettibili di comprendere astrattamente una pluralità di situazioni, rispetto alle quali il compito di accertare in concreto l'integrazione dei presupposti della fattispecie legale viene deferita agli organi incaricati dell'esecuzione del precetto, i quali a tal fine godono di un certo margine di valutazione tecnico-discrezionale. Espressioni come «migliore tecnica disponibile», «regole della tecnica generalmente riconosciute», «allo stato delle conoscenze scientifiche», «secondo le regole dell'arte medica», «in base ai comuni canoni di esperienza» fanno riferimento a criteri e parametri elaborati in applicazione di leggi scientifiche o regole dell'esperienza comune (non aventi necessariamente una connotazione specialistica, in quanto appartenenti ad un patrimonio culturale accessibile a qualunque individuo), che per tale via fanno ingresso nel mondo del diritto. Il modello in questione rappresenta sotto molti aspetti il canale di comunicazione privilegiato per assicurare lo scambio tra il diritto e le altre scienze, ma sconta il rischio che i tecnici destinatari del precetto abbiano un'eccessiva libertà nella scelta tra più norme tecniche disponibili, a seconda che esse siano state codificate da enti pubblici o privati¹¹⁷.

¹¹⁵ L. Montanari, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, cit., pp. 456-457; v. inoltre G. Caia, N. Aicardi, *Il regime giuridico della normazione tecnica ambientale*, cit., p. 24.

¹¹⁶ L. Montanari, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, cit., p. 458.

¹¹⁷ La dottrina ha infatti notato che la esigenze del mercato interno sono state perseguite nella modalità più accomodante, scegliendo di non escludere la possibilità per le imprese di fare applicazione delle norme tecniche di produzione privata, ma di «creare una presunzione di conformità alle esigenze previste dalla legge in forza del rispetto di determinate specificazioni tecniche (o di quelle prodotte da un

Infine, un quarto modello prevede il conferimento del potere ad autorità amministrative indipendenti o ad altri soggetti specificamente individuati di emanare atti giuridici contenenti norme e regole tecniche. Come noto, questa soluzione si pone nel solco del c.d. «Stato regolatore»¹¹⁸, in cui le istituzioni legislative e di governo optano per un modello di regolazione che prevede a monte una divisione netta tra il momento politico e il momento tecnico, con delega del potere di amministrazione della tecnica ad enti pubblici ad elevata competenza e – suppostamente – neutrali rispetto agli interessi coinvolti¹¹⁹.

Dal momento, pertanto, che tecnica e diritto sono realtà che rimangono su piani formalmente separati, e non necessariamente intersecantisi, la dottrina tende generalmente a distinguere tra i concetti di ‘normativa tecnica’, comprensiva, oltre che delle norme tecniche elaborate da enti pubblici, «anche alla produzione di norme tecniche volontarie e consensuali da parte di soggetti privati», e di ‘normazione tecnica’, con cui si suole indicare «la produzione di norme con atti-fonte che risultano caratterizzate in mondo determinante dal contenuto o dal fondamento tecnico-scientifico, che devono

certo ente di normalizzazione), senza che però queste ultime assumano valore obbligatorio», con l’effetto che le norme tecniche di produzione privata non vengono escluse per principio, ma si favorisce l’applicazione delle norme tecniche di produzione pubblica «attraverso una sorta di inversione dell’onere della prova». Cfr. L. Montanari, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, cit., p. 460.

Sul punto v. anche M. Gigante, voce *Norma tecnica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Milano, 2006, pp. 3806 ss., p. 3808, la quale ricorda come simile tecnica legislativa fosse stata introdotta nell’ordinamento italiano dalla L. 1 marzo 1968, n. 186, che pone l’obbligo di costruire e realizzare materiali e impianti elettrici ed elettronici «a regola d’arte» e contemporaneamente prevede che «gli apparecchi realizzate secondo le norme del Comitato elettrotecnico italiano si considerano costruiti a regola d’arte». Simile meccanismo è stato successivamente adottato anche nell’ordinamento comunitario, a seguito della risoluzione sul c.d. ‘nuovo approccio’, adottata dal Consiglio il 7 maggio 1985, in base al quale le direttive comunitarie che regolano materie tecniche si limitano ad individuare i requisiti essenziali di sicurezza che i beni e servizi intracomunitari devono presentare per circolare liberamente, e nello stesso tempo attribuiscono una presunzione di conformità a tali requisiti ai beni prodotti conformemente alle norme tecniche armonizzate adottate dagli enti comunitari di normazione su mandato della Commissione Europea. La presunzione di conformità, peraltro, non si risolve in una esenzione da responsabilità, né esclude la possibilità di fare ricorso a norme tecniche diverse da quelle armonizzate: il principale beneficio della conformazione alle norme tecniche armonizzate sta nella loro maggiore attitudine a circolare senza incorrere nei controlli dell’autorità.

¹¹⁸ Su cui, in generale, il classico lavoro di G. Majone, A. La Spina, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2010, cui *adde* A. Pisaneschi, *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore e ritorno?*, Torino, 2009.

¹¹⁹ Sulle autorità amministrative indipendenti la letteratura è sterminata. Tra i principali contributi in lingua italiana a carattere monografico v. M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; A. Predieri, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; G. Amato, *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997; in relazione alla potestà normativa delle autorità indipendenti cfr. R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012; F. Zammartino, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020.

essere considerate imperative e tendenzialmente dotate di efficacia precettiva o vincolante, poiché assumono il regime giuridico proprio della fonte che le accoglie»¹²⁰.

Essendo le norme tecniche il frutto dell'esperienza e della prassi consolidata, si deve mettere in conto l'alta probabilità che, anche in tempi relativamente brevi, possano venire aggiornate o definitivamente abbandonate in conseguenza di un processo di adeguamento alle nuove evidenze scientifiche e sperimentali: il carattere tecnico della regola implica un rapporto di dipendenza rispetto al flusso di conoscenza che attraversa un'arte, scienza o professione, conoscenza che è in continua evoluzione e che può comportare il superamento delle norme tecniche precedentemente validate. La precarietà della norma tecnica è un elemento costitutivo di tale ordinamento, e come visto condiziona pesantemente la stabilità degli stessi atti normativi che vi rinviano o, in altra maniera, lo richiamano. Del pari, il perfezionamento di plurime modalità di applicazione delle norme tecniche fa sì che le medesime presentino margini di opinabilità e possano dar luogo a risultati diversi a seconda delle premesse dalle quali gli specialisti partono per compiere una certa valutazione. Per questa ragione, soprattutto quando poste di fronte a valutazioni tecniche di spettanza della pubblica amministrazione, la dottrina e la giurisprudenza amministrativa si sono mostrate prevalentemente refrattarie (salvo qualche autorevole voce contraria¹²¹) ad un controllo pieno (diretto, intrinseco e sostitutivo) su di esse, facendo leva su argomentazioni anche molto differenti.

¹²⁰ A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit., p. 20; per questa distinzione v. anche 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, pp. 41 ss.

¹²¹ In ordine di tempo, il primo autore che si è addentrato nel tentativo di superare la tradizionale concezione della tecnica come limite al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo è stato Vittorio Bachelet, il quale propugnò un mutamento di prospettiva che portasse a configurare la tecnica come un limite esterno all'attività della pubblica amministrazione, sia nel caso in cui il rispetto di regole e canoni tecnici fosse imposto da norme di legge (configurandosi, in caso di comportamento difforme della P.A., una violazione di legge) sia nel caso in cui un onere di conformarsi fosse, ad ogni modo, richiesto *ratione materiae* (e l'eventuale infrazione della P.A. sarebbe dal giudice valutabile alla stregua delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere). Sul punto v. V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, cit., pp. 91 ss. Ancora più radicale l'opinione espressa da F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit., pp. 220 ss., secondo il quale «neanche il più attento vaglio critico del ragionamento svolto dall'amministrazione può equivalere a una verifica diretta dell'apprezzamento tecnico, e consentire un'appagante risposta in ordine alla questione concernente l'adeguatezza del criterio assunto a base del medesimo, nonché la correttezza delle operazioni condotte in sede amministrativa» (p. 220). L'Autore non nega che vi siano molti casi nei quali «tali valutazioni sono precedute da una prima individuazione e ponderazione di quei pubblici interessi, che concorrono a delimitare l'ambito del problema tecnico relativo ad una certa situazione; e forse ancor più spesso si hanno determinazioni discrezionali successive, che utilizzano i risultati dell'indagine tecnica per la risoluzione

Così, soprattutto nelle prime riflessioni, il carattere non sindacabile delle valutazioni tecniche effettuate dalla P.A. veniva giustificato in ragione della natura suppostamente discrezionale delle operazioni messe in atto dall'autorità pubblica. La giurisprudenza amministrativa, inoltre, ha in alcuni casi ascritto le valutazioni discrezionali della P.A. al merito amministrativo, con l'ovvia conseguenza di sottrarre per principio a sindacato giurisdizionale le scelte compiute dall'amministrazione nell'esercizio del proprio potere tecnico-discrezionale¹²².

Successivamente, quando il profilo della 'tecnicità' ha cominciato ad essere considerato separatamente da quello della 'discrezionalità', in dottrina si è profilata l'ipotesi (con argomentazioni in parte diverse) di una «riserva di valutazione» in capo all'amministrazione, sull'assunto che il legislatore avrebbe rimesso all'esclusivo apprezzamento di un ente pubblico qualificato la valutazione di specifici profili tecnico-scientifici relativi a settori come l'industria farmaceutica, la produzione agricola con prodotti geneticamente modificati, lo sviluppo e l'immissione in commercio di tecnologie non ancora testate e via dicendo. Si tratta di ipotesi nelle quali il legislatore avrebbe avvertito la necessità di rimettere complesse valutazioni a contenuto tecnico all'esclusiva competenza di una organizzazione amministrativa strutturalmente incastonata nell'apparato pubblico, in ragione dello stretto collegamento tra la valutazione tecnica e la decisione sul merito amministrativo. Sicché, in questi casi (al pari di quanto avverrebbe sposando la teoria esposta *supra*), sarebbe in ogni caso da escludere un giudizio sostitutivo dell'organo giurisdizionale adito, e l'eventuale riscontrata illegittimità della

del problema amministrativo vero e proprio» (p. 224); tuttavia ribadisce convintamente che «questi momenti, che talvolta si succedono e alternano secondo sequenze molto articolate, sono pur sempre suscettibili di distinzione; ed a ciascuno deve corrispondere un criterio appropriato di controllo» (*ibidem*). A fronte del sempre più pervasivo condizionamento tecnico dell'attività della P.A., l'esigenza costituzionale di garantire una tutela giurisdizionale effettiva nel caso in cui l'attività fosse stata esercitata in maniera scorretta non può che portare all'accoglimento della tesi che propugna un sindacato pieno e, a certe condizioni, sostitutivo. Scrive Ledda: «Egli [il giudice] deve sottoporre a verifica diretta le c.d. operazioni tecniche, per vagliare la loro correttezza, e può annullare o disapplicare l'atto quando il giudizio dell'amministrazione risulti inattendibile (o scarsamente verosimile) per l'insufficienza del criterio o per un vizio del procedimento applicativo. Qualora invece il medesimo giudizio risulti corretto e quindi attendibile perché opinabile, ad esso il giudice non può sostituire un proprio diverso apprezzamento, che sarebbe opinabile pur esso» (p. 228).

¹²² Sull'evoluzione delle concezioni sul rapporto tra torna tecnica, discrezionalità e sindacato del giudice amministrativo v. C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., pp. 33 ss.; C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica*, cit., pp. 45 ss.

procedura di valutazione avrebbe l'effetto di rimettere di nuovo alla medesima amministrazione il compito di rinnovare la valutazione precedentemente svolta¹²³.

In anni recenti, sia la giurisprudenza che la dottrina hanno progressivamente abbandonato le posizioni tradizionali sulla discrezionalità tecnica, giungendo a ritenere che il limite al sindacato giurisdizionale non sia più giustificabile dopo che è stata introdotta nel processo amministrativo la possibilità per il giudice di disporre la consulenza tecnica d'ufficio, che permette di conoscere – almeno in linea di principio – la realtà di fatto in misura equiparabile alla conoscenza che di essa ha la pubblica amministrazione quando si presta ad esercitare il proprio potere. Posizione condivisa dal Consiglio di Stato, che con la sentenza n. 601 del 1999¹²⁴, avrebbe finalmente esteso il proprio sindacato ad un controllo di tipo 'intrinseco' (sia pur di tipo 'debole'), che

¹²³ Si veda ad esempio la ricostruzione di C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, cit., p. 206, per il quale «il carattere soggettivamente specialistico della valutazione tecnica non costituisce un elemento meramente descrittivo, ma pare essere un dato specificamente rilevante da un punto di vista giuridico perché individua una struttura di potere reale che è tale da alterare l'assetto complessivo dei poteri formali (dei poteri che sono posti e disciplinati dall'ordinamento)», sicché si tratta di individuare quelle ipotesi nelle quali la legge abbia voluto conferire un potere di valutazione riservato ad un ben individuato organo tecnico. Marzuoli ritiene che la posizione di una riserva di valutazione ad opera della legge in capo ad un soggetto istituzionale possa essere stabilita a partire dall'analisi del dato di diritto positivo, a seconda che una materia rilevi come questione inter-privata oppure come questione involgente l'interesse pubblico. Quando la questione assuma la veste di un affare privato (seppure una delle parti sia la pubblica amministrazione), un potere di valutazione riservato non sarebbe in alcun modo giustificabile; al contrario, quando rilevino valori che investono il pubblico interesse o la collettività, potrebbe ipotizzarsi una riserva di potere di valutazione tecnica in capo alla P.A. A sua volta, mostrando di condividere in gran parte le considerazioni espresse da Marzuoli, D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, cit., pp. 235 ss., finisce per configurare un potere di valutazione riservato di natura non discrezionale ogniqualvolta i pubblici apparati non si limitino a porre in essere un'attività meramente interpretativa, ma vi sia «un apporto nuovo ed originale del soggetto applicante, in quanto frutto di un suo apprezzamento soggettivo, qualificato sotto il profilo valutativo, e innovativo rispetto ai contenuti della norma, la quale affiderebbe appunto all'autorità applicante il compimento della valutazione» (pp. 235-236, corsivi testuali). L'Autrice precisa che il fenomeno connesso all'esercizio di un siffatto potere si riferisce ad «una creatività differenziata e particolare, nella quale l'apporto valutativo originale dell'amministrazione applicante consiste in un intervento creativo legittimato da una previsione normativa di affidamento (di rinvio della scelta al momento concreto dell'applicazione del comando normativo astratto), essenzialmente diverso dall'attività di semplice interpretazione» (p. 239). In tali ipotesi, pertanto, il conferimento di siffatto potere dovrebbe avvenire sulla base di una norma di legge espressa, da leggersi in maniera sistematica nel quadro complessivo avuto di mira dalla legge. Concepita nei termini esposti, «l'attribuzione in via riservata all'amministrazione di valutazioni non discrezionali può trovare dunque la propria legittimazione, sotto il profilo organizzatorio, nella specifica «competenza» dell'articolazione organizzativa affidataria ossia, da un punto di vista più sostanziale, nella circostanza che la scelta organizzatoria operata ai fini dell'affidamento di quel compito valutativo sia comunque stata una scelta condizionata funzionalmente dall'obiettivo di garantire l'adeguatezza dell'azione amministrativa» (p. 348).

¹²⁴ Cons. St., sez. IV, sent. n. 601/1999, con note di D. de Pretis, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, n. 10/1999, pp. 1179 ss.; M. Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2000, pp. 185 ss.; P. Lazzara, *“Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive*, *ivi*, pp. 212 ss.

permette al giudice amministrativo di vagliare non solo il procedimento logico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione poi concretamente presa, ma anche la 'sufficienza' e l'adequatezza' del criterio tecnico adottato e la correttezza del procedimento di applicazione dello stesso.

5. *Le comunità scientifiche e i processi di produzione del sapere specialistico*

Il lavoro di ricerca si caratterizza, prima di tutto, per essere un atto di libertà del ricercatore, il quale di propria iniziativa si pone come obiettivo di indagare le caratteristiche di un oggetto specificamente individuato al quale egli attribuisce un particolare interesse conoscitivo. L'impulso a ricercare dipende da una propensione intellettuale del soggetto che indaga, il quale pone da sé le premesse della ricerca a partire da un interesse proprio che può derivare da una pluralità di fattori, il più delle volte aventi natura extra-scientifica e legati, tra l'altro, alla sua formazione culturale, etica e religiosa. Il ricercatore parte, infatti, da un «punto di osservazione» che presuppone una scelta di principio circa la prospettiva della ricerca, con scopi e motivazioni magari diversi rispetto alla mera "volontà di sapere"¹²⁵. La tradizionale immagine stereotipata dello scienziato come freddo indagatore dei fenomeni naturali avulso da interessi o condizionamenti extra-scientifici è stata progressivamente abbandonata a favore di una rappresentazione disincantata e maggiormente consapevole della posizione del ricercatore, il quale non è una monade che opera in assoluta libertà di forme e di metodi, ma è stabilmente inserito in un ambiente soggetto a condizionamenti dall'esterno.

La sociologia della scienza, che studia la scienza come 'sistema d'azione sociale' (vale a dire, come insieme di processi socioculturali che concorrono alla formazione della conoscenza scientifica, anche in relazione agli altri 'sistemi sociali di base', come famiglia, lavoro ecc.), ha infine riconosciuto che il sistema scienza si differenzia dalle altre formazioni sociali per l'elevato grado di 'auto-legalità' raggiunto nel disciplinare al proprio interno i meccanismi che presiedono alla validazione della conoscenza¹²⁶.

¹²⁵ M. Mulkay, *La scienza e la sociologia della conoscenza*, cit., p. 31; S. Richards, *Filosofia e sociologia della scienza*, cit., pp. 170 ss.

¹²⁶ Ogni comunità scientifica opera liberamente secondo codici di condotta e ricerca che dovrebbero garantire l'autodisciplina all'interno della comunità di studiosi, alla quale dovrebbe spettare in esclusiva la regolazione del dissenso e la capacità di stabilire cosa è 'scienza' e cosa 'pseudoscienza'. Le teorie generalmente accolte in seno alla comunità scientifica vengono comprese nella locuzione 'scienza mainstream', mentre le teorie non ancora validate o accolte dalla maggioranza di studiosi appartengono alla

Per quel che attiene, in particolare, agli scopi che animano la ricerca scientifica, si è soliti distinguere tra ‘scopi interni’, che ciascuna comunità di scienziati si pone autonomamente per indirizzare il proprio lavoro, e ‘scopi esterni’, che sono dati dalle attese che la società nutre nei confronti della comunità scientifica¹²⁷.

Robert K. Merton ha individuato quattro scopi interni alla scienza, riassumibili in quattro categorie: l'universalismo, il comunismo, il disinteresse e il dubbio sistematico. L'‘universalismo’ si riferisce al dovere di rispettare norme impersonali, valide in ogni fase dell'agire scientifico, a prescindere da particolarismi razziali, nazionalistici, religiosi o di classe, per rispondere all'«esigenza che la carriera scientifica sia aperta a chiunque abbia le capacità necessarie»¹²⁸. Il ‘comunismo’ indica il fatto che le scoperte – fatto salvo il riconoscimento per lo scopritore della priorità intellettuale – devono essere accessibili alla collettività e devono poter essere utilizzate da qualunque ricercatore¹²⁹. Il ‘disinteresse’ designa invece i meccanismi istituzionali mediante i quali il ‘sistema scienza’ tiene sotto controllo gli interessi personali dei suoi componenti, impedendo che la brama di successo porti a comportamenti abusivi, truffaldini od illeciti¹³⁰. Infine, il

‘scienza di confine’. Le teorie reputate erranee dalla comunità scientifica ma spacciate come vere sull’avallo della scienza vengono invece definite ‘pseudoscientifiche’.

¹²⁷ Sul punto v. L. Gallino, voce *Sociologia della scienza*, in *Enc. italiana*, V appendice, online, 1995.

¹²⁸ Cfr. R. K. Merton, *Teoria e struttura sociale. III. Sociologia della conoscenza e sociologia della scienza*, Bologna, 2000, pp. 1060 ss., p. 1063.

¹²⁹ R. K. Merton, *Teoria e struttura sociale*, cit., pp. 1065 ss.

¹³⁰ R. K. Merton, *Teoria e struttura sociale*, cit., pp. 1069 ss., per il quale: «L'esigenza del disinteresse ha un fondamento solido nel carattere pubblico e controllabile della scienza e possiamo supporre che questa circostanza abbia contribuito all'integrità degli uomini di scienza. Vi è competizione nel campo della scienza, competizione che è intensificata dall'importanza attribuita alla priorità come ad un criterio di successo, e sotto certe condizioni competitive si possono ben sviluppare incentivi per eclissare i rivali con mezzi illeciti. Ma tali impulsi possono trovare scarsa possibilità di espressione nel campo della ricerca scientifica. Il settarismo, le cricche informali, le pubblicazioni banali ma numerose, questi e altri espedienti possono essere usati per raggiungere il successo personale. [...] Lo scienziato non si trova di fronte ad una clientela come il medico o l'avvocato per esempio. La possibilità di sfruttare la credulità, l'ignoranza e l'inferiorità del profano è quindi considerevolmente ridotta. La frode, il raggirò e le affermazioni irresponsabili (ciarlatanerie) sono ancora meno probabili che nelle professioni al «servizio del pubblico». Nella misura in cui il rapporto scienziato/profano diventa più stretto, aumentano gli incentivi per evadere dai principi della scienza. L'abuso di autorità specialistica e la creazione di pseudo-scienze si verificano quando la struttura di controllo costituita da colleghi qualificati è resa inefficace» (pp. 1070-1071). Solitamente nel lavoro scientifico ciascuna pubblicazione viene sottoposta a una procedura di valutazione (c.d. referaggio), ad opera di uno o più *referee* anonimi, scelti tra studiosi riconosciuti ed esperti della materia, ai quali viene affidato il compito di vagliare criticamente il contributo sottoposto per la pubblicazione sul piano della correttezza metodologica, della ricchezza e appropriatezza bibliografica, della rilevanza della trattazione nel dibattito in seno alla comunità scientifica, nonché della congruenza dei risultati esposti in rapporto al complesso argomentativo del contributo. Il sistema di controllo e monitoraggio nella selezione dei contributi idonei alla pubblicazione costituisce, dunque, una forma di auto-regolazione interna alla scienza, che non esclude eventuali falle o debolezze, come ricordato da C.

‘dubbio sistematico’ si riferisce alla necessità di sottoporre qualsiasi teoria al vaglio dell'evidenza empirica e dell'argomentazione razionale prima di accoglierla come forma di conoscenza¹³¹.

Gli scopi esterni possono avere carattere cognitivo, etico, politico e applicativo. Uno scopo cognitivo consiste nella crescita della conoscenza, ovvero nel fatto che la scienza per distinguersi da altre forme di conoscenza deve essere interessante, produrre una conoscenza difficile da ottenere e possedere un elevato potere esplicativo. Gli scopi etici corrispondono agli usi che delle scoperte scientifiche potranno farsi a vantaggio della collettività. Gli scopi politici sono quelli che si impongono ai ricercatori in virtù di pressioni provenienti dallo Stato o da potenti gruppi politici. Infine, gli scopi applicativi riguardano gli impieghi pratici della scienza nei vari settori dell'organizzazione sociale¹³².

Il lavoro dello scienziato è, dunque, costantemente sottoposto all'interazione, oltre che con i propri pari, con soggetti ed esperienze formalmente esclusi dal circolo scientifico-gnoseologico della ricerca, ma che indirettamente contribuiscono a influenzarlo nella scelta degli oggetti da indagare, delle metodologie da impiegare e, quand'anche, degli scopi da perseguire¹³³. La conformazione della ricerca scientifica è – si potrebbe dire – co-determinata dal complesso di forze che operano a livello sociale, come attestano le vicende di importanti scienziati del passato che furono perseguitati o costretti ad abiurare le proprie teorie su pressione dell'autorità politica o ecclesiastica¹³⁴.

Casonato, *Diritto e scienze della vita: complessità, tentazioni, resilienza*, in *Dir. pubbl., comp. eur.*, n. 2/2015, pp. 277 ss., p. 293; R. Caso, *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Milano, 2020, pp. 49 ss.

¹³¹ R. K. Merton, *Teoria e struttura sociale*, cit., pp. 1072 ss.

¹³² L. Gallino, voce *Sociologia della scienza*, cit.

¹³³ K. D. Knorr-Cetina, *Scientific Communities of Transepistemic Arenas of Research? A Critique of Quasi-Economic Models of Science*, in K. D. Knorr-Cetina, M. Mulkay (edited), *Science Observed: Perspectives on the Social Study of Science*, London, 1983, pp. 128 ss., per la quale il concetto di comunità scientifica andrebbe abbandonato a favore del concetto di «arene transepistemiche di azione», che meglio descriverebbe gli scambi comunicativi tra una comunità scientifica e le altre comunità epistemiche.

¹³⁴ Le élites politiche e industriali hanno da subito scorto nella scienza un mezzo di consolidamento del proprio potere e ne hanno, per conseguenza, favorito il progresso, mosse principalmente dall'aspettativa di godere dei benefici tecnologici spendibili sul piano militare e commerciale. Al contrario, le gerarchie ecclesiastiche e, in un primo tempo, la società civile hanno, in diverse fasi storiche, opposto il progresso della scienza, sebbene per ragioni fondamentalmente diverse: la Chiesa era evidentemente interessata a difendere le premesse ideologiche che fondavano il proprio potere temporale, e si opponeva alla scienza per ragioni di autoconservazione; quanto al sistema comunitario, l'opposizione alla scienza era giustificata dal fatto che la tecnologizzazione della società provocava una forte erosione dei legami sociali primari, con il conseguente affievolimento dei valori familiari, religiosi, etnici, politici e territoriali. Cfr. sul punto L. Gallino, *Sociologia della scienza*, cit. Per quel che concerne il legame tra scienza e potere politico, esso si

I sociologi della scienza si sono variamente contraddistinti per il diverso peso che attribuiscono ai meccanismi interni di produzione della conoscenza (c.d. «internisti», secondo i quali le azioni cognitive e pragmatiche di un attore scientifico sono determinate esclusivamente dall'esame razionale delle relazioni logico-empiriche esistenti tra la teoria e i dati raccolti), e ai meccanismi esterni (c.d. «esternisti», secondo cui la scelta sia del metodo che degli oggetti d'indagine viene prevalentemente condizionata da fattori di carattere meta-scientifico)¹³⁵.

Senza entrare nel merito di problemi che hanno rilevanza limitata in questa sede, non è senza significato che la produzione del sapere scientifico sia un processo il cui fondamento risiede nella necessaria premessa di criteri metodologici e di validazione la posizione dei quali spetta alla comunità scientifica di appartenenza, quale luogo istituzionale dove deve avvenire il confronto tra studiosi.

Ma che cosa si intende per 'comunità scientifica'? Se per 'comunità' si vuole designare un complesso aggregativo di più individui legati da un interesse o scopo comune, la comunità scientifica si identifica con l'insieme degli scienziati, sia teorici che pratici, che svolgono le loro ricerche in un ambito specifico (e specializzato) della conoscenza. Il primo elemento che distingue una comunità scientifica è dunque la sua tendenziale autoreferenzialità rispetto ad altre aggregazioni sociali¹³⁶, in virtù della quale i suoi membri sono portati a ricercare legittimazione scientifica *in primis* (se non in via

fa via via più stretto a partire dalla seconda metà del XIX secolo, quando le utilità tecnologiche prodotte dalla scienza sono divenute il veicolo indispensabile per l'industrializzazione delle economie e degli eserciti statali. Ma è soprattutto a partire della Prima Guerra Mondiale (e, a maggior ragione, dopo la Seconda Guerra Mondiale) che la comunità scientifica viene «ingaggiata» in qualità di ausiliaria degli apparati governativi, quando è apparso evidente che le sorti della guerra sarebbero state decise dalla potenza tecnologica degli eserciti contendenti. Da allora, i poteri pubblici hanno cercato di influenzare in maniera diretta la ricerca scientifica, condizionando l'erogazione dei finanziamenti statali a vincoli sempre più pervasivi rispetto alla scelta dell'oggetto di ricerca e dei suoi utilizzi a fini pratici. Sul punto Cfr. L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993, pp. 22 ss.; S. Richards, *Filosofia e sociologia della scienza*, cit., pp. 139 ss.

¹³⁵ Gli esternisti evidenziano, in particolare, come esistano diversi criteri razionali di ricerca empirica, tutti astrattamente validi, tra i quali lo studioso è indotto a scegliere in base a fattori di ordine sociale. Inoltre, gli esternisti fanno notare che la scienza progredisce non tanto perché vengono elaborate nuove teorie che falsificano quelle precedenti, bensì perché nuove generazioni di studiosi adottano nuovi paradigmi e «modelli del mondo». Gli influssi esternisti sul processo della ricerca scientifica erano, peraltro, già stati evidenziati da É. Durkheim e poi ripresi da K. Marx. Sul punto v. M. Mulkay, *La scienza e la sociologia della conoscenza*, cit., pp. 12 ss.

¹³⁶ M. Cini, *Comunità scientifiche: illusione o realtà*, in G. Battimelli, E. Gagliasso (a cura di), *Le Comunità Scientifiche tra storia e sociologia della scienza*, Roma, 1992, pp. 357 ss., p. 359.

esclusiva) presso propri pari¹³⁷. La ‘comunità scientifica’ è quindi un «a priori necessario perché possa svolgersi il dibattito sull’accettabilità di ogni pretesa cognitiva»¹³⁸. Esistono, peraltro, tante comunità scientifiche quanti sono i settori di specializzazione dotati di autonomia di metodo e di oggetto, le quali si differenziano dalle altre formazioni sociali per non essere identificabili su base territoriale bensì dislocate nei luoghi della ricerca teorica e applicata.

Un’altra peculiarità che contraddistingue le comunità scientifiche è costituita dal tipo di comunicazione con la quale una legge o teoria scientifica viene espressa per essere sottoposta al giudizio dei membri della comunità di appartenenza, sì da venire criticamente discussa, validata o confutata. A questo proposito, bisogna considerare che «la comunicazione non si caratterizza solo per i suoi contenuti o per i ruoli coinvolti nella comunicazione stessa»¹³⁹ ma anche per «i criteri in base ai quali la comunicazione si assicura credibilità, cioè i criteri di validità assunti dai partecipanti nel processo di comunicazione»¹⁴⁰.

Una conoscenza scientificamente qualificata si contraddistingue, perciò, dal sapere comune per la pregnanza cognitiva dello scambio inter-soggettivo sotteso alla sua circolazione e validazione entro una cerchia di esperti accomunati da un codice comunicativo specifico e convenzionalmente riconosciuto come veicolo idoneo alla predicabilità dei risultati. La produzione del sapere è, dunque, un’attività collettiva che si connota non solo sul piano metodologico, ma anche retorico¹⁴¹, che si svolge «attraverso il controllo pubblico, intersoggettivo di qualsiasi affermazione»¹⁴².

La comunicazione esercitata nelle sedi istituzionalmente deputate alla pubblicizzazione dei dati e delle teorie diventa, così, veicolo di significanza cognitiva e

¹³⁷ Il tema è stato affrontato, tra gli altri, anche da Thomas S. Kuhn, il quale elabora una teoria della ricerca scientifica in base alla quale le teorie scientifiche dominanti (i ‘paradigmi’) si affermano all’esito di un dialogo che si viene a creare all’interno della comunità di studiosi con alcune voci minoritarie impegnate a evidenziare le incongruenze e le anomalie che la teoria dominante non è in grado di spiegare.

¹³⁸ M. Cini, *Comunità scientifiche*, cit., p. 358.

¹³⁹ M. C. Agodi, *La comunicazione come elemento costitutivo delle comunità scientifiche: orientamenti per l’indagine*, in G. Battimelli, E. Gagliasso (a cura di), *Le Comunità Scientifiche tra storia e sociologia della scienza*, Roma, 1992, pp. 27 ss., p. 31.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ M. Pera, *Perché la Comunità. Ragioni di un filosofo*, in G. Battimelli, E. Gagliasso (a cura di), *Le Comunità Scientifiche tra storia e sociologia della scienza*, Roma, 1992, pp. 11 ss.

¹⁴² A. Rossi, *La dimensione personale nella scienza e la comunità scientifica*, in G. Battimelli, E. Gagliasso (a cura di), *Le Comunità Scientifiche tra storia e sociologia della scienza*, Roma, 1992, pp. 323 ss., p. 324.

strumento di definizione dell'oggetto comunicato. In questi termini, le comunità scientifiche sono «reti di agire comunicativi, imputabili ad attori sociali, nelle quali il mezzo generalizzato di scambio è la fecondità euristica in un dominio definito in termini cognitivi, intendendo con ciò quella particolare caratteristica di una articolazione analitica di un problema cognitivo, i cui passaggi sono intersoggettivamente controllabili, che la rende suscettiva di stimolare a sua volta ulteriori, più articolate, formulazioni»¹⁴³.

Si è così imposta la teoria popperiana che vede nella scienza una società, in qualche modo, “democratica” al cui interno sono individuabili gruppi di pensiero, tra i quali si assiste ad un movimento di scambio, critica e rinnovamento. In ogni momento storico vi è un gruppo di scienziati che concorda a maggioranza sulla validità di una certa teoria; tuttavia, l'abbandono di essa o il suo progressivo superamento non può che avvenire in esito ad un dibattito interno alla comunità, seguendo i canoni e le regole che presiedono alla successione dei paradigmi scientifici.

5.1 Il problema del metodo nella filosofia della scienza: quando una conoscenza può dirsi “scientifica”? Cenni storici

Da quanto esposto risulta costante, nella storia della filosofia della scienza, il problema di stabilire come e quando un lavoro di ricerca può dirsi ‘scientifico’ e, quindi, capace di offrire risposte convincenti a problematiche di ordine epistemico.

Il problema del metodo è centrale per la determinazione della scientificità di teorie e indagini alle quali si pretende di conferire valore oggettivo, dove per ‘oggettivo’ non si intende ciò che è universalmente valido in ogni tempo, luogo e circostanza, bensì un dato conoscitivo riconosciuto valido da una comunità di individui sul presupposto dell'affidabilità dei criteri di elaborazione critico-cognitivi¹⁴⁴.

La storia della filosofia della scienza testimonia l'estrema difficoltà di stabilire una volta per tutte in che cosa consista il «metodo scientifico», ciò che porta oggi a pensare all'impresa scientifica come al prodotto della percezione che storicamente gli

¹⁴³ M. C. Agodi, *La comunicazione come elemento costitutivo delle comunità scientifiche*, cit., p. 33-34.

¹⁴⁴ S. Richards, *Filosofia e sociologia della scienza*, cit., pp. 46 ss.

scienziati delle diverse epoche hanno avuto del loro lavoro, al mutare delle condizioni nelle quali concretamente hanno operato¹⁴⁵.

L'esigenza di distinguere tra ciò che è 'scienza' (*epistème*) e ciò che è mera 'opinione' (*doxa*) era stata sentita già dagli antichi e, in particolare, da Platone, il quale, nello sforzo di contrastare le dottrine sofistiche (foriere di un pericoloso relativismo etico-morale)¹⁴⁶, aveva concepito la dottrina delle idee come un sistema assiomatico-deduttivo di enti universali e perfetti che, nella loro qualità di 'paradigmi', erano dotati tanto di una funzione normativa (idonea, cioè, a indirizzare l'agire morale e politico degli individui e delle comunità) quanto di una funzione parametrica (come metro di valutazione della singola azione)¹⁴⁷. Tale concezione, che faceva dipendere la conoscenza del mondo da due metodi d'indagine dotati di diversa efficacia euristica¹⁴⁸, prendeva le mosse dal pregiudizio metafisico secondo cui la realtà esterna non può essere fonte di vera conoscenza, ritenendo che le forme nelle quali si manifesta il mondo fisico siano nient'altro che una mimesi di enti universali contemplabili esclusivamente con la ricerca filosofica. Un metodo siffatto, fondato su un procedere esclusivamente deduttivo, riduceva il problema della scienza alle radici prime e all'ontologia (ossia allo studio delle qualità intrinseche delle cose studiate), sicché qualunque tentativo di indagare il mondo fisico avrebbe condotto al massimo a una conoscenza parziale e, in ogni caso, solo 'verosimile'.

Al metodo deduttivo platonico, Aristotele contrappone una teoria della conoscenza che, partendo dall'osservazione diretta dei fenomeni naturali, perviene alla formulazione di proposizioni dichiarative espresse nella forma di sillogismi¹⁴⁹, i quali,

¹⁴⁵ Cfr. P. Corsi, voce *Scienza*, in *Enc. it.*, V appendice, 1994.

¹⁴⁶ Il riferimento va soprattutto a Protagora di Abdera, su cui v. Platone, *Teeteto*, Milano, 1994.

¹⁴⁷ Le 'idee' per Platone erano entità astratte, unitarie, indivisibili, fuori dal tempo, immobili, ingenerate, imperiture e impercettibili ai sensi, ma conoscibili con il pensiero. Di esse, pertanto, non è possibile avere esperienza diretta, ma solo indirettamente attraverso le particolari cose visibili che percepiamo tramite i sensi; cose che partecipano in misura relativa di una certa idea ma giammai la esprimono nel suo assoluto. Sulla dottrina platonica delle idee v. D. Ross, *Platone e la teoria delle idee*, Bologna, 2001.

¹⁴⁸ Il primo era il «metodo matematico», che procede a partire da ipotesi ammesse come evidenti (gli assiomi) da cui vengono dedotte delle conseguenze (i teoremi) coerenti con le ipotesi iniziali, che sono vere nella misura in cui le ipotesi di partenza siano vere; il secondo era il «metodo dialettico», grazie al quale si parte da alcune ipotesi che assume essere vere ma, a differenza che nel metodo matematico, risale ulteriormente alla ricerca di un principio superiore assolutamente vero e non solo ipotetico. Cfr. Platone, *Repubblica*, Milano, 2007, in particolare [6,510 C-511 C].

¹⁴⁹ Aristotele distingue tra tre figure di sillogismo, ciascuno dei quali si compone di due premesse (legate da un elemento comune, definito «termine medio») e una conclusione, aventi la funzione di

pur essendo di per sé privi di valore euristico (visto che le conclusioni esplicitano solo ciò che è implicito nelle premesse), possono divenire fonte di conoscenza quando la premessa maggiore sia costituita da proposizioni vere, prime, universali e necessarie, come si ha quando i fatti ai quali si riferiscono siano stati oggetto di dimostrazione (*apòdeixis*) e le loro qualità non siano state ricavate da altre premesse¹⁵⁰. Secondo Aristotele, il processo di conoscenza dei principi scientifici primi procede non per deduzione partendo da un'idea astratta e universale calata nel particolare, ma per induzione (*epagoghé*), mediante cioè un processo a ritroso che parte dalle caratteristiche di singole realtà particolari di cui si fa quotidiana esperienza (*empeirìa*). Il dato conoscitivo primario di ogni scienza è esterno alla scienza stessa, e viene acquisito mediante quella disposizione personale raziocinante che è l'intelletto (*nous*)¹⁵¹.

Tuttavia, lo scopo della ricerca rimaneva anche per Aristotele l'indagine attorno alle «cause finali» dei fenomeni, che inscrivono gli oggetti della natura in un progetto più ampio di stampo (anche e soprattutto) teologico, aspetto questo rende la filosofia aristotelica ancora lontana da una prospettiva propriamente scientifica, intesa secondo canoni attuali. Essa, nondimeno, ha costituito la base dalla quale hanno preso le mosse le successive elaborazioni medievali: pensatori come Roberto Grossatesta, Ruggero Bacon e Guglielmo da Ockham, pur abbandonando l'impostazione aristotelica che poneva alla base della ricerca scientifica la spiegazione delle intime essenze della natura (causa finale), hanno assunto a premessa del loro lavoro l'assunto secondo cui lo scopo della ricerca è di indagare esclusivamente i rapporti di causa/effetto tra fenomeni naturali (causa efficiente). Tale impostazione si traduceva sul piano metodologico nella integrazione del modello induttivo-deduttivo aristotelico con una terza fase di

descrivere i rapporti che legano gli oggetti alle rispettive qualità. Come scrive Aristotele, *Opere, II. Topici*, Roma-Bari, 1973, 102a (p. 9): «"proprio" è ciò che, pur non rivelando l'essenza individuale oggettiva, appartiene purtuttavia a quell'unico oggetto, e sta rispetto ad esso in un rapporto convertibile di predicazione».

¹⁵⁰ Cfr. Aristotele, *Analitici secondi*, Torino, 1982 [1, 2, 71 b 17-72a8]: «Intendo per dimostrazione il sillogismo scientifico e chiamo scientifico il sillogismo in base al quale, per il fatto di possederlo, noi abbiamo scienza. Se dunque il sapere è quale abbiamo posto che fosse, è necessario che la scienza dimostrativa si costituisca a partire da premesse vere, prime, immediate, più note e anteriori rispetto alla conclusione e dunque causa di essa. In questo modo, infatti, anche i principi saranno propri di ciò che è dimostrato. [...] Principio è la premessa immediata di una dimostrazione, e immediata è quella premessa di cui non esiste altra anteriore».

¹⁵¹ Di tal guisa, Aristotele è il primo a distinguere tra il momento della scoperta (che procede a partire dall'osservazione dei fenomeni naturali) e il momento dell'esposizione dei risultati (che procede per deduzioni secondo argomentazioni di natura dialettica).

sperimentazione, nella quale i principi indotti dall'osservazione avrebbero dovuto essere sottoposti ad un controllo di verifica *a posteriori*¹⁵².

La moderna scienza europea vede la luce in un contesto storico sociale e culturale profondamente mutato rispetto al Medioevo, nel corso del quale ha preso avvio il processo di secolarizzazione delle società europee e la religione è stata progressivamente esautorata dalla sfera del politico. Il primo "scisma" rispetto alla tradizione si ebbe con il superamento sia del metodo assiomatico-deduttivo platonico che della logica induttiva aristotelica per opera dell'inglese Francis Bacon. A ciò si aggiunga il colpo inferto alla tradizione dall'introduzione del metodo galileiano, a partire dal quale la scienza europea ha cominciato a rivendicare la propria autonoma ragion d'essere rispetto alla teologia e ad escludere dal proprio orizzonte lo studio delle cause finali¹⁵³.

Il «metodo sperimentale» (come poi è stato definito) assumeva di necessità l'obbligo di fondare le teorie scientifiche su evidenze empiriche verificabili, e constava di quattro passaggi: 1) osservazione sperimentale, 2) definizione dell'ipotesi, 3) deduzione matematica, 4) verifica della deduzione. Esso parte dall'esperienza (momento osservativo-induttivo), passa attraverso la formulazione di un'ipotesi matematica (momento uno ipotetico-deduttivo) e si conclude con la verifica empirica dell'ipotesi (momento sperimentale)¹⁵⁴. Tale metodo, che era stato sperimentato nell'ambito dell'astronomia, si afferma ben presto come paradigma di una scienza oggettiva e verificata, e a partire dall'Illuminismo verrà applicato a tutte le nuove branche della scienza, come la chimica di Lavoisier o la botanica di Linneus.

A partire dal XVII secolo, comincia a consumarsi la separazione tra filosofia naturale e scienza propriamente intesa. Se la riflessione filosofica si arricchisce del contributo di autori come Cartesio (che al problema del metodo ha dedicato la sua opera

¹⁵² D. Oldroyd, *Storia della filosofia della scienza*, Milano, 2002, p. 35; S. Richards, *Filosofia e sociologia della scienza*, cit., pp. 64 ss.

¹⁵³ La natura viene intesa come un complesso di fenomeni la cui comprensione è possibile grazie alla loro osservazione con l'impiego di strumenti di misura (come il cannocchiale e il cronometro ad acqua) e che si possono descrivere in forma oggettiva mediante formule matematiche e figure geometriche, "depurando" la rappresentazione dell'oggetto studiato dalle caratteristiche soggettivamente percepite dallo studioso. Galileo distingueva tra qualità oggettive e soggettive dei corpi, definendo le prime come le caratteristiche che connotano l'oggetto nella configurazione geometrica, nel numero, nella posizione spaziale, e le seconde come le caratteristiche che vengono percepite nella relazione dell'oggetto con la sensibilità del soggetto percipiente. Cfr. G. Galilei, *Il Saggiatore*, Milano, 2015, in specie pp. 223 ss.

¹⁵⁴ Sul metodo galileiano, ampiamente, D. Oldroyd, *Storia della filosofia della scienza*, cit., pp. 61 ss.; G. Giorello, *Filosofia della scienza*, Milano, 1992, pp. 12 ss.

più nota¹⁵⁵) e Hume, i quali rappresentano i fondatori delle due principali tradizioni metodologiche della scienza occidentale (rispettivamente il razionalismo e l'empirismo¹⁵⁶), il rapido sviluppo che la scienza europea stava sperimentando, in uno con il palesarsi delle sue rilevanti applicazioni tecniche, pone paradossalmente in secondo piano il problema di riflettere sulle metodologie della buona scienza e sui suoi fondamenti epistemologici.

L'erompere del positivismo in Europa ha determinato, da un lato, il ripudio di qualunque metafisica, considerata una conoscenza insignificante e inidonea a formare oggetto di uno studio propriamente scientifico; dall'altro, il tentativo di estendere il metodo scientifico (identificato come lo studio delle leggi immanenti che governano la successione di eventi nel mondo fisico) al campo delle nascenti scienze sociali¹⁵⁷, che nel pensiero dei fondatori avrebbero dovuto ricercare le leggi che deterministicamente presiedono al progresso della società, al successo dei regimi politici e all'efficienza dei sistemi economici¹⁵⁸. Il positivismo, dunque, accoglie l'idea che oggetto della scienza

¹⁵⁵ Il metodo cartesiano si distingue da quello baconiano, in quanto Cartesio vedeva nella matematica non semplicemente la scienza dei numeri e delle misure, ma un linguaggio capace di strutturare tutte le altre scienze, uno strumento, quindi, capace di compendiare la conoscenza sul mondo. Scrive Cartesio, *Discorso sul metodo*, Roma-Bari, 2009, p. 22: «per metodo intendo delle regole certe e facili, osservando le quali, esattamente, nessuno darà mai per vero ciò che sia falso e senza consumare inutilmente alcuno sforzo della mente, ma gradatamente aumentando sempre il sapere perverrà alla vera cognizione di tutte quelle cose di cui sarà capace». I quattro principi del metodo cartesiano possono venire sintetizzati in quattro passaggi: 1) evidenza; 2) analisi; 3) sintesi; 4) enumerazione. Essi hanno lo scopo di orientare il corretto uso dell'intuito e della deduzione, per cui da asserti brevi e semplici si perviene a dimostrazioni lunghe e complesse (metodo analitico-sintetico), e hanno il loro perno nella dimostrazione matematica.

¹⁵⁶ Sulla rilevanza dell'empirismo e del razionalismo per lo sviluppo della scienza moderna v. K. R. Popper, *Le fonti della conoscenza e dell'ignoranza*, in Id., *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*, Torino, 1969, pp. 71 ss., in specie pp. 77 ss.; D. Oldroyd, *Storia della filosofia della scienza*, cit., pp. 132 ss.; G. Giorello, *Filosofia della scienza*, cit., pp. 21 ss.

¹⁵⁷ Non si dimentichi che la principale convinzione da cui muovevano i positivisti era l'idea dell'unicità del metodo nel pluralismo dei saperi: nonostante non si negasse che le singole discipline avessero delle proprie specifiche peculiarità, i positivisti erano fermamente convinti che la 'scientificità' di ciascun sapere fosse derivata da una matrice metodologica universale. Su questo aspetto v. K. R. Popper, *Le fonti della conoscenza e dell'ignoranza*, in Id., *Scienza e filosofia*, cit., pp. 89 ss.

¹⁵⁸ All'inizio, anche coloro che intendevano porre le basi delle scienze sociali soffrivano del pregiudizio positivistico che vedeva nel metodo delle scienze fisico-matematiche l'unico capace di offrire conoscenze valide. In questa prima fase, alcuni teorici cercarono pertanto di applicare il metodo scientifico alle scienze sociali. In tal senso rileva l'opera di A. Comte, il quale si proponeva di porre le basi di una 'fisica sociale', ovvero di uno studio positivo dei fenomeni sociali che fosse in grado di descrivere le relazioni invariabili di successione e somiglianza della società. Al pari di quella che definisce 'fisica organica biologica', Comte si proponeva di fondare su basi scientifiche una 'fisica organica sociale' (o sociologia), che fosse in grado di descrivere i fenomeni sociali secondo leggi naturali che ne rendessero possibile la previsione. Di tal guisa, la scienza sociale che Comte si proponeva di fondare avrebbe dovuto dedicarsi esclusivamente allo studio dei fenomeni in maniera avalutativa, priva di pregiudizi di valore. Il metodo delle scienze sociali sarebbe stato, dunque, il medesimo delle scienze biologiche, perché al di là

siano solo i 'fenomeni', coerentemente con un'impostazione anti-essenzialistica che nega l'esistenza di una realtà noumenica che precede logicamente il fenomeno; nondimeno, l'identificazione dello scopo della scienza con la scoperta e positivizzazione di leggi universali rende palese l'impossibilità di eliminare completamente il tentativo razionalista di categorizzare il sapere entro schemi mentali astratti e, necessariamente, finiti¹⁵⁹.

Il problema del rapporto tra il soggetto percipiente e il mondo esterno si configura, precisamente, come un problema di metodo nel momento in cui si tratta di stabilire quanto oggettiva possa essere la conoscenza che l'uomo ha delle cose che lo circondano e quanto importante sia la misura con la quale egli partecipa, a sua volta, alla determinazione – o alla co-produzione – dell'oggetto indagato con scelte di valore proprie. La distinzione cartesiana tra *res cogitans* e *res extensa* reca, in realtà, la prima concettualizzazione di quello che sarà il nodo fondamentale del neopositivismo e delle epistemologie post-empiriste, data dal problema se sia conseguibile una conoscenza oggettiva e universalmente valida degli oggetti di cui si fa esperienza, e attraverso quali strumenti sia possibile darne una rappresentazione logica per mezzo del linguaggio.

La stessa esperienza scientifica si fa via via più puntiforme, si affermano metodologie di ricerca alternative e diverse concezioni d'intendere le connessioni causali

delle differenze oggettive il metodo di base non avrebbe potuto che essere il medesimo, basato sulla ricerca empirica. In opposizione alla prospettiva comptiana, Max Weber avrebbe in seguito sostenuto che il carattere proprio delle scienze sociali era insuscettibile di venire incasellato nella metodologia delle scienze naturali, in quanto mentre queste ultime tendono alla individuazione delle leggi universali che governano i fenomeni naturali, lo scopo delle scienze sociali è la comprensione dei fenomeni e delle dinamiche della società nella loro individualità. Weber, inoltre, riteneva che, a differenza delle leggi naturali, le leggi descrittive i fenomeni sociali consistessero nella imputazione causale di conseguenze specifiche rispetto a certi avvenimenti, secondo un criterio non di necessità, bensì di possibilità oggettiva: i fenomeni sociali, infatti, non sono mai necessitati alla stregua di leggi immutabili e universali, ma sono prevedibili secondo un criterio di causazione adeguata e accidentale. Ciò peraltro non farebbe venir meno il carattere scientifico delle scienze sociali, che al pari delle scienze dure si caratterizzano per l'avalutatività del lavoro del ricercatore: è bensì vero che quest'ultimo è portato a studiare i fenomeni partendo da un punto di vista personale e in base ad una idea di fondo che muove il suo interesse, tuttavia secondo Weber bisogna distinguere tra la 'relazione ai valori', che permette di delimitare, all'interno di una serie infinita di oggetti significanti, quelli degni di essere conosciuti, e 'giudizio di valore', che al contrario indica la presa di posizione del soggetto-studioso, sotto forma di approvazione o riprovazione, nei confronti dell'oggetto studiato. Solo scadendo in giudizi di valore lo scienziato compromette l'oggettività del proprio lavoro, mentre la relazione ai valori altro non è che la posizione di inevitabile condizionamento in cui si trova qualunque studioso. Sul punto v. M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1974, pp. 337 ss.

¹⁵⁹ Su questi aspetti cfr. D. Oldroyd, *Storia della filosofia della scienza*, cit., pp. 220-221; G. Giorello, *Filosofia della scienza*, cit., pp. 33-34.

tra gli eventi presi in considerazione. La sofisticazione della conoscenza scientifica in tutti i campi del sapere, da quelli più tradizionali a quelli di nuova fondazione, rende evidente che anche tra gli scienziati possono esservi diversi modi di fare ricerca e differenti interpretazioni dei dati così come ricavati applicando le premesse della propria indagine. La distinzione humana tra ‘dati di fatto’ (impressioni ricavate dall’esperienza) e ‘relazioni tra idee’ (enunciati la cui verità deriva dalla connessione necessaria tra idee) pone ai positivisti il problema di giustificare enunciati universali e necessari (come quelli matematici) senza ricorrere a nozioni *a priori* o a una qualche forma di conoscenza innata, che per loro semplicemente non potrebbe darsi¹⁶⁰.

Il problema di indagare le relazioni logico-linguistiche che collegano i fatti di esperienza agli enunciati in cui si esprimono proposizioni significanti sarà l’argomento principale del dibattito che si svolgerà, nel corso della prima metà del Novecento, in seno al neo-positivismo, che, in perfetta continuità rispetto al positivismo ottocentesco, ha l’ambizione di favorire l’unificazione delle scienze mediante l’elaborazione di un metodo e di un linguaggio comuni, ma con un atteggiamento più critico rispetto a quello che aveva contraddistinto il secondo¹⁶¹.

Diverse sono state, però, le posizioni avanzate all’interno di tale filone di pensiero per spiegare il carattere scientifico di una teoria: mentre il fondatore del circolo di Vienna, Moritz Schlick, lo riconduceva alla possibilità che i suoi assunti potessero venire verificati a mezzo di evidenze empiriche (principio di verifica), Karl R. Popper negava la validità di tale assunto sul presupposto che, a rigore, nessuna legge scientifica può essere oggetto di completa verifica, sicché dovrebbe ritenersi preferibile sul piano metodologico assumere come indice di scientificità di una legge o teoria la sua astratta idoneità a venire confutata o falsificata ad opera di un’altra teoria (principio di falsificazione)¹⁶².

¹⁶⁰ G. Boniolo, P. Vidali, *Introduzione alla filosofia della scienza*, Milano, 2003, p. 32.

¹⁶¹ Cfr. D. Oldroyd, *Storia della filosofia della scienza*, cit., pp. 302 ss.; G. Giorello, *Filosofia della scienza*, cit., pp. 42 ss.; G. Boniolo, P. Vidali, *Introduzione alla filosofia della scienza*, cit., pp. 14 ss.

¹⁶² È la nota tesi esposta in K. R. Popper, *Logica della scoperta scientifica* (1959), Torino, 1970. In base a tale criterio, una teoria è scientifica nella misura in cui può venire smentita dall’esperienza, vale a dire quando i suoi «enunciati» risultano in potenziale contraddizione con l’osservazione empirica di fenomeni non giustificati o non giustificabili. Mentre, infatti, il numero di conferme che può ricevere una teoria non vale a renderla certa sotto ogni profilo (esso vale a corroborare una teoria, ma non a validarla una volta per tutte), basta un solo fatto negativo per confutarla. Tali enunciati sono quelli che Popper definisce ‘asserzioni-base’ (*Basissätze*), ossia enunciati elementari che risultano intersoggettivamente controllabili e sui quali viene a crearsi accordo in seno alla comunità scientifica. Sulle asserzioni-base v.

In ciò sta un elemento di rottura con la tradizione: la scienza non viene più vista come un sapere solido in cui il flusso della conoscenza è in continua progressione, ma come un attracco momentaneo al quale gli scienziati pervengono nella convinzione della giustezza della teoria sposata: la scienza, quindi, non sarebbe il luogo delle verità, ma il mondo delle ipotesi non ancora falsificate¹⁶³. L'elaborazione di teorie scientifiche concorrenti non avverrebbe che per «congetture e confutazioni», per prova ed errore (*trial and error*), secondo una metodologia di indagine che procede dalla formulazione di un'ipotesi fino al suo vaglio critico per il tramite dell'esperienza¹⁶⁴.

Nella prospettiva popperiana è presente un tratto di modernità che è divenuta una costante della scienza post-moderna, la quale per un verso sembra non conoscere confini, ma per un altro è oramai priva di certezze indiscutibili. La nuova scienza è un sistema di conoscenza che non si riduce più alla sola 'scoperta', e diventa oggetto di critica e discussione all'interno della comunità scientifica. Ciò fa sì che l'impresa scientifica diventi anche un luogo di condivisione, confronto e persuasione, nel quale non basta offrire i dati di una ricerca pretendendo adesione incondizionata da parte dei colleghi, ma si debba anche offrire spiegazioni sulle ragioni che rendono preferibile un certo approccio piuttosto che uno diverso. Affermando la dimensione (anche) dialogica del sapere scientifico, si comincia a ridimensionare il "mito" del valore conoscitivo ed esperienziale assolutamente oggettivo della scienza.

D. Oldroyd, *Storia della filosofia della scienza*, cit., pp. 403 ss. In generale, sui punti di forza e le debolezze del falsificazionismo cfr. S. Richards, *Filosofia e sociologia della scienza*, cit., pp. 81 ss.

¹⁶³ Cfr. K. R. Popper, *Logica della scoperta scientifica*, cit., pp. 107-108: «La base empirica delle scienze oggettive non ha in sé nulla di "assoluto". La scienza non posa su un solido strato di roccia. L'ardita struttura delle sue teorie si eleva, per così dire, sopra una palude. È come un edificio costruito su palafitte le palafitte vengono conficcate dall'alto, giù nella palude: ma non in una base naturale o "data"; e il fatto che desistiamo dai nostri tentativi di conficcare più a fondo le palafitte non significa che abbiamo trovato un terreno solido. Semplicemente ci fermiamo quando siamo soddisfatti e riteniamo che almeno per il momento i sostegni siano abbastanza stabili da sorreggere la struttura».

¹⁶⁴ A tale ultimo proposito, peraltro, Popper critica il metodo induttivo che, da Bacone in poi, si è imposto come di criterio di incremento della conoscenza per inferenza, che parte dai fatti e approda alle teorie procedendo da 'asserzioni particolari' ad 'asserzioni universali'. Al contrario, Popper sostiene che lo scienziato si predisponga alla ricerca avendo in mente già una teoria, che intende dimostrare ponendola al vaglio dei fatti, riconoscendo che il punto di partenza della ricerca non sono mai i "nudi fatti", ma le congetture e ipotesi che lo scienziato razionalmente deduce dalla propria pregressa esperienza. In tal mondo, Popper riabilita l'orientamento logico-deduttivistico del razionalismo ma rimane nel solco della tradizione empiristica affermatosi con la Rivoluzione scientifica. Cfr. K. R. Popper, *Problemi, scopi e responsabilità della scienza*, in Id., *Scienza e filosofia*, cit., pp. 122 ss. Sull'idea della scienza come approssimazione continua alla verità, ma sempre come sapere temporaneo e solo "verosimile" in rapporto alla probabilità di avveramento dei fenomeni che descrive v. K. R. Popper, *Verità, razionalità e accrescimento della conoscenza scientifica*, in Id., *Scienza e filosofia*, cit., pp. 161 ss., in specie pp. 187 ss.

Sebbene con accenti diversi, tale approccio accomuna filosofi dalle personalità molto diverse come Thomas S. Kuhn¹⁶⁵, Imre Lakatos¹⁶⁶ e anche Paul K. Feyerabend¹⁶⁷, le cui teorie si impernano sul superamento dell'empirismo neo-positivista e sulla convinzione che i 'fatti' siano dati solo all'interno di quadri teorici e concettuali definiti da varianti socio-culturali¹⁶⁸. Tra di loro, in particolare, Kuhn pone l'accento sul carattere "consensuale" della scienza, cioè il fatto che la validità di una teoria è il prodotto del consenso che si viene a creare all'interno della comunità scientifica in merito alla capacità della stessa di offrire soluzioni ai problemi che gli scienziati si pongono in una determinata epoca storica. L'epistemologia kuhniana finisce così per ridurre l'oggettività della conoscenza scientifica ad un fatto di 'consenso' inter-soggettivo tra i ricercatori di una disciplina, ben lontana dall'idea che ne avevano i positivisti. Il dato comune delle epistemologie post-empiriste è dunque l'atteggiamento dubbioso verso le supposte virtù del metodo induttivo, al quale la scienza occidentale è rimasta fedele nonostante le

¹⁶⁵ Cfr. T. S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1978, in specie pp. 139 ss., il quale articola la storia della scienza secondo un susseguirsi di periodi (che lui chiama di «scienza normale») caratterizzati dalla presenza di una teoria scientifica dominante, cui farebbero seguito «rotture rivoluzionarie» scandite dall'abbandono di un paradigma scientifico e dal contestuale imporsi di uno nuovo. Le rotture rivoluzionarie non sarebbero, in ogni caso, mai fatti istantanei, ma processi di adeguamento a paradigmi scientifici più rigorosi in grado di spiegare le 'anomalie' (cioè eventi o fenomeni nuovi) insuscettibili di essere spiegate ricorrendo ai precedenti paradigmi: il passaggio al nuovo paradigma è l'esito di un movimento strisciante e lento durante il quale gli scienziati devono "convincersi" della preferibilità del nuovo paradigma rispetto al modello dominante. Il grado di accettazione attorno ad una teoria scientifica sarebbe, pertanto, determinato da fattori non esclusivamente scientifico-razionali, ma di ordine anche religioso, politico, economico e culturale. Inoltre, Kuhn inverte l'ordine assiologico che lega il fatto alla teoria: secondo l'illustre Autore, i fatti non si offrono alla teoria dello scienziato nella loro nuda oggettività, ma è piuttosto la teoria oggetto di ipotesi a stabilire quale fatto sia rilevante e quale significato debba essergli attribuito. Sul punto si veda S. Richards, *Filosofia e sociologia della scienza*, cit., pp. 82 ss.

¹⁶⁶ Cfr. I. Lakatos, *La metodologia dei programmi di ricerca scientifici*, Milano, 2001. Secondo Lakatos alla base della ricerca scientifica ci sono «programmi di ricerca» corrispondenti a teorie scientifiche coerenti e basate ciascuna su una metodologia prefissata, aventi la funzione di spiegare i fenomeni indagati. Tali programmi di ricerca rimangono validi fintantoché sono in grado di predire con successo fatti nuovi, mentre diventano regressivi a mano a mano che si rivelano inidonei allo scopo. Tuttavia, a differenza di Kuhn, Lakatos sostiene lo slittamento verso nuovi programmi di ricerca non avviene in base ad una "conversione" irrazionale ed istintiva, ma sulla base di una decisione razionale della comunità scientifica di adeguarsi a strumenti di ricerca maggiormente appaganti, decisione che richiede decenni se non secoli per affermarsi.

¹⁶⁷ P. K. Feyerabend, *Contro il metodo*, Milano, 1979. In breve, nel negare l'esistenza di una metodologia d'indagine che sia in grado di differenziare il grado di verità di una teoria rispetto ad altre fonti di conoscenza, Feyerabend invita a divellere le "pietre di confine" che tracciano la linea tra ciò che è «opinione» e ciò che è «scienza», suggerendo che il passaggio dall'una all'altra non sia frutto di una cesura netta, ma di una linea continua che collega le due dimensioni, le quali anzi si integrerebbero a vicenda.

¹⁶⁸ Sul punto v. G. Giorello, *Filosofia della scienza*, cit., pp. 63 ss.; D. Oldroyd, *Storia della filosofia della scienza*, cit., pp. 418 ss.; K. Lambert, G. G. Brittan, *Introduzione alla filosofia della scienza*, cit., pp. 105 ss.

criticità che già Hume aveva a suo tempo espresso in merito alla sua affidabilità, che egli riconduceva in definitiva ad una questione psicologica più che logica¹⁶⁹.

Ora, la rapida rassegna delle concezioni filosofiche sulla metodologia dell'impresa scientifica ha dotato la stessa comunità di scienziati di una maggiore consapevolezza rispetto ai meccanismi e alle logiche che presiedono al lavoro di ricerca, all'interazione tra elementi di fatto e forme di pensiero, tra modelli culturali appresi e orientamenti di lavoro personali. Il dibattito sul fondamento del metodo scientifico e l'indagine sui caratteri che lo contraddistinguono rispetto alle comuni forme di conoscenza offre certamente una rappresentazione del lavoro di ricerca ben più complessa rispetto all'idea generalmente accolta. Prenderne atto è un primo e ineludibile passaggio che permette, però, di sgombrare immediatamente il campo ai frequenti fraintendimenti cui potrebbe dar luogo un generico appello all'obiettività della scienza quando si tratta di prendere decisioni che, pur lambendo incidentalmente questioni di ordine scientifico, hanno propriamente natura politica.

5.2 Incertezza scientifica, instabilità del sapere e loro riflessi sulla formazione delle decisioni politiche e giurisdizionali

Questa lunga parentesi sul metodo scientifico ha permesso di evidenziare il lungo cammino che la civiltà occidentale ha compiuto nel riflettere sull'essenza di una forma di conoscenza che, nonostante la non definitività delle conclusioni attinte e l'atteggiamento scettico o "dadaista" di alcune isolate voci¹⁷⁰, si riconosce essere strutturalmente diversa

¹⁶⁹ Secondo quella che passerà alla storia come «Legge di Hume», è indebito dedurre l'essere dal dover essere: in sostanza, il fatto che la nostra mente abbia registrato in passato una connessione causale in base alla quale ad una data causa A è seguito l'effetto B non legittima a credere che tale frequenza si verificherà anche in futuro. Questa credenza è l'esito di un meccanismo psicologico della nostra mente basato sull'abitudine a crearci delle aspettative sul fatto che lo stesso ordine di fenomeni del passato si verifichi anche in futuro. Si tratta, però, di una credenza, di un "atto di fede" più che di una verità scientifica. Su questa base Hume esclude che un ragionamento induttivo possa servire per giustificare un ragionamento di tipo deduttivo. Sulla scia di Hume, una critica al metodo induttivo è stata, come noto, sferrata anche da Bertrand Russell con l'esempio del "tacchino induttivista": in un allevamento statunitense, un tacchino a cui venga portato ogni giorno il mangime può ragionevolmente convincersi che anche in futuro continuerà a ricevere il suo pasto; questa convinzione, tuttavia, pur confortata da una lunga serie di conferme, è destinata a venir disattesa il giorno del Ringraziamento, in occasione del quale il tacchino verrà cucinato in ossequio alla tradizione. Sui problemi dell'induttivismo cfr. D. Oldroyd, *Storia della filosofia della scienza*, cit., pp. 153 ss.; G. Giorello, *Filosofia della scienza*, cit., pp. 60 ss.; G. Boniolo, P. Vidali, *Introduzione alla filosofia della scienza*, cit., pp. 51 ss.

¹⁷⁰ Si è visto, infatti, che autori come Feyerabend giungono a negare la tesi che vede nel metodo scientifico una fonte di conoscenza migliore e preferibile rispetto alla comune esperienza o alle c.d. 'certezze del senso comune', alle quali ricollega un indiscutibile valore conoscitivo. Questo discorso, in

dalla conoscenza comune. La comunità scientifica non ha dubbi sul fatto che, col suo lavoro, sta producendo un sapere qualitativamente diverso rispetto agli altri, e ciò pur a fronte del fatto che non si sia ancora riusciti a dimostrare la verità di tale assunto. Anche nel discorso comune, l'appello all'autorità della scienza si basa sull'assunto del particolare valore conoscitivo che hanno le proposizioni scientifiche, riconoscendone implicitamente la maggiore affidabilità rispetto ad altre fonti di conoscenza.

Invero, se è un dato acquisito che la scienza contemporanea non produce verità inossidabili ma solo temporanei assestamenti di conoscenze che rimangono valide fintantoché non vengano falsificate, cionondimeno essa mantiene la capacità di orientare la funzione decisoria fornendo dati, misure ed evidenze che, pur non definitive¹⁷¹, bastano a soddisfare il bisogno di razionalità del diritto e della politica. I dati offerti dalla scienza sono pur sempre un 'fatto'¹⁷² che limita il – potenzialmente sconfinato – potere decisorio delle sedi di potere, e rappresentano un termine di riferimento la cui mancata considerazione si risolve in un indice di sviamento nell'esercizio di una funzione di governo (*lato sensu* intesa, sia come amministrazione che come giurisdizione¹⁷³) sospetta d'essere irragionevole e, dunque, illegittima.

Bisogna, infatti, tenere distinti i piani del dibattito all'interno della comunità scientifica e il piano delle risultanze consultive offerte da scienziati ed esperti sentiti o interpellati nell'ambito di un procedimento decisionale. Come già osservato, la scienza intesa come *instrumentum regni* è un punto di ancoraggio a cui politica e giurisdizione si

ogni caso, si limita a negare maggior pregio alla conoscenza scientifica rispetto, ad esempio, alle preconcezioni culturali o alle credenze religiose, ma non mette in discussione la loro strutturale diversità.

¹⁷¹ In proposito v. quanto sostenuto incidentalmente da D. Oldroyd, *Storia della filosofia della scienza*, cit., p. 153: «Io suggerisco, perciò, che la scienza debba accettare nelle sue imprese qualcosa di meno della certezza assoluta: ossia della certezza che è associata abitualmente alla logica deduttiva. Essa può, in effetti, ottenere risultati abbastanza buoni senza doversi sottomettere alla richiesta di una deducibilità rigorosa dai fenomeni una volta che siano state enunciate generalizzazioni simili a leggi».

¹⁷² In questi termini, per 'fatto' non si intende un'entità extra-personale precisamente delineata nei suoi contorni oggettivi e conosciuta nella sua intrinseca essenza, ma un dato fenomenico di cui ogni uomo fa esperienza: una fonte di conoscenza utile al diritto non perché corrispondente ad una verità indiscutibile e incondizionata, ma perché basata su procedure rispondenti a canoni rigorosi di razionalità che riescano a reggere il confronto sia con la logica del controfattuale, sia con gli snodi critici evidenziati da dati o teorie avversarie. Il dato di conoscenza validato con metodo scientifico è ciò che nel prosieguo di questo lavoro sarà definito 'fatto scientifico'. Per un chiarimento terminologico si rinvia al cap. II, § 3.2.

¹⁷³ Si utilizza l'espressione nell'accezione montesquiana, ove amministrazione e giurisdizione vengono ricondotte alla funzione di esecuzione della legge. Pur essendo due attività che tendenzialmente si differenziano nell'opera di concretizzazione della legge, entrambe si connotano per il fatto di non essere libere ma soggette alla volontà generale espressa nella legge.

appellano per prendere decisioni fondate sul piano-logico razionale, allo scopo di corroborare la loro credibilità e autorevolezza.

Il fatto che possa esservi dissenso all'interno della comunità scientifica è un dato che interessa relativamente al legislatore o ai giudici, e che rileva sotto il profilo della necessità di dar conto di tale diversità di vedute, in modo da riconoscere alla politica e ai giudici uno spazio di valutazione parametrato al livello di certezza che la scienza è in grado di offrire; nondimeno, la persistenza di incertezze o divisioni tra gli studiosi di un medesimo ambito disciplinare non vale a sminuire la provenienza qualificata e la validità scientifica dei punti di vista espressi. Un dato di scienza, per quanto incerto e transeunte, si configura in ogni caso come un elemento oggettivo che contribuisce a conformare il diritto e rispetto al quale il decisore pubblico è comunque tenuto a prendere, prudenzialmente, una decisione.

6. Giudici e legislatori di fronte al problema della validazione delle conoscenze scientifiche

Le problematiche sottese al rapporto tra diritto e scienza hanno cominciato ad attirare l'attenzione degli studiosi quando alcune vicende giudiziarie hanno evidenziato l'inestricabilità del vincolo che lega l'uno all'altra, in particolare quando il dato scientifico rappresenta l'indispensabile mezzo per la realizzazione degli scopi della politica e/o del diritto.

La scienza è, prima di tutto, condizione di attuazione della volontà del legislatore: Parlamenti e Governi legiferano nell'ottica di perseguire risultati utili sul piano politico, il che però li espone alla necessità di dotarsi delle risorse – economiche e tecniche – necessarie per raggiungere i loro obiettivi. Sul piano pratico, ciò significa che il legislatore deve confrontarsi con i limiti tecnici che in un determinato contesto si danno alla realizzazione dei propri intenti; limiti che concretamente dipendono dallo stato attuale delle conoscenze scientifiche disponibili, che ora restringono ora ampliano le possibilità di agire nella direzione auspicata dal decisore pubblico.

La scienza è, inoltre, condizione per la realizzazione degli scopi del diritto, come tipicamente avviene nelle sedi processuali ordinarie quando il giudice è richiesto di applicare le norme legislative sull'imputazione della responsabilità e sulla liquidazione del danno, ovvero quando la corretta interpretazione del dato scientifico o la efficace

utilizzazione del dato tecnico risultano funzionali ad attuare in maniera adeguata e proporzionata uno scopo posto dalla Costituzione, dalla legge o da altra fonte normativa.

In queste situazioni, il problema di stabilire la validità scientifica di una teoria o l'adeguatezza dei criteri tecnici impiegati non si risolve più in una questione meramente speculativa, ma si traduce in un problema di corretta applicazione delle norme giuridiche.

In particolare, per quanto riguarda l'utilizzazione della scienza sul piano processuale, se da un punto di vista epistemologico il problema del metodo è consustanziale alla definizione di cosa è 'scienza' e della misura in cui questa si differenzia dalle altre forme di conoscenza, l'individuazione di criteri idonei a marcare il carattere 'scientifico' di una teoria o l'adeguatezza tecnica di una valutazione è una operazione che condiziona la stessa possibilità che quelle risultanze siano impiegate in sede processuale.

La logica del processo, infatti, impone di riconoscere efficacia probatoria esclusivamente a quei saperi e/o discipline dotate di una metodologia d'indagine idonea a garantire l'attendibilità dei risultati per tale via conseguiti, tali essendo quelli che contribuiscono all'accertamento del fatto storico in una maniera suscettibile di fondare la c.d. 'verità processuale', che è strumentale alla qualificazione giuridica della vicenda e, dunque, alla definizione della controversia. A mero titolo di esempio, basti ricordare il dibattito che è scaturito negli Stati Uniti con le sentenze *Frye v. United States* (1923)¹⁷⁴ e *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* (1993)¹⁷⁵ sulle condizioni alle quali il

¹⁷⁴ In *Frye v. United States*, App. D.C. Cir 1923, 293 F. 1013, la Corte d'appello federale del District of Columbia si trovava a giudicare dell'ammissibilità ed efficacia del test della macchina della verità nell'ambito di un processo penale per omicidio. L'imputato aveva chiesto alla Corte di poter dimostrare la verità delle sue difese per mezzo di un apparecchio che registrava le variazioni della pressione arteriosa (*systolic blood pressure deception test*), che si serviva di una metodologia sulla cui validità la comunità scientifica era spaccata. I giudici della Corte, in una brevissima sentenza di due pagine, conclusero che la soluzione di questioni scientificamente controverse non potesse che spettare alla comunità scientifica, e che la 'scienza' suscettibile di reputarsi valida in tribunale fosse quella che avesse guadagnato «general acceptance in the particular field in which it belongs». La sentenza *Frye* ha stabilito un principio di diritto in materia di efficacia probatoria che al quale le Corti statunitensi si sono allineate per settant'anni. Su pregi, difetti e problematiche applicative del *Frye test* cfr. P. C. Giannelli, *The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, a Half-Century Later*, in *Col. L. Rev.*, 80 (1980), p. 1207.

¹⁷⁵ In *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), la Corte Suprema degli Stati Uniti doveva stabilire se dovessero ammettersi le testimonianze di terzi esperti in un processo avente ad oggetto la responsabilità extracontrattuale di una casa farmaceutica per i supposti effetti teratogeni provocati da un farmaco di sua produzione (il Bendectin), utilizzato dalle donne in gravidanza per contrastare la nausea e che, secondo i ricorrenti, sarebbe stato causa di malformazioni nei feti. Nei primi due gradi di giudizio, le Corti adite avevano escluso l'ammissibilità degli *expert testimonies*, in quanto l'ammissione di prove non fondate sulla generale accettazione da parte della comunità scientifica contrastava con il principio elaborato in *Frye*. Per parte sua, la Corte Suprema decise che il *Frye test* doveva

giudice possa ammettere nuovi mezzi di prova sulla cui validità permangano dubbi in seno alla comunità scientifica, o specularmente il dibattito che si è avuto in Italia con la sentenza *Franzese* (2002)¹⁷⁶, sulle modalità di accertamento giurisdizionale del nesso causale tra la condotta omissiva dell'imputato e la verifica dell'evento.

ritenersi superato a seguito dell'entrata in vigore della *Rule 702*, che non prevedeva tra i requisiti di ammissibilità della prova la sua generale accettazione nella comunità scientifica, ma solo che fosse «the product of reliable principles and methods», ove la «scientific knowledge» si connota per il duplice carattere di essere «more than subjective belief or unsupported speculation» e di avere fondamento «in the methods and procedures of science».

In questo modo si afferma il principio secondo cui la scientificità di una teoria, indagine o applicazione si misura non in forza del numero di consensi che riesce ad ottenere in seno ad una cerchia di esperti, quanto piuttosto per il rigore del metodo che informa il lavoro di ricerca, la cui attendibilità deve misurarsi sulla base di quattro indici, ai quali comunque non corrisponde una «definitive checklist or test»: 1) l'ipotesi scientifica avanzata deve poter essere testata, verificata e confutata; 2) la teoria deve essere stata esposta in pubblicazioni su riviste scientifiche riconosciute e oggetto di *peer review*; 3) deve essere stata resa nota la percentuale di errore, anche solo potenziale, della metodologia adottata; 4) la teoria o la tecnica sono generalmente accettate dalla comunità scientifica.

Quest'ultimo requisito rappresenta un elemento di continuità rispetto al passato, ma perde quel carattere di 'cogenza' che, seguendo il *Frye standard*, avrebbe dovuto determinare l'inammissibilità di prove e teorie scientifiche minoritarie. Inoltre, è evidente l'influsso delle suggestioni provenienti dalla filosofia della scienza contemporanea rispetto al problema del metodo nella teoria della scienza: come scrive S. Jasanoff, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001, pp. 114, «con questa elencazione la Corte cercava di coniugare l'idea del filosofo Karl Popper, secondo cui la scienza procede tramite la falsificazione delle affermazioni erronee, con la sociologia della scienza costruttivista, secondo cui il sapere si accumula mediante la negoziazione del consenso tra i membri della comunità scientifica».

Si segnala che, con la successiva sentenza *Kuhmo Tire c., Ltd., et Al. v. Carmichael et Al.*, 526 US 156 (1999), la Corte Suprema ha precisato che i criteri di validazione di una teoria scientifica elencati in *Daubert* non sono limitati alle sole conoscenze di tipo 'scientifico', ma anche a quelle a carattere 'tecnico' e a ogni altro tipo di 'conoscenza' di cui siano portatori terzi esperti. In questo caso si impiega il termine 'scienza' per riferirsi specificamente alle scienze dure, ma si ritiene che i metodi di validazione propri del metodo scientifico possano essere estesi alle altre forme di conoscenza.

¹⁷⁶ Cass., SS.UU. pen., sent. 10 luglio 2002, n. 30328. In questa importante sentenza, i cui principi di diritto vengono tutt'oggi costantemente seguiti dai giudici di merito e di legittimità, le Sezioni Unite hanno affermato il controllo sull'accertamento del nesso di causa nella verifica dell'evento non può che basarsi sul paradigma condizionalistico integrato dal criterio di sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura, avvertendo che «il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi "universali" (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi "statistiche" che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che quest'ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di "alto grado di credibilità razionale" o "probabilità logica", quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili».

Il ricorso a generalizzazioni scientificamente valide è, infatti, condizione che ancora il giudizio controfattuale del giudice a parametri oggettivi in grado di esprimere effettive potenzialità esplicative della condizione necessaria. Con riguardo al caso specifico trattato dalle Sezioni Unite, i giudici di legittimità hanno affermato che il grado di probabilità richiesto quanto all'efficacia impeditiva e salvifica del comportamento alternativo rispetto al singolo evento lesivo non sia diverso da quello richiesto nei casi in cui viene in gioco una causalità di tipo attivo, con grado di probabilità alto o prossimo alla certezza.

Nell'ambito del presente lavoro, l'attenzione sarà focalizzata sul momento della produzione normativa a contenuto tecnico-specialistico, analizzato dal punto di vista della giustizia costituzionale, e solo di riflesso sul momento applicativo.

Come più chiaramente si comprenderà soprattutto nel capitolo terzo del presente lavoro, quando si analizzerà per profili tematici la giurisprudenza della Corte costituzionale sulle questioni scientificamente connotate, la problematica del rapporto tra diritto e scienza si risolve sul piano costituzionalistico nella verifica del rispetto, da parte del legislatore, delle condizioni affinché sia assicurato che le più aggiornate risultanze scientifiche (prodotte e validate secondo i metodi di ciascuna disciplina) possano proficuamente influenzare la formazione delle decisioni di natura amministrativa e giurisdizionale, garantendo la conformità del risultato pratico finale sia ai contenuti di valore espressi nella Costituzione e nelle leggi (nel rispetto della discrezionalità del legislatore), sia ai contenuti risultanti dalle applicazioni tecniche di tali scienze.

7. *Definizioni scientifiche e potestà legislativa*

È stato scritto in dottrina che «[c]iò che davvero si presenta come peculiare nell'impiego di definizioni tecnico/scientifiche nell'ambito di fattispecie normative [...] è quindi – da un lato – la pretesa di oggettività delle nozioni impiegate e – dall'altro – il dotare regole pre-giuridiche di una precettività formale anche sul piano del diritto»¹⁷⁷.

La creazione di momenti di raccordo tra il diritto e la scienza rivela la problematicità della relazione tra queste due dimensioni già al momento in cui ci si ravvede delle diverse modalità attraverso le quali procedono la scienza giuridica e le altre scienze: la prima *definisce* il suo oggetto per perseguire determinati scopi orientati dalla volontà di chi produce la norma entro un orizzonte propriamente politico, le seconde *descrivono* il loro oggetto per cogliere la sua essenza entro un orizzonte meramente speculativo. La differenza sta in ciò, che la descrizione consiste in «un mero elenco di caratteristiche e proprietà dell'oggetto da identificare» e «si presenta come un'attività che rimane strettamente ancorata al fatto», mentre la definizione «è fatta “per genere prossimo

¹⁷⁷ F. Guella, *L'utilizzo di definizioni “tecnico-scientifiche” nel diritto. Il rinvio a concetti pre-giuridici tra effettività della norma e sanzione di scelte tecniche*, in F. Cortese, M. Tomasi (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Napoli, 2016, pp. 292 ss., p. 295.

e differenza specifica”» ed è attività «che si caratterizza per il proprio apprezzabile livello di astrazione dalla realtà fattuale»¹⁷⁸.

In quanto scienza sociale, il diritto si connota per la sua strutturale apertura alla realtà dei fatti e al linguaggio delle scienze. Nel regolare il proprio oggetto, il diritto ricorre a definizioni che, dovendo circoscrivere il campo di operatività della norma, si riferiscono a oggetti già descritti nelle loro qualità essenziali dalle scienze che se ne occupano. Talvolta il diritto rinvia espressamente alle definizioni fornite dalle scienze extra-giuridiche, talaltra invece si preoccupa di fornire esso stesso una definizione convenzionale che supplisca alle incertezze che persistono a livello scientifico.

Rinviando al secondo capitolo l’analisi di questo aspetto¹⁷⁹, e della sua importanza per l’interpretazione della norma-parametro e della norma-oggetto, si può sin d’ora ricordare come il richiamo alla definizione scientifica di un concetto normativo rilevi sia al fine di circoscrivere l’ambito di applicazione della legge, sia anche in punto d’individuazione della competenza legislativa nel rapporto tra Stato e Regioni.

7.1 Il problema della definizione legislativa di concetti scientifici nel raccordo con il sistema dei valori costituzionali: il caso della definizione legale di ‘morte’ nella delimitazione della fattispecie penale dell’omicidio

La legislazione penale, più che se non le leggi che compongono altri plessi dell’ordinamento, esprime per definizione il ‘minimo etico’ attorno al quale convergono i valori fondamentali di una comunità politica¹⁸⁰. La previsione di sanzioni pesanti, che nei casi più gravi culminano nella privazione della libertà personale, per la commissione delle condotte descritte nelle fattispecie criminose esprime il grado di disvalore attribuito alla violazione di beni e interessi considerati fondamentali per la garanzia della convivenza civile e sociale all’interno dello Stato.

Nondimeno, ciascuna sanzione deve rispettare le condizioni di legittimità imposte a livello costituzionale e da altri fattori (tra gli altri, anche quello scientifico) che ne

¹⁷⁸ F. Guella, *L’utilizzo di definizioni “tecnico-scientifiche” nel diritto*, cit., p. 296.

¹⁷⁹ Cfr., *infra*, cap. II, par. 2 e parr. 6 ss.

¹⁸⁰ Com’è noto, la teoria del diritto (in specie, del diritto penale) come minimo etico della cultura dello Stato e della società risale a G. Jellinek, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878, pp. 48 ss., il quale vedeva nelle norme giuridiche l’espressione più evidente della cultura morale della società. In Italia tale teoria è stata autorevolmente accolta da V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, V ed. 1981, tomo I, pp. 30 ss.

garantiscono la persistente ragionevolezza. Ragionevolezza che dipende, tra l'altro, dalla combinazione delle risultanze delle più recenti elaborazioni nel campo delle scienze mediche e criminologiche con l'evoluzione dei valori della società e del mutamento nella percezione dell'importanza dei beni giuridici protetti. La specificità del piano su cui opera la legislazione criminale impone, infatti, di creare fattispecie suscettibili di venire rispettate dalla collettività dei destinatari del precetto. A tale scopo, è necessario che le norme penali siano non solo ragionevoli in rapporto alle premesse logico-scientifiche sottese alle singole fattispecie, ma appaiano tali anche al cospetto di coloro che sono tenuti a rispettarle¹⁸¹.

La sentenza n. 414 del 1995 esprime perfettamente la complessità della trama di rapporti tra diritto, etica e scienza nel giudizio sulla legittimità costituzionale della legge penale.

Con tale decisione la Corte aveva dichiarato non fondata la q.l.c. dell'art. 589 del codice penale, in relazione all'art. 4 della l. n. 644/1975 (*Disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto terapeutico e norme sul prelievo dell'ipofisi da cadavere a scopo di produzione di estratti per uso terapeutico*) e degli artt. 1 e 2, co. 1 della l. n. 578/1993 (*Norme per l'accertamento e la certificazione di morte*)¹⁸².

La questione era stata sollevata dal Tribunale di Rovigo nell'ambito di un procedimento penale per omicidio colposo ai sensi dell'art. 589 c.p., la cui portata sarebbe stata suppositamente estesa dalla modificazione della definizione di 'morte' *medio tempore* intervenuta ad opera della legge n. 644/1975, la quale stabilisce che la morte della persona si determina nel momento in cui siano accertate alcune concause, elencate all'art. 4: 1) stato di coma profondo; 2) assenza di respirazione spontanea; 3) assenza di attività elettrica cerebrale¹⁸³.

¹⁸¹ Del resto, la logica della legislazione democratica riposa nell'aspettativa che le regole stabilite con tale metodo siano riconosciute come valide e obbligatorie da parte dei singoli, come tali dovendo rispondere ad una istanza di razionalità fondamentalmente basata su una logica di valori condivisi, del 'sentire comune'. Si potrebbe dire, in altre parole, che le norme penali sono astrette al vincolo del rispetto tanto della razionalità scientifica, quanto della ragionevolezza del senso comune, secondo una direttrice che sappia conciliare queste due dimensioni, e non porle in insanabile contrasto.

¹⁸² Tra i commenti alla decisione si veda A. Celotto, *Il bilanciamento tra diritto alla vita e trapiantabilità degli organi al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, n. 1/1996, pp. 28 ss.

¹⁸³ La q.l.c. era stata sollevata in un primo momento solo in relazione alla legge n. 664/1975. Vista, tuttavia, l'approvazione della l. n. 578/1993, recante una nuova disciplina per l'accertamento e la certificazione della morte, la Corte aveva disposto la restituzione degli atti al giudice *a quo* (ord. n.

Secondo la prospettazione del remittente, l'imputazione si basava su un fatto diverso da quello previsto dall'originario precetto dell'art. 589 c.p., il quale «fa riferimento alla morte naturalisticamente intesa»¹⁸⁴. In particolare, la modificazione del contesto applicativo dell'art. 589 c.p. sarebbe censurabile per tre ragioni: a) violazione del divieto di analogia *in malam partem*; b) irragionevole assoggettamento alla medesima sanzione di fattispecie tra loro diverse; c) irragionevole addebito ad un soggetto di un evento dipendente da fatto altrui (la morte della vittima sarebbe stata da addebitare non all'omicida, bensì ai medici espiantanti). La prima censura, soprattutto, si appuntava sostanzialmente sul fatto che la modifica degli elementi extra-normativi (scientifici, etici, di fatto o di linguaggio comune) della fattispecie e delle definizioni normative rilevanti ai fini della sua concreta applicazione determinasse una estensione applicativa non consentita dal divieto di analogia *in malam partem*.

La Corte, per parte sua, ritiene che «il rinvio, anche implicito, ad altre fonti o ad esterni contrassegni naturalistici non viola il principio di legalità della norma penale - ancorché si sia verificato mutamento di quelle fonti e di quei contrassegni rispetto al momento in cui la legge penale fu emanata - una volta che la reale situazione non si sia alterata sostanzialmente, essendo invece rimasto fermo lo stesso contenuto significativo dell'espressione usata per indicare gli estremi costitutivi delle fattispecie ed il disvalore della figura criminosa», ciò in quanto l'evoluzione delle fonti di rinvio si realizza «mediante interpretazione logico-sistematica, assiologica e per il principio dell'unità dell'ordinamento, non in via analogica»¹⁸⁵.

A tale proposito, sostiene la Corte che l'intervento legislativo non solo fosse legittimo, ma anche meritorio, essendo sopravvenuta «l'opportunità di indicare legislativamente il concetto di morte ed i metodi di accertamento, con la conseguenziale chiarificazione del senso della originaria norma incriminatrice», dacché, se il legislatore del 1930 non aveva sentito l'esigenza di precisare la nozione di morte (che, allo stato della scienza medica di allora, rimaneva ancorata al criterio della cessazione delle funzioni cardio-polmonari), «il successivo sviluppo delle conoscenze scientifiche e dei

237/1994) affinché valutasse la persistente rilevanza della questione a seguito delle intervenute modificazioni del quadro normativo.

¹⁸⁴ Corte cost., sent. n. 414/1995, punto 1 del R.i.F.

¹⁸⁵ Corte cost., sent. n. 414/1995, punto 2 del C.i.D.

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»¹⁸⁶.

La Corte, infatti, dà conto che le recenti scoperte scientifiche hanno permesso di appurare che la morte è un «fenomeno graduale che passa da una situazione relativa all'"individuo" (cessazione reversibile, e poi irreversibile, delle funzioni superiori del cuore, della respirazione, del cervello) ad una situazione di cessazione assoluta di vita di tutto l'"organismo"»¹⁸⁷, di talché si è giunti a distinguere tra la c.d. ‘morte biologica’ (coincidente con la cessazione definitiva delle funzioni organiche) e la c.d. ‘morte clinica’ (coincidente con la cessazione, prima reversibile poi irreversibile, delle funzioni superiori del cuore, della respirazione e del cervello, e quindi con la estinzione della persona)¹⁸⁸.

La presa d’atto di questo stato di cose rendeva, pertanto, più che opportuna la novella legislativa, la quale peraltro non si è limitata ad un recepimento passivo delle evidenze scientifiche ma ha comportato una vera e propria riconfigurazione politico-normativa del concetto di morte, assumendo una definizione che combinasse le nuove risultanze della scienza con il complesso dei valori etico-religiosi e costituzionali che danno senso e rilevanza culturale al fenomeno. Mentre, infatti, la morte biologica coincide con la fine definitiva della vita ed è una realtà irrimediabile, la morte clinica si basa su criteri di determinazione non esclusivamente scientifici ma anche su opzioni di valore legate all’opportunità di permettere l’espianzione degli organi da organismo vivente e il loro successivo impianto nell’ambito di interventi medico-chirurgici, al pregevole scopo di salvare la vita di altre persone. Correttamente, dunque, la Corte rileva che «il problema di determinare quale sia il momento decisivo per ritenere, a tutti gli effetti, estinta la persona umana, costituisce oggetto della attenta valutazione del legislatore, il quale è chiamato 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,

¹⁸⁶ *Ivi*, punto 3 del C.i.D. Mentre in passato il criterio di accertamento della morte era univoco e si fondava su un dato meramente induttivo-esperienziale (la cessazione del battito cardiaco e della respirazione), la scienza medica moderna ha evidenziato che si tratterebbe di un fenomeno suddiviso in più momenti, tra i quali è opportuno distinguere.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ Sulle varie definizioni di ‘morte’ cfr. P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, 2007, pp. 214 ss.

in sintonia altresì con le altre norme dell'ordinamento, nonché con i principi deontologici e l'espressione del comune sentire»¹⁸⁹.

La Corte sembra dire due cose in questa sentenza. In primo luogo, essa riconosce che un intervento legislativo mosso dallo scopo di allineare la legislazione (in questo caso penale, ma lo stesso vale per le altre branche dell'ordinamento) alle più recenti e aggiornate cognizioni scientifiche non è irragionevole, e anzi si giustifica per la legittima finalità (necessità?) di portare certezza in un ambito particolarmente sensibile dell'ordinamento (sul piano etico e politico-criminale) ed eliminare i dubbi circa supposti trattamenti discriminatori. In secondo luogo, essa riconosce che la ragionevolezza di una scelta legislativa non si misura esclusivamente con la razionalità delle sue premesse scientifiche, ma anche con la capacità di raccordare il dato scientifico con il dato di comune esperienza e con il complesso dei valori di riferimento in una data comunità politica¹⁹⁰.

7.2 Le definizioni scientifiche come parametro di individuazione e ripartizione delle materie tra Stato e Regioni: un caso pratico

Nella sentenza n. 359 del 2003, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una legge della Regione Lazio¹⁹¹ con la quale erano state introdotte misure per il contrasto al fenomeno del *mobbing*.

La Corte censura la normativa impugnata nella sua totalità sull'assunto che la Regione avesse abusivamente legiferato in materia di ordinamento civile (di competenza esclusiva dello Stato), oltre che in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro (di competenza concorrente). Prima di pervenire a tale conclusione, la Consulta parte da un inquadramento scientifico-sistematico del fenomeno in oggetto per individuare correttamente la materia nel cui solco la legge si colloca e, di conseguenza, il soggetto costituzionalmente competente a legiferare.

¹⁸⁹ Corte cost., sent. n. 414/1995, punto 3 del C.i.D.

¹⁹⁰ Sottolinea questo aspetto S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2015, pp. 271 ss., in specie p. 293.

¹⁹¹ L. reg. Lazio n. 16/2002, recante *Disposizioni per prevenire e contrastare il mobbing nei luoghi di lavoro*.

La Corte premette 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.»¹⁹².

L'accertata complessità del fenomeno, «che, già individuato da altre branche delle scienze sociali, non è tuttavia ignorato dal nostro ordinamento statale»¹⁹³, comporta che «la normativa in materia di *mobbing* può avere un triplice oggetto, in quanto può riguardare la prevenzione e repressione dei comportamenti dei soggetti attivi del fenomeno, le misure di sostegno psicologico e, se del caso, l'individuazione delle procedure per accedere alle terapie di tipo medico di cui la vittima può avere bisogno ed il regime degli atti o comportamenti posti in essere da quest'ultima come reazione a quanto patito»¹⁹⁴.

Come si vede, il richiamo agli studi della sociologia sul fenomeno del *mobbing* è funzionale, nell'ambito del controllo di costituzionalità, alla determinazione delle materie entro le quali, trasversalmente, si situa il fenomeno: su questa base, vengono individuate almeno tre materie, per due delle quali (tutela della salute e sicurezza sul lavoro) la

¹⁹² Corte cost., sent. n. 359/2003, punto 4.1 del C.i.D. Dalla definizione che la sociologia ne ha dato è possibile individuare in maniera sufficientemente precisa la dinamica con la quale si estrinseca il fenomeno sia dal lato del soggetto attivo, sia del soggetto passivo. Scrive la Corte: «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. Per quanto riguarda il soggetto passivo si pongono principalmente problemi di individuazione e valutazione delle conseguenze dei comportamenti medesimi. Tali conseguenze, 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.» (*ibidem*).

¹⁹³ *Ivi*, punto 7 del C.i.D.

¹⁹⁴ *Ivi*, punto 4.2 del C.i.D.

competenza è ripartita, per la terza (ordinamento di stato civile) la competenza spetta in via esclusiva allo Stato. La qualificazione del *mobbing* come fenomeno criminale definito all'art. 2 della legge impugnata ha così permesso, mediante il richiamo alle indicazioni provenienti dalla scienza sociologica, di individuare le varie materie che vengono in gioco nella sua regolazione¹⁹⁵.

8. *Professionalità tecnica dell'attività medico-terapeutica e principi fondamentali nella regolamentazione della materia sanitaria*

In alcuni casi, la Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto che i principi di fondo che regolano una certa materia (in particolare, la materia medico-sanitaria) non solo hanno copertura costituzionale, ma assurgono a principi fondamentali che i legislatori statale e regionale sono tenuti a rispettare allorché si determinino a disciplinare con lo strumento della legge quel dato settore. È questo il caso della sentenza n. 282 del 2002, con la quale la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità totale di una legge della Regione Marche con cui si erano vietati d'imperio sull'intero territorio regionale i trattamenti sanitari che impiegassero la terapia elettroconvulsivante (c.d. *elettroshock*) e altri consimili interventi di psicoturgia¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Il richiamo alla sociologia si è comunque arrestato a questo punto, in quanto la Consulta non procede poi a giudicare nel merito se il legislatore regionale abbia fatto un uso congruo e adeguato delle risultanze della ricerca sociologica e delle strategie da essa avvalorate per contrastare il fenomeno, essendo ciò stato sufficiente per concludere che l'ambito di intervento disegnato dalla definizione normativa si estendeva a materie sicuramente rientranti nella potestà legislativa esclusiva dello Stato. Né, del resto, una simile analisi era necessaria o rilevante ai fini del decidere, in quanto la riconduzione della materia alla potestà legislativa dello Stato era motivo sufficiente a determinare la incostituzionalità della legge e ad assorbire ogni altro profilo di censura eventualmente fatto valere.

In commento alla decisione v. G. U. Rescigno, *La Corte scambia i principi fondamentali della materia per i principi fondamentali dell'oggetto*, in *Giur. cost.*, n. 6/2003, pp. 3722 ss., il quale criticamente rileva come la corretta applicazione delle pertinenti disposizioni costituzionali avrebbe dovuto indurre la Corte a salvare *pro parte* la legge impugnata, tenendo ferma la distinzione tra 'materia' oggetto della competenza legislativa concorrente e 'oggetto' della materia. Secondo l'Autore, infatti, la mancata individuazione da parte della legge statale dei principi fondamentali della materia non preclude alle Regioni la potestà di normare uno dei plurimi oggetti riconducibili alla stessa materia. La mancata considerazione di questo profilo da parte della Corte avrebbe, quindi, viziato l'esito finale della decisione.

¹⁹⁶ Si trattava della l. reg. n. 26/2001, recante la *Sospensione della terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e altri simili interventi di psicoturgia*, con la quale il legislatore marchigiano intendeva perseguire «la finalità di tutelare la salute dei cittadini e garantire l'integrità fisica della persona» (art. 1), con riserva di ripristinarla «se e quando il Ministero della salute, previa elaborazione di "protocolli specifici", avrà definito "in modo certo e circostanziato" - non è chiaro a giudizio di quale organo od ente - che detta terapia o pratica è "sperimentalmente dimostrata" efficace, risolutiva e non produttiva di danni alla salute» (punto 1 del R.i.F.).

La Corte costituzionale censura la legge marchigiana sotto due distinti profili, che pur autonomi sul piano concettuale sono strettamente connessi sul piano logico. Per prima cosa, la Corte bocchia la pretesa del legislatore regionale di dettar regole in un ambito ad alto contenuto tecnico senza avere preliminarmente svolto una minima attività istruttoria¹⁹⁷. In secondo luogo, la Corte ritiene che la legge impugnata contrasti con i principi fondamentali in materia di 'tutela della salute', che in base al nuovo Titolo V della Costituzione (allora era appena entrato in vigore) forma oggetto di potestà legislativa concorrente, riconoscendo alle Regioni una competenza generale a legiferare, con l'unico limite del rispetto dei principi fondamentali della materia. A questo riguardo, afferma la Corte che «non può ingannare la circostanza che non si rinvengano norme di legge statale esplicitamente volte a disciplinare l'ammissibilità delle pratiche terapeutiche in esame, o delle pratiche terapeutiche in generale», dal momento che quei principi «non possono non ricollegarsi anzitutto allo stesso sistema costituzionale»¹⁹⁸. Quei principi, pur non esplicitati in una disposizione di diritto positivo, si deducono infatti dagli stessi scopi della professione medica, che «si pone all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica»¹⁹⁹.

I principi fondamentali della materia trovano la loro massima espressione nella libertà del medico di decidere, in autonomia e responsabilità, sulla base di una valutazione tecnica individuale fondata sulla specifica condizione del paziente, quali trattamenti sanitari possano considerarsi opportuni per restituirgli una condizione di piena salute fisica e psichica, in osservanza dei canoni elaborati dalla scienza medica per tali

¹⁹⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 282/2002, punto 6 del C.i.D., ove si legge che «l'intervento regionale non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti». Tra i numerosi commenti alla sentenza si segnalano: Q. Camerlengo, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Ist. fed.*, n. 5/2002, pp. 685 ss.; A. D'Atena, *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2002, pp. 2027 ss.; D. Morana, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 2034 ss.; E. Cavasino, *I "vincoli" alla potestà legislativa regionale in materia di "tutela della salute" tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, in *Giur. cost.*, n. 5/2002, pp. 3282 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*, n. 6/2002, pp. 1450 ss.

¹⁹⁸ *Ivi*, punto 4 del C.i.D.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

situazioni. Ad esso si aggiunge il principio – immanente nell’ordinamento costituzionale – secondo cui il trattamento sanitario deve rispettare la dignità del paziente in ogni sua componente costitutiva, tenendo comportamenti conformi alle regole di condotta stabilite nel codice di deontologia medica²⁰⁰.

Come si vedrà meglio nel capitolo terzo²⁰¹, la dottrina ha ricavato da questa sentenza (e da altre decisioni della Corte costituzionale che si richiamano ad essa) un principio di ‘riserva di scienza’, in base al quale il legislatore – e, in generale, i poteri pubblici – non possono sostituire i propri apprezzamenti alle valutazioni specialistiche compiute dai competenti organismi tecnico-scientifici per stabilire quali trattamenti terapeutici siano più appropriati per il singolo caso.

Ma v’è di più: a monte del problema della delimitazione delle competenze tra Stato e Regioni nella regolamentazione della materia sanitaria, la Corte afferma che «[l]a decisione circa l’ammissione o il divieto di singole terapie si collocherebbe in un momento “logicamente preliminare” anche rispetto alla determinazione, di competenza statale, dei livelli essenziali ed uniformi di assistenza sanitaria»²⁰², e che «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»²⁰³.

Da queste affermazioni, più che altrove, si deduce che nell’opinione del Giudice delle leggi la materia medico-sanitaria afferisce ad un campo d’attività rispetto al quale la legge dovrebbe ritrarsi per far spazio all’autoregolamentazione della comunità scientifica, la quale, in virtù della propria professionalità tecnica e grazie ai protocolli da essa elaborati e ciclicamente aggiornati, possiede gli strumenti necessari e sufficienti ad attuare il diritto alla salute, sicché un intervento legislativo in questa materia dovrebbe essere sussidiario e solo eventuale, al solo scopo di bilanciare gli altri diritti e doveri di rango costituzionale coinvolti nell’esercizio della pratica medica²⁰⁴.

²⁰⁰ Cfr. punto 4 del C.i.D.: «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».

²⁰¹ Cfr. in particolare cap. III, parr. 3 ss.

²⁰² Corte cost., sent. n. 282/2002, punto 1 del C.i.D.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ Cfr. L. Violini, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare*, cit.; p. 1456, l’intervento legislativo «risulta essere meramente eventuale rispetto alle scelte che vengono compiute dalla “società civile”, quella che si organizza in ordini professionali volti a fare una compatta struttura a gruppi di

Tale specificazione non è senza significato, dal momento che la Corte trae da essa importanti implicazioni relativamente a “ciò che può fare il legislatore”: in sostanza, un’*actio finium regundorum* che funge da criterio delimitatore delle competenze tra Stato e Regioni, e da principio regolatore del grado di incisività con cui la disciplina legislativa può regolare la materia medico-sanitaria.

La Consulta inverte, così, l’ordine di priorità che ordinariamente presiede all’amministrazione delle relazioni tra attori sociali, in quanto «la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico»²⁰⁵, cui solo spetta di stabilire, in scienza e coscienza, quale sia il percorso terapeutico più appropriato. Il cerchio di questioni attorno alle quali la legge potrebbe incidere nella materia *de qua* si riduce a pochi dettagli, che essenzialmente attengono alla regolamentazione dei profili socialmente rilevanti dell’atto medico, come la disciplina del consenso informato, della responsabilità civile e penale del medico e della struttura sanitaria, nonché degli obblighi assicurativi connessi.

9. Il problema della produzione normativa a contenuto tecnico-scientifico

Le indicazioni di tecnica normativa sulla regolamentazione delle materie a connotazione tecnico-scientifica non si limitano all’ambito medico-sanitario. Anche in relazione ad altre materie, la Corte ha avvertito che l’opzione per la fonte legislativa potrebbe rivelarsi inadeguata in relazione alla natura dell’oggetto normato.

Come si è visto, il procedimento legislativo è tendenzialmente più chiuso di quello amministrativo, e non possiede quella duttilità che permette di adeguare l’atto normativo alla rapida mutevolezza del contesto di riferimento, soprattutto in relazione a quegli ambiti nei quali risulti più adatta una disciplina che deleghi agli organi dell’esecuzione l’individuazione della regola del bilanciamento valevole per il caso specifico.

professionisti da cui dipendono certi beni cruciali per l’individuo ma anche per la società nel suo complesso quali, appunto, la salute». Il riferimento al principio di sussidiarietà, nell’opinione della citata dottrina, opera sia sul piano procedurale, ovvero come «necessità di una proceduralizzazione della fase di elaborazione della norma ove essa tocchi settori particolarmente delicati dal punto di vista tecnico e scientifico» (*ibidem*), sia sul piano sostanziale, come limite intrinseco e tendenziale alla generale libertà del legislatore, tale per cui «nelle materie in cui prevale la dimensione tecnico-scientifica, non è solo il legislatore regionale a doversi attestare su posizioni di *self-restraint*; lo stesso legislatore statale è chiamato ad interventi minimi, sussidiari rispetto a forme di regolamentazione che facciano riferimento non alla forza cogente del diritto ma alla libera adesione propria della morale» (*ivi*, pp. 1460-1461).

²⁰⁵ Corte cost., sent. n. 282/2002, punto 1 del C.i.D.

per il quale è opportuno si compiano futuri rimaneggiamenti di disciplina, dettando di volta in volta regole specifiche e concrete, che rechino tanti micro-bilanciamenti in relazione a situazioni particolari, piuttosto che regole eccessivamente generali ed astratte. Non si vuole certo negare l'opportunità e l'auspicabilità di una minima disciplina di legge, che si limiti quantomeno a dettare i principi fondamentali che fungano da criteri di orientamento su come bilanciare i beni in conflitto. Piuttosto, si sostiene che la legge dovrebbe rinunciare a preconfezionare "in astratto" un bilanciamento che debba poi essere applicato a tutte le ipotesi sussumibili nella fattispecie normata, essendo preferibile che il bilanciamento sia demandato "in concreto" agli organi, amministrativi e giurisdizionali, incaricati dell'attuazione della legge.

Ciò si rivela non solo opportuno, ma anche necessario per quei casi che si riferiscano a vicende irripetibili, nelle quali sia coinvolta una pluralità di individui e di beni giuridici. In tali casi, la fissazione a livello legislativo di una regola valevole per tutte le ipotesi astrattamente possibili dà luogo ad un bilanciamento distorto, che impedisce di tener conto delle condizioni di fatto concretamente esistenti, ciò che ridonda a valle in un motivo di illegittimità della legge impugnata.

Sul punto bisogna precisare che, sul piano del diritto positivo, non esistono vincoli formali che impongano al legislatore di procedere in tal senso. Nondimeno, la Corte costituzionale pare aderire a tale modello nel momento in cui suggerisce, come chiaramente fa nell'ambito del settore ambientale, la preferenza per il procedimento amministrativo e la fonte regolamentare.

9.1 Valutazioni tecnico-scientifiche complesse, bilanciamento dei diritti e formazione della decisione politica: le decisioni sul caso ILVA

Il settore ambientale si connota per essere un campo in cui le decisioni di natura politica devono essere prese in stretta connessione con le evidenze scientifiche più aggiornate e delle possibilità tecniche esistenti al fine di conciliare i progetti politici con il rispetto dei valori ambientali.

La tutela dell'ambiente rappresenta un terreno d'elezione in cui le valutazioni tecnico-scientifiche condizionano l'esito concreto del bilanciamento di volta in volta compiuto tra i plurimi beni giuridici in conflitto, che coinvolgono inscindibilmente tanto

gli interessi prettamente ambientali e/o paesaggistici, quanto gli interessi connessi alla produzione economica, alla garanzia dei livelli occupazionali e alla tutela della salute.

Un contributo essenziale al dibattito su questi profili è stato dato dalle sentenze sulla vicenda dell'Ilva di Taranto.

Sono note le vicissitudini giudiziarie che hanno interessato la Società ILVA S.p.a., la più grande acciaieria d'Europa, la quale, chiamata a rispondere nell'ambito di numerosi procedimenti civili e penali sulle presunte responsabilità in merito all'aumento esponenziale delle percentuali di sviluppo tumorale tra la popolazione residente nel circondario di Taranto (da ascrivere alle modalità di esercizio delle attività metallurgiche degli stabilimenti dell'impresa), che hanno indotto l'autorità giudiziaria ad emanare alcuni provvedimenti cautelari che avrebbero potuto estromettere definitivamente l'impresa dal mercato²⁰⁶. Per evitare la chiusura dell'impianto (con tutte le conseguenze sul piano economico e sociale), il Governo emanava il d.l. n. 207/2012, convertito con la l.n. 231/2012, a mezzo del quale – riconosciuta all'ILVA la qualifica di stabilimento di 'interesse economico strategico' – ordinava il dissequestro dei beni (prodotti lavorati compresi) e la continuazione dell'attività sia di produzione che di commercializzazione, previa adozione delle misure previste nell'autorizzazione integrata ambientale (AIA) rilasciata in sede di riesame ad ottobre 2012²⁰⁷.

Chiamati ad applicare la normativa sopravvenuta, i giudici tarantini decidevano di sollevare questione di legittimità costituzionale censurando il decreto-legge sotto plurimi profili²⁰⁸, tra i quali viene qui in rilievo il problema del bilanciamento tra diritti e interessi

²⁰⁶ In particolare, nell'ambito di alcuni procedimenti penali a carico dello stabilimento pugliese, fonte di altissime emissioni inquinanti che avrebbero cagionato un aumento esponenziale delle patologie tumorali nell'area, il G.I.P. del Tribunale di Taranto aveva ordinato aveva disposto l'applicazione, su richiesta del P.M. locale, alcune misure cautelari personali e reali con riguardo ad una pluralità di reati per i quali erano stati incriminati gli amministratori e i dirigenti della società, all'esito di due perizie assunte in regime di incidente probatorio (una a carattere chimico-ambientale e una a carattere medico-epidemiologico). Tra le misure reali, era stato disposto prima il sequestro preventivo di porzioni dello stabilimento siderurgico, senza facoltà d'uso per il gestore, con nomina contestuale di un collegio di custodi con il compito di avviare le operazioni necessarie alla chiusura definitiva dell'impianto in condizioni di sicurezza; in seguito, era stato disposto anche il sequestro del prodotto finito e/o semilavorato realizzato in epoca successiva al sequestro degli impianti interessati.

²⁰⁷ L'autorizzazione avrebbe avuto una durata di 36 mesi e conteneva un piano di rientro per la riduzione delle emissioni inquinanti, nonché alcune prescrizioni necessarie alla messa in sicurezza degli impianti e alla tutela della salute dei lavoratori e degli abitanti del circondario tarantino.

²⁰⁸ Tra questi: violazione del principio di intangibilità del giudicato, violazione del principio di separazione dei poteri per aver interferito con l'attività giudiziaria in corso, violazione del diritto alla salute, violazione del principio di uguaglianza tra imprese, violazione dei doveri di solidarietà sociale connessi alla protezione dei valori fondamentali della persona, abuso delle leggi-provvedimento.

contrapposti nelle situazioni “tragiche” in cui la tutela di uno non possa avvenire senza il sacrificio (almeno parziale) degli altri²⁰⁹.

Nella sentenza n. 85 del 2013, il Giudice costituzionale, decidendo la questione, offre relevantissimi spunti e suggestioni sia riguardo al problema del bilanciamento tra diritti nello Stato costituzionale, sia riguardo al ‘giusto procedimento’ attraverso il quale tale bilanciamento dovrebbe essere attuato nel conflitto tra valori inconciliabili, in relazione soprattutto a quei casi connotati da c.d. ‘discrezionalità mista’²¹⁰, nei quali il profilo tecnico-scientifico e il profilo politico non si prestino a venire agevolmente separati. Rinviando al capitolo quarto la riflessione sul problema del bilanciamento nello scrutinio sulle questioni aventi connotazione scientifica²¹¹, giova soffermarsi un momento sulle affermazioni che la Corte svolge in merito alle procedure che devono considerarsi più idonee a garantire l’adeguatezza del bilanciamento nel confronto con le evidenze offerte dalle risultanze tecnico-scientifiche attinte in sede procedimentale²¹².

In situazioni come quella esaminata dalla Corte, coinvolgenti un ampio numero di persone e caratterizzate da notevole complessità tecnica oltre che da un certo grado di incertezza scientifica, vengono in gioco tante e stratificate posizioni giuridiche che dipendono strettamente dal contesto fattuale di riferimento, tale per cui si rende necessario un «continuo e vicendevole bilanciamento», che conduca ad un «punto di equilibrio [...] dinamico e non prefissato in anticipo»²¹³, rivedibile ogni volta che mutassero le circostanze concrete sulle quali era stata costruita la soluzione precedentemente adottata. Emerge *in nuce* un principio di sussidiarietà riguardo alle tecniche di elaborazione delle decisioni politiche complesse che riflette una sicura preferenza per il livello amministrativo piuttosto che per quello legislativo, avente la propria base sull’assunto della intrinseca flessibilità della prima di contro alla strutturale fissità della seconda. In uno schema di ideale divisione delle funzioni tra l’uno e l’altro livello, è possibile sostenere che al livello legislativo dovrebbe essere riservata la precisazione dell’indirizzo

²⁰⁹ M. Boni, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti. brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in *Federalismi.it*, n. 3/2014.

²¹⁰ Su questa nozione v. F. Cintioli, voce *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali II*, Milano, 2008, pp. 471 ss., p. 473.

²¹¹ Cfr. cap. IV, parr. 2 ss.

²¹² In generale su questi profili v. M. Mezzanotte, *Il "sistema normativo ambientale" nella sentenza ILVA, tra scelte discrezionali e bilanciamento dei diritti*, in *Rass. parl.*, n. 3/2013, pp. 669 ss.

²¹³ Corte cost., sent. n. 85/2013, punto 9 del C.i.D.

politico generale e l'indicazione dei principi direttivi della successiva attività amministrativa (tra cui l'eventuale espressione di una scala di prevalenza tra i valori in gioco), lasciando per il resto che la valutazione dei fatti e il bilanciamento degli interessi coinvolti siano concretamente demandati ai livelli istituzionali più prossimi alla vicenda. Lo scrutinio del decreto-legge *ad Ilvam* viene condotto dalla Corte sviluppando le considerazioni appena svolte: secondo i giudici di Palazzo della Consulta, l'effetto obiettivamente prodotto dal decreto d'urgenza del Governo non era di "fissare" a livello legislativo la prevalenza assoluta dell'attività industriale dell'ILVA rispetto al diritto alla vita e alla salute degli abitanti del circondario tarantino, ma di prefiggere un criterio in base al quale "misurare" il peso del valore della produzione economica dell'ILVA nella formula del bilanciamento²¹⁴, di cui gli organi amministrativi incaricati della sua attuazione in concreto avrebbero dovuto tenere conto ai fini del rilascio dell'AIA²¹⁵.

Secondo la Corte, pertanto, il Governo non avrebbe interferito con i procedimenti penali pendenti, né avrebbe introdotto uno speciale regime di privilegio per l'ILVA a totale detrimento dei diritti degli abitanti residenti nel circondario. Lo scopo del decreto-legge era piuttosto di esplicitare il peso di uno dei valori coinvolti nel bilanciamento, operazione che tuttavia viene concretamente demandata agli organi amministrativi competenti per il rilascio dell'AIA, procedura che «costituisce l'esito della confluenza di plurimi contributi tecnici ed amministrativi in un unico procedimento, nel quale [...] devono trovare simultanea applicazione i principi di prevenzione, precauzione,

²¹⁴ Il decreto-legge governativo ha, infatti, solo definito un nuovo equilibrio normativo tra produzione e ambiente per il riesame dell'AIA già precedentemente conferita all'ILVA. Sulla problematica natura del decreto salva-Ilva, e sulla distinzione tra legge-provvedimento e legge in luogo di provvedimento, cfr. G. Sereno, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*, in *Giur. cost.*, n. 3/2013, pp. 1511 ss.

²¹⁵ La corretta ricostruzione del contesto normativo in cui si calava il decreto-legge impugnato porta, infatti, a concludere che esso non stravolgesse il quadro preesistente, andando piuttosto ad integrarlo nel senso di stabilire a livello legislativo quanto ordinariamente previsto nel D.P.C.M. che individua i siti industriali di interesse economico strategico: l'art. 1, co. 1 del d.l. n. 207/2012 ha, infatti, consentito la prosecuzione delle attività produttive a condizione che fosse rivista la precedente autorizzazione integrata ambientale (AIA) di cui all'art. 4, co. 4, lett. c) del d.lgs. n. 152/2006 (*Codice dell'ambiente*), che viene rilasciata dal Ministero dell'ambiente a fronte dell'adozione, da parte della gestione dell'impianto, delle migliori tecnologie disponibili (MTD), conformemente agli obblighi stabiliti nelle direttive europee. L'AIA è un provvedimento strutturalmente dinamico, che deve essere periodicamente riesaminato (di solito con cadenza quinquennale) al fine di recepire gli aggiornamenti delle tecnologie cui sia pervenuta la ricerca scientifica e la tecnologia del settore, ed è corredato di un complesso sistema di controlli e sanzioni per il caso di mancato adempimento delle condizioni prescritte.

Sull'istituto, in generale, si veda A. Porporato, *Contributo allo studio dei provvedimenti amministrativi condizionati*, Torino, 2020, in specie pp. 95 ss. e, in riferimento al caso ILVA, pp. 128 ss.

correzione alla fonte, informazione e partecipazione»²¹⁶. Il procedimento di rilascio dell'AIA rappresenta, infatti, lo «strumento attraverso il quale si perviene, nella previsione del legislatore, all'individuazione del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi, che derivano dall'attività oggetto dell'autorizzazione»²¹⁷.

La Corte, dunque, plaude a quella che reputa una virtuosa «combinazione tra un atto amministrativo (AIA) e una previsione legislativa (art. 1 del d.l. n. 207 del 2012)»²¹⁸, nell'ambito della quale il procedimento amministrativo che conduce al rilascio dell'AIA rappresenta un momento di verifica dei presupposti per la prosecuzione dell'attività alle condizioni stabilite nel decreto-legge, rimanendo dunque i due provvedimenti in ogni caso distinti, sia per la posizione nella gerarchia delle fonti del diritto sia per il regime giurisdizionale cui ciascuno soggiace²¹⁹.

L'aspetto importante di questa sentenza è l'avallo di un metodo legislativo per il governo delle decisioni tecnicamente complesse in materia di salute e ambiente

²¹⁶ Critica rispetto alla soluzione individuata dal Governo e verso la sentenza della Corte E. Vivaldi, *Il caso Ilva: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 15/2013, pp. 16-17, per la quale le violazioni del diritto alla salute e dell'interesse all'integrità ambientale sono stati sacrificati all'esito di un bilanciamento c.d. "ineguale", dal momento che il sacrificio imposto al godimento di quei beni costituzionali viene giustificato sulla base di un mero appiglio formale, vale a dire la sua liceità derivanti dal fatto che è conforme al provvedimento che autorizza l'attività nociva.

²¹⁷ *Ivi*, punto 10.1 del C.i.D.

²¹⁸ *Ivi*, punto 10.3 del C.i.D.

²¹⁹ Secondo la Corte, il richiamo all'AIA nel decreto-legge non ne avrebbe comportato l'attrazione nel relativo regime giuridico, ma avrebbe dovuto intendersi come una «presunzione di rinvio formale agli atti amministrativi». La legalizzazione dell'atto amministrativo è un fenomeno che si produce esclusivamente quando il rinvio legislativo deve ritenersi fisso o materiale per univoca formulazione del testo normativo (cfr. Corte cost., sent. n. 311/1993).

Anche la circostanza che la qualificazione dell'ILVA come stabilimento di 'interesse strategico nazionale' sia stata compiuta direttamente in un decreto-legge piuttosto che con D.P.C.M. non vale a mettere in discussione la costituzionalità della misura, dal momento che la Costituzione non contempla alcuna «riserva di amministrazione» in capo agli organi amministrativi o esecutivi di atti a contenuto particolare e concreto. Ciò comporta che l'eventuale illegittimità dell'atto avente forza di legge a contenuto provvedimentale potrà essere contestata per altre ragioni, vuoi per mancanza dei requisiti di estrema necessità e urgenza nel caso si tratti di decreto-legge, vuoi per abusivo esercizio della funzione legislativa motivata dalla volontà di sottrarre l'atto provvedimentale all'usuale regime di tutela giurisdizionale.

Sotto un primo aspetto, è agevole constatare che a Taranto si fosse verificata una situazione grave ed eccezionale rispetto alla quale si trattava di trovare soluzioni rapide ed efficaci per conseguire sia l'obiettivo di mettere in sicurezza l'integrità dell'ambiente e la salute dei cittadini, sia l'obiettivo di mantenere possibilmente intatti i livelli occupazionali e la produzione economica. Di talché, è sicuramente giustificata l'adozione delle misure *de quibus* a mezzo di un decreto-legge. Sotto l'altro aspetto, verificato che l'AIA non è stata formalizzata a livello legislativo, trattandosi di richiamo formale non recettizio, è destituita di fondamento l'accusa di aver sottratto l'AIA all'ordinario regime giurisdizionale che ne consente l'impugnazione davanti al giudice amministrativo.

fondamentalmente basato su una normazione ripartita tra livello legislativo e livello amministrativo, assieme al riconoscimento che la sede naturale dove dovrebbero maturare tali decisioni è il livello amministrativo più prossimo alla vicenda, e che il giudice naturale competente a dirimere eventuali controversie deve individuarsi ora nel giudice amministrativo (per la contestazione delle decisioni amministrative ovvero delle valutazioni tecniche) ora nel giudice ordinario (ai fini della tutela inibitoria, ripristinatoria e risarcitoria dei diritti soggettivi, ovvero della repressione dei reati). Indicazioni che sono state applicate dalla Consulta anche nella seconda decisione sul caso ILVA (sentenza n. 58 del 2018), ma con un esito esattamente opposto, proprio a causa del “cattivo uso” che il legislatore avrebbe fatto del proprio potere nell’intervenire nuovamente nella materia²²⁰.

²²⁰ Nell’ambito di un procedimento penale a carico di alcuni dirigenti e tecnici in servizio presso lo stabilimento di Taranto (incriminati a seguito della morte di un lavoratore), il G.I.P. del Tribunale di Taranto aveva convalidato il decreto con cui il P.M. aveva ordinato il sequestro preventivo, senza facoltà d’uso, dell’altoforno denominato “Afo2”. Il Governo approvava, quindi, in via d’urgenza il d.l. n. 92/2015, sulla falsariga del precedente d.l. n. 207/2012, «[a] fine di garantire il necessario bilanciamento tra le esigenze di continuità dell’attività produttiva, di salvaguardia dell’occupazione, della sicurezza sul luogo di lavoro, della salute e dell’ambiente salubre, nonché delle finalità di giustizia, l’esercizio dell’attività di impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non è impedito dal provvedimento di sequestro [...] quando lo stesso si riferisca ad ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori».

Chiamato a decidere sull’istanza di dissequestro presentata dai legali della società (rispetto alla quale il P.M. aveva espresso parere negativo), il G.I.P. sollevava questione di legittimità costituzionale della normativa sopravvenuta, muovendo in larga parte le stesse contestazioni che erano state sollevate riguardo al d.l. n. 207/2012.

Nonostante il formale appello a quel precedente, si trattava di due atti profondamente diversi quanto a tecnica normativa: il decreto-legge del 2015 mancava di quei meccanismi che rendevano il decreto del 2012 un atto dinamico, flessibile e adattabile alle necessità del momento: il d.l. n. 92/2015 disponeva, infatti, la pura e semplice continuazione dell’attività d’impresa nonostante il provvedimento di sequestro, non contemplava condizioni al cui rispetto fosse vincolata la società per rendere possibile quel bilanciamento tra diritti e interessi al cui perseguimento il decreto-legge era finalizzato, né prevedeva strumenti pubblicistici per monitorare il risanamento degli impianti e tutelare i diritti dei lavoratori.

Non sfugge alla Corte che: a) la prosecuzione dell’attività d’impresa è subordinata esclusivamente alla predisposizione unilaterale di un ‘piano’ ad opera della stessa parte privata, senza alcuna forma di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati; b) per la predisposizione del ‘piano’ è concesso un termine, peraltro provvisorio, di trenta giorni, ma manca del tutto la richiesta di misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l’incolumità dei lavoratori; c) quanto al contenuto, è stabilito che il piano deve prevedere misure e attività aggiuntive, anche di tipo provvisorio, la cui individuazione nel d.l. è, tuttavia, generica e non meglio definita nemmeno tramite rinvio alla normativa in materia di sicurezza sul lavoro; d) non si prevedono infine forme di partecipazione delle autorità pubbliche, se non una mera comunicazione-notizia all’autorità giudiziaria dopo la predisposizione del piano e l’attribuzione di un generico potere di monitoraggio e ispezione per quanto riguarda INAIL, ASL e Vigili del Fuoco. La conclusione della Corte è, in definitiva, che «il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l’interesse alla prosecuzione dell’attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (art. 4 e 35 Cost.)» (Corte cost., sent. n. 58/2018, punto 3.2 del C.i.D., cui appartengono tutte le citazioni sopra riportate).

Le affermazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2013 possono ritenersi principi generali astrattamente estensibili a tutti i settori normativi aventi connotazione scientifica e carattere diffuso, la cui amministrazione richieda di prendere decisioni a margine di una valutazione tecnico-scientifica altamente complessa.

Così, nella sentenza n. 272 del 2020, la Consulta, dichiarando la illegittimità costituzionale di alcune disposizioni di una legge della Regione Marche relativa ai criteri per la localizzazione degli impianti di combustione dei rifiuti, ha nuovamente ribadito che «[è] nella sede procedimentale [...] che può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei principi costituzionali la loro previsione e tutela. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei principi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241[...]: efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza. Viene in tal modo garantita, in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost. (sentenza n. 69 del 2018)»²²¹.

La previsione legislativa che impone di seguire la via del procedimento amministrativo per decidere su questioni intrinsecamente complesse e soggettivamente plurali assurge, in tal modo, a principio fondamentale dell'ordinamento, che vincola le Regioni ad esercitare in forma procedimentale l'attività di attuazione che la normativa

Sul punto non servono chiarimenti, se non una breve notazione: l'incostituzionalità del secondo decreto salva-Ilva è chiaramente motivato dall'assenza di quella combinazione virtuosa tra legge e atto amministrativo alla quale la Consulta aveva plaudito nella sentenza del 2013: un tale meccanismo, oltre a permettere uno svolgimento progressivo su più livelli della normazione sulle materie tecnicamente complesse, nel rispetto dei canoni di sussidiarietà ed efficienza, presenta l'indiscutibile pregio di non determinare fughe da responsabilità, sottraendo garanzie giurisdizionali ai soggetti colpiti.

Tra i commenti alla decisione cfr. D. Pulitanò, *Una nuova "sentenza ILVA". Continuità o svolta?*, in *Giur. cost.*, n. 2/2018, pp. 604 ss. e E. Aprile, *Sulla ragionevolezza del bilanciamento tra interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva e tutela della salute: una nuova pronuncia della Consulta sulla "vicenda ILVA"*, in *Cass. pen.*, n. 6/2018, pp. 1961 ss.

²²¹ Corte cost., sent. n. 272/2020, punto 5 del C.i.D.

statale abbia loro devoluto, inibendo il ricorso alla forma legislativa²²². Del resto, in una sentenza di poco anteriore (la n. 116 del 2020, richiamata nella sentenza n. 272 del 2020), la Corte aveva statuito che «se la materia, per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere tenuto in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto»²²³.

In tal modo, la Corte delinea un principio di ragionevolezza procedurale che crea un *fumus illegitimitatis* sulle leggi sostitutive di provvedimenti amministrativi, nel caso in cui l'opzione per lo strumento legislativo si configuri come un modo per concludere e irrigidire il procedimento di formazione della decisione in materia ambientale che, secondo i principi generali, dovrebbe essere strutturalmente aperta e flessibile²²⁴.

L'elusione della forma tipica legittimerebbe, in tal modo, un rafforzamento del sindacato del Giudice costituzionale sull'atto legislativo impugnato, mentre al contrario la devoluzione della competenza a decidere all'autorità amministrativa più prossima alla vicenda ha l'effetto di limitare il sindacato della Consulta al riscontro dell'eventuale

²²² Cfr., *ex plurimis*, sentenze n. 28 del 2019, n. 66 del 2018 e n. 20 del 2012. In materia di gestione dei rifiuti, l'art. 199, comma 3, del d.lgs. n. 152 del 2006 disciplina i piani regionali di gestione dei rifiuti, attribuendo loro un contenuto in parte eventuale, in parte necessario. Entro quest'ultimo si colloca proprio la specificazione dei «criteri per l'individuazione delle aree non idonee alla localizzazione degli impianti di recupero e smaltimento dei rifiuti, nonché per l'individuazione dei luoghi o impianti adatti allo smaltimento dei rifiuti» (art. 199, comma 3, lettera l, del cod. ambiente). È perciò il suddetto piano la sede che il legislatore competente ha scelto, al fine di ponderare i complessi interessi coinvolti dalla decisione, all'esito di un procedimento amministrativo aperto alla partecipazione del pubblico, e nel quale sono sentiti gli enti locali e le Autorità d'ambito. Nella sent. n. 272/2020 si chiarisce, inoltre, che «l'attività di pianificazione è per propria natura devoluta a realizzare una trama unitaria nell'assetto del territorio, ove confluiscono i più vari, e talvolta divergenti, interessi che la legge persegue», e che «sempre più presente nell'ordinamento, e tipica dell'attività amministrativa, è perciò l'esigenza di raggiungere un punto di sintesi, adottando scelte non frazionate, ma sensibili al contesto di pianificazione al quale vengono a sovrapporsi» (punto 7 del C.i.D.).

²²³ Corte cost., sent. n. 116/2020, punto 7 del C.i.D. Nello stesso punto della decisione, poco prima, la Corte ha tra l'altro affermato che «[l]'insistente valorizzazione delle modalità dell'azione amministrativa e dei suoi pregi non può evidentemente rimanere confinata nella sfera dei dati di fatto, ma deve poter emergere a livello giuridico-formale, quale limite intrinseco alla scelta legislativa, pur senza mettere in discussione il tema della "riserva di amministrazione" nel nostro ordinamento» (*ibidem*).

²²⁴ In tali casi è, del resto, giustificato pensare che la scelta per lo strumento legislativo in luogo di quello provvedimentale, in deroga alla prassi generalmente seguita, sia stata motivata dalla volontà di eludere gli adempimenti procedurali (istruttori, partecipativi e consultivi) che aggravano notevolmente la formazione della decisione, oltre a consentire l'impugnazione diretta dei provvedimenti lesivi (finali o endo-procedimentali) innanzi al giudice amministrativo.

carezza, nella legge, di garanzie o principi direttivi idonei ad orientare l'azione pubblica nella concretizzazione del bilanciamento.

10. Quali strumenti per la garanzia dell'adeguatezza scientifica della legge?

A conclusione di questo capitolo, giova brevemente richiamare i principali strumenti per mezzo dei quali può essere garantita l'adeguatezza degli atti normativi a contenuto tecnico-scientifico rispetto allo stato attuale delle conoscenze disponibili in un certo momento storico.

La dottrina che si è approfonditamente dedicata allo studio di queste tematiche²²⁵ distingue tra indici di natura procedurale e indici di natura sostanziale: mentre i primi consistono in meccanismi che fanno leva sul coinvolgimento di istanze di natura tecnico-scientifica (*expertise*) sia all'interno del procedimento decisionale sia in quello di attuazione della normativa, anche mediante la previsione di meccanismi di partecipazione di organi tecnico-scientifici alle fasi di attuazione e valutazione dei risultati della legge, i secondi consistono in accorgimenti di tecnica redazionale, che si basano sull'inserimento nella trama del testo normativo di clausole che contengono definizioni legislative di concetti tecnico-scientifici, ovvero di clausole di validità temporale che impongano la verifica o l'aggiornamento periodico del contenuto tecnico della legge, o ancora di clausole contenenti norme tecniche o di rinvio alle *leges artis*.

Secondo la stessa dottrina, «[l]a natura mista degli indici si fonda sul presupposto che a meccanismi decisionali diversi corrispondono, secondo un rapporto di 'causa-effetto' tra metodi e contenuti normativi, politiche legislative differenziate, le quali producono a loro volta effetti diversi in termini di adeguatezza, legittimità ed effettività dell'intervento legislativo»²²⁶. Lo scopo di questi accorgimenti è, comunque, lo stesso: fare in modo che la disciplina legislativa si mantenga adeguata rispetto agli approdi più recenti della scienza e della tecnica, rimanendo al passo con l'evoluzione registrata in materia. In tal modo, l'atto normativo si mantiene ragionevole in rapporto alle proprie premesse fattuali e viene posto al riparo da un'eventuale censura d'incostituzionalità da parte della Consulta.

²²⁵ Il riferimento è a S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., pp. 89 ss.

²²⁶ S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., pp. 89-90.

Gli indici procedurali rispondono all'esigenza di garantire la qualità dei procedimenti di produzione normativa²²⁷, e in particolare: a) aumentare la qualità e quantità degli elementi conoscitivi a disposizione del legislatore, b) legittimare le scelte operate dal legislatore favorendo la loro accettazione da parte della società civile, c) creare intorno alla legge una presunzione relativa di legittimità²²⁸.

Il coinvolgimento della *expertise* tecnico-specialistica può avvenire sia nella fase di formazione della legge, e dunque nel corso dei lavori preparatori funzionali alla raccolta delle informazioni necessarie alla valutazione di fatto del contesto al quale dovrà trovare applicazione (partecipazione *ex ante*), sia nella successiva fase di attuazione, nella quale gli organismi tecnico-scientifici individuati partecipano all'integrazione dell'efficacia della legge (partecipazione *ex post*) svolgendo diverse funzioni: a) di natura normativo-deliberativa, mediante l'emanazione di provvedimenti di carattere anche vincolante, b) di natura attuativa, mediante l'esercizio dei poteri di autorizzazione o di sanzione, c) di natura consultiva e di proposta, mediante il conferimento all'autorità della facoltà di fare proposte e/o dell'obbligo di monitoraggio e valutazione della legge, mediante la redazione e pubblicazione di relazioni annuali e *reports* periodici sull'impatto della normativa²²⁹.

Gli indici sostanziali valgono ad evidenziare la presenza, direttamente nei testi legislativi, di «contenuti in grado di esprimere un'apertura normativa all'apporto di istanze di natura tecnico-scientifica»²³⁰, contribuendo a determinare l'ambito di applicazione della disciplina di legge, il tempo della validità delle sue disposizioni ovvero

²²⁷ Sebbene in corpo di testo ci si riferirà principalmente al procedimento legislativo, è implicito che il coinvolgimento degli organismi tecnico-scientifici possa avvenire anche nell'ambito di procedimenti di tipo amministrativo, sia di tipo consultivo che di tipo decisionale.

²²⁸ S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., pp. 96-97.

²²⁹ S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., pp. 100 ss. e 107 ss.

L'efficacia dei pareri consultivi degli organismi ai quali sia conferita tale funzione varia a seconda della natura (facoltativa, obbligatoria o vincolante) del parere. È ovvio che un parere di natura meramente facoltativa lascia inalterato il potere del legislatore di disporre diversamente da quanto emerso nell'atto consultivo, non risultando né un dovere di attivazione del procedimento di revisione legislativa alla luce degli esiti del monitoraggio, né un dovere da parte del legislatore di dimostrare di averli recepiti nelle successive fasi di revisione della legge. Allorché, invece, l'ordinamento riconosca al parere efficacia diretta, può quantomeno desumersi un onere di natura procedurale che imponga al legislatore di dimostrare di avere tenuto conto degli esiti del monitoraggio. Secondo S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., p. 111, «[i]l livello di coerenza tende ad aumentare quando al potere di monitoraggio e valutazione si accompagna un potere di proposta di modifica legislativa: in questo caso, la capacità di orientare l'esercizio discrezionale del potere legislativo si configura come dovere di apprezzamento, eventualmente accompagnato da un corrispondente onere di motivare la decisione assunta».

²³⁰ S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., p. 114.

i vincoli modali alla concretizzazione dei suoi enunciati²³¹. Non è possibile in questa sede analizzare l'utilità e le implicazioni di ciascuno di questi strumenti. Ai fini del presente lavoro, è sufficiente ricordare a grandi linee a cosa servono.

Le definizioni legislative di concetti di natura scientifica valgono a circoscrivere l'ambito di applicazione della legge che le prevede e lo spazio di esercizio dei poteri conferiti alle autorità responsabili della sua attuazione e/o esecuzione. In quanto riferite ad elementi che hanno ricevuto una specifica configurazione da parte della comunità scientifica, esse non possono essere totalmente scollegate dalle elaborazioni che quest'ultima ne ha svolto, altrimenti è molto alto il rischio che si rivelino inadeguate sul piano scientifico e, quindi, illegittime sul piano costituzionale²³². È opportuno, pertanto, che esse si fondino su elementi tecnico-scientifici attendibili e verificati, come si è visto nel caso della definizione legale di 'morte'.

Le clausole di validità temporale si pongono su una linea di continuità strumentale rispetto alle definizioni legislative di concetti scientifici: esse, infatti, vengono previste per verificare se i contenuti della legge mantengano la propria validità in relazione agli sviluppi scientifico-tecnologici successivi alla sua entrata in vigore. Esse possono consistere in strumenti di vario genere (come l'apposizione di un termine temporale di efficacia alla legge, ovvero la previsione di un onere di revisione periodica, di natura vincolante o non vincolante), se del caso prevedendo procedure istituzionalizzate di consultazione e interpello di organismi scientifici accreditati. Meccanismi simili si inseriscono in quella schiera di interventi volti a razionalizzare la legge attraverso la previsione di una scansione procedurale che non si esaurisca nel momento dell'approvazione, ma si estenda diacronicamente per tutto il tempo durante il quale l'atto rimane in vigore (si parla, a riguardo, di *experimental legislation*, e nel caso di specie di *sunset legislation*)²³³.

²³¹ In proposito cfr. G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 176, il quale, richiamandosi al pensiero di Stefano Rodotà, ritiene che la necessità di una legislazione aperta, elastica e leggera (qual era, appunto, la proposta dell'illustre civilista per la regolazione delle materie ad ampio impatto tecnologico) «non investe solo il ruolo del legislatore, ma coinvolge implicitamente anche quello del giudice, oltre che dell'operatore del diritto in generale», e che essa «non risponde solo ad una mera esigenza di tecnica legislativa ma presuppone una chiara concezione di ciò che il legislatore può e deve fare in un sistema costituzionale, il quale si caratterizza per la sua vocazione a recepire le istanze provenienti da una realtà sociale in continua evoluzione».

²³² S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., pp. 115 ss.

²³³ S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., pp. 130 ss.

Infine, le clausole di rinvio alle conoscenze scientifiche o alle norme tecniche più aggiornate consentono di non predeterminare a livello legislativo il significato da attribuire in concreto ai disposti normativi a contenuto tecnico-scientifico. Attraverso tali clausole, «il legislatore esercita la propria discrezionalità politica delegando a soggetti esterni al circuito democratico-rappresentativo la determinazione in concreto delle proprie scelte normative, senza che ciò comporti una rinuncia a disciplinare contesti nei quali l'esigenza di tutela degli interessi costituzionali risulta particolarmente necessaria»²³⁴. In tal modo, il legislatore non rinuncia a stabilire confini all'ambito di applicazione della legge, ma attribuisce una funzione integrativa e applicativa agli organi tecnico-scientifici individuati, in modo da creare un nesso di collegamento permanente tra la fattispecie scientifica e il diritto applicabile.

11. Sintesi conclusiva

In questo capitolo si sono analizzate le molteplici connessioni esistenti tra il diritto, la scienza e la tecnica.

Le leggi che disciplinano materie scientificamente connotate non possono fare a meno di giovare del linguaggio, dei contenuti e delle acquisizioni delle scienze extra-giuridiche. La specificità della materia normata rappresenta un elemento che deve essere debitamente considerato nel momento in cui ci si appresta a deliberare.

In altre parole, le leggi che intervengano a regolare materie caratterizzate da un contenuto *science-based* dovrebbero essere strutturalmente dotate, quale proprio “apparato respiratorio”, di quegli accorgimenti tecnico-normativi che assicurino lo spontaneo recepimento, nella legge stessa, delle novità intervenute a livello scientifico. In tal modo, la legge si mantiene adeguata rispetto al suo contesto di applicazione, e soprattutto si garantisce che la disciplina *ivi* prevista rimanga idonea al perseguimento degli scopi per i quali è stata approvata.

Tale “apertura” al dato fattuale non vuol dire, peraltro, che la legge debba limitarsi a recepire passivamente i contenuti dell'innovazione tecnico-scientifica, né ciò significa rinunciare a indirizzare con apprezzamenti politici, sulla base del metodo democratico, la

²³⁴ S. Penasa, *La legge della scienza*, cit., p. 138.

modificazione degli assetti sociali in una direzione reputata maggiormente conforme ai principi e ai valori costituzionali.

A quest'ultimo proposito, si è visto che la legge, nonostante sotto molti aspetti si riveli un atto inidoneo a governare la complessità delle materie tecnico-scientifiche, e il più delle volte sia insufficiente a prevedere una compiuta regolamentazione delle problematiche coinvolte, sia nondimeno uno strumento irrinunciabile per garantire uno *standard* minimo di protezione dei diritti.

Come meglio sarà precisato nel prosieguo del lavoro, la gran parte delle questioni legate al progresso scientifico-tecnologico sono insuscettibili di venire risolte sulla sola base della scienza, perché richiedono una risposta di natura politica da parte delle istituzioni rappresentative. Tuttavia, gli “strumenti” per mezzo dei quali tali politiche possono essere perseguite sono quelli messi a disposizione dalla scienza e dalla tecnica, sicché il diritto, per essere adeguato allo scopo, abbisogna quantomeno di un “accompagnamento”, per tramite di specialisti, nella conoscenza delle applicazioni tecniche e delle conseguenze da esse prodotte.

Questa spontanea integrazione del dato scientifico con i contenuti assiologici della legge (e della Costituzione) è nota come ‘ragionevolezza scientifica’, e ha condotto la Corte costituzionale a elaborare particolari tecniche di sindacato per ristabilire la concordanza tra scienza, tecnica e diritto nella regolazione delle relazioni sociali.

Dopo aver analizzato, per sommi capi, sul piano sostanziale la specificità delle leggi a contenuto tecnico-scientifico, nei prossimi capitoli se ne studieranno i connotati dal punto di vista della giustizia costituzionale, osservando nell’ambito del controllo di legittimità quali siano (o dovrebbero essere) le caratteristiche che le rendono conformi a Costituzione. La prospettiva offerta nei capitoli che seguono si pone in una linea di continuità con le considerazioni ora svolte, chiarendo nella fase patologica della vita della legge (quando, cioè, si dubita della sua conformità a Costituzione) le caratteristiche e i contenuti che la rendano conforme tanto ai valori costituzionali quanto alle evidenze della scienza e della tecnica.

CAPITOLO SECONDO

IL PROCESSO COSTITUZIONALE

TRA ‘ASTRATTEZZA’ E ‘CONCRETEZZA’

IL DATO SCIENTIFICO COME ‘FATTO LEGISLATIVO’

SOMMARIO: 1. Sulla natura del sindacato di legittimità costituzionale – 2. L’attività interpretativa e i fatti nell’opera di concretizzazione delle norme giuridiche – 3. Il giudizio di costituzionalità e i ‘fatti’. La distinzione tra legislative facts e adjudicative facts – 3.1 La distinzione tra “fatto” e “caso” nel giudizio costituzionale. Precisazione – 3.2 Le diverse tipologie di ‘fatti legislativi’ – 4. L’interazione tra gli elementi di fatto e di diritto nel sindacato di legittimità della Corte costituzionale – 4.1 Errore di fatto e revocabilità delle decisioni della Corte costituzionale – 5. ‘Astrattezza’ e ‘concretezza’ del processo costituzionale – 5.1 L’evoluzione della ‘concretezza’ nel giudizio sulle leggi – 5.2 La ‘concretezza’ come apertura alla complessità del reale, in particolare con riguardo ai fatti tecnico-scientifici – 6. Norma-parametro e norma-oggetto nel prisma dell’interpretazione “scientificamente orientata” – 7. Struttura del controllo di costituzionalità, motivi della questione e/o del ricorso e rilievo dei fatti in punto di ammissibilità della q.l.c. – 7.1 I fatti di scienza nella valutazione della «rilevanza» e «non manifesta infondatezza» della q.l.c.: il necessario riferimento allo stato attuale del dibattito scientifico e dell’innovazione tecnologica come vaglio preliminare delle condizioni di accesso alla giustizia costituzionale – 8. Le ‘vie di accesso’ del fatto nel giudizio costituzionale. I mezzi istruttori – 9. Breve sintesi: la problematica della scienza nel giudizio di costituzionalità

1. Sulla natura del sindacato di legittimità costituzionale

Ai sensi dell’art. 134, prima parte Cost., la Corte costituzionale giudica sulle «controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni».

Il sindacato del Giudice delle leggi si svolge su atti normativi di fonte primaria, allo scopo di verificarne la conformità rispetto alle prescrizioni contenute in Costituzione. I vizi sindacabili possono avere natura materiale/sostanziale o formale/procedurale¹: la

¹ A queste due tipologie dovrebbe aggiungersi l’ipotesi dell’incompetenza (assoluta o relativa) a adottare l’atto impugnato. Sul punto v. F. Pierandrei, voce *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 904; G. Zagrebelsky, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 538; A. Cerri, voce *Sindacato di costituzionalità (I)*, in *Enc. giur.*, XXXIII, Roma, 1988, pp. 21 ss.; F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Milano, 1997, pp. 117 ss.; M. Belletti, *Il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e sugli atti con forza di legge*, in L. Mezzetti, M. Belletti, E. D’Orlando, E. Ferioli, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, pp. 320 ss., in specie pp. 369 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, p. 129; G.

conformità della norma sindacata alla norma di rango superiore viene accertata alla stregua di un accertamento basato sul raffronto² tra la fattispecie dell'atto-oggetto e la fattispecie dell'atto-parametro³. Così concepito nell'originaria formulazione datane dai Padri costituenti, il giudizio di costituzionalità pare arrestarsi al controllo della mera legittimità formale delle leggi, escludendo, almeno *in thesi*, che il controllo della Corte possa spingersi a sindacare il 'merito' delle scelte politiche del legislatore⁴, il quale assume l'iniziativa allo scopo di statuire in via generale ed astratta mediante precetti obbligatori che hanno come destinataria l'intera collettività.

Simile impostazione, di matrice marcatamente imperativistica, ha subito nel corso del tempo una sensibile evoluzione, in parallelo con il disvelarsi delle potenzialità, prima celate o sconosciute, del controllo di costituzionalità delle leggi⁵.

La concezione originaria che vedeva nel controllo di legittimità costituzionale una operazione intellettuale di natura interpretativa "relegata" al mondo delle norme e degli istituti giuridici era, in effetti, figlia di una tradizione culturale ancora saldamente impostata ai valori del positivismo kelseniano⁶, e continuava a confidare nella figura di un giudice che si limitasse ad applicare la legge e la Costituzione in maniera meccanica e assolutamente non creativa.

Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, I, 2018, p. 205; L. Paladin, L. A. Mazzaroli, D. Giroto, *Diritto costituzionale*, Torino, 2018, p. 760.

² Così, almeno, secondo la teoria tradizionale del giudizio di mera legittimità. *Ex multis* v. F. Pierandrei, voce *Corte costituzionale*, cit., pp. 909 ss.

Come si vedrà *ultra*, questo assunto è stato progressivamente abbandonato negli studi più maturi della dottrina, la quale oggi conviene sul fatto che la valutazione di legittimità della norma-oggetto è irriducibile ad un mero giudizio di sussunzione nella norma-parametro.

³ F. Pierandrei, voce *Corte costituzionale*, cit., che definisce 'legittimità' «il rapporto di un atto (e delle norme in esso contenute) con le regole intese a disciplinarlo, considerato sotto il profilo strettamente giuridico». Per la distinzione tra controllo di legittimità del provvedimento amministrativo e controllo di legittimità dell'atto avente forza di legge v. M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, n. 1/1956, II, pp. 902 ss., in specie p. 916.

⁴ Art. 28, l. n. 87/1953: «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». Le problematiche inerenti alla delimitazione del confine tra legittimità e merito nel giudizio di costituzionalità, e della possibilità di configurare un 'eccesso di potere legislativo', hanno formato oggetto di diversi studi in dottrina. Del tema si tratterà *per incidens* nel capitolo IV.

⁵ Come scrive G. Monaco, *La concretezza nel giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 2016, pp. 79-80, «solo alcuni di essi [i Costituenti, ndr] hanno manifestato una conoscenza adeguata delle reali implicazioni di un controllo di costituzionalità sulle leggi».

⁶ Sul modello di giustizia costituzionale delineato da Kelsen, coerentemente alla sua teoria generale dell'ordinamento giuridico e dello Stato, v. H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, pp. 145 ss.

Tale concezione aveva, tuttavia, visto la luce in un momento storico nel quale le basi del neo-costituzionalismo erano ancora in via di assestamento, e avrebbe dovuto in seguito fare i conti con l'adozione di Costituzioni rigide, scritte secondo formule ampie e facendo uso di concetti sovente indeterminati, esprimenti in larga parte principi e non regole⁷, ma soprattutto assiologicamente orientate, basate su scelte di valore per definizione non neutrali. L'inquadramento del ruolo e della funzione esercitata dalla Consulta deve tener conto delle implicazioni derivanti da un quadro costituzionale siffatto, che va inevitabilmente ad incidere sull'attività della Corte, dal momento che «l'individuazione, l'interpretazione e l'applicazione di norme dotate della struttura dei principi inevitabilmente assegna all'interprete/giudice un ruolo centrale e necessariamente “creativo”»⁸.

Se questo vale rispetto all'attività interpretativa delle giurisdizioni comuni, ciò vale a maggior ragione per la giurisdizione costituzionale, la quale condivide una natura inevitabilmente anche politica e ha come norma-parametro disposizioni intessute di principi generali e astratti che richiedono, ai fini della loro applicazione, una necessaria opera di concretizzazione, trasformando il principio in uno specifico ambito applicativo, che ne restringe la portata. L'attività interpretativa del Giudice costituzionale cambia rispetto ai primi decenni di attività, perché «quando il giudizio sulle leggi, anziché risolversi in un astratto confronto formale tra due norme, si trasforma in una valutazione della rispondenza di un atto normativo o di una disposizione ad un principio, il precipitato pratico è che nell'argomentare della Corte costituzionale trovano spazio valutazioni legate alla razionalità materiale della legge, le quali non potrebbero svolgersi senza che si prendano in considerazione le situazioni presupposte alla legislazione nonché le sue conseguenze concrete»⁹.

Anche la dottrina avverte da tempo l'esigenza di tornare a riflettere sul «modo in cui elementi fattuali e giuridici si combinano nella definizione della questione di

⁷ Per la distinzione tra regole e principi si veda, per tutti, R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, pp. 9 ss., in specie pp. 15 ss.

⁸ G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, p. 201, per il quale in definitiva «il neo-costituzionalismo mira a mostrare come l'attività di concretizzazione dei principi sia intrinsecamente creativa e concorra ad individuare l'integrità del diritto» (*ibidem*).

⁹ G. Ragone, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020, pp. 4-5.

costituzionalità»¹⁰ e di come tali due componenti si intreccino complessivamente nella definizione del fenomeno giuridico, nella convinzione che gli uni e gli altri siano reciprocamente avvinti in un «moto circolare che dal mondo dei fatti fa emergere l'esigenza di una disciplina giuridica e che da quest'ultima determina la produzione di nuovi fatti e, in generale, il mutamento della realtà circostante»¹¹.

A riprendere, infatti, l'insegnamento di un classico del pensiero giuridico si viene ammoniti che il diritto è una scienza pratica¹², essendo gli istituti giuridici la risultante di una combinazione di fattori (economici, sociali, storici, religiosi, antropologico-culturali) solo formalmente estranei alle norme, ma che in realtà ne rappresentano la sostanza e concorrono ad assicurarne la vitalità. Per comprendere il significato, i fini e le funzioni di tali istituti bisogna prima di tutto cimentarsi nella comprensione delle ragioni storiche che hanno condotto alla loro nascita, le caratteristiche con le quali essi si presentavano originariamente, le cause socio-economiche per le quali sono mutati e le ragioni tecnico-scientifiche che potrebbero determinare (o hanno già determinato) la loro modificazione o, addirittura, estinzione.

In quanto scienza pratica, l'attività di interpretazione e applicazione del diritto impone agli operatori di compiere un'opera sistemica di congiunzione tra la realtà delle norme e la realtà sociale, facendo da punto di raccordo tra due dimensioni non sempre intersecanti, e che laddove non venisse compiuta relegherebbe le norme giuridiche nel limbo dell'inefficacia e/o dell'ineffettività.

A tale proposito, sebbene l'attività ermeneutica debba essere formalmente distinta da quella più propriamente applicativa, non può negarsi che l'interprete si appresti ad interpretare le disposizioni normative nell'ottica di ricavare una prescrizione di senso suscettibile di ricevere pratica attuazione¹³. Vale a dire: lo sforzo ermeneutico del giurista non ha una valenza limitata al momento della determinazione del significato del disposto normativo, ma è costantemente proiettato sul momento della futura applicazione, ciò che

¹⁰ G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, pp. 32-33.

¹¹ G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 33.

¹² Ci si riferisce a S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, Milano, 1950.

¹³ Cfr. M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Milano, 1983, p. 107, il quale condivide la tesi secondo cui «nel momento della effettiva applicazione di un "concetto" giuridico le due attività [interpretazione e applicazione, ndr] si sovrappongono, tanto che "interpretazione ed applicazione sono identiche, nella misura in cui ogni applicazione di un concetto ad un caso concreto implica allo stesso tempo una interpretazione di quel concetto"», con citazione testuale di D. Jesch.

condiziona *pro parte* la stessa scelta sul metodo interpretativo prescelto. Si può dire, pertanto, che l'interpretazione giuridica si svolge secondo un movimento circolare, ove la scelta del metodo impatta anche sull'esito dell'interpretazione, indirizzando verso un risultato ermeneuticamente utile al successivo momento applicativo¹⁴, e a sua volta il contesto in cui è calato l'interprete condiziona la scelta di metodo su come interpretare gli enunciati normativi.

L'attività dell'interprete non si limita ad un mero raffronto tra norme giuridiche, perché ciò presuppone un grado di astrazione dalle virtualità interpretative della disposizione mediante la selezione di uno tra i plurimi significati che da essa possono ricavarsi. La scelta del significato più plausibile in rapporto al complesso dell'ordinamento giuridico e alla materia su cui va ad incidere implica, semmai, una pregressa attività d'indagine sulle circostanze che hanno determinato l'adozione di quella normativa, lo stato dei fatti esistente e che il diritto mira a mutare, nonché una conoscenza statistico-prognostica sugli effetti che essa produrrà una volta entrata in vigore.

La diversità di piani sui quali si gioca l'attività dell'interprete è ben descritta dalla opportuna distinzione che, nella teoria del diritto, viene fatta tra 'disposizione' e 'norma': mentre le disposizioni sono nient'altro che il supporto grafico (c.d. 'significante') mediante il quale vengono espressi i precetti normativi, le 'norme' si identificano con quelle entità linguistiche di senso compiuto che incorporano la volontà politica dell'organo legiferante (c.d. 'significato')¹⁵. I precetti, infatti, non sono un dato che si trae da sé, bensì l'esito di un processo di individuazione e chiarificazione del senso della disposizione normativa attraverso l'attività d'interpretazione.

Ciò premesso, ne risulta che il processo sulle leggi non può ragionevolmente conservarsi nella sua forma più pura, ma deve aprirsi alla considerazione degli elementi di fatto che contribuiscono a definire il contenuto delle norme.

¹⁴ Cfr. M. Patrono, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 927, il quale non distingue chiaramente tra l'attività di interpretazione e l'attività di applicazione della legge, ponendole piuttosto su una linea di continuità nella quale non è dato fissare con nettezza il punto in cui dalla prima si passa alla seconda.

¹⁵ Per la distinzione tra 'norma' e 'disposizione' v. M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, cit., pp. 906 ss.; V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.; N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, pp. 75 ss.; G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, pp. 167 ss.; F. Modugno, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp. 374 ss.

2. *L'attività interpretativa e i fatti nell'opera di concretizzazione delle norme giuridiche*

Il rapporto tra norme e fatti non può prescindere, come in ogni discorso sul diritto, da una breve riflessione sull'attività in cui si sostanzia l'interpretazione giuridica.

Qualunque interpretazione presuppone un oggetto al quale il soggetto interpretante si riferisce. Oggetto di interpretazione possono essere testi, eventi, contegni individuali o movimenti collettivi, ma anche usi e tradizioni. Attenendosi all'impostazione metodologica prevalente nella cultura giuridica, fondamentale impostata ai valori del positivismo, il testo rappresenta il riferimento principale per estrapolare il precetto al quale conformare il proprio comportamento. Qualunque sia l'oggetto al quale si riferisce, l'attività interpretativa si svolge sempre tra due estremi o, come scrive Franco Modugno, costituisce «l'incontro tra una oggettività da interpretare e una *soggettività* interpretante, entrambe immerse in un *contesto intersoggettivo* di significati»¹⁶. Ciò significa, in primo luogo, che l'interpretazione non può essere totalmente oggettiva (almeno in un'accezione molto diffusa di questo termine), ed inoltre che tra l'oggetto e il soggetto intercorre un complesso predefinito di fatti e valori dal quale non può giammai prescindersi: il contesto.

Il soggetto-interprete è legato al contesto sia sul piano esistenziale che professionale: da un lato, infatti, l'interprete è, anche inconsciamente, portatore dei valori della comunità cui appartiene, con tutti i riflessi sul piano etico-deontologico; dall'altro, il contesto pone l'interprete entro un orizzonte di aspettative che lo porta ad anticipare sul piano logico la soluzione (preferibilmente) da dare ad una controversia giuridica, tanto da predisporlo e indirizzarlo verso una qualificata opzione interpretativa e/o ipotesi solutoria tra le tante astrattamente possibili¹⁷. Il vincolo di relazione che lega il fatto alla norma

¹⁶ F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, p. 29 (corsivi testuali).

¹⁷ Tale aspetto viene identificato con il termine «precomprensione», intesa come «ipotesi di soluzione della plurivocità linguistica con cui l'interprete si accosta al testo da interpretare», e corrisponde all'aspettativa di soluzione corretta che il soggetto interpretante nutre prima di aver compiuto lo sforzo ermeneutico. Cfr. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. VIII. Secondo J. Habermas, *Fatti e norme*, Milano, 1996, p. 237, «[l']interpretazione muove sempre da una precomprensione di tipo valutativo, che istituisce una relazione prioritaria tra norma e caso e apre l'orizzonte all'istituirsi di relazioni ulteriori. Questa precomprensione è inizialmente sfocata, e diventa progressivamente più nitida nella misura in cui – sotto la sua direzione – norma e caso si concretizzano e si costituiscono a vicenda.».

attraverso l'interprete si svolge nell'ambito di una pluralità di circoli ermeneutici, il cui processo di base ha «una struttura eminentemente dialettica»¹⁸.

Ma anche la ricostruzione del contesto nell'ambito del quale si sia invero un caso della vita successivamente trasfuso in una controversia giurisdizionale consiste in un'attività di qualificazione di singole componenti fattuali che presuppone uno scambio circolare tra l'operatore giuridico, i fatti da accertare e le disposizioni normative da applicare. Ciascuna fattispecie storicamente avverata consta di una pluralità di segmenti minori che l'operatore deve prima individuare e qualificare onde ricondurli al contesto normativo di pertinenza. Il successivo incasellamento della vicenda concreta nella norma non rappresenta, quindi, un'applicazione meccanica, e, pur essendo considerata il *proprium* della funzione giurisdizionale classicamente intesa, non ne rappresenta il momento principale e genuinamente distintivo, che si identifica piuttosto con il processo di individuazione del diritto (*Rechtsfindung*)¹⁹.

Tuttavia – come è stato notato – «per poterli giuridicamente qualificare, anche cotesti comportamenti, situazioni, rapporti etc. debbono essere conosciuti, nella loro esistenza e consistenza, o, per così dire, nella loro materialità: debbono essere descritti»²⁰. Tale attività conoscitiva si giova, peraltro, di definizioni solo apparentemente oggettive, essendo che molte volte le definizioni configurano «prequalificazioni [...] onde preconstituire la qualificazione giuridica che ai comportamenti e alle situazioni si vuole attribuire o escludere»²¹. Di talché «non esistono fatti in sé che non siano catturati in una rete stratificata di significazioni, così come il fatto apre inevitabilmente sul vissuto di chi lo vive»²².

Il termine 'fatto' ha una carica evocativa che rimanda, di primo acchito, ad una realtà data e oggettiva e, almeno in ipotesi, immodificabile. Già si è detto che la veridicità di questo assunto soccombe di fronte al riconoscimento, ad opera sia delle teorie scientifiche post-empiriste sia delle dottrine ermeneutiche, che qualunque fatto esterno

¹⁸ F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 190.

¹⁹ Su questo concetto, con riferimento alla tradizione gius-filosofica, si rinvia a R. Gröschner, *Die richterliche Rechtsfindung: „Kunst“ oder „Methode“?*, in *Juristenzeitung*, nn. 23-24/1983, pp. 944 ss.

²⁰ F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009, p. 28.

²¹ Così G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 33, citato in F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, cit. in nota precedente.

²² G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, cit., p. IX.

all'individuo che ne abbia esperienza si coglie attraverso il filtro dell'interpretazione che egli ne dà. Il dato di realtà è, dunque, oggettivo solo in misura relativa, ma ciò non vuol dire che le descrizioni che se ne danno possano essere arbitrariamente manipolate in maniera da rendere irriconoscibile e totalmente indeterminabile un nucleo percettivo comune sul quale costruire una base conoscitiva convenzionalmente valida. Accogliendo una tale definizione, riduttiva e relativizzata, di 'oggettività', è possibile allora assumere l'esistenza di fatti esterni al soggetto-interprete che vincolano e limitano le sue facoltà di descrizione, denotazione e qualificazione.

Ciò vale, *quodammodo*, per tutti i 'fatti legislativi' (sulla definizione di questo concetto si tornerà a breve), sebbene vi siano alcune categorie di fatti la cui interpretazione soggiace ad un maggiore grado di opinabilità, cui corrisponde un più ampio spazio di apprezzamento e valutazione in capo all'interprete.

Vi sono 'fatti legislativi' soggetti ad un inevitabile margine d'incertezza in ordine alla possibilità che sia loro conferito un significato sufficientemente univoco da orientare il giudice su come decidere una concreta controversia sottoposta al suo esame. Tra questi, alcune categorie (fatti economici, fatti socio-culturali, fatti politici) presentano dei chiaroscuri in cui eventi notori ed esperienze personali si fondono. Soprattutto nell'ambito delle scienze sociali vi è un 'pregiudizio assiologico' irriducibile nelle valutazioni degli studiosi, ciò che è probabilmente dovuto al fatto che il contesto nel quale si colloca l'oggetto del loro studio è inscindibilmente connesso alle strutture della vita di comunità.

Nel capitolo precedente si è visto che anche le 'scienze dure' non si sottraggano a tali dinamiche, essendo ben possibile che i 'fatti scientifici' siano oggetto di diversa valutazione da parte degli esperti. La diversità di punti di vista che può dividere la comunità scientifica al proprio interno non giustifica, tuttavia, teorie ultra-relativistiche che neghino valore conoscitivo agli assunti della scienza, i quali si basano su dati di fatto che offrono una base cognitiva comune, da cui si diramano valutazioni che, se fondate su opzioni metodologiche validate, rappresentano ciascuna un dato oggettivo idoneo a condizionare le valutazioni di opportunità degli organi politici.

Senza, comunque, inoltrarsi nel problema dell'incidenza dei valori sull'interpretazione giuridica (e, dunque, sull'attività giusdicente)²³, bisogna prendere atto dell'importanza che il 'contesto' ha rispetto all'attività interpretativa. Il contesto è dato dall'insieme degli elementi fattuali che compongono una vicenda nella quale trovano applicazione una o più norme giuridiche. Il contesto è il referente oggettivo nell'ambito del quale si staglia un sistema di regole che governa il settore disciplinato dall'atto normativo, sistema rispetto al quale la disciplina giuridica si pone come un che di estraneo, un fattore allogeno che pretende di alterare la naturalità di quel sistema adattandolo alle esigenze del vivere sociale. Il 'contesto' è, dunque, un elemento pre-dato e pre-esistente che il legislatore deve tenere in conto se vuole evitare una "crisi di rigetto" della disciplina normativa.

Prima di passare ad analizzare la maniera in cui testo e contesto interagiscono nel giudizio di legittimità costituzionale, si deve brevemente passare in rassegna quali siano i fatti rilevanti nel processo costituzionale. Quelli che sono meglio noti come 'fatti legislativi' (o, nella terminologia di origine, *legislative facts*).

3. Il giudizio di costituzionalità e i 'fatti'. La distinzione tra *legislative facts* e *adjudicative facts*

I casi *Frye*, *Daubert* e *Kuhmo*, citati nel primo capitolo, si sono dipanati nel contesto di processi di diritto comune, nei quali le pretese fatte valere atenevano a casi della vita la cui risoluzione richiedeva l'individuazione della norma legislativa e la sua applicazione alla fattispecie concreta. In queste ipotesi, i fatti sui quali i giudici dovevano pronunciarsi erano gli accadimenti storici che facevano da sfondo al caso, la cui ricostruzione era per l'appunto funzionale alla sua qualificazione giuridica (*da mihi factum, dabo tibi ius*).

Nell'ambito del giudizio di costituzionalità, nel quale – come ricordato – si giudica della legittimità di atti aventi forza di legge, i fatti che rilevano sono quelli che direttamente o indirettamente hanno a che fare con la formazione, l'interpretazione o l'applicazione vuoi dell'atto legislativo, vuoi della norma costituzionale o interposta evocate dalla parte ricorrente o dal giudice remittente tra i parametri sulla base dei quali

²³ Su cui la classica opera di L. Caiani, *I giudizi di valore nella giurisprudenza*, Padova, 1954.

si dubita della legittimità della prima²⁴. Nel giudizio di costituzionalità, sia la premessa maggiore che la premessa minore sono – si è detto – «ipotesi nomologiche», le quali sono poste entrambe dall'utente nell'esplicazione di attività interpretativa, che formalmente può anche prescindere dal ricorso ad elementi di fatto “esterni” a quelli sui quali la legge assume di basarsi, ma dai quali non si può ragionevolmente prescindere²⁵.

I fatti che rilevano nell'ambito di un processo di diritto comune e quelli che rilevano nell'ambito del processo costituzionale sono dunque diversi, e diverso è anche il modo in cui i rispettivi giudici si approcciano al fatto: in un caso si tratta di atti, avvenimenti e circostanze che fanno da sfondo alla vicenda concreta rispetto alla quale le parti contendenti rivendicano opposte pretese; nell'altro, si tratta di circostanze di carattere politico, sociale, culturale, scientifico o economico che hanno ispirato l'iniziativa legislativa, o che ne condizionano l'attuazione e/o l'applicazione in una maniera costituzionalmente rilevante²⁶. Le due categorie corrispondono a quelli che il giurista americano Kenneth C. Davis ha marcato come *adjudicative facts* e *legislative facts*²⁷.

I ‘fatti legislativi’ (nella dottrina italiana è invalsa una traduzione letterale dell'espressione di Davis) possono essere di natura giuridica o extragiuridica. Recente dottrina propone di suddividerli in tre categorie: fatti strettamente giuridici, fatti latamente giuridici e fatti extra-giuridici²⁸.

²⁴ Su questo punto ci si soffermerà più approfonditamente *infra*, al paragrafo 6 di questo capitolo.

²⁵ Sotto questo aspetto è evidente la differenza che intercorre tra il giudizio amministrativo e il giudizio costituzionale, che pur essendo formalmente entrambi giudizi aventi ad oggetto la legittimità di atti giuridici, sono intrinsecamente diversi nel modo di approcciarsi al ‘fatto’. Come scrive R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 5: «mentre per il giudizio amministrativo vi sono ipotesi tipiche (il riconoscimento della causa di servizio, l'accertamento dell'idoneità fisica, le decisioni dell'Autorità antitrust ecc.), in cui i dati della scienza entrano direttamente nel giudizio, ponendo il problema se il giudice possa o meno svolgere un'attività istruttoria autonoma o attraverso la contrapposizione dei periti di parte tipica dell'*adversary system*, per la Corte costituzionale questo resta un orizzonte ancora lontano».

²⁶ Tale dicotomia si basa su una distinzione rigida tra i giudizi di diritto comune e il giudizio costituzionale, tra un giudizio concreto e individuale e un giudizio astratto e latamente ‘politico’. Non si trascura che nei sistemi in cui la Corte costituzionale viene adita in via incidentale anche i ‘fatti’ del caso da decidere giochino un ruolo importante (della specificità della via incidentale si darà conto *infra*), e tuttavia è innegabile che i fatti del caso concreto abbiano un'efficacia solo indiretta o riflessa sul giudizio della Corte.

²⁷ K. C. Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, in *Harv. L. Rev.*, 55 (1942), pp. 364 ss.; Id., *Judicial, Legislative and Administrative Lawmaking: a proposed Research Service for the Supreme Court*, in *Min. L. Rev.*, 1986, pp. 1 ss. Sullo sviluppo della categoria dei *legislative facts* nella dottrina e nella giurisprudenza americane v. G. Ragone, *Eine empirische Wende?*, cit., pp. 22 ss.

²⁸ G. Ragone, *Eine empirische Wende?*, cit., pp. 19 ss.

I fatti strettamente giuridici sono i «dati normativi diversi da quelli oggetto e parametro del sindacato della Corte e di cui essa nondimeno necessita per svolgere il proprio compito»²⁹. I fatti latamente giuridici sono quei fatti che, sebbene non costituiscano oggetto di regolazione da parte della previsione legislativa da applicare, contribuiscono a chiarirne la portata³⁰, quei fatti cioè «che illuminano circa la concreta applicazione della norma, circa i suoi effetti, circa la sua congruenza rispetto alla realtà sociale [...] che non sono considerati come oggetto della previsione legislativa sibbene come elemento che la qualifica, la chiarisce»³¹. Infine, i fatti extra-giuridici sono tutti quei fatti che il legislatore ha considerato essere a tal punto rilevanti da formare oggetto di disciplina in via generale e astratta a mezzo della legge. I fatti extra-giuridici si identificano con «leggi generali, teorie, studi statistici e scientifici, o dati provenienti dalle scienze sociali, politiche ed economiche, nonché conoscenze di comune esperienza»³².

Ciascuna di queste categorie di ‘fatti’ contribuisce a far luce sul significato da attribuirsi alle disposizioni che vengono in gioco nel processo costituzionale, siano esse oggetto o parametro del giudizio di legittimità. Lo scopo dei fatti è, dunque, di indirizzare l’interprete verso le soluzioni ermeneutiche più adeguate in rapporto alle circostanze sulla base delle quali la disposizione è stata pensata, e alle specificità del contesto nel quale la disposizione di legge deve trovare applicazione, escludendo per converso tutte le altre interpretazioni che, seppure in ipotesi suscettibili di essere comprese nel disposto normativo, non possano considerarsi idonee a perseguire le finalità della legge³³.

Mentre i fatti della vicenda controversa sono ‘fatti endoprocessuali’, dal momento che «si riversano nel giudizio instaurato dinanzi alla Corte attraverso la vicenda processuale che ha dato origine alla questione di legittimità costituzionale», i fatti legislativi sono ‘fatti extraprocessuali’, in quanto gli interessi ad essi sottesi «travalicano

²⁹ G. Ragone, *Eine empirische Wende?*, cit., pp. 19-20.

³⁰ G. Ragone, *Eine empirische Wende?*, cit., p. 20.

³¹ A. Cerri, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., p. 1341.

³² G. Ragone, *Eine empirische Wende?*, cit., p. 21. Similmente anche T. Groppi, *La Corte costituzionale tra «fatto legislativo» e «fatto sociale»*, in *Giur. cost.*, 1998, III, pp. 2798 ss., p. 2803: «si tratta di fatti, oltre che sociali, economici, politici, scientifici generali o generalizzabili, ma comunque non acquisibili attraverso l’interpretazione giuridica, che richiedono il ricorso a cognizioni extragiuridiche, provenienti da altre discipline scientifiche o dalla comune esperienza».

³³ A proposito della centralità del ‘fatto’ nel controllo di costituzionalità delle leggi si veda, in generale, L. D’Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, pp. 216 ss.

la sfera delle posizioni soggettive dibattute nel giudizio *a quo* e [...] a esso restano in qualche modo estranei»³⁴.

I fatti legislativi sono direttamente funzionali alla definizione del giudizio di costituzionalità, in quanto gettano luce sull'interpretazione e/o l'applicazione tanto della norma impugnata (c.d. 'norma-oggetto') quanto della norma costituzionale o interposta (c.d. 'norma-parametro')³⁵.

3.1 La distinzione tra "fatto" e "caso" nel giudizio costituzionale. Precisazione

Il complesso di fatti ed eventi nel contesto dei quali la Corte costituzionale si trova a dover decidere della legittimità delle norme impugnate è offerto, *in primis*, dalle circostanze in cui il giudice *a quo* è chiamato ad applicarle, dopo aver ricostruito la parte in fatto del caso sottopostogli. Il fascicolo del processo principale è, dunque, una fonte importante dalla quale attingere i fatti che rilevano ai fini del giudizio di costituzionalità, sebbene la sua effettiva consultazione da parte del relatore sia una ipotesi solo eventuale e, in ogni caso, rimessa alla sua discrezionalità³⁶.

I "fatti" del giudizio costituzionale rappresentano una categoria più ampia rispetto agli elementi di fatto del "caso".

Per "fatti" si fa riferimento ad una categoria generale di eventi e circostanze che, in qualche modo, contribuiscono ad illuminare i contorni della fattispecie astrattamente definita, in termini solo ipotetici, dalla disposizione normativa. Diversamente, il "caso" è l'insieme delle circostanze nelle quali si è realizzata una vicenda concreta che ha dato origine ad un contenzioso giudiziario e, dopo che sia stata formulata apposita eccezione, al processo costituzionale.

Queste due categorie di fatti non sono completamente slegate l'una dall'altra, dacché «il "caso" rappresenta l'ambito nel quale viene fuori la rilevanza, ai fini della definizione della q.l.c., di alcuni fatti»³⁷.

³⁴ E. Olivito, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, cit., p. 4.

³⁵ 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, p. 156.

³⁶ La consultazione del fascicolo del processo principale è, in realtà, una eventualità assolutamente residuale nella stragrande maggioranza dei casi. Cfr. G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Torino, 2006, p. 46.

³⁷ G. D'Amico, *"Casi" e "fatti" nella complessiva connotazione della questione di legittimità costituzionale*, in Aa.vv., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, pp. 400 ss., spec. p. 404, il quale distingue a sua volta, sulla scia della stessa giurisprudenza costituzionale, tra "fatto"

Tuttavia, non tutti i fatti che rilevano nel giudizio di costituzionalità sono necessariamente associati ad un caso. Gli elementi di fatto del caso possono costituire il punto di partenza per un'indagine su altri fattori che influiscono sull'operatività della norma, essendo il caso per definizione 'esemplare', in quanto evidenzia paradigmaticamente un modo di essere della norma nello specifico profilo considerato dal giudice rimettente³⁸. Partendo da ciò, la Corte può ampliare la propria cognizione a ulteriori elementi rilevanti per la decisione della q.l.c., come dati statistici, studi di settore, prospetti macro- e micro-economici, spunti comparatistici con le esperienze straniere.

3.2 Le diverse tipologie di 'fatti legislativi'

Michele Ainis suddivide i 'fatti legislativi' in sei categorie: fatti naturali, fatti sociali, fatti economici, fatti politici, fatti amministrativi e fatti scientifici³⁹.

I 'fatti naturali' «vengono in gioco quando questo o quel fenomeno costituisca il presupposto, o meglio la condizione legittimante della regolazione normativa», come le «valutazioni di fatto circa lo stato di salute degli individui, circa le loro condizioni fisiche o psichiche, quale presupposto per un trattamento giuridico differenziato», nonché le valutazioni svolte secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*⁴⁰.

I 'fatti sociali' sono quelli in cui «esercita un peso decisivo l'evoluzione del costume, o più in generale della cultura collettiva»⁴¹, quindi tutti quei fenomeni che spontaneamente hanno luogo con il mutamento della coscienza sociale (ad esempio, il divorzio, le unioni omosessuali, l'ateismo ecc.), che assumono rilevanza «quando la giurisprudenza fa leva su comportamenti diffusi nella comunità»⁴².

ed "inconveniente di mero fatto", designando con questa seconda espressione un particolare effetto attribuito dal ricorrente alla norma impugnata, spesso quale motivo principale di doglianza, ma che, in realtà, non è ad essa direttamente riferibile, venendo in rilievo solo attraverso la "lente d'ingrandimento" del caso.

³⁸ Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., p. 237, per il quale «[a]ll'interno del mondo di vita, una norma "coglie" una situazione complessa sempre solo in maniera selettiva, a partire dal punto di vista che essa mette in rilievo. Nello stesso tempo, il caso così costituito non esaurisce mai il vago contenuto semantico della norma generale, ma si limita da parte sua a farlo valere in maniera selettiva.»

³⁹ M. Ainis, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 4/2010, pp. 5 ss., al quale si rimanda anche per l'elencazione esaustiva di esempi tratti da ciascuna categoria.

⁴⁰ M. Ainis, *Sul rilievo dei «fatti»*, cit., pp. 5-6.

⁴¹ M. Ainis, *Sul rilievo dei «fatti»*, cit., p. 7.

⁴² M. Ainis, *Sul rilievo dei «fatti»*, cit., p. 8.

I ‘fatti economici’ vengono in rilievo quando nel giudizio costituzionale si debba «misurare la svalutazione economica, l’alterazione dei valori monetari, più in generale la situazione finanziaria del Paese»⁴³ per valutare l’appropriatezza e l’idoneità di una certa misura economica in rapporto allo scopo sociale che il legislatore mirava a perseguire quando l’ha approvata.

I ‘fatti politici’ costituiscono una categoria più sfuggente rispetto alle altre, ma possono identificarsi grosso modo con le prassi che si sono affermate nel mondo delle istituzioni politiche (come le prassi parlamentari e legislative), nei rapporti tra poteri dello Stato o con altri Paesi a livello internazionale⁴⁴.

I ‘fatti amministrativi’ sono quelli che «discendono dal grado di applicazione (o di disapplicazione) delle leggi, o in altri termini dalle modalità con cui le leggi stesse funzionano in concreto»⁴⁵: in questa categoria rientrano tutte le vicende legate, in particolare, alla “vita concreta” della legge nella prassi della pubblica amministrazione, quindi fenomeni come la ‘disapplicazione’, o la ‘desuetudine abrogativa’ o, infine, il c.d. ‘diritto vivente’.

Infine, i ‘fatti scientifici’ corrispondono ai mutamenti registrati nella realtà per effetto del progresso scientifico e tecnologico, che rendono obsoleta la disciplina legislativa di un dato settore per inadeguatezza del regime previsto a raccordo tra la dimensione tecnico-scientifica e quella giuridica o che, comunque, costituiscono il metro di giudizio nella valutazione di congruità della normativa di settore⁴⁶.

I fatti legislativi sono, pertanto, ciò che dà sostanza alle norme di legge, ciò che sta prima e dopo la legge. Come è stato scritto in dottrina, essi corrispondono «ai segni che la norma ha già lasciato (e può lasciare) nel tessuto sociale, alle sofferenze come pure alle gioie che essa riserva alla comunità dei cittadini ed ai singoli che la compongono»⁴⁷.

La stessa dottrina, nel solco dalle considerazioni di cui sopra, ha così suggerito di abbandonare la teoria che riduce l’oggetto del processo costituzionale alla ‘disposizione’ o ‘norma’ astrattamente intese, proponendo invece una teoria composita in cui l’oggetto

⁴³ M. Ainis, *Sul rilievo dei «fatti»*, cit., p. 9.

⁴⁴ M. Ainis, *Sul rilievo dei «fatti»*, cit., p. 11.

⁴⁵ M. Ainis, *Sul rilievo dei «fatti»*, cit., p. 12.

⁴⁶ M. Ainis, *Sul rilievo dei «fatti»*, cit., p. 10.

⁴⁷ A. Ruggeri, *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990, p. 109.

di scrutinio è la ‘situazione normativa’, intesa «come sintesi di significati desunti in forza delle interconnessioni tra norma e sistema giuridico complessivo, ovvero, per essere chiari, la stessa *situazione reale*, così come qualificata dagli effetti già prodotti o che promettono di essere prodotti dai disposti normativi sottoposti a sindacato di costituzionalità»⁴⁸.

Il presente lavoro è incentrato esclusivamente sui fatti di scienza, o più precisamente sul sindacato della Corte costituzionale sulle questioni scientificamente connotate. Nondimeno, è parso opportuno passare in rassegna sinteticamente tutte le tipologie di fatti legislativi, in quanto le questioni tecnico-scientifiche non rappresentano che una tra le molteplici dimensioni della norma giuridica, di cui il legislatore e il Giudice costituzionale devono tener conto nella valutazione di legittimità della norma.

Facendo un esempio che tornerà spesso nel corso di questo studio, si può ben riconoscere che un trattamento di PMA rappresenti un atto medico, che attribuisce al professionista un margine di valutazione tecnico-discrezionale circa le modalità di attuazione; allo stesso tempo, però, non si può negare che le implicazioni del trattamento di PMA vadano oltre l’ambito strettamente scientifico e coinvolgano anche aspetti di natura etica ed economica, senza dimenticare la questione della loro compatibilità con i valori costituzionali⁴⁹.

Di queste problematiche verrà comunque dato conto nei capitoli successivi, quando si analizzerà la giurisprudenza costituzionale sulle questioni a connotazione scientifica.

⁴⁸ Così A. Ruggeri, *Le attività “conseguenziali” nei rapporti tra la Corte costituzionale e il Legislatore*, Milano, 1988, p. 56 (corsivi testuali). Nello stesso senso – proprio con riguardo alla ricostruzione del parametro nelle ipotesi in cui vengano in discorso questioni di natura tecnico-scientifica – S. Agosta, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in *Riv. AIC*, n. 1/2014, p. 3, per il quale accanto ad un parametro propriamente giuridico se ne sia prepotentemente affiancato uno tecnico «rappresentato da una più o meno stringente tessitura di regole tecniche, standards valutativi e linee-guida».

⁴⁹ La questione non è di poco conto, se si considera che, anche a seguito della sent. n. 162/2014 della Corte costituzionale (che ha dichiarato parzialmente illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa), la dottrina rimane a tutt’oggi divisa sull’ampiezza della discrezionalità legislativa in merito alla disciplina dei diritti riproduttivi. Tra le altre, si può qui ricordare la posizione di A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, pp. 47 ss, il quale sosteneva che, stante il “privilegio” che l’art. 29 Cost. accorda alla famiglia legittima, la legge ordinaria avrebbe dovuto consentire la sola PMA di tipo omologo, e solo alle coppie unite in matrimonio.

4. *L'interazione tra gli elementi di fatto e di diritto nel sindacato di legittimità della Corte costituzionale*

Pur essendo un giudizio che ha ad oggetto norme e non eventi, il controllo della Corte costituzionale non può quindi considerarsi avulso da considerazioni di fatto, dacché le norme acquistano un senso entro un orizzonte di aspettative strettamente dipendente dal contesto sociale, economico, scientifico da esse presupposto e nel quale operano. La necessità di riferirsi al contesto extra-giuridico per avere contezza di come il diritto impatta sulla realtà circostante costituisce il logico corollario della funzione giustiziale esercitata dalla Corte, la quale deve conoscere dell'oggetto del processo costituzionale non solo per come appare, ma soprattutto per come è, avendo una cognizione piena dei fatti presupposti e connessi all'applicazione della norma impugnata.

Sotto questo aspetto, la cognizione della Corte costituzionale deve essere coestensiva rispetto a quella del legislatore, in quanto l'esigenza di sottoporre a sindacato le valutazioni discrezionali di questi implica che il Giudice delle leggi possa avere una conoscenza completa delle premesse fattuali sulle quali si basa l'apprezzamento del primo. Tale imperativo rappresenta la regola aurea dei modelli attuali di normazione, i quali devono rispondere ad un'istanza di razionalità direttamente rapportato ai vincoli costituzionali di scopo racchiusi nelle disposizioni tanto programmatiche quanto precettive, che hanno definitivamente destituito di fondamento la tradizionale rappresentazione del potere legislativo come onnipotente o, usando una terminologia mai passata di moda, 'libero nei fini'⁵⁰.

Così, nella sentenza n. 132 del 1986, la Corte ricordava che «il legislatore, nell'intento di emanare una adeguata disciplina di talune fattispecie, almeno di regola, si riferisce alla esperienza dalla quale la normazione parte e sulla quale quest'ultima va ad incidere», e che «soltanto in base a sorpassate concezioni dottrinali sarebbe sostenibile che il legislatore possa ignorare la realtà, non verificando l'esperienza dalla quale la

⁵⁰ Si tratta di una definizione elaborata in epoca liberale per giustificare la differenziazione di trattamento tra l'atto politico e l'atto amministrativo, in un contesto nel quale, mentre il potere della pubblica amministrazione era soggetto al principio di legalità, i poteri del Parlamento e del Governo non conoscevano altri limiti se non quelli specificamente previsti nei fragili Statuti regi, i quali peraltro era suscettibili di venire derogati con non poca facilità. Nel passaggio dello Stato di diritto liberale allo Stato costituzionale la permanenza di quella definizione è tutt'altro che incontrovertibile e, pur non essendo stata abbandonata, è stata quantomeno ridimensionata rispetto alla sua portata originaria.

normazione statale prende avvio: è, appunto, questa che il legislatore tende a modificare»⁵¹.

Come pianamente risulta dal passo citato, qualunque intervento legislativo è mosso dallo scopo di raggiungere specifici risultati di ordine politico, economico o

⁵¹ Corte cost., sent. n. 132/1986, punto 5 del C.i.D., con la quale la Consulta ha dichiarato non fondata le qq.ll.cc. degli artt. 2, terzo comma, della legge 18 aprile 1975 n. 110, 2 e 7 della legge 2 ottobre 1967 n. 895, e 10 e 14 della legge 14 ottobre 1974 n. 497, in relazione all' art. 2 della legge n. 110 del 1975 nella parte in cui equipara le armi ad aria compressa alle armi comuni da sparo. La Corte, nel valutare la ragionevolezza della predetta equiparazione, ai fini penali, delle due tipologie di armi ha puntualizzato che tale norma "non è nata dal nulla" ma «affonda le radici in una relativamente lunga evoluzione storica, anche precedente alla stessa legge 2 ottobre 1967 n. 895, la quale ultima, pertanto, deve ritenersi l'abbia recepita dalla preesistente esperienza legislativa e giurisprudenziale» (punto 3 del C.i.D.). Ebbene, dalla storia legislativa e giurisprudenziale sul trattamento giuridico delle armi ad aria compressa emerge, come ricorda la Corte, che «se è vero che non sempre e non tutte le armi ad aria compressa sono state considerate, a fini penali, armi comuni da sparo, è altresì vero che la giurisprudenza, in epoca insospetta, cioè, prima della legge 2 ottobre 1967 n. 895 nell'interpretare l'art. 585, comma secondo, c.p., ha ritenuto che "deve considerarsi arma da sparo, agli effetti della legge penale, non solo quella funzionante con polvere pirica o con altro esplosivo ma anche quella atta ad offendere l'incolumità delle persone mediante la forza d'impulsione dei proiettili a mezzo di aria compressa"», interpretazione costantemente ribadita dalla Corte di Cassazione tra il 1967 e il 1975. Tale risvolto ermeneutico era, inoltre, viepiù confermato dal fatto che la Suprema Corte «nell'interpretare l'art. 44, ultimo comma, del Regolamento per l'esecuzione del T.U. di P.S. [...] ove espressamente si considerano armi da sparo anche quelle funzionanti ad aria compressa, ha più volte ribadito che l'articolo da ultimo citato ha soltanto valore di riscontro dell'interpretazione degli artt. 585, secondo comma, c.p. e 30 del testo unico delle leggi di P.S. [...] nel senso che, anche a prescindere dall'art. 44, ultimo comma, del Regolamento al T.U. delle leggi di P.S., l'art. 585, secondo comma, c.p. e l'art. 30 del T.U. delle leggi di P.S. e conseguentemente gli artt. 704, 697 e 699 c.p. devono interpretarsi come consideranti le armi ad aria compressa quali armi comuni da sparo» (*ibidem*). Posto, dunque, che dal punto di vista della politica criminale il legislatore del 1975 non avrebbe innovato in nulla rispetto al quadro legislativo e giurisprudenziale preesistente, la Corte reputa in ogni caso che la non arbitrarietà dell'equiparazione non sia contraddetta sul piano prettamente fattuale, dal momento che l'equiparazione di diritto delle due (almeno in ipotesi) diverse tipologie di armi corrisponde all'uso che nella pratica se ne è fatta. Il giudizio sulla ragionevolezza dell'equiparazione deve, infatti, tener conto che «[i]l legislatore, nella determinazione delle fattispecie tipiche di reato, non tien conto soltanto della struttura e pericolosità astratta dei fatti che va ad incriminare ma, almeno di regola, della concreta esperienza nella quale quei fatti si sono verificati e dei particolari inconvenienti provocati, in precedenza, dai fatti stessi, in relazione ai beni che intende tutelare», sicché, rispetto al caso di cui specificamente si tratta, deve considerarsi che «quand'anche fosse vero che le armi ad aria compressa non siano naturalmente destinate ad offendere (come sostenuto da alcune ordinanze di rimessione) sarebbe altresì vero che 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» e 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» (*ibidem*). La ragionevolezza della scelta legislativa risulta, inoltre, avvalorata, oltre che dalla pratica nell'uso delle armi ad aria compressa, dalle caratteristiche che presentano tal tipo di armi: esse, appunto perché considerate "innocue", sono spesso impiegate in maniera impropria, con disinvoltura, imprudentemente, negligenza e in maniera imperita, provocando talora danni gravi ed irreversibili; esse, infine, sono anche silenziose, ciò che le presta ad un uso fraudolento. Come si vede da questo caso esemplare, la Corte scruta la ragionevolezza della disciplina normativa senza attestarsi su un piano meramente formale, basandosi cioè esclusivamente su quanto si deduce dalla norma, ma si spinge a vagliare la consistenza delle ragioni di fatto che giustificano la scelta legislativa.

sociale, interferendo con la realtà sulla quale si vuole impattare⁵². Tale assunto presuppone che il legislatore, quando si determina ad intervenire, abbia consapevolezza del divario esistente tra lo stato della realtà attuale e lo stato delle condizioni di fatto che deve all'uopo costituire per raggiungere gli obiettivi desiderati adottando tale normativa.

Gli elementi di fatto interagiscono con gli elementi di diritto nel giudizio sulle leggi in una duplice e vicendevole direzione, riflettendosi sull'ampiezza dei poteri conoscitivi che spettano alla Corte al momento del controllo di legittimità sull'atto impugnato.

Da un lato, la Corte costituzionale è sicuramente legittimata a conoscere dei fatti assunti a presupposto dell'atto legislativo, in particolare quando essi rappresentino l'antecedente da cui hanno preso le mosse il Governo o il Parlamento. Dall'altro, la Corte deve poter conoscere – almeno in una certa misura – dei fatti alla cui determinazione l'atto normativo è stato programmato, ovvero di tutto quel fascio di effetti, rapporti giuridici, situazioni soggettive che il legislatore ha voluto si producessero. Un giudizio prognostico, infatti, pur essendo riferito ad eventi futuri, si appoggia a valutazioni di fatto basate su eventi passati, la cui correttezza e veridicità deve essere suscettibile di controllo da parte della Corte, a meno che non si voglia creare 'zone franche' immuni dal sindacato di costituzionalità.

Nel primo caso, l'inesistenza dei fatti presupposti costituisce un elemento di invalidità genetica che inficia la procedura di formazione della legge, *sub specie* di vizio sulla formazione della volontà dell'organo legislativo o, su un piano più generale, come forma di sviamento nell'esercizio del potere per carenza e/o difetto d'istruttoria; nel secondo, la diversità degli effetti prodotti dalla normativa impugnata potrebbe corrispondere ad un vizio di funzione della legge, censurabile sotto forma di incongruenza e/o inidoneità del mezzo apprestato rispetto allo scopo perseguito⁵³.

Qualsiasi tipo di controllo giurisdizionale abbisogna di conferme empiriche per non "navigare nel vuoto", dacché «senza un'adeguata conoscenza empirica non si

⁵² Cfr. Q. Camerlengo, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso agli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2006, p. 172.

⁵³ Per queste categorizzazioni, che sono comunque più il frutto dell'elaborazione della dottrina che delle applicazioni pratiche, si rinvia a M. Belletti, *Il giudizio di legittimità costituzionale*, cit., pp. 370 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., pp. 117 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, I, cit., pp. 195 ss. e pp. 205 ss.

possono formulare ipotesi nomologiche sulle interdipendenze causali, e senza queste non si può giudicare se un determinato effetto voluto dal legislatore («causa finale») costituisca una ragione sufficiente a giustificare la norma *de qua* («causa efficiente»). Il giudizio sulle leggi, per quanto asseritamente ‘astratto’, attinge naturalmente ad un bacino di elementi fattuali per verificare la corrispondenza causale tra l’oggetto e il parametro del giudizio, includendo «tra gli elementi di giudizio anche considerazioni attinenti ai presupposti, all’applicazione o alle conseguenze “di fatto” delle norme»⁵⁴.

Ma il rilievo che i fatti hanno nel giudizio costituzionale è certamente diverso da quello che essi hanno nelle altre tipologie processuali. A differenza di quanto avviene in un comune processo civile, penale o amministrativo, nel quale si giudica di una vicenda individuale storicamente avverata, inscindibilmente collegata alle circostanze di fatto che la rendono irripetibile, il processo costituzionale ha per oggetto fattispecie legali formulate in via generale ed astratta, potenzialmente applicabili ad una infinita rete di rapporti sociali.

È stato giustamente scritto che «i fatti con cui ha a che fare il giudice costituzionale – proprio perché non individuali, non concreti e, per lo più, futuri – mal si prestano (e alle volte non si prestano affatto) ad essere accertati»⁵⁵, tali essendo non soltanto quelli che hanno concretizzato, sul piano storico, una tra le tante ipotesi nomologiche potenzialmente racchiuse nella disposizione normativa, ma anche quelli che complessivamente definiscono il contesto di concretizzazione – presente e futuro – delle norme, che pongono non tanto il problema del loro ‘accertamento’, quanto della loro ‘argomentabilità’ o ‘sostenibilità’⁵⁶. Esse non rappresentano una regola elaborata da un giudice onde disporre per un caso passato, bensì regole generali naturalmente proiettate nel futuro, destinate a regolare e modificare lo stato di fatto esistente nella prospettiva di raggiungere i risultati politici auspicati.

Di tal guisa, si comprende che il controllo di legittimità sugli atti legislativi si colloca entro schemi di giudizio funzionalmente protesi a coglierne e valutarne i risvolti applicativi nello spazio e nel tempo su un piano diacronico, non fermandosi a valutare se l’atto fosse dotato della necessaria giustificazione causale nel momento statico della sua

⁵⁴ R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, p. 314.

⁵⁵ R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., p. 337.

⁵⁶ *Ibidem*.

adozione, ma anche, se non soprattutto, in relazione alle conseguenze sostanziali scaturenti dalla sua applicazione nelle indefinite occasioni di operatività delle prescrizioni in essi contenute.

Ciò rappresenta un elemento specifico dei giudizi di legittimità sugli atti a valenza generale, la cui conformità all'atto gerarchicamente superiore (in questo caso, la Costituzione) deve essere valutata con occhio puntato al complesso delle concatenazioni causali nelle quali può concretizzarsi l'attuazione del disposto normativo. Il giudizio della Corte, infatti, sebbene nella più parte dei casi scaturisca da una vicenda concreta che illumina i contorni applicativo-funzionali nel cui solco spiega efficacia la norma indubbiata, non si esaurisce in una statuizione positiva che fissa una volta per tutte l'accertamento sulla sua legittimità, ma si estende alla considerazione di un'ulteriore gamma di combinazioni giuridico-fattuali virtualmente incluse – e potenzialmente suscettibili d'inverarsi – nell'ambito del perimetro orto-applicativo della norma.

Da qui il problema – sul quale si ritornerà più avanti – di ammettere la possibilità per la Corte costituzionale di sindacare, o all'uopo sostituire, i giudizi prognostici del legislatore con valutazioni condotte alla stregua di propri apprezzamenti o secondo un ordine logico-argomentativo diverso rispetto a quello compiuto a suo tempo dagli organi politici. Questo è, in effetti, un passaggio inevitabile nel controllo di congruità della disciplina degli atti normativi, nel quale il sindacato della Corte si avvicina “pericolosamente” alla componente valutativa dell'atto-fonte, trasformando «una relazione causa-effetto in un mezzo-fine» e richiedendo, nel fare ciò, uno scrutinio delle modalità di verifica empirica a mezzo delle quali il legislatore ha stabilito in maniera «conoscibile e plausibile la stessa relazione causa-effetto»⁵⁷.

Tra la realtà giuridico-normativa e la dimensione fattuale non sussiste quindi un solco tanto profondo che impedisca una proficua interferenza; al contrario tra le due dimensioni vi è una relazione di reciproco scambio che influenza le rispettive vicende. Eventuali mutamenti della realtà fattuale possono alterare significativamente, sul piano giuridico, la congruità e la ragionevolezza del precetto legislativo (nonché la sua coerenza rispetto ad altri plessi dell'ordinamento), laddove questo non si presti ad essere mantenuto in linea con gli scopi interni della legge e i vincoli costituzionali a mezzo di

⁵⁷ Entrambe le citazioni sono tratte da R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., p. 314.

un'interpretazione scientificamente orientata. In tali casi, le vicende intervenute sul piano extra-giuridico si riflettono sullo statuto della disposizione impugnata, determinandone – laddove possibile – la manipolazione (additiva, sostitutiva o riduttiva) oppure l'annullamento ad opera del Giudice delle leggi.

Di tali aspetti sarà dato compiutamente conto quando si analizzeranno i profili applicativi connessi all'effettuazione del controllo di ragionevolezza scientifica delle leggi, in particolare nell'aspetto materiale del controllo di congruità tra il contenuto dispositivo dell'atto e la sua corrispondenza ai fatti scientifici presupposti, da cui dipende anche il “peso” che gli elementi fattuali hanno nell'economia della decisione di costituzionalità, e quindi nella determinazione del ‘verso’ della pronuncia⁵⁸.

Se, pertanto, il controllo di costituzionalità non può più ritenersi confinato all'ambito della sola interpretazione né, tantomeno, ridotto ad una attività di applicazione meccanica dei precetti del tutto esente da un contributo – almeno parzialmente – creativo dell'interprete, bisogna riconsiderare l'importanza che la componente fattuale ha nelle diverse fasi del processo costituzionale, tanto al momento d'instaurazione del giudizio (a mezzo della presentazione del ricorso, oppure nella valutazione circa la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione) quanto al momento della trattazione e decisione delle questioni poste⁵⁹.

4.1 Errore di fatto e revocabilità delle decisioni della Corte costituzionale

La nuova centralità del fatto nel giudizio sulle leggi e il carattere normativo che esso può assumere nella regolazione di specifiche fattispecie porta ad interrogarci sulla possibilità di esperire il ricorso per revocazione avverso le decisioni della Corte nel caso in cui l'asse portante della loro motivazione, in fatto e in diritto, poggi su un presupposto fattuale erroneo.

In un primo momento, un autorevole studioso, commentando la prima decisione con la quale la Corte costituzionale aveva deciso un ricorso per revocazione di una sua precedente pronuncia⁶⁰, aveva escluso l'estensione al processo costituzionale dell'istituto

⁵⁸ Per l'analisi di questi profili si rinvia ai capitoli III e IV.

⁵⁹ Sulle quali v. *infra*, par. 7.

⁶⁰ Si tratta di Corte cost., ord. n. 17/1959, in decisione di un ricorso presentato avverso la sent. n. 70 del 1958, con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di due decreti legislativi in forza dei quali erano stati espropriati dei terreni appartenenti ad un'impresa privata a favore

della revocazione per errore di fatto di cui all'art. 395, co. 1, n. 4 c.p.c., sulla base dell'argomento secondo cui, ribadito che nel giudizio di legittimità costituzionale la premessa minore del sillogismo è dato da una norma, «i motivi attinenti all'erronea valutazione del fatto non hanno rilievo, sia perché il fatto esula dai limiti della controversia, sia perché i motivi determinanti l'errore non possono trasferirsi dalla valutazione del fatto alla valutazione della norma che si presume conosciuta dal giudice e insuscettibile di essere provata (*iura novit curia*)»⁶¹.

La radicalità di tale assunto tradisce, in realtà, una concezione limitante del giudizio costituzionale, e in generale dei processi con cognizione limitata alla legittimità dell'atto. Da un lato, infatti, bisogna considerare che l'idea che il giudizio di mera legittimità sia immune da errori di fatto è oramai definitivamente superata proprio per effetto di alcune pronunce della Corte costituzionale e di successivi interventi legislativi che, facendo seguito alle decisioni della prima, hanno prima introdotto, poi ampliato, le ipotesi nelle quali è possibile ricorrere per la revocazione delle decisioni di legittimità delle magistrature superiori⁶². Dall'altro, l'assunto secondo cui la valutazione della norma

dell'Ente per la colonizzazione della Maremma toscano-laziale, in relazione alla data cui dovessero venire riferiti i dati catastali dei terreni della società esproprianda. Il *dictum* della sentenza aveva ricondotto alla data indicata nella legge (15 novembre 1949) la valutazione sia dell'estensione che del classamento dei terreni, dal che aveva dichiarato l'illegittimità dei due decreti attuativi che, invece, riferivano la valutazione del classamento ad una data successiva, dopo l'entrata in conservazione del nuovo catasto, che aveva notevolmente rivalutato il valore dei terreni. Il *punctum crucis* era che, se la data cui fare riferimento per la valutazione dei terreni avesse dovuto ritenersi quella successiva, ciò avrebbe determinato l'esclusione dal raggio di operatività della legge d'esproprio di quella parte dei terreni che eccedeva il reddito complessivo di 20.000 lire, stabilito nella legge.

⁶¹ E. Cheli, *Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, I, pp. 299 ss., p. 303. Nel prosieguo l'Autore estende tali conclusioni, in via generale, a tutti i giudizi di mera legittimità, e parla addirittura di una «intima contraddizione tra l'istituto della revocazione e la competenza di sola legittimità del giudice che ha emesso la sentenza che si vorrebbe impugnare per revocazione» (p. 304).

⁶² La Consulta aveva dichiarato, con la sentenza n. 17 del 1986, incostituzionale l'art. 395, prima parte, n. 4 c.p.c. «nella parte in cui non prevede la revocabilità delle sentenze della Corte di cassazione rese su ricorsi basati sul n. 4 dell'art. 360 c.p.c. e affette dall'errore di cui al n. 4 dell'art. 395 dello stesso codice», invitando il legislatore a colmare la lacuna riferita. Il Parlamento rispondeva alla sollecitazione ricevuta con l'approvazione della l. n. 353/1990, con la quale introduceva, tra le altre novità, l'art. 391-bis c.p.c. Poco dopo, tuttavia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 36 del 1991, dichiarava nuovamente incostituzionale l'art. 395, prima parte, n. 4 c.p.c. «nella parte in cui non prevede la revocazione di sentenze della Corte di cassazione per errore di fatto nella lettura di atti interni al suo stesso giudizio». Le due sentenze costituzionali avevano, pertanto, introdotto anche per il giudizio di legittimità due ipotesi di revocazione per errore di fatto: quello commesso nella valutazione dell'*error in procedendo* dedotto con ricorso, e quello commesso nella lettura di atti interni al suo stesso giudizio. Successivamente, a seguito delle consistenti modifiche all'istituto della revocazione introdotte dal d. lgs. n. 40/2006, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 395, primo comma, n. 4 c.p.c. «nella parte in cui non prevede la esperibilità del rimedio della revocazione per errore di fatto [...] per le ordinanze pronunciate dalla Corte di cassazione a norma dell'art. 375, comma primo, n. 1 dello stesso codice», ovvero nel caso in cui la Corte

è confinata all'ambito puramente giuridico ed è insuscettibile di comprendere valutazioni di fatto si rivela una petizione di principio prossima al sofismo, che postula una separazione tra fatto e norma tanto improbabile quanto non auspicabile, ammesso che di tal guisa si finirebbe per accogliere l'idea positivista di un ordine fine a sé stesso che ha nella volontarietà legalistica del precetto un elemento sufficiente ad autolegittimarsi, anche in contraddizione con le accertate evidenze fattuali.

Di talché, come la Corte costituzionale è giunta ad ammettere – e ha progressivamente ampliato – le ipotesi nelle quali deve essere esperibile la revocazione di decisioni definitive, in quanto sottratte ad ulteriori mezzi d'impugnazione, ai sensi dell'art. 324 c.p.c., è stato giustamente affermato che «a favore della corrispondente derogabilità della regola della inimpugnabilità [delle decisioni della Corte costituzionale, ndr] depongono ragioni del tutto simili a quelle che la Corte stessa ha oggi ritenuto fondate nei riguardi di decisioni dei giudizi di cassazione» e che tale rilevante precedente «impone di ritenere addirittura costituzionalmente imprescindibili (prima che leciti) spazi per una possibilità autosindacatoria in presenza di un vero e proprio vizio, tale, per la sua radicalità, da intaccare le basi su cui venne costituita [...] la precedente decisione»⁶³.

Correttamente, dunque, dottrina e giurisprudenza si sono determinate a superare l'estremità di quell'assunto, riconoscendo la revocabilità anche delle decisioni della Corte costituzionale⁶⁴. Se, d'altronde, è vero che l'errore di fatto revocatorio non ammette la

di cassazione, a Sezioni Unite o a sezione semplice, dichiarare il ricorso inammissibile per mancanza degli elementi di cui all'art. 360 c.p.c., ciò in quanto l'errore percettivo nel quale sia incorso il giudice di legittimità e dal quale sia derivata, erroneamente, la declaratoria di inammissibilità del ricorso (così determinando la irrevocabilità della decisione impugnata) comporta un *vulnus* ai valori protetti dagli artt. 24 e 111 Cost., e in special modo al principio di effettività del giudizio di cassazione. Similmente, il ricorso per revocazione è ammesso avverso le sentenze del Consiglio di Stato dall'art. 106 del d. lgs. n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo).

⁶³ C. Consolo, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989, pp. 26 ss., p. 30, nt. 30.

⁶⁴ Sul punto cfr. le considerazioni di G. Zagrebelsky, *Errore di fatto e sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1967, II, pp. 1510 ss., in specie pp. 1517 ss., il quale convincentemente evidenzia come il giudizio di legittimità costituzionale non consista in un sillogismo (nel quale un fatto viene sussunto in una norma), bensì in un mero raffronto tra due norme. Di talché – prosegue Zagrebelsky – «se la premessa maggiore del sillogismo è una norma di diritto, la premessa minore, cioè la fattispecie, tale non è, essendo costituita piuttosto da un fatto (la relazione di compatibilità o incompatibilità), sia pure determinato in maniera assai caratteristica, stante la peculiarità del processo logico seguito per accertarlo (il raffronto) e dei termini del confronto (la norma di legge ordinaria e la norma costituzionale)» (p. 1518), per cui i due termini del raffronto vengono in considerazione come “entità effettuali”. Sul punto si vedano, inoltre, i contributi di R. Romboli, *Carattere preclusivo delle decisioni di inammissibilità della Corte costituzionale, errori di fatto e ammissibilità della revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 1135 ss.; C. Consolo, *Le decisioni della Corte costituzionale debbono essere suscettibili di revocazione?*, in *Corr. giur.*,

deduzione di vizi consistenti nell'erronea interpretazione di una disposizione normativa o nella sua scorretta applicazione, come altri vizi di puro diritto (ad es., l'erronea valutazione nella successione tra norme), maggiori remore debbono serbarsi per l'ipotesi in cui il giudicante abbia errato nella concretizzazione del *quid prescriptum* per avere assunto alla base del proprio ragionamento una premessa di fatto rivelatasi sbagliata o, in alternativa, una ipotesi che, mentre riteneva incontrovertibile, è risultata essere oggetto di opposte opinioni tra gli esperti del settore (limitatamente al caso in cui la certezza della ipotesi sia stato l'elemento decisivo che ha fatto propendere il giudice per la soluzione presa).

In tutti i casi nei quali la decisione della Corte si basi su un rapporto di presupposizione – poi rivelatosi fallace – tra un certo fatto e una regola di diritto, che postuli quale propria fondamentale ragion d'essere la giustizia e/o verità del primo, o viceversa la sua erroneità e/o falsità, sarebbe ingiustificato non ammettere l'impiego del mezzo revocatorio per rimediare ad un provvedimento viziato in premessa, in un modo che si ripercuote sulla correttezza della decisione finale⁶⁵.

Ciò premesso, deve ritenersi, peraltro, che il rimedio sia ammissibile esclusivamente in quei casi nei quali l'erroneità del fatto presupposto sia inequivocabilmente e incontrastabilmente accertata. Diversamente, del resto, il fatto presupposto corrisponderebbe ad un aspetto della realtà extra-giuridica che, appunto perché non univoco, sarebbe sprovvisto dell'idoneità ad essere assunto a termine di paragone per un giudizio revocatorio.

Quanto, poi, al problema del limite documentale imposto per la rilevazione dell'errore di fatto revocatorio dal n. 4 dell'art. 395 c.p.c., cui rinvia l'art. 391-bis c.p.c. per la revocazione delle sentenze di Cassazione (disposizione che si reputa estensibile in via analogica a tutti i processi di legittimità), una applicazione non letterale del disposto «risultante dagli atti o documenti della causa» pare doverosa, una volta che la si estenda al processo costituzionale, nel quale – come detto – la produzione documentale non si

1989, pp. 653 ss.; T. Fenucci, *In tema di revocazione delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 655 ss.

⁶⁵ Con riguardo alla revocabilità di decisioni di legittimità non rese in base al n. 4 dell'art. 360 c.p.c. – e a favore dell'estensione del rimedio in discussione al di là dei confini tracciati dalla Consulta nella sent. n. 17 del 1986, già prima dell'introduzione dell'art. 391-bis c.p.c. – v. C. Consolo, *La revocazione delle decisioni*, cit., pp. 145 ss.

esaurisce al fascicolo del processo *a quo* o alle memorie di parte, ma si estende a tutti gli atti conoscitivi, formalmente o informalmente acquisiti, dai quali il collegio dei giudici abbia tratto elementi utili a decidere la questione. Ciò perché, in virtù di quanto precedentemente ricordato, i fatti che entrano nel processo costituzionale portano a considerare una serie di fattori che ineriscono al contesto complessivo sul quale la decisione della Consulta è destinata ad impattare, con una latitudine che certamente soverchia il singolo caso, e un'efficacia che, nelle pronunce di accoglimento, avrebbe portata generale.

Sembra pertanto che vi siano buoni argomenti per ammettere la revocazione delle decisioni costituzionali, almeno nell'ipotesi in cui il vizio dedotto sia l'errore sulla percezione della realtà materiale siccome presupposta nella pronuncia, in quanto l'efficacia *erga omnes* di decisioni sbagliate crea problemi di coerenza che minano ad un tempo la stabilità della legislazione e l'unità dell'ordinamento nel nome dei valori costituzionali⁶⁶.

5. 'Astrattezza' e 'concretezza' del processo costituzionale

La mutata percezione del giudizio costituzionale come processo non insensibile ai condizionamenti di fatto che incidono sull'operatività degli istituti giuridici è, inoltre, direttamente connesso con la parallela questione inerente alla sua qualificazione come 'astratto' o 'concreto'.

Nel diritto comparato, i sistemi di giustizia costituzionale sono stati in un primo tempo categorizzati a seconda delle modalità di accesso, distinguendo tra sistemi

⁶⁶ In senso analogo F. Dal Canto, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002, pp. 113 ss., il quale ritiene doveroso ammettere – quantomeno – la revocazione per errore di fatto delle pronunce della Corte allo scopo di tutelare l'interesse alla legalità costituzionale. In aggiunta, lo stesso Autore ritiene (p. 117) che l'ammissibilità del rimedio revocatorio discenda dal necessario bilanciamento del principio *ex art. 137, ult. co., Cost.* con altri principi costituzionali, dovendosi in proposito distinguere tra le impugnazioni ordinarie (verso le quali si rivolge il disposto dell'articolo richiamato) e le impugnazioni straordinarie (che non sarebbero escluse da quel pur lapidario precetto). Analogamente A. Pizzorusso, *Art. 137 (ottava e nona parte)*, in A. Pizzorusso, G. Volpe, F. Sorrentino, R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, Bologna-Roma, 1981, p. 701, per il quale il divieto di impugnabilità delle decisioni della Corte costituzionale vale solo a negare la possibilità di istituire sui suoi atti controlli da parte di altre autorità, ma non anche nel senso di precludere la possibilità di ampliarne o restringerne l'ambito di immutabilità da parte della Corte medesima. Nondimeno, lo stesso Autore ritiene che i dati di diritto positivo esistenti siano piuttosto deboli, e che sarebbe opportuna una esplicita previsione nella legge sul funzionamento della Corte o nelle norme integrative.

‘accentrati’ e sistemi ‘diffusi’⁶⁷. Successivamente, la dottrina specialistica ha ricercato nuove classificazioni più funzionali a descrivere la dinamica di funzionamento di ciascun sistema, senza concentrarsi più di tanto sulla dislocazione del potere nel controllo di costituzionalità, ma piuttosto sul momento in cui viene sollevata la questione di legittimità costituzionale. Si affaccia quindi la distinzione tra ‘controllo astratto’ e ‘controllo concreto’.

Secondo Alessandro Pizzorusso, è ‘astratto’ quel sistema nel quale il controllo sulla legittimità costituzionale della legge viene svolto *a priori*, come appendice del procedimento di formazione della legge che si interpone tra il momento della sua approvazione e il momento della promulgazione, mentre è ‘concreto’ quel sistema nel quale il controllo sulla legge avviene *a posteriori* nell’ambito di una vicenda giudiziaria nella quale il giudice comune (civile, penale, amministrativo, tributario ecc.) si trovi a dover fare applicazione di una disposizione di legge che, su rilievo d’ufficio o di parte, viene sospettata d’essere incostituzionale e debba pertanto essere incidentalmente risolta per pronunciarsi sulla controversia principale⁶⁸.

⁶⁷ ‘Diffusi’ sono quei sistemi nei quali a giudicare della questione di legittimità costituzionale è, incidentalmente, il giudice chiamato a decidere una controversia sorta tra due litiganti, con efficacia *inter partes* e dichiarativa, mentre ‘accentrati’ sono quei sistemi nei quali a decidere è un organo centrale – di natura giurisdizionale o, in alcuni casi, politica – che conosce della controversia costituzionale in via principale e la sua decisione ha valenza generale e costitutiva. Soprattutto nelle prime riflessioni, il sistema incidentale italiano veniva descritto come ‘concreto’ per il fatto che, pur ispirandosi fundamentalmente al modello accentrato austriaco, aveva origine su impulso di un giudice comune, dinnanzi al quale fosse pendente un processo: sul punto si vedano P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, in Id., *Opere giuridiche*, Napoli, 1968, pp. 371 ss.; M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1976, pp. 89 ss.

Rispetto ai prototipi tradizionali di giustizia costituzionale che fungevano da modello per gli Stati che non se ne erano ancora dotati (il sistema americano da un lato, il sistema austriaco dall’altro), il modello adottato in sede di Assemblea Costituente (nonostante la mancanza di espliciti riferimenti nelle relazioni dei membri della Commissione dei 75) rappresenta una sorta di *tertium genus*, che coniuga la presenza di un organo accentrato legittimato in via esclusiva a giudicare della legittimità costituzionale delle norme di legge o di atti equiparati con un certo grado di diffusione quanto all’origine dell’incidente di costituzionalità, riservando l’iniziativa a sollevare la q.l.c. al giudice del processo principale. Per il dibattito sulla natura del sistema italiano di giustizia costituzionale si vedano, in generale, A. Gardino Carli, *Giudice e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli “elementi diffusi” nel nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milano, 1988; A. M. Nico, *L’accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2007.

⁶⁸ Cfr. A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, n. 1/1987, pp. 521 ss., in specie pp. 528 ss., il quale aveva proposto di sostituire la dicotomia tra sistemi di derivazione americana e sistemi di derivazione austriaca con la dicotomia tra sistemi astratti e sistemi concreti, onde meglio dar conto delle varianti presenti in questo secondo modello, che comprende sia quegli ordinamenti nei quali la q.l.c. può essere risolta direttamente dal giudice principale (come negli Stati Uniti) sia quegli ordinamenti nei quali è fatto obbligo al giudice del processo principale di sospendere il giudizio e di rimettere in via incidentale la questione al giudice costituzionale (come in Italia). La distinzione tra sistemi astratti e sistemi concreti era, inoltre, maggiormente funzionale secondo Pizzorusso a descrivere le

Anche questa dicotomia si basa, tuttavia, su una rappresentazione non pienamente fedele della realtà delle cose, in quanto si impunta su una distinzione statica che non tiene conto delle specificità di ciascun modello processuale. La dottrina più recente tende, perciò, a svalutare la rigidità di tale distinzione, anche sulla base del fatto che, da un punto di vista piano storico-comparatistico, non si sono mai concretizzati sistemi “puramente” ‘astratti’ o ‘concreti’. Tutti gli ordinamenti si sono progressivamente dotati di più modalità di accesso alla giustizia costituzionale, con forme procedimentali che variano a seconda della specifica funzione giustiziale svolta (giudizio sulle leggi, conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato o tra organi, giudizio di accusa sui reati presidenziali), in cui moduli concreti e moduli astratti coesistono e si alternano⁶⁹.

Il grado di concretezza dei procedimenti di controllo della costituzionalità delle leggi dipende, quindi, da una pluralità di fattori, che non sono limitati ai profili inerenti alla profilazione della questione o alle vie di accesso, ma possono riguardare anche l’insieme degli elementi fattuali e applicativi, extra-costituzionali ed extra-normativi, che concorrono a creare il ‘contesto’ pratico nell’ambito del quale si è venuto a porre il caso concreto, che in via mediata e riflessa avvicinano il Giudice delle leggi alla consistenza dei problemi trattati. È pertanto più corretto parlare di procedimenti che presentano un grado maggiore o minore di astrattezza e/o concretezza, caratteristiche che dipendono da scopi estrinseci al diritto processuale, e che attengono piuttosto ad una scelta di politica del diritto circa la configurazione da dare ad un dato sistema giurisdizionale⁷⁰.

Nell’ambito del processo costituzionale, in particolare, la c.d. “oscillazione” della Corte tra la sua anima giurisdizionale e quella politica trae origine dall’accorpamento di tante funzioni, che sintetizzano la sua duplice natura di arbitro del gioco politico e di garante dei diritti fondamentali. Ciascuna tipologia processuale risente delle funzioni sistemiche⁷¹ che la Corte costituzionale svolge nell’una e nell’altra veste, e la maniera

finalità che il controllo di costituzionalità perseguiva e a specificare l’oggetto protetto: mentre, infatti, nei sistemi concreti l’oggetto principale di tutela era individuato nei diritti e libertà fondamentali, nei sistemi astratti esso si identifica con l’equilibrio tra poteri e il rispetto delle attribuzioni tra enti e organi.

⁶⁹ Su questi aspetti si rinvia a F. Fernandez Segado, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano*, Bologna, 2010, pp. 35 ss.

⁷⁰ Per una rassegna delle principali riflessioni in materia di processo civile v. A. Scerbo, *Tecnica e politica del diritto nella teoria del processo. Profili di processualisti italiani contemporanei*, Soveria Mannelli, 2000. Con riguardo alle classificazioni delle tipologie del processo costituzionale v. M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del processo costituzionale incidentale*, Padova, 1984, pp. 238 ss.

⁷¹ Di “funzioni sistemiche” della Corte costituzionale parla M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a”*, in *Federalismi.it*, 8 agosto 2007, p. 2,

nella quale viene oggettivamente a caratterizzarsi varia a seconda che a prevalere sia la prima o la seconda⁷².

La considerazione di elementi di fatto è condizionata dalla tipologia di giudizio nell'ambito della quale la Corte è chiamata a decidere⁷³ e, dunque, dalla effettiva necessità di dover accedere a materiale extra-normativo per rispondere alla “domanda di giustizia”⁷⁴. Ai fini che contano nell'ambito di questo studio, si preferisce qualificare una tipologia processuale in base alla considerazione di una serie di caratteri che ne fanno

notando in premessa che «le funzioni sistemiche di un'istituzione possano mutare con il tempo, che, in altri termini, sia ben possibile che un'istituzione pensata per soddisfare certe esigenze finisca per soddisfarne altre – o anche altre – e che sia ben possibile che essa finisca per non soddisfarne più alcuna del tutto».

⁷² Si veda a riguardo quanto scrive A. Morelli, *Dalla distinzione per modelli di giustizia costituzionale ad una classificazione per istituti (note metodico-dogmatiche in merito alla “concretezza” del giudizio sulle leggi)*, in Aa.Av., *Scritti in onore di Alessandro Pizzorusso*, pp. 467 ss., in specie pp. 474 ss., per il quale più che riferire la concretezza a modelli, sarebbe preferibile e più realistico riferirne rispetto a singoli istituti di giustizia costituzionale, per cui la concretezza dovrebbe essere definita come «il legame del giudizio costituzionale con il caso, inteso come episodio di vita, accadimento involontario, accidentale, rilevante sia nei suoi elementi normativi che in quelli fattuali», mentre la astrattezza come «la sua funzionalità [dell'istituto] ad un giudizio di annullamento coinvolgente anche norme diverse da quella impugnata (e che con quest'ultima “facciano sistema”) e, quindi, eventualmente situazioni soggettive e/o interessi estranei a quelli rilevanti nel caso reale da cui ha tratto origine la questione di legittimità».

⁷³ È ovvio, infatti, che un processo come quello sui reati presidenziali si riduce, nella sostanza, all'accertamento del fatto storico dell'(il)legittimità della condotta del Capo dello Stato, e ha lo scopo di stabilire se il Presidente della Repubblica abbia tenuto un comportamento obiettivamente contrario ad una norma di diritto costituzionale sostanziale, sicché tale tipologia processuale può dirsi massimamente concreta, al pari di un qualsiasi processo penale; al contrario, un processo come quello in via d'azione, nel quale si controverte della legittimità della norma-oggetto in raffronto alla norma-parametro – e, dunque, di sussunzione non può propriamente parlarsi –, presenta un diverso grado di concretezza, consistente non tanto nel giudicare di fatti storicamente avverati, quanto di virtualità applicative che in ipotesi potrebbero concretizzarsi sulla base di un giudizio prognostico che, in quanto tale, ha ad oggetto fatti proiettati nel futuro e, peraltro, solo eventuali. Nel primo caso il controllo è “concreto” per la semplice ragione che ha ad oggetto un fatto storicamente già avverato, che bisogna ricostruire nel dettaglio con gli opportuni mezzi probatori ai fini della sua sussunzione nella norma costituzionale che regola simili fattispecie; nel secondo caso il controllo è “concreto” perché il significato della disposizione impugnata viene individuato a partire dalla estensione prognostica della prassi passata (sulla base dell'*id quod plerumque accidit*), che è ragionevole attendersi venga replicata in futuro.

⁷⁴ L'espressione è di C. M. Martini, G. Zagrebelsky, *La domanda di giustizia*, Torino, 2003.

propendere la natura in senso ‘concreto’ o ‘astratto’, caratteri che possono essere sia di tipo qualitativo⁷⁵ che quantitativo⁷⁶.

5.1 L'evoluzione della ‘concretezza’ nel giudizio sulle leggi

Si è visto che l’opera intellettuale della Corte, seppur si giostra nel solco dell’interpretazione, non è rigorosamente contenuta entro gli argini del deducibile, ma si serve di ulteriori elementi circostanziali che contribuiscono alla comprensione ermeneutica sia della norma-oggetto, sia della norma-parametro. Non è vero, dunque, che il giudizio della Corte sia assolutamente astratto (cioè avulso da qualsivoglia referente esterno ai due termini del giudizio), ma si caratterizza per un alto grado di astrattezza, mediato dal ricorso ad elementi esterni che lo rendono un po’ meno astratto e un po’ più concreto.

I giudizi innanzi la Corte si caratterizzano per un diverso grado di ‘astrattezza’ o ‘concretezza’ a seconda della via con la quale la Corte viene adita: la Consulta ha un diverso approccio al fatto a seconda che si trovi a decidere della legittimità costituzionale di una norma nell’ambito di un giudizio in via d’eccezione oppure nell’ambito di un giudizio in via d’azione (si può trascurare in questa sede l’analisi degli altri procedimenti).

Il giudizio in via d’azione viene generalmente considerato – a ragione – più astratto rispetto a quello in via di eccezione. La Corte costituzionale ha nondimeno

⁷⁵ Un carattere che concorre a definire come concreto o astratto da un punto di vista qualitativo una data tipologia processuale è dato dalle finalità, dagli scopi di politica del diritto che il legislatore (costituzionale o ordinario) ha inteso perseguire mediante la sua previsione, come risulta anche dal complesso degli strumenti istruttori specificamente predisposti al loro adempimento e dalle conseguenze politico-istituzionali connesse alla sua decisione. Così, la scelta di adottare un modello di controllo di costituzionalità delle leggi di natura politica e astratto (*à la française*) piuttosto che un sistema prettamente giurisdizionale e concreto (come in Italia e nella maggior parte degli ordinamenti costituzionali del mondo) trova facilmente agio nella preoccupazione di non estendere il controllo sulla legge a ragioni ulteriori rispetto a quelle che hanno mosso l’iniziativa parlamentare, e dunque a non rimettere in discussione la legittimità delle valutazioni operate in sede politica. Il grado di concretezza del sistema così apprestato rappresenta l’implementazione strumentale della volontà politica sottesa alla scelta di quello specifico sistema.

⁷⁶ A definire da un punto di vista quantitativo il livello di concretezza di una tipologia processuale è, invece, una pluralità di fattori, che attonano prevalentemente ai diversi punti di congiuntura che legano il caso alla questione di legittimità costituzionale. In particolare, in un corposo saggio dedicato al tema della rilevanza e al valore del fatto nel giudizio in via incidentale, Francesco Dal Canto individua ben quattro accezioni che la dottrina costituzionalistica ne avrebbe dato, ciascuna delle quali descriverebbe singoli aspetti di tale tipologia processuale. Per una completa esposizione di tali teorie v. 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”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, pp. 145 ss.

riconosciuto nella sua giurisprudenza che anche il processo in via principale presenta un certo grado di 'concretezza'. Un limite intrinseco all'ammissibilità del ricorso nel giudizio in via principale sta, infatti, nel dovere di fondare l'impugnazione su un significato non pretestuoso, che sia in grado di offrire una rappresentazione ragionevole di quella che era la volontà del legislatore storico oppure una concreta potenzialità applicativa dell'atto impugnato idonea a pregiudicare la posizione dell'interessato⁷⁷.

In tal modo, il 'fatto' viene ad investire un ruolo fondamentale nella valutazione circa la sussistenza delle condizioni dell'azione, e in particolare dell'interesse a ricorrere dell'ente promotore, imponendo che l'ipotesi ermeneutica potenzialmente pregiudizievole possa venire ragionevolmente collegata al disposto impugnato. Nella sentenza n. 242 del 1989, la Corte costituzionale chiariva che «[i]l carattere non-astratto del giudizio di costituzionalità comporta che, anche nel caso in cui i dubbi di legittimità investano particolari significati o particolari norme deducibili da un determinato testo legislativo, non è ammissibile prospettare questioni involgenti interpretazioni totalmente al di fuori della gamma delle possibilità applicative plausibilmente collegabili alle disposizioni impuginate, poiché, ove fosse vero il contrario, il giudizio finirebbe per riguardare questioni astratte o di mera interpretazione, se non proprio pretestuose»⁷⁸.

⁷⁷ Nel giudizio in via principale, la Corte è chiamata a giudicare della disposizione di legge nella astrattezza delle sue potenzialità ermeneutiche, poiché il breve termine di decadenza previsto per l'impugnazione della legge (trenta giorni) esclude che nel frattempo se ne siano potute avere delle applicazioni o contestazioni in sede giudiziaria. Per tale ragione, il giudizio in via principale si distingue *in thesi* più degli altri per la sua 'astrattezza'. Nondimeno, anche nel giudizio in via principale il ricorrente ha l'onere di sostanziare la propria domanda evidenziando in concreto quali siano i profili d'interesse che muovono a coltivare l'impugnazione, dimostrando che la legge o le singole disposizioni impuginate incidono in negativo su una situazione giuridica costituzionalmente riservata. A tale scopo, la parte ricorrente ha non solo l'onere di allegare la disposizione di legge contestata, ma anche di contestarne una interpretazione/applicazione che concretamente possa risolversi in una violazione delle proprie attribuzioni costituzionali.

⁷⁸ Corte cost., sent. n. 242/1989, punto 2 del C.i.D., con nota di L. Carlassare, «Astrattezza» e «concretezza» in un giudizio principale su indirizzo e coordinamento, in *Giur. cost.*, 1989, I, pp. 1109 ss. La giurisprudenza della Corte sui giudizi in via principale ammette, però, questioni promosse «in via cautelativa ed ipotetica» sulla base di interpretazioni prospettate soltanto come possibili (sentt. n. 159 del 2016, n. 298 del 2012 e n. 228 del 2003). Tale orientamento evidenzia che «in simile giudizio vanno considerate anche le possibili lesioni derivanti da distorsioni interpretative delle disposizioni impuginate, a maggior ragione quando «su una legge non si siano ancora formate prassi interpretative in grado di modellare o restringere il raggio delle sue astratte potenzialità applicative» (sent. n. 107 del 2017)» (così nella sent. n. 212/2017, punto 6.1.1 del C.i.D.). Questa giurisprudenza, tuttavia, lungi da contraddire il precedente assunto, si pone esattamente nel suo solco, perché l'interpretazione avallata nel ricorso introduttivo del giudizio in via principale non deve essere univoca (cosa che sarebbe alquanto rara), ma suffragata da una concreta possibilità applicativa. In questo senso, il giudizio in via d'azione assume un grado maggiore di 'concretezza' in virtù del fatto che la norma estrapolata dall'interpretazione della

Come si vede, il carattere almeno in parte ‘concreto’ del giudizio in via principale sta nel fatto che le virtualità applicative della norma impugnata dalla parte ricorrente devono corrispondere a ipotesi concretamente realizzabili nella realtà, ciò che può essere scrutinato alla stregua del criterio dell’”ordinariamente possibile”.

Il giudizio in via principale non presenta, comunque, ai fini del presente lavoro, particolari ragioni d’interesse, in quanto l’interesse all’azione trova il proprio fondamento nella doglianza inerente alla lesione delle competenze facenti capo al ricorrente, che lascia in secondo piano il tema del rapporto tra diritto e scienza⁷⁹. Inoltre, a parte il caso raro in cui l’atto manchi totalmente di fondamento scientifico (compresa l’ipotesi in cui il procedimento legislativo si sia svolto in assenza di qualsivoglia istruttoria), il breve termine d’impugnazione esclude che per tale via possa dedursi il mutamento dei presupposti scientifici sui quali si fondava l’atto. Un qualche accenno era comunque doveroso, perché non sono mancate le occasioni nelle quali la Corte costituzionale, adita nell’ambito di un giudizio in via principale, si è pronunciata su alcune importanti questioni inerenti al rapporto tra diritto e scienza⁸⁰.

Il giudizio in via incidentale rappresenta, al contrario, la via privilegiata grazie alla quale la Consulta viene investita di questioni riguardanti l’adeguatezza scientifica delle leggi. Il processo in via d’eccezione si presenta, per la sua stessa struttura, particolarmente sensibile alle modificazioni che occorrono nella vita della norma come effetto del mutamento determinato dal progresso della scienza e della tecnica, in quanto ha origine nell’ambito di una controversia pendente innanzi ad una autorità giurisdizionale chiamata a fare applicazione di una norma suppostamente incostituzionale che non potrebbe essere definita indipendentemente da una pronuncia di accoglimento della Corte⁸¹. Esso rappresenta l’esito di un compromesso tra le differenti opinioni che i Padri e le Madri costituenti avevano sulla natura e sulle funzioni da riconoscere alla

disposizione di legge deve avere attuale capacità lesiva, sulla base di un giudizio prognostico che sia in grado di rilevare un effettivo pregiudizio per le competenze riservate alla parte ricorrente.

⁷⁹ R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D’Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 7.

⁸⁰ Alcune di queste sono già state analizzate nel cap. I, ai paragrafi nn. 7 e 8, mentre altre saranno analizzate nel cap. III, in particolare ai paragrafi nn. 4 e 8.

⁸¹ Sulla differenza tra «pregiudizialità», «incidentalità» e «rilevanza» si veda, di recente, C. Padula, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali “astratte” in Italia*, Torino, 2018, pp. 162 ss.

Corte⁸², rispondendo alla duplice esigenza di non immischiarla nella politica accentuando la valenza giurisdizionale del suo lavoro, grazie al collegamento con le giurisdizioni comuni, e allo stesso tempo di salvaguardare la legalità costituzionale a mezzo di una pronuncia di accoglimento con efficacia *erga omnes*⁸³. In questo modo, la giurisdizione di legittimità costituzionale è venuta caratterizzandosi, in aggiunta, come un sistema efficace di protezione dei diritti e degli interessi individuali⁸⁴.

Il giudizio in via d'eccezione, in quanto forma di controllo sulla legge realizzato *a posteriori*, viene svolto in una fase della "vita" della norma che rende attuale e concreto – in capo a ciascun soggetto, pubblico o privato, che sia da essa pregiudicato – l'interesse alla sua espunzione mediante una pronuncia di accoglimento del Giudice delle leggi. Lo stretto collegamento che il meccanismo dell'incidentalità crea tra la "nuda testualità" della disposizione impugnata e il concreto modo di operare della norma da essa ricavata consente di garantire un vaglio della sua permanente costituzionalità. Inoltre, il collegamento che il giudizio incidentale crea tra la dimensione prescrittiva della norma e la dimensione del suo impatto sociale ne fa lo strumento principale di difesa dei diritti e delle libertà fondamentali, ed in generale dei valori e degli interessi costituzionali.

In passato, quindi, la 'concretezza' del giudizio in via incidentale veniva fondamentalmente ricondotta al vincolo genetico che univa il processo costituzionale al processo principale, il cui elemento qualificante veniva ora individuato nella tipologia di situazione giuridica soggettiva asseritamente violata dalla legge⁸⁵, ora nell'atto

⁸² In particolare, tra quanti propendevano per un controllo di tipo giurisdizionale affidato ad un giudice e quanti preferivano, al contrario, un controllo di natura politica affidato ad un comitato formato da membri nominati dal Parlamento. Sui diversi orientamenti circa l'opportunità di introdurre un controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi v. G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981, pp. 73 ss. Si veda, inoltre, anche G. Monaco, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi*, Milano, 2016, pp. 99 ss.

⁸³ G. Monaco, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi*, cit., p. 100.

⁸⁴ È bene precisare, infatti, che il giudizio in via incidentale non è stato pensato come «giurisdizione delle libertà», nonostante la sua inevitabile evoluzione in tal senso sia stata argutamente prevista dagli studiosi di area processual-civilistica (in specie Calamandrei e Cappelletti).

⁸⁵ Soprattutto negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, e ancor prima che la Corte costituzionale entrasse in funzione, quando i primi studiosi del processo costituzionale erano autorevoli processualciviliisti (si veda, ad esempio, M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, cit., pp. 49 ss.), la 'concretezza' del processo in via incidentale è stata intesa essenzialmente come 'pregiudizialità' della q.l.c. rispetto alla decisione della controversia del giudizio principale, ed è data quindi dal rapporto di strumentalità tra la risoluzione della questione di legittimità costituzionale e la definizione del processo principale.

introduttivo⁸⁶, ora in una particolare veste applicativa della norma impugnata⁸⁷. Si può dire che ciascuna di queste accezioni colga un aspetto della ‘concretezza’ del giudizio costituzionale incidentale, senza però esaurire tutte le ragioni per cui condivide tale attributo.

5.2 La ‘concretezza’ come apertura alla complessità del reale, in particolare con riguardo ai fatti tecnico-scientifici

Gli studi più recenti sul giudizio di costituzionalità accentuano, invece, un altro fattore che contribuirebbe a rafforzare la natura concreta del giudizio costituzionale, sia incidentale che principale. Ci si riferisce alle mutate forme del ragionamento giuridico del Giudice delle leggi, non più limitato a considerazioni di puro diritto, ma intriso di puntuali riferimenti al mondo dei fatti, al modo di essere delle cose. La Corte, infatti, quando si appresta a giudicare su una certa questione, non si limita a richiamare concetti dai contorni cristallini che (apparentemente) non abbisognano di più chiara definizione, ma si spinge a indagare la concreta realtà delle forme in cui si materializzano, rifacendosi spesso e volentieri alle elaborazioni delle scienze specialistiche.

Questo è tanto più vero quando si abbia a che fare con concetti tratti dalle scienze della vita, le quali, se non altro per l’importanza con cui impattano trasversalmente su tutti i settori della legislazione (secondo un fenomeno favorito dalla sofisticazione delle

⁸⁶ Secondo una autorevole ma isolata dottrina (M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, cit., pp. 238 ss.), la ‘concretezza’ è data dalla dipendenza dell’oggetto e dell’ampiezza dei motivi di doglianza alla base del giudizio costituzionale dall’atto introduttivo, ciò che determina anche un coefficiente di vicinanza della q.l.c. al rapporto controverso. Questa definizione pone in rilievo, essenzialmente, il modo in cui il giudizio *a quo* incide sul processo costituzionale, facendovi confluire una serie di elementi fattuali, inerenti soprattutto alle circostanze nelle quali si è concretizzato il caso, che in definitiva finiscono per conferirgli un valore esemplare.

⁸⁷ Secondo questa terza accezione, la ‘concretezza’ del giudizio costituzionale attiene al fatto che il suo oggetto non è limitato alle disposizioni impugnate, o alle norme da essa ricavabili nella loro astratta configurazione, ma è riferito ad una specifica e ben individuata interpretazione e/o applicazione della legge, la quale costituisce l’esito della prassi consolidata in seno alla giurisprudenza di merito e di legittimità e che, per tale ragione, rappresenta un dato di fatto oggettivo nell’ambito del quale ricevono attuazione i valori costituzionali. In questa terza ipotesi, oggetto del giudizio di costituzionalità non è la disposizione o la norma astrattamente prese, bensì il ‘diritto vivente’, cioè il diritto interpretato e applicato nella normale prassi delle aule di giustizia, nel valore e significato che univocamente o prevalentemente viene riconosciuto alle disposizioni legislative (in questo senso v. A. Pugiotto, *La “concretezza” nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994, pp. 91 ss.; P. Veronesi, *Conflitto tra poteri e giudizio incidentale a confronto: interesse ad agire, rilevanza e concretezza*, in *Giur. cost.*, n. 6/1995, pp. 3219 ss.; 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, pp. 266 ss.).

conoscenze in settori qualificati da una ineliminabile caratterizzazione tecnica), rendono oramai imprescindibile il riferimento alle più aggiornate conoscenze in materia. I fatti di scienza non si prestano, del resto, ad essere compresi in base agli strumenti della comune esperienza, ma si identificano piuttosto con l'opinione qualificata che la comunità di scienziati (o sue singole frange) si è formata con l'esperienza consolidata a mezzo dell'applicazione di norme tecniche e metodologie d'indagine specialistiche.

Tale ultimo aspetto, in particolare, è destinato a giocare un ruolo decisivo in quelle ipotesi nelle quali la Corte si sia spinta a ritagliare uno spazio di valutazione riservato agli scienziati, giusta il riconoscimento della intrinseca tecnicità del giudizio sotteso alla questione controversa, che non tollera interferenze da parte della politica, se non correndo il rischio di falsarne l'esito.

La questione, ad esempio, dell'efficacia di un trattamento terapeutico sperimentale o della nocività di una sostanza chimica, nella misura in cui venga in gioco nella verifica della conformità di una disposizione di legge ad un parametro costituzionale, è valutazione che non può essere rimessa alla discrezionalità della politica, ma deve essere vagliata dagli specialisti della materia, in modo che tale scrutinio preliminare possa orientare la produzione normativa verso soluzioni scientificamente razionali (e, quindi, ragionevoli sul piano costituzionalistico). Ciò comporta l'integrazione del ragionamento giuridico con considerazioni di fatto che non solo chiariscono l'interpretazione del disposto normativo, ma ne completano il contenuto precettivo in relazione alle singole fattispecie concrete.

I fatti di scienza giocano un ruolo "pregiudicante" in relazione a specifiche problematiche che, incidentalmente, presiedono alla definizione di una controversia processuale. L'incessante progresso scientifico e la sofisticazione tecnologica sottopongono all'attenzione degli studiosi problemi sempre nuovi che, a cagione della potenziale conflittualità sottesa al dipanarsi dei rapporti sociali, ben potrebbero trasfondersi *sub specie* di questioni tecnicamente pregiudiziali rispetto alla *quaestio iuris* sottoposta a decisione con la domanda di parte.

Nei termini dinanzi esposti, la 'concretezza' del giudizio del giudizio in via incidentale viene misurata sia dal grado di vicinanza del controllo di costituzionalità rispetto alla vicenda giudiziaria da cui origina la relativa questione, sia dall'apertura, nel ragionamento del Giudice delle leggi, a considerazioni inerenti alla fattualità. Un

giudizio, cioè, che è concreto in quanto non sia relegato all'astratta previsione delle norme, ma aperto alla complessità del reale, che si integra si plasma e si adatta al modo di essere del dato empirico, inserendosi – per quel che più rileva nel presente lavoro – nella «dinamica relazionale tra dimensione scientifica e costituzionale»⁸⁸.

L'apertura al dato scientifico non vuol dire, però, che questo goda dell'assoluta priorità rispetto ad ogni altro genere di considerazione, giuridica o fattuale. Come si è ricordato, il dato scientifico rappresenta solo uno dei fattori extra-normativi potenzialmente rilevanti nel giudizio sulle leggi. Il carattere pluralistico del nostro ordinamento costituzionale impone di considerare tutti gli aspetti della vicenda trattata, evitando di scadere in atteggiamenti che virino verso lo scientismo o, all'opposto, verso l'anti-scienza.

Questa nuova concezione della 'concretezza' comporta, in altre parole, che sia dato il giusto peso a tutti gli elementi di cui si compone la fattispecie regolata, evidenziandone sia la rilevanza scientifica sia, ad esempio, le implicazioni etiche e sociali. All'atto pratico ciò significa che l'interprete, quando si trovi a decidere una controversia che presenta vari aspetti di rilievo, di natura anche scientifica, non possa limitarsi a risolverla, *sic et simpliciter*, sulla sola base dei rilievi di natura scientifica, ma debba preliminarmente procedere ad una ricognizione completa di tutti gli aspetti rilevanti e, quindi, alla loro gerarchizzazione alla luce degli interessi sottesi alla vicenda sostanziale.

Come meglio si vedrà nell'analisi della casistica giurisprudenziale⁸⁹, il dato di fatto (quindi, all'uopo, anche scientifico) ha un carattere orientativo del 'verso' della decisione, perché permette di individuare l'interesse cui dare la prevalenza nell'atto del bilanciamento. La stretta dipendenza delle operazioni di bilanciamento dal contesto fattuale in cui operano i principi in concorrenza tra loro è dovuta alla natura formale di questi, quali regole senza fattispecie che necessitano di un punto di riferimento per condizionare la loro applicazione ad un caso della vita. Come è stato giustamente scritto, «la situazione concreta, che consente di affermare la prevalenza di un diritto sull'altro, svolge il doppio ruolo di *condizione* nella formula che esprime la prevalenza di un

⁸⁸ S. Penasa, *Presupposti scientifici delle leggi e giudizio di costituzionalità: spunti dal diritto comparato*, in M. D'Amico, F. Biondi, *La Corte costituzionale e i fatti. Istruttoria ed effetti delle decisioni*, Torino, 2018, p. 258.

⁸⁹ Alla quale sarà dedicato l'intero cap. III.

principio, e di *presupposto di fatto* di una *regola*», con l'importante conseguenza che «le circostanze di fatto possono costituire la *fattispecie astratta* della protasi di una norma condizionale»⁹⁰.

Il compito della Corte costituzionale consiste nel verificare che il legislatore abbia correttamente individuato e adeguatamente valorizzato tutti gli elementi fattuali connessi agli interessi confliggenti, e ne abbia dato una sistemazione conforme sia alle norme costituzionali sia alle evidenze extra-giuridiche che, in relazione alla fattispecie normata, siano dotate di valore normativo⁹¹.

6. Norma-parametro e norma-oggetto nel prisma dell'interpretazione "scientificamente orientata"

Si è detto che le norme giuridiche traggono perenne alimento dall'interazione con i fatti della realtà extra-normativa nelle pieghe dei quali trovano applicazione.

Il linguaggio normativo non è autosufficiente rispetto al proprio oggetto. La lingua del diritto si serve inevitabilmente di concetti propri di altre discipline: evoca strutture sociali, situazioni di mercato, applicazioni tecniche, condizioni mediche. Esse sono il frutto dell'elaborazione teorica degli esperti di ciascuna comunità scientifica e sono assunti a strumenti di rappresentazione della complessità sociale rispetto ai quali legislatori e giudici non possono rimanere indifferenti, dovendo per forza di cose farvi riferimento.

Il rinvio alle definizioni elaborate dalle altre scienze per circoscrivere il significato di concetti giuridicamente rilevanti è, come si è visto nel primo capitolo, una strategia efficace per assicurare la comunicabilità di risultati tra scienza e diritto. Non sempre, però, la scienza offre al diritto le certezze necessarie a superare le difficoltà che si incontrano

⁹⁰ R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 40 (corsivi testuali).

⁹¹ Sul punto è doveroso il riferimento a A. Cerri, *Sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti della legge e degli atti aventi forza di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, pp. 420 ss., p. 424, il quale fu tra i primi a contestare l'idea che il controllo della Corte «si estende unicamente a quegli atti che hanno questo nome [leggi o atti aventi forza di legge, ndr], mentre invece il controllo relativo ai presupposti spetterebbe al giudice ordinario». Si deve ricordare che al momento della pubblicazione del saggio la Corte costituzionale non aveva ancora raggiunto il primo decennio di funzionamento e che la dottrina assolutamente maggioritaria aderiva ancora all'idea che il giudizio di legittimità costituzionale si basasse su un mero raffronto tra norme. La stessa Corte stava, però, superando l'orientamento che limitava il proprio sindacato al controllo di uguaglianza formale e cominciava, quindi, a controllare la consistenza delle ragioni di fatto che giustificassero eventuali differenziazioni di trattamento.

di fronte ai “casi difficili”. Lo scoglio interpretativo può riguardare tanto la norma-oggetto quanto la norma-parametro.

Da un punto di vista giuridico, i concetti presi a prestito dal lessico di altre discipline si configurano come ‘concetti giuridici indeterminati’. Essi sono *in primis* concetti giuridici, essendo richiamati nella legge ed indispensabili ai fini dell’applicazione delle norme; essi sono, però, anche concetti indeterminati, perché si configurano come valvole di sfogo la cui struttura semantica rimanda a una realtà extra-normativa alla quale possono ascrivere diversi oggetti, la cui specificazione viene rinviata al momento applicativo. Tale onere incombe normalmente sui soggetti incaricati dell’attuazione della legge (gli organi amministrativi e giurisdizionali), ma vi sono numerosi casi nei quali la legge prevede procedure amministrative specializzate che affidano tale compito non ad un qualsiasi organo tecnico, ma a organi tecnico-amministrativi dotati di una formazione specialistica altamente qualificata che dovrebbe rendere (in ipotesi) la loro valutazione più attendibile.

Talvolta, in ragione della difficoltà di definire in maniera sufficientemente chiara taluno di quei concetti, è lo stesso legislatore che ne fornisce una definizione più circoscritta per non lasciare eccessiva discrezionalità agli organi delegati ed evitare il rischio che venga fatta un’applicazione disomogenea della legge. Un esempio è dato dall’art.1, co. 5 della l. n. 219/2017, laddove il legislatore, consapevole delle divisioni che si erano registrate nella giurisprudenza, anche delle supreme giurisdizioni⁹², ha stabilito che «[a]i fini della presente legge, sono considerati trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l’idratazione artificiale, in quanto somministrazione, su prescrizione medica, di nutrienti mediante dispositivi medici».

Nella maggior parte dei casi, invece, il legislatore preferisce rimanere silente, in modo da salvare l’effimero equilibrio raggiunto in sede politica con l’approvazione della legge, scaricando così sugli organi che ne siano incaricati dell’applicazione l’onere di risolvere le eventuali problematiche sul punto sollevate. Si tratta, in prevalenza, di

⁹² Com’è noto, per lungo tempo la giurisprudenza di merito e di legittimità si è rifiutata di considerare i trattamenti di NIA (nutrizione e idratazione artificiale) alla stregua di “trattamenti sanitari”, per i quali fosse applicabile la norma di cui all’art. 32, co. 2 Cost., che riconosce a ciascun individuo il diritto di rifiutare i trattamenti sanitari. La questione era stata autorevolmente risolta dalla Corte di Cassazione con il “caso Englaro” (Cass., sez. I civ., n. 21748/2007), nella quale i giudici di legittimità avevano concluso per la sussumibilità dei trattamenti di NIA tra i trattamenti aventi natura sanitaria, richiamando sul punto le conclusioni raggiunte nel dibattito scientifico internazionale.

situazioni nelle quali la scienza stessa non è in grado di dare risposte, per cui la discrezionalità interpretativa degli organi delegati cresce considerevolmente e le soluzioni proposte variano a seconda del metodo e dal punto di vista prescelto dall'interprete. Caso emblematico è quello che ha interessato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella ricerca di una definizione condivisa di 'embrione umano', questione tecnicamente pregiudiziale rispetto alla determinazione dell'ambito di applicazione della direttiva sui brevetti delle invenzioni biotecnologiche⁹³.

La difficoltà era data dal fatto che l'art. 6, co. 2, lett. c) della direttiva vieta la brevettabilità delle «utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali o commerciali», coerentemente a quanto stabilito dal Considerando 38 della direttiva, ai sensi del quale «[...] i procedimenti la cui applicazione reca pregiudizio alla dignità umana, come ad esempio i procedimenti per la produzione di esseri ibridi risultanti da cellule germinali o totipotenti umane o animali, devono ovviamente essere esclusi anch'essi dalla brevettabilità». La questione si poneva, in particolare, rispetto a tutti quei procedimenti sperimentali il cui effetto fosse di avviare un processo di sviluppo simil-embrionale della cellula uovo in assenza di fecondazione (quali ad esempio il trasferimento nucleare e la partenogenesi⁹⁴), e al connesso problema circa la possibilità di sussumere l'entità così prodotta nel concetto di 'embrione'.

In un primo momento, nel caso *Brüstle*⁹⁵, la Corte di Giustizia aveva concluso che dovesse ricomprendersi nella definizione di 'embrione' qualunque entità biologica che fosse dotata della intrinseca capacità di svilupparsi in un essere umano, prescindendo dalla considerazione delle modalità attraverso le quali viene svolto tale processo, quindi in ipotesi anche gli "embrioni" non prodotti mediante fecondazione. Nel giro di pochi

⁹³ Direttiva n. 98/44/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla protezione delle invenzioni biotecnologiche.

⁹⁴ Il trasferimento nucleare è una procedura che consiste nell'impianto di un nucleo proveniente da una cellula umana matura in ovuli umani non fecondati. La partenogenesi è invece una procedura per mezzo della quale ovuli umani non fecondati vengono stimolati a dividersi e svilupparsi, dando luogo ad un processo biologico simile alla divisione embrionaria.

⁹⁵ Grande Sezione della CGUE, causa C-34/10, 18 ottobre 2011, *Oliver Brüstle v. Greenpeace eV*. Tra i commentatori italiani cfr. L. Violini, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quad. cost.*, n. 1/2012, pp. 145 ss.; A. Spadaro, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi...e altrettanti difetti (in dialogo con Lorenza Violini)*, in *Quad. cost.*, n. 2/2012, pp. 438 ss.; P. I. D'Andrea, *La Corte di giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali (Nota a Gr. Sez., 18 ottobre 2011, C-34/10, Olivier Brüstle v. Greenpeace eV.)*, in *Forum di Quad. cost.*, 10 luglio 2012.

anni, tuttavia, la Corte di Giustizia, richiesta una seconda volta di esprimersi in relazione al medesimo problema nel caso *International Stem Cell*, ha fatto un passo indietro (senza, tuttavia, contraddire il principio di fondo espresso tre anni prima) e, sulla base delle ulteriori evidenze scientifiche acquisite, ha escluso che il prodotto dei procedimenti di manipolazione dell'ovulo diversi dalla fecondazione (nella specie si trattava della partenogenesi) siano entità suscettibili nel concetto normativo di 'embrione', dal momento che le scoperte scientifiche più recenti avrebbero dimostrato che tali organismi non posseggono la capacità intrinseca di svilupparsi in un essere umano⁹⁶.

La vicenda è estremamente rilevante in relazione al discorso sviluppato in queste pagine. Nonostante l'esito del secondo caso sia diametralmente opposto rispetto al primo, la Corte di Giustizia non fa propriamente *revirement* della prima pronuncia, ma si limita a precisarne un passaggio dando atto che le più recenti scoperte scientifiche avrebbero permesso *medio tempore* di negare l'equivalenza biologica tra l'embrione propriamente detto e tutte le altre entità biologiche para-embriionali prodotte senza fecondazione, provocando così la «rivalutazione della suscettibilità di una determinata entità biologica al concetto di "embrione"» e la «conseguente riduzione dell'ambito di applicazione della disposizione limitativa della libertà di brevettare invenzioni che utilizzino tali entità biologiche»⁹⁷.

Il recepimento del dato scientifico concorre, pertanto, alla concreta perimetrazione del contenuto precettivo delle norme, ampliando le libertà o confermando divieti, creando diritti o istituendo obblighi. Ciò vale tanto nel caso in cui il concetto scientifico sia contenuto nella norma-parametro, quanto nella norma-oggetto.

L'ipotesi più frequente è quella in cui sono le norme di legge o di regolamento a creare problemi di coordinamento con il versante scientifico, soprattutto nel caso in cui la disciplina apprestata produca un effetto che concretamente tradisce lo scopo da perseguire. Particolarmente eloquente è, in proposito, la normativa italiana sulla PMA, la quale, approvata con lo scopo – tra gli altri – di tutelare la salute fisica e riproduttiva della

⁹⁶ Grande Sezione della CGUE, causa C-364/13, 18 dicembre 2014, *International Stem Cell Corporation v. Comptroller General of Patents, Designs and Trade Marks*. In commento v. S. Penasa, *La Corte di giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di "embrione umano": l'ultima (?) fase della "saga" Brüstle*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, pp. 213 ss.

⁹⁷ S. Penasa, *Le "scientific questions" nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali*, in *BioLaw J.*, n. 1/2016, pp. 39 ss., in specie p. 48.

donna, inizialmente vietava in assoluto la possibilità di esperire la diagnosi genetica preimpianto sugli embrioni destinati all'impianto in utero (non consentendo, quindi, la selezione degli embrioni sani), con la conseguenza che in caso di grave malformazione del feto o di altri rischi associati alla gravidanza l'unico rimedio a disposizione della donna sarebbe stato un trattamento sanitario ben più invasivo e pericoloso, cioè l'aborto. La mancata considerazione del dato scientifico ha ridonato, quindi, in una valutazione non corretta del rapporto rischi/benefici associati alla pratica della PMA, in correlazione con il complesso normativo sui diritti riproduttivi presenti in altre parti dell'ordinamento⁹⁸.

Non mancano, tuttavia, casi interessanti nei quali le cognizioni di scienza valgono ad interpretare il disposto della norma-parametro, aiutando a circoscriverne il concreto ambito di applicazione e, conseguentemente, l'estensione delle garanzie da esso offerte.

Tipico esempio è dato dall'individuazione del significato da attribuire al sintagma 'trattamento sanitario' imposto in base alla legge (quindi: obbligatorio) di cui all'art. 32, co. 2 Cost. Al pari di tutti i concetti semanticamente indeterminati, l'espressione soggiace ad un'interpretazione più o meno stretta a seconda di come si intenda ciascuno dei due elementi che la compongono – il "trattamento" riferito all'ambito "sanitario" –; interpretazione alla quale possono sicuramente imputarsi alcune pratiche mediche (si pensi all'iniezione endovena di composti chimici utilizzati per finalità sanitarie), mentre può presentare maggiori incertezze quando si tratti di ascrivervi trattamenti che, in quanto funzionali al sostegno vitale alla persona, vengono ritenuti imprescindibili e indipendenti dall'ambito medico (si pensi ai già citati trattamenti di NIA)⁹⁹, o altri comportamenti imposti per legge che si connotano per la loro efficacia sul piano della prevenzione medica (si pensi all'obbligo di indossare la mascherina chirurgica nei luoghi pubblici o aperti al pubblico, o ancora all'obbligo di pulirsi le mani con gel disinfettante al momento dell'entrata in luoghi chiusi)¹⁰⁰.

⁹⁸ Il riferimento è alla sent. n. 96/2015, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità del divieto assoluto di diagnosi genetica pre-impianto. Questa decisione sarà oggetto di puntuale analisi nel cap. III, par. 4.2.

⁹⁹ Sul punto v. P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, 2007, pp. 228 ss.

¹⁰⁰ Com'è noto, è oggi largamente superata la tesi che distingue i concetti giuridici indeterminati dalla generalità dei termini giuridici sulla base del fatto che i secondi sono facilmente comprensibili e non necessitano d'interpretazione, mentre i primi si caratterizzerebbero per un contenuto indefinito per la cui concretizzazione all'atto pratico viene lasciata ampia discrezionalità all'organo d'attuazione e/o esecuzione

Ma il discorso può estendersi – per rimanere nel contesto italiano – alla recentissima modifica costituzionale con la quale è stato modificato l’art. 9 Cost. inserendo un nuovo comma 3, nel quale viene previsto tra i compiti della Repubblica la tutela, oltre che dell’ambiente, della ‘biodiversità’ e degli ‘ecosistemi’¹⁰¹. Sono, questi, termini tecnici entrati nel discorso comune solo in tempi molto recenti, grazie alla diffusione di una maggiore sensibilità verso i temi dell’ecologia e della sostenibilità ambientale, oltre che ad un mutato atteggiamento delle società odierne verso i diritti delle generazioni future, i quali, però, se impiegati nel discorso giuridico, assumono una specifica connotazione teleologica.

Nell’interpretare il concetto di ‘biodiversità’, ad esempio, il giudice deve preliminarmente conoscere il risultato pratico alla cui realizzazione tende il referente normativo, e di conseguenza individuare le buone pratiche attraverso cui si attua il nuovo valore tutelato dalla norma costituzionale. È evidente che il termine ‘biodiversità’ sarebbe una scatola vuota riempibile a piacimento se non se ne circoscrivesse l’ambito semantico alla definizione concettuale elaborata dalle scienze biologiche e ambientali, secondo i criteri e gli *standard* elaborati dagli esperti. Ciò che, del resto, sarebbe coerente con l’intento del legislatore della riforma costituzionale, che è di “dar voce” ad un interesse a chiara connotazione scientifica, la cui conservazione è un bene attuabile solo osservando le leggi della natura e le indicazioni della scienza.

Un altro caso in cui, infine, l’interpretazione delle norme-parametro si giova del contributo offerto dalle scienze della vita per la determinazione del loro spazio applicativo è quello in cui la protezione dell’embrione viene assunta a obiettivo di valore costituzionale. È noto, tuttavia, che le scoperte intervenute nel settore dell’embriologia hanno permesso di accertare che tra il momento della fecondazione e il momento della formazione del feto la vita embrionale attraversa una pluralità di stadi, ciascuno caratterizzato da un diverso grado di complessità nello sviluppo dell’embrione. Da un

della legge. Tale assunto è destituito, oggi, in larga parte di fondamento, considerato da un lato che non solo il lessico giuridico, ma il linguaggio in generale si caratterizza per un inevitabile margine d’incertezza; dall’altro che anche i concetti giuridici indeterminati si compongono di un nucleo semantico facilmente determinabile (*Begriffskern*), cui si aggiunge un secondo livello semantico, ad ampiezza variabile, che tuttavia, allontanandosi progressivamente dal nucleo centrale, si dirada sempre di più fino a diventare sempre più opinabile (*Begriffshof*). Cfr. M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., pp. 110-111 e, con riguardo ai diversi tipi di ‘indeterminatezza’, p. 101, nt. 74.

¹⁰¹ Come modificato dall’art. 1, co. 1 della l. cost. n. 1/2022.

punto di vista biologico, una ‘vita’ esiste sin dal momento della fecondazione, dal momento che anche un embrione fecondato *in vitro* (al di fuori dell’utero materno) costituisce una forma di vita potenzialmente in grado di svilupparsi, una volta impiantato, in un essere umano. Da un punto di vista giuridico, tuttavia, il problema interpretativo consiste nello stabilire il momento temporale nel quale quell’entità definita ‘embrione’ comincia a godere della protezione dell’ordinamento giuridico. Si tratta, quindi, di chiarire se lo scopo del Costituente fosse di proteggere l’embrione in sé e per sé oppure l’embrione nella sua concreta possibilità di svilupparsi in una vita umana, dopo essere stato impiantato in utero. Assumere la fecondazione (intesa come l’unione del gamete femminile e di quello maschile) ovvero l’attecchimento nell’utero materno quale momento rilevante dal quale scatta la protezione costituzionale del bene giuridico tutelato non è indifferente in punto di coordinamento con la tutela che la Costituzione garantisce ad altri beni di pari rango, come il diritto all’integrità fisica e alla salute della donna¹⁰².

In tutte queste ipotesi «viene a porsi a livello giurisprudenziale l’esigenza di chiarire il contenuto scientifico di una norma – sia essa oggetto o parametro di giudizio – e la concomitante valutazione operata dalle corti relativa alla necessità e opportunità di svolgere direttamente, all’interno del giudizio, tali valutazioni; con un impatto diretto ed evidente sulle modalità e sulla estensione dell’esercizio dei poteri di scrutinio»¹⁰³.

7. *Struttura del controllo di costituzionalità, motivi della questione e/o del ricorso e rilievo dei fatti in punto di ammissibilità della q.l.c.*

La Corte giudica delle disposizioni normative sempre in un’ottica contenziosa¹⁰⁴, quale organo giurisdizionale¹⁰⁵ la cui funzione è di valutare se l’atto impugnato sia

¹⁰² In relazione al problema della definizione del concetto di ‘embrione’ numerosi e puntuali riferimenti possono rinvenirsi in S. Penasa, *Le “scientific questions” nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa*, cit., pp. 49 ss., con esempi tratti sia dalla giurisprudenza costituzionale comparata sia dalle pronunce delle Corti internazionali dei diritti umani (Corte EDU e Corte Interamericana dei diritti dell’uomo).

¹⁰³ Così. S. Penasa, *Presupposti scientifici delle leggi e giudizio di costituzionalità*, cit., p. 261.

¹⁰⁴ Il carattere contenzioso dell’attività della Corte è una preconditione affinché se ne possa predicare la sua natura giurisdizionale, in contrapposizione alla sua anima politica. Cfr.

¹⁰⁵ Il dibattito sulla natura anfibia, politica e giurisdizionale, della Corte è tuttora aperto in dottrina. Tra i molti contributi sul tema cfr. R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*. *Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Riv. AIC*, n. 3/2017; L. D’Andrea, *La natura giurisdizionale della Corte costituzionale tra rappresentanza politica ed esigenza di chiusura del sistema*, in E. Bindi, M. Perini,

invalido per ragioni legate alla competenza ad approvarlo, alle forme procedurali prescritte per la sua formazione, oppure con riguardo alla conformità delle sue previsioni sostanziali ai valori costituzionali che con esso atto si va ad implementare, oppure – nel caso in cui l’atto legislativo non si ponga immediatamente come strumento di attuazione del valore costituzionale – nel cui tracciato s’incanali. In quest’ultimo caso, la legittimità della legge o dell’atto equiparato viene contestata per profili che possono spaziare dalla carenza dell’istruttoria all’adeguatezza della soluzione tecnica adottata, fino alla contestazione della ragionevolezza e proporzionalità del bilanciamento tra i beni giuridici concorrenti.

In questo modo, la disposizione di legge impugnata viene conosciuta dal suo Giudice non “puramente” e “semplicemente”¹⁰⁶, ma alla luce dello specifico profilo giuridico che il ricorrente/remittente contesta¹⁰⁷, essendo che «l’estensione e le modalità del sindacato sui fatti sono strettamente collegate alla prospettazione del caso, e variano perciò in ragione della specifica configurazione che assume ciascuno degli elementi che definiscono l’impugnazione, cioè i “termini” e i “motivi” della questione di legittimità costituzionale»¹⁰⁸.

Si tratta di un meccanismo che serve a perimetrare il raggio entro il quale la Consulta conosce della norma/disposizione, essendo la Corte legittimata a conoscerne limitatamente alle sole parti di essa che rivelino problematiche applicative in seno alla vicenda contenziosa dalla quale originano.

Infatti, il motivo specifico di ricorso/questione di legittimità avverso la legge non può essere prospettata in maniera meramente astratta (o eventuale o assurda), perché la censura formulata contro la legge deve corrispondere ad una ragione di effettiva doglianza, per rimediare alla quale sia assolutamente indispensabile una pronuncia di accoglimento della Corte. Inoltre, l’esame dei presupposti di fatto della legge e delle circostanze concrete nelle quali essa trova applicazione deve essere strettamente

A. Pisaneschi (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, pp. 313 ss.

¹⁰⁶ E. Olivito, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Riv. del Gruppo di Pisa*, 2017, p. 4.

¹⁰⁷ A. Cerri, *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1978, I, pp. 324 ss.

¹⁰⁸ Così R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., p. 339.

funzionale al controllo della sua ragionevolezza nel quadro della materia che va a regolare

109

7.1 I fatti di scienza nella valutazione della «rilevanza» e «non manifesta infondatezza» della q.l.c.: il necessario riferimento allo stato attuale del dibattito scientifico e dell'innovazione tecnologica come vaglio preliminare delle condizioni di accesso alla giustizia costituzionale

La ricostruzione del contesto scientifico-tecnologico entro cui la norma impugnata trova applicazione è, dunque, un passaggio ineludibile per valutare la necessità di dover ottenere una pronuncia del Giudice delle leggi e decidere il caso in maniera conforme a Costituzione.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte in relazione all'oggetto del sindacato di legittimità costituzionale, il giudice comune si trova gravato dall'onere di dare una interpretazione razionale alle disposizioni di legge di cui è tenuto a fare applicazione: egli è, in sostanza, chiamato ad accordare la realtà tendenzialmente statica delle norme con la realtà tendenzialmente mutevole della scienza e della tecnologia. La imprevedibile mutevolezza che talora caratterizza alcuni settori delle biotecnologie assegna al giudice il compito di monitorare di volta in volta la perdurante sostenibilità dell'opzione

¹⁰⁹ Generalmente, la Corte costituzionale rinuncia a svolgere controlli approfonditi sull'esistenza delle premesse di fatto sulle quali il legislatore si sarebbe basato per disciplinare la materia oggetto della legge. Tradizionalmente è invalsa, infatti, una presunzione di attendibilità delle valutazioni del legislatore circa la consistenza dei presupposti di fatto e delle prognosi che stanno a monte della legge; tuttavia, tale presunzione non è assoluta, dal momento che la stessa Corte costituzionale si è in passato riservata di sanzionare la legge o l'atto equiparato che mancasse manifestamente dei presupposti per la sua emanazione (per la mancanza dei presupposti per l'emanazione dei decreti legge, quale vizio che inficia sia il decreto-legge sia la legge di conversione, cfr. *ex multis* Corte cost., sentt. nn. 149/2020, 97/2019, 287/2016, 10/2015, 93/2011, 83/2010, 128/2008, 171/2007, 29/1995, avendo in quest'ultima stabilito, a punto n. 2 del C.i.D., che «la pre-esistenza di una situazione di fatto comportante la necessità e l'urgenza di provvedere tramite l'utilizzazione di uno strumento eccezionale, quale il decreto-legge, costituisce un requisito di validità costituzionale dell'adozione del predetto atto, di modo che l'eventuale evidente mancanza di quel presupposto configura tanto un vizio di legittimità costituzionale del decreto-legge, in ipotesi adottato al di fuori dell'ambito delle possibilità applicative costituzionalmente previste, quanto un vizio *in procedendo* della stessa legge di conversione, avendo quest'ultima, nel caso ipotizzato, valutato erroneamente l'esistenza di presupposti di validità in realtà insussistenti e, quindi, convertito in legge un atto che non poteva essere legittimo oggetto di conversione»). Sul punto v. A. Cerri, *Sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti della legge*, cit., pp. 420 ss.: Id., *Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere «privilegiato» delle valutazioni legislative*, in *Giur. cost.*, 1986, I, pp. 956 ss., per il quale la Corte ha avallato una sorta di «presunzione favorevole» per le valutazioni compiute dal legislatore, soprattutto quando le scelte operate possano dar luogo a dubbi di carattere tecnico, scientifico o politico. Privilegio che si risolve, in definitiva, in una sorta di «onere della prova» per chi assume l'incostituzionalità della norma.

normativa espressa nella legge, e di mediare tra due realtà soggette a dinamiche in parte diverse, perché «mentre infatti la norma cristallizza la fattispecie per obbedire ai dettami imposti dalla certezza del diritto, la scienza non conosce che risultati transitori, continuamente sottoposti a verifiche empiriche di stampo sperimentale»¹¹⁰.

Tale si potrebbe definire la ‘condizione esistenziale’ delle norme giuridiche, caratterizzate da una connaturale caducità che le porta a soccombere dinanzi al continuo rinnovamento della scienza. E tuttavia questo non è un destino ineluttabile per le disposizioni normative, le quali – se costruite in maniera strutturalmente flessibile – posseggono le qualità per resistere ad un vaglio ermeneuticamente orientato di costituzionalità. In altre parole, l’onere di esperire un tentativo di interpretazione conforme a Costituzione vale anche – se non soprattutto – nel caso di questioni scientificamente connotate, le quali pongono il giudice nella necessità di interpretare la disposizione di legge anche alla luce delle evidenze scientifiche e sperimentali che condizionano la sua applicazione. Il vincolo è, dunque, duplice: da un lato, verso la Carta fondamentale, quale fonte di rango superiore alla quale deve essere parametrata la disposizione di legge; dall’altro, lo stato attuale del contesto scientifico e tecnologico nell’ambito del quale essa si inserisce, e che funge da elemento normativo integrativo e specificativo del parametro costituzionale¹¹¹.

Alla luce di questi principi, la Consulta ha affermato, nella sentenza n. 114 del 1998 (nel solco del medesimo orientamento giurisprudenziale iniziato con la sentenza n. 356 del 1996), che per giungere ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale

¹¹⁰ Così 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.*, n. 3/1998, p. 975.

¹¹¹ Illuminanti in merito le parole di G. D’Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 174, per il quale «la natura parametrica del contesto scientifico (come pure di tutti i contesti fattuali) deriva dalla sua capacità di ergersi ad ineliminabile punto di riferimento per valutare il grado di coerenza di qualsiasi atto giuridico rispetto ai valori costituzionali». In questo senso anche C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Riv. AIC*, n. 2/2016, pp. 1 ss.; ma già prima in Id., *Introduzione al biodiritto*, Torino, III ed. 2012, p. 177.

Una tale ricostruzione del parametro quale elemento di raffronto cui rapportare l’oggetto del processo costituzionale nella valutazione della sua legittimità si connette, peraltro, su un piano teorico-generale, al tema della legittimazione del potere nello Stato costituzionale, la cui architettura istituzionale si basa su un sistema di conferimento del potere che conosce plurime sorgenti di legittimazione. In questo senso, Antonino Spadaro ne distingue tre forme: una “dal basso” (democratica) e due “dall’alto” (scientifica e costituzionale). Cfr. A. Spadaro, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D’Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2006, pp. 569 ss.

«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 e una applicazione razionali da parte del giudice»¹¹². Vale a dire, non ogni «contraddizione tra scienza e norma»¹¹³ si traduce automaticamente in una censura di costituzionalità, ma solo quell'irrimediabile scostamento della disciplina legislativa rispetto agli approdi attuali della scienza e della tecnologia che ostino ad una riconduzione della situazione normativa ad un compromesso ragionevole capace di conciliare il dato scientifico con quello assiologico.

L'irrimediabile contrasto tra legge e scienza si traduce, pertanto, in una condizione che determina la sicura rilevanza della q.l.c. e, di pari modo, la sua non manifesta infondatezza, dal momento che il contrasto «con quelli che ne dovrebbero essere i sicuri riferimenti scientifici» evidenzia un vizio di costituzionalità che non è di natura meramente dubitativa, ma inconfutabile, impedendo la «rispondenza alla realtà delle situazioni che il legislatore ha inteso definire»¹¹⁴.

Stesso discorso vale per il caso in cui il giudice *a quo* sollevi l'incidente di costituzionalità sul presupposto che la questione scientifica abbia carattere necessariamente condizionante rispetto al contenuto precettivo della legge, ed in specie che una disciplina diversa da quella positivamente stabilita si renda necessaria rispetto ai supremi principi costituzionali (come tipicamente accade quando viene evocato il principio di uguaglianza), mentre successivamente la Corte si risolve a rigettare nel merito la questione per come prospettata, negando al fattore tecnico-scientifico quel carattere determinante di cui il giudice remittente si diceva convinto. Il fatto che la Consulta non condivida la motivazione per la quale il giudice *a quo* ha sospeso il processo e rimesso gli atti alla Corte è circostanza che non incide sulla sua ammissibilità, ma investe il merito della questione. Così, la questione scientifica inerente alla nocività dei prodotti da inalazione senza combustione o al divieto assoluto di accedere ad un trattamento di PMA può essere considerata rilevante e non manifestamente infondata dal giudice del processo

¹¹² Corte cost., sent. n. 114/1998, punto unico del C.i.D.

¹¹³ G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 233.

¹¹⁴ Corte cost., sent. n. 114/1998, punto unico del C.i.D.

principale¹¹⁵, il quale si rivolge al Giudice delle leggi con l'auspicio di ottenere una pronuncia di accoglimento che introduca nell'ordinamento una norma di contenuto opposto rispetto a quella impugnata; tuttavia, se la Corte non è della stessa idea, ciò non significa che la questione fosse inammissibile, ma solo infondata (nel merito). Ciò che, in definitiva, conta ai fini dell'ammissibilità della q.l.c. è che essa sia rilevante e non manifestamente infondata nella prospettiva del giudice *a quo*, non del giudice *ad quem*, ché altrimenti si avrebbe una indebita inversione dell'ordine di esame delle questioni di merito rispetto a quelle di rito.

La situazione, inoltre, non muta nel caso in cui il contrasto tra legge e scienza non sia così palese, diretto ed irrimediabile di primo acchito, e tuttavia il giudice ritenga di non poter fornire una interpretazione plausibile della disposizione capace di accordare la norma di legge con lo stato delle evidenze scientifiche disponibile. Sul punto bisogna ricordare che, secondo un orientamento giurisprudenziale recente, «l'onere di interpretazione conforme viene meno, lasciando il passo all'incidente di costituzionalità, allorché il tenore letterale della disposizione non consenta tale interpretazione»¹¹⁶, e che anche l'esistenza di un orientamento formatosi su una certa interpretazione conforme a Costituzione non fa venir meno la rilevanza della q.l.c. nel caso in cui il giudice *a quo* abbia puntualmente indicato le ragioni che lo inducono a discostarsi da esso, in base al

¹¹⁵ Il riferimento è a due (tre per la precisione) decisioni della Corte costituzionale, due in materia di tassazione dei prodotti succedanei del tabacco (sent. n. 83/2015 e sent. n. 240/2017) e una in materia di accesso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie formate da due donne (sent. n. 221/2019). Quanto alle prime due, nonostante l'esito dell'una e dell'altra sia sostanzialmente diverso, bisogna notare che i giudici rimettenti avevano sottoposto la questione alla Corte sull'assunto che non fosse costituzionalmente legittimo sottoporre ad una medesima aliquota prodotti aventi un diverso un diverso grado di pericolosità per la salute umana. La Corte costituzionale ha accolto la questione nel primo caso, mentre l'ha rigettata nel secondo: mentre in un primo momento la Corte aderisce pienamente agli argomenti adottati nell'ordinanza di rimessione, successivamente fa un passo indietro, sostenendo che il recupero a tassazione dei prodotti succedanei del fumo potesse trovare giustificazione anche in ragioni di carattere non esclusivamente scientifico. Nell'altro caso, relativo alla PMA per le coppie omosessuali femminili, mentre l'ordinanza di rimessione viene argomentata prevalentemente a partire dal supposto contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), la Corte costituzionale ha rigettato la questione sostenendo che la disparità di trattamento fosse giustificata da ragioni che vanno oltre la scienza, come quelle di carattere culturale, sulla base del fatto che la prevalente opinione della società italiana ritiene che il migliore interesse del minore sia perseguito garantendogli di nascere in un contesto formato da un padre e da una madre.

Come si vede, il fattore scientifico era stato invocato dai giudici remittenti come “carta vincente” della questione di costituzionalità, mentre il fatto che la Corte costituzionale abbia dato una diversa motivazione a sostegno della legittimità delle norme impuginate non fa venir meno la sicura ammissibilità della questione.

¹¹⁶ Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 2 del C.i.D. In senso conforme, *ex plurimis*, sentt. n. 268/2017, n. 83/2017, n. 241/2016, n. 36/2016, n. 219/2008.

principio secondo cui «la possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice a quo non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità»¹¹⁷.

In questa ipotesi, pertanto, la rilevanza della questione riposa nella motivata impossibilità che il giudice riscontra nel ricavare dalla disposizione impugnata una interpretazione conforme allo stato attuale del sapere scientifico, mentre la motivazione in ordine alla sua non manifesta infondatezza dovrebbe essere argomentata dimostrando che la disciplina impugnata è intrinsecamente destituita del suo fondamento razionale, in quanto contrastante con l'opinione consolidata della comunità scientifica (mediante citazione delle fonti pubblicate da riconosciute istituzioni scientifiche, oppure mediante riferimento alle risultanze emerse dalla consulenza tecnica d'ufficio svolta nell'ambito del giudizio principale, oppure infine mediante richiamo alle risposte fornite dai terzi esperti sentiti durante l'udienza pubblica o, comunque, interpellati per altra via), provocando la sproporzionata e quindi ingiustificata contrazione di un diritto o interesse costituzionale.

La struttura e l'approfondimento della motivazione circa la rilevanza e non manifesta infondatezza della q.l.c. dipenderanno, quindi, dal grado di certezza che la scienza è in grado di offrire su specifiche questioni relative all'interpretazione e/o applicazione della disposizione indubbiata.

Anche qualora andasse consolidandosi in seno alla comunità scientifica un orientamento sostanzialmente propenso a “cambiare paradigma” rispetto alla prassi invalsa fino a quel momento (ad esempio in merito all'efficacia o all'adeguatezza di un certo trattamento sanitario), una coerente declinazione del principio sancito nella sentenza n. 114 del 1998 richiede che il giudice del processo *a quo* non si limiti a supporre genericamente l'incongruenza del disposto normativo con il dato di scienza, limitandosi cioè a prospettare la incostituzionalità della norma/disposizione per un possibile mutamento del punto di vista scientifico, ma debba spingersi a esporre compiutamente le

¹¹⁷ Corte cost., sent. n. 221/2015, punto 3.3 del C.i.D.

ragioni per le quali reputa che il *trend* in corso evolverà nel senso di un probabile, definitivo, abbandono della posizione fino allora sostenuta.

La concretizzazione delle condizioni di ammissibilità del processo costituzionale costituisce l'esito di un'evoluzione che si è avuta nel rapporto tra Corte costituzionale e giudici comuni, al quale la Corte ha contribuito con la propria giurisprudenza richiedendo, come condizione di ammissibilità della q.l.c., il previo esperimento del tentativo di interpretazione conforme¹¹⁸, con l'effetto di anticipare *pro parte* la definizione nel merito dello scrutinio di costituzionalità e di rendere, conseguentemente, l'accesso alla Corte l'*extrema ratio*, la soluzione obbligata alla quale il giudice del processo principale deve ricorrere solo di fronte al dato letterale inequivoco della disposizione¹¹⁹.

8. *Le 'vie di accesso' del fatto nel giudizio costituzionale. I mezzi istruttori*

In virtù dello stretto collegamento che il meccanismo dell'incidentalità crea tra il giudizio principale e il giudizio costituzionale, i 'fatti' che incidono sulla decisione finale sono sia quelli oggetto di accertamento da parte del giudice *a quo*, sia quelli di fonte legislativa. Anzi, nel processo in via incidentale è inevitabile che i fatti che fanno da sfondo al giudizio *a quo* siano la prima – e forse la principale – fonte di conoscenza sulla cui base contestualizzare la costituzionalità della norma impugnata.

Mentre i 'fatti normativi' appartengono al mondo del diritto e di essi è tendenzialmente competente a conoscere il giudice, in base al principio *iura novit curia*, i 'fatti extra-normativi' sono esterni al mondo del diritto ma lo condizionano. Essi possono essere acquisiti a mezzo di una istruttoria formalizzata rivolta 'verso il basso' (nel caso in cui si debba conoscere di alcune circostanze di fatto che, tuttavia, sono

¹¹⁸ Sull'interpretazione conforme a Costituzione la letteratura è assai vasta. Si veda, per tutti, G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006.

¹¹⁹ L'effetto pratico del nuovo *trend* giurisprudenziale è che l'accesso alla Corte viene condizionato non tanto, come letteralmente richiede l'art. 23 della l. n. 87/1953, al fatto che la questione sia "non manifestamente infondata" (ciò che presuppone anche solo un semplice dubbio, non pretestuoso ma nemmeno qualificato, sulla legittimità della disposizione impugnata), ma ad una critica puntuale e approfondita che ceda, di fatto, una anticipazione dell'incostituzionalità della norma stessa. Tale esito è stato fatto oggetto di severa critica da parte di quella dottrina che denuncia una (parziale) abdicazione di competenza da parte della Corte, che di fatto esime i giudici comuni dall'obbligo di sollevare la q.l.c. anche in ipotesi nelle quali l'incidente di costituzionalità può venire evitato solo attraverso interpretazioni molto creative del testo di legge, col rischio di esautorare nella sostanza il Giudice delle leggi dalla possibilità di svolgere la propria funzione. Tra i critici dell'interpretazione conforme a Costituzione, v. ad esempio M. Luciani, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, pp. 391 ss., in particolare pp. 466 ss.

estranee al fascicolo processuale, ma che il giudice *a quo* può agevolmente acquisire), oppure ‘verso l’alto’¹²⁰ (nel caso in cui si tratti di fatti legislativi ad alto contenuto tecnico, che è solo nella disponibilità degli organi di Governo poter fornire, a meno che questi non siano intrinsecamente inesigibili in quanto attengono ad un oggetto per sua natura indeterminato).

Il ricorso ad una istruttoria formalizzata si rende necessaria allorché l’unica modalità di acquisizione di quel dato di fatto sia una fonte esterna agli atti processuali e ai fascicoli di parte ovvero non riconducibile all’ambito del ‘notorio’¹²¹.

Nel caso dei fatti di scienza, trattandosi di cognizioni ad alto contenuto specialistico, bisognose di adeguati strumenti di conoscenza per avervi accesso, il giudice non può conoscerne in maniera libera, tramite i canali della ‘scienza privata’, se non quando si tratti di ‘fatti notori’¹²². Egli è allora tenuto ad affidarsi alla “scienza esperta” dei membri della comunità scientifica di riferimento, attivando i propri poteri istruttori¹²³.

È nota, peraltro, la parsimonia con la quale la Corte ha fatto uso in passato del proprio potere istruttorio¹²⁴, mentre in tempi più recenti – almeno fino alla riforma delle norme integrative del 2020 – la Corte si è mostrata addirittura renitente all’approfondimento istruttorio della questione, soprattutto nel caso in cui queste si correlassero anche a problematiche eticamente controverse. Ciò è dovuto solo in parte alla scarsità delle disposizioni processuali dedicate al tema dell’istruttoria, e dipende anche dalla concezione che il Giudice costituzionale ha del proprio ruolo, a cagione dell’impatto delle proprie decisioni nel contesto della forma di Governo. Considerazioni di teoria generale del processo si fondono con considerazioni legate alla funzione attribuita all’architettura processuale e alle aspettative di tutela dei beni giuridici, perché l’ampiezza dei poteri istruttori di un organo giurisdizionale dipende «dal complesso rapporto di un certo procedimento con il diritto sostanziale, dai suoi scopi, dalla sua

¹²⁰ E. Olivito, *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in M. D’Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, pp.135 ss., in specie pp. 137-138.

¹²¹ A. Cerri, *I poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., p. 1350.

¹²² G. D’Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 57.

¹²³ M. Cartabia, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell’intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *BioLaw J.*, n. 1/2017, pp. 9 ss., in specie p. 11.

¹²⁴ Si veda in proposito la puntuale analisi di M. Nisticò, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in M. D’Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, pp. 50 ss.

natura; dai rapporti più generali, in quel procedimento, fra parti e giudice e fra parti nei loro reciproci confronti»¹²⁵.

Riservando al terzo e a quarto capitolo la trattazione in punto di diritto delle questioni di costituzionalità a connotazione scientifica e del ruolo obiettivamente giocato dal dato tecnico ai fini decisori, basta qui prendere atto che la Corte costituzionale cerca generalmente di “fare da sé”, attingendo alle fonti di conoscenza a lei più vicine e senza svolgere una vera e propria istruttoria¹²⁶.

Si affaccia così il secondo mezzo probatorio di cui il giudice costituzionale fa un uso non sporadico, e cioè la c.d. “scienza privata”¹²⁷, che consta essenzialmente delle istruttorie che la Corte compie in maniera informale tramite gli assistenti che collaborano con i giudici costituzionali nello studio della questione e nella redazione dei provvedimenti¹²⁸. Si tratta di ricerche che gli assistenti compiono di solito consultando i siti ufficiali di istituzioni scientifiche di riconosciuto prestigio, oppure rivolgendosi “per le vie brevi” a professionisti conosciuti che operano nel settore interessato¹²⁹, sempre comunque «nella totale assenza di trasparenza e contraddittorio»¹³⁰.

Questa soluzione, che in passato è stata spesso impiegata – come dimostra indirettamente l’esiguo numero di ordinanze istruttorie (che ad un certo punto non sono più state nemmeno numerate¹³¹) emanate dalla Corte costituzionale in settant’anni di attività – rappresenta ancora oggi la normalità nell’attività della Corte, e si presenta come

¹²⁵ Così A. Cerri, *I poteri istruttori della Corte costituzionale*, cit., p. 1337.

¹²⁶ Di sicuro interesse la “testimonianza” di M. Cartabia, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale*, cit., p. 11, per la quale la ritrosia ad attivare una istruttoria formale è dovuta da un lato al fatto che «si pone una certa difficoltà ad individuare i soggetti qualificati a cui chiedere i dati necessari» in quanto, trattandosi di questioni che sovente dividono la stessa comunità scientifica, «nell’accingersi a chiedere informazioni la Corte fatica ad individuare soggetti neutri, disinteressati, non coinvolti nell’esito delle decisioni poste al suo esame», dall’altro perché la formulazione di domande su dati e conoscenze da acquisire «può presupporre un tipo di conoscenza specifico di cui a loro volta i giudici non sempre dispongono», ed infine perché «quelle tecniche o scientifiche sono solo una parte delle considerazioni che la Corte deve tenere presenti nel suo deliberare e nel suo argomentare».

Sulla distinzione tra conoscenze tecnico-scientifiche dirimenti nella soluzione della q.l.c. e quelle che non lo sono si rinvia ai capitoli III e IV.

¹²⁷ G. Ragone, *Eine empirische Wende?*, cit., p. 88.

¹²⁸ In proposito, sulle qualifiche professionali e sul ruolo degli assistenti di studio, v. E. Lamarque, *Chi sono gli assistenti di studio dei giudici costituzionali*, in *Consulta online*, 2011.

¹²⁹ 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”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, pp. 431 ss., in specie p. 444.

¹³⁰ G. Ragone, *Eine empirische Wende?*, cit., p. 91.

¹³¹ Cfr. M. Nisticò, *Le problematiche del potere istruttorio*, cit., p. 60.

un buon compromesso per decidere in tempi rapidi ma con un minimo di conoscenza questioni che, pur avendo una sicura connotazione scientifica, non presentano (almeno all'apparenza) un insormontabile livello di complessità¹³².

Probabilmente questa circostanza è dovuta alla ingombrante concezione che vede il giudizio di costituzionalità come estraneo alle considerazioni di fatto tipicamente svolte nell'ambito dei giudizi di diritto comune¹³³. Per altro verso, ciò può trovare giustificazione anche in una ideale divisione di compiti tra Corte costituzionale e giudici rimettenti che affida a questi ultimi la ricostruzione completa dei fatti¹³⁴, sia che essi attengano alla specifica vicenda processuale ovvero alla generalità dei consociati. Le due tipologie di 'fatti' non sono sempre suscettibili di venire distinte, perché l'accertamento di molti fatti individuali corrisponde all'accertamento dei fatti a valenza generale. Così, ad esempio, le questioni relative a fatti scientifici come il grado di carcinogenicità di una data sostanza o le nuove applicazioni di un farmaco collaudato o le evidenze disponibili sul livello di inquinamento di una determinata area geografica offrono una panoramica che non è limitata al singolo caso alla mano, ma d'interesse certamente superindividuale. Nel compiere gli accertamenti fattuali sulla vicenda che ha originato la causa processuale, il giudice di merito non potrebbe prescindere dall'accertamento, possibile grazie alla collaborazione del consulente tecnico d'ufficio e dei periti di parte, dello stato attuale delle conoscenze scientifiche disponibili o delle differenti posizioni espresse dagli specialisti.

Per tale ragione, il Giudice costituzionale è portato a ritenere non necessari ulteriori incumbenti istruttori laddove questi siano già stati attivati dal giudice rimettente, tale per cui la q.l.c. possa venire decisa senza ulteriore indugio. Ciò porta a concludere che la prima fonte di conoscenza dei fatti legislativi sia (e debba essere) proprio l'ordinanza di rimessione della q.l.c., la quale, in virtù delle condizioni che deve rispettare

¹³² Anche se non sono mancati casi importanti, già da prima degli anni 2000, rispetto ai quali si rendeva necessaria la previa risoluzione di questioni scientifiche ad alta complessità, come ad esempio nella complessa vicenda "Di Bella" (riguardante la possibilità di ottenere l'erogazione gratuita di trattamenti sperimentali non ancora validati dalle istituzioni tecnico-scientifiche competenti) o le questioni di legittimità costituzionale vertenti su alcune fattispecie penalistiche (sul reato di plagio o sul reato di ubriachezza abituale, e alla figura affine della cronica intossicazione da alcool) delle quali si dirà ampiamente nel capitolo III.

¹³³ Q. Camerlengo, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, cit., p. 171.

¹³⁴ L. Azzena, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità. Dalle origini alla dimensione europea*, Napoli, 2012, pp. 64 ss. e 68 ss.

per passare il vaglio di ammissibilità, viene normalmente corredata di puntuali riferimenti alla situazione di fatto attuale e alle conseguenze futuribili, le quali ovviamente si basano su un giudizio di previsione che presuppone un collegamento tra la norma vigente e la produzione di un certo effetto giuridico. L'ordinanza di rimessione funge così da "trampolino di lancio" della questione, la quale, se opportunamente motivata (vale a dire: dotata di un esaustivo apparato di riferimenti ai dati extra-giuridici rilevanti e alla spiegazione del perché essi determinino la illegittimità della disposizione impugnata), potrà a ragione considerarsi la principale causa di una pronuncia di accoglimento. Ma di cosa consta, precisamente, la motivazione di un'ordinanza di rimessione che raggiunge il suo scopo?

Il giudice del processo principale si rivolge alla Corte costituzionale nel momento in cui ritiene di non poter fornire, giusta il tenore letterale della legge, una interpretazione conforme a Costituzione. Di norma, il giudice rimettente ha già esaurito le "carte" a sua disposizione e non può in altro modo liberarsi dal vincolo alla legge se non "giocando" l'asso della questione di legittimità costituzionale. Per cogliere nel segno, quindi, la questione deve offrire una panoramica esaustiva delle ragioni che ostino ad una decisione di giustizia senza la necessità di dichiarare la legge illegittima, poiché in un ordinamento democratico la legge, espressione della volontà del popolo sovrano, gode del privilegio dell'inviolabilità finché non ne venga indiscutibilmente dimostrata l'illegittimità costituzionale¹³⁵.

Se così non fosse, la questione incapperebbe nelle forche caudine dell'inammissibilità e non potrebbe essere decisa nel merito dal Giudice delle leggi¹³⁶. Una questione ammissibile deve, al contrario, aver formato oggetto di approfondita analisi sia in fatto che in diritto da parte del giudice del processo principale. Sicché, non è affatto sbagliato per la Corte presumere che il materiale istruttorio su cui lavorare sia tendenzialmente completo, almeno per quel che riguarda le evidenze a favore della

¹³⁵ Sul "privilegio del legislatore" cfr. A. Cerri, *Sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti della legge*, cit., p. 421.

¹³⁶ Sull'evoluzione dei requisiti di accesso alla giustizia costituzionale, che hanno progressivamente ristretto le vie di accesso alla Corte, v. L. Azzena, *La rilevanza*, cit., pp. 48 ss., per la quale la rilevanza è venuta caratterizzandosi come uno strumento di selezione "politica" dei casi, una sorta di *certiorari* all'italiana. Nella manualistica cfr. A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., pp. 233 ss. e pp. 242 ss.; G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, Milano, II ed. 2020, pp. 206 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, II, cit., pp. 111 ss. e pp. 123 ss.

dichiarazione di incostituzionalità. Il giudice che solleva la q.l.c. è, del resto, sicuramente “interessato”¹³⁷ ad ottenere una pronuncia di accoglimento, per cui è giustificato attendersi che abbia esaustivamente raccolto e valorizzato gli elementi di conoscenza a supporto dell’invalidazione della legge. Ciò dovrebbe valere anche per i dati e le conoscenze che militano per la sua conservazione, che nell’ambito del processo principale è interesse dell’altra parte spendere ai fini del rigetto della tesi avversaria e che, se opportunamente dibattute nel contraddittorio, dovrebbero aiutare il giudice a delineare con più precisione il dubbio di costituzionalità.

Nella maggioranza dei casi, dunque, può parere alla Corte che non si rendano necessarie integrazioni istruttorie nel processo innanzi ad essa. Ciò, comunque, non esclude che la Consulta senta di dover approfondire aspetti che non sono stati adeguatamente trattati né nell’ordinanza di rimessione né dalle parti costituite o intervenute (soprattutto nel caso in cui nessuna parte si sia costituita nel processo costituzionale). La Corte può trovarsi a dover attivare i propri poteri istruttori quando la risoluzione di determinate questioni di fatto è preliminare o pregiudiziale alla pronuncia su specifiche questioni di diritto. Si tratta di un’eventualità che dovrebbe essere incoraggiata in un processo nel quale ciò che conta, in definitiva, non sono gli interessi di parte, bensì l’interesse generale alla legalità (costituzionale) dell’ordinamento. Nondimeno, in un rito a stampo inquisitorio il rischio che il giudice, abituato a “fare da solo”, divenga autoreferenziale è un’eventualità tutt’altro che remota¹³⁸.

Il *trend* degli ultimi anni, segnato da un netto aumento di questioni notevolmente più complesse sul piano tecnico-scientifico, rispetto alle quali la comunità di studiosi non abbia trovato una posizione sufficientemente concorde o sulle quali la realtà presenti

¹³⁷ Si utilizza questo termine in un’accezione ovviamente a-tecnica, per esprimere la speciale responsabilità che incombe sul giudice del processo principale nel momento in cui solleva l’incidente di costituzionalità. Egli è, infatti, tenuto non solo a escludere motivatamente ogni possibilità di “fare da solo” con lo strumento dell’interpretazione conforme a Costituzione, ma è anche responsabile della buona riuscita della q.l.c., in quanto l’accoglimento della questione dipende per larga parte dalla corretta impostazione dell’ordinanza di rimessione. Il giudice *a quo* è “interessato” all’accoglimento della questione proprio perché ha preliminarmente compiuto ogni ragionevole sforzo per divincolarsi da una lettura obbligata della legge che egli reputa essere incostituzionale.

¹³⁸ M. D’Amico, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D’Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, pp. 17 ss., in specie pp. 31-32.

sfaccettature di difficile inquadramento, rende necessario¹³⁹ un approfondimento più puntuale a mezzo del supporto di professionisti esperti¹⁴⁰, tra cui soprattutto professori universitari e ricercatori appartenenti a istituzioni specializzate di riconosciuto valore a livello nazionale e internazionale.

Sono infatti sempre più numerose le questioni che vertono su problematiche che hanno una connotazione sia scientifica che etica, a proposito delle quali vi è un interesse diffuso che trascende la limitata cerchia degli scienziati e si estende alle associazioni rappresentative di gruppo organizzati che si battono per l'affermazione di precise istanze sociali. Questioni complesse, aventi una connotazione anche politica, che, andando potenzialmente ad impattare sulla vita di ciascun individuo, abbisognano di una risposta possibilmente corale o, quantomeno della più ampia partecipazione alla formazione della decisione.

In tali casi, ferme restando le argomentazioni dell'ordinanza di rimessione, sarà cura della Corte costituzionale integrare il quadro schizzato dal giudice remittente con l'acquisizione di ulteriore materiale da questi eventualmente non considerato¹⁴¹.

A tal fine potrà essere sicuramente rilevante il contributo delle parti costituite nel processo costituzionale, nonché quello dei terzi intervenienti (tra cui in particolare il Presidente del Consiglio dei Ministri), i quali, avendo un interesse specularmente opposto alla conservazione della legge, potranno ben far valere le ragioni a sostegno della sua persistente razionalità¹⁴². La circostanza che la principale parte interveniente sia l'organo di vertice dell'amministrazione statale induce a ritenere che non si renda necessaria la raccolta di ulteriori elementi a difesa della legge, perché la possibilità per l'organizzazione apicale di ottenere informazioni su specifiche questioni presso le

¹³⁹ Una approfondita rassegna degli argomenti a favore di una riforma delle *Norme integrative*, assieme ad alcune interessanti proposte sul metodo della riforma e sulle fonti per realizzarla, è contenuta in V. Marcenò, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, pp. 393 ss.

¹⁴⁰ M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti*, cit., p. 32.

¹⁴¹ F. Dal Canto, *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cit., pp. 158 ss.

¹⁴² Tra coloro che si mostrano "fiduciosi" nella possibilità di valorizzare il principio del contraddittorio nel processo costituzionale v. M. Cartabia, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale*, cit., p. 12; G. Monaco, *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi*, cit., p. 210; G. Ragone, *Eine empirische Wende?*, cit., pp. 107 ss.; M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 232 ss.

amministrazioni specializzate conforta gli animi circa la preoccupazione di non disporre di conoscenze adeguate¹⁴³.

I soggetti che prendono parte al processo costituzionale potrebbero, in ipotesi, contribuirvi in maniera sostanziale, collaborando attivamente alla produzione degli elementi istruttori necessari ad una pronuncia pienamente consapevole e meglio argomentata. La ragione per la quale ciò ordinariamente non accade è da ricercarsi nella struttura che informa il processo costituzionale come processo a parti eventuali (o, come è stato scritto, «senza parti»¹⁴⁴), e comunque anche nel caso in cui queste si siano costituite il contraddittorio si svolge in forma prevalentemente scritta, mediante lo scambio di memorie, mentre l'udienza si riduce di fatto ad una mera formalità¹⁴⁵. È assolutamente estranea al processo costituzionale italiano l'idea di un dialogo costruttivo tra giudici e difensori affermatosi, ad esempio, nei procedimenti che si tengono di fronte alla Corte Suprema degli Stati Uniti, ove l'udienza pubblica diventa l'occasione per i *Justices* di mettere alla prova la tenuta delle tesi sostenute da ciascuna parte, e sovente per profilare una propria linea di decisione per la successiva risoluzione del caso.

Recente dottrina, nel tentativo di rivalutare le potenzialità del contraddittorio nel giudizio sulle leggi, ha sostenuto che «se le parti processuali adottassero l'uso di produrre, già all'interno delle proprie memorie, dati tecnici ed elementi extragiuridici utili alla miglior comprensione del caso [...], i giudici costituzionali potrebbero orientare i propri quesiti alla verifica (o alla integrazione) di quanto già allegato, dando così luogo ad una fase istruttoria improntata alla collaborazione tra parti e Corte»¹⁴⁶.

Preso atto della complessa fase di transizione che sta attraversando la giustizia costituzionale italiana, la Consulta ha quindi recepito alcune delle proposte in tema di istruttoria e contraddittorio che la dottrina andava propugnando da quasi trent'anni. L'occasione è stata colta con la modifica delle *Norme Integrative per i giudizi davanti*

¹⁴³ Cfr. sul punto, criticamente, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 291, per il quale la circostanza che uno dei soggetti più frequentemente – se non esclusivamente – richiesti di fornire la prova di fatti determinanti ai fini del giudizio sia l'organo che si costituisce a difesa della legge è un fatto che “inquina” il contraddittorio e non garantisce la parità delle armi processuali, in quanto rimane obiettivamente difficile la replica da parte avversa.

¹⁴⁴ L'allusione è alla monografia di R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985.

¹⁴⁵ Lamenta, a più riprese, la sostanziale inutilità dell'udienza pubblica nel giudizio costituzionale italiano, S. Cassese, *Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015.

¹⁴⁶ G. Ragone, *Eine empirische Wende?*, cit., pp. 66-67.

alla Corte costituzionale dell'8 gennaio 2020, la cui pubblicazione in Gazzetta Ufficiale è stata anticipata da un comunicato stampa pubblicato sul sito della Corte costituzionale e che, fin da subito, ha attirato l'attenzione della dottrina¹⁴⁷.

Delle tre modifiche apportate al regolamento che disciplina le modalità di svolgimento dei giudizi di cui all'art. 134 Cost., una riguarda l'intervento dei terzi e le altre due le modalità tramite le quali ulteriori elementi di conoscenza possono essere portati all'attenzione della Corte¹⁴⁸.

Mentre la modifica che ha investito l'intervento dei terzi ha più che altro positivizzato «un approdo giurisprudenziale da qualche tempo consolidato»¹⁴⁹, le altre due innovazioni hanno impattato in maniera più significativa sul rilievo del contraddittorio nel processo costituzionale, senza comunque alterare la connotazione essenzialmente oggettiva di quest'ultimo¹⁵⁰. Esse hanno in effetti creato momenti di raccordo con due componenti della società civile che, nonostante siano spesso accostate in termini oppositivi, sono astrette da una linea di congiunzione che rende non solo opportuno, ma anzi doveroso il dialogo: le formazioni sociali intermedie e la comunità

¹⁴⁷ Cfr. Ufficio Stampa della Corte costituzionale, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in www.cortecostituzionale.it, 11 gennaio 2020, nel quale si riassumevano le principali novità della delibera assunta l'8 gennaio. Tra i principali commenti sulla riforma v. M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Riv. AIC*, n. 2/2020, pp. 402 ss.; A. Pugiotto, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, *ivi*, pp. 426 ss.; S. Barbareschi, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, *ivi*, pp. 373 ss.; M. C. Grisolia, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Oss. fonti*, n. 1/2020, pp. 5 ss.; C. Masciotta, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, *ivi*, pp. 194 ss.

¹⁴⁸ Com'è noto, non è mai stata chiarita nel processo costituzionale italiano la diversa posizione tra parti costituite e terzi intervenienti, dal momento che a questi ultimi – pur non formalmente ammessi a partecipare al contraddittorio, se non nell'ipotesi in cui fossero stati portatori di un interesse diretto e qualificato rispetto alla questione posta alla Corte – non era di fatto impedito di costituirsi in udienza e di esporre argomenti a favore o contro l'accoglimento della questione. Con la riforma del 2020 la Corte ha, invece, colto il suggerimento della dottrina di differenziare tra la posizione delle parti e quella dei terzi intervenienti (i quali saranno ammessi all'udienza pubblica solo dopo che sia stata dichiarata ammissibile la richiesta di intervento), nonché tra gli intervenienti in senso stretto e gli *amici curiae*, sull'assunto che mentre la garanzia della partecipazione dei primi si collega al diritto di difesa costituzionalmente presidiato (artt. 24 e 111 Cost.), l'ammissione delle opinioni scritte dei secondi ha il solo scopo di portare alla Corte costituzionale elementi di conoscenza e argomenti utili rispetto alla risoluzione della questione. L'opportunità di differenziare le posizioni di questi soggetti era stata sostenuta da T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta Online*, n. 1/2019, pp. 138 ss.

Sulle nuove forme dell'intervento dei terzi si veda, nella manualistica, G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., pp. 257 ss.

¹⁴⁹ G. Ragone, *Eine empirische Wende?*, cit., p. 110.

¹⁵⁰ Cfr. A. Cerri, *Sindacato di costituzionalità (I)*, cit., p. 2.

scientifica (che, per la verità, costituisce una speciale componente delle prime). E non è forse un caso che l'innovazione abbia investito ad un tempo entrambe.

Rispetto alle prime, l'art. 4-ter delle *Norme Integrative* stabilisce (comma 1) che «le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta», la quale (comma 2) «non può superare la lunghezza di 25.000 caratteri, spazi inclusi». Le opinioni scritte devono essere ammesse dal Presidente della Corte, sentito il giudice relatore, nel caso in cui «offrono elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità» (comma 3).

Come inequivocabilmente si ricava dall'espressa formulazione della rubrica, questa disposizione ha finalmente¹⁵¹ introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'*amicus curiae*, già noto nei Paesi di tradizione angloamericana e previsto anche nei procedimenti avanti la Corte Europea dei diritti dell'uomo¹⁵². Si tratta di una figura che vuole dar voce alle associazioni rappresentative dei gruppi organizzati, ammettendone le opinioni scritte al limitato scopo di produrre elementi utili o far emergere aspetti rilevanti per la decisione. Esse, pertanto, non fanno valere alcun interesse proprio, ma si ergono a difesa di un interesse collettivo coinvolto nel caso in decisione, tant'è vero che – come chiaramente si ricava dalla formulazione letterale della novella – queste associazioni non assumono la qualità di parte e non sono legittimate a contraddire né con il deposito di memorie né prendendo la parola durante la pubblica udienza¹⁵³.

¹⁵¹ Non tutti sono, però, fiduciosi sulla reale utilità dell'istituto, e anzi alcuni paentano la sua possibile nocività per il processo costituzionale: cfr. M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, cit., pp. 406 ss., il quale ritiene che il contributo degli *amici* non possa contribuire sostanzialmente né a creare un reale canale di comunicazione con la c.d. 'società civile', né ad acquisire elementi di conoscenza ulteriori rispetto a quelli presumibilmente già conosciuti, né a decidere con più trasparenza, né ad aumentare la legittimazione della Corte (che, semmai, andrebbe ricercata per altre vie). L'allargamento del numero dei soggetti ai quali viene data voce nel processo costituzionale comporta, inoltre, l'alto rischio di una sovra-esposizione di tali soggetti e del carattere fortemente frammentario dello spaccato di società che rappresentano in Corte. Critica anche M. Manetti, *I "falsi amici" del Giudice costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2020, pp. 505 ss. Più sfumata la posizione di S. Barbareschi, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile*, cit., pp. 391 ss., il quale, pur non considerando inutile l'introduzione dell'istituto, ritiene che il reale apporto che può offrire sia fortemente depotenziato sul piano argomentativo, a causa dei limiti che la stessa norma prevede.

¹⁵² Sulla figura, in generale, si vedano B. Barbisan, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Riv. AIC*, n. 4/2019, pp. 107 ss.; C. Della Giustina, *Amicus curiae: dalle origini alle modifiche della "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"*, in *Oss. AIC*, n. 3/2020, pp. 506 ss.

¹⁵³ Sul nuovo istituto v. G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, cit., pp. 275 ss.

La seconda fondamentale novità delle *Norme integrative* è l'aggiunta di un articolo 14-*bis*, ai sensi del quale «[l]a Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni relative a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama in apposita adunanza in camera di consiglio alla quale possono assistere le parti costituite», stabilendo altresì che «[c]on l'autorizzazione del Presidente, le parti possono formulare domande agli esperti» (comma 1)¹⁵⁴.

Si tratta della novità più rilevante ai fini della presente trattazione. La Corte, per la prima volta e per sua stessa iniziativa, riconosce il velo d'ignoranza che si para tra sé e una decisione pienamente consapevole delle questioni scientifiche controverse attorno alle quali ruota il problema di costituzionalità. Per rimediare a questo *deficit*, ha previsto la possibilità di interpellare esperti di riconosciuta importanza nelle materie interessate dalla legge impugnata, estendendo anche alle parti costituite, per il tramite dei rispettivi difensori, la possibilità di porre domande agli stessi nell'ottica di chiarire anche aspetti secondari di rilievo per la difesa¹⁵⁵.

Allo stato non è ancora possibile fare un bilancio netto sull'utilità della previsione, visto l'esiguo spazio temporale trascorso dalla sua introduzione. Le sue potenzialità sono, però, certamente molto ampie, soprattutto per quanto riguarda il campo delle scienze dure, e c'è da attendersi che in futuro la Corte si trovi a farne un uso più frequente se, come qualcuno ha suggerito, il ricorso all'audizione degli esperti verrà caratterizzandosi come uno strumento alternativo (e non aggiuntivo) rispetto al ricorso all'istruttoria formalizzata, col vantaggio di sentirsi meno vincolata alle risultanze istruttorie acquisite con ordinanza¹⁵⁶. Qualora le cose andassero così, la stessa dottrina ritiene che «sarebbe preferibile valorizzare le sedi collettive della ricerca e dell'esercizio delle professioni, come per esempio le associazioni e le società scientifiche nazionali e internazionali, gli ordini professionali, in modo da valorizzare la ricchezza della comunità scientifica e non l'apporto del singolo, pur autorevole, esperto», in modo da «far emergere la pluralità di

¹⁵⁴ Su questa previsione cfr. A. Iannuzzi, *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Oss. AIC*, n. 2/2020, pp. 13 ss.

¹⁵⁵ Sulle problematiche relative alla selezione degli esperti e alle modalità di organizzazione del contraddittorio nel rapporto tra Corte costituzionale, esperti e parti costituite, v. G. Ragone, *Eine empirische Wende?*, cit., pp. 174 ss.; A. Iannuzzi, *La camera di consiglio aperta agli scienziati nel processo costituzionale*, cit., p. 15; M. Luciani, *L'incognita delle nuove Norme integrative*, cit., pp. 416 ss.; S. Barbareschi, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile*, cit., pp. 392 ss.

¹⁵⁶ A. Iannuzzi, *La camera di consiglio aperta agli scienziati*, cit., p. 24.

visioni che convivono nel settore specifico, magari presentandole come maggioritarie e minoritarie»¹⁵⁷.

Se l'audizione degli esperti di chiara fama dipende dal fatto che la Corte riscontri la necessità di approfondire determinati aspetti tecnico-specialistici della questione sottoposta al suo giudizio, e quindi esula per la gran parte dalla sua capacità di controllo, il deposito di opinioni da parte degli *amici curiae* è un mezzo di cui le associazioni senza scopo di lucro si sono subito servite, tanto che se ne è già avuta ad oggi una discreta applicazione che consente di fare un bilancio provvisorio.

Prima di tutto, com'era prevedibile, l'ambito principale nel quale si sono palesati gli *amici curiae* è quello delle liti strategiche¹⁵⁸, vale a dire le controversie nelle quali vengono fatte valere istanze di giustizia nella forma di questioni di legittimità costituzionale su tematiche etico-sociali fortemente divisive¹⁵⁹. A fronte di ciò, il concreto apporto che le associazioni depositarie potevano dare alla definizione della questione di costituzionalità consisteva nel fornire argomenti 'scientifici' (nel senso di 'tecnico-specialistici'), analizzando i problemi della vita reale incorporati nelle norme con la lente d'ingrandimento delle scienze della vita e delle scienze sociali. Ciò che non è stato.

Infatti, le opinioni scritte depositate dagli *amici* si sono finora quasi esclusivamente concentrate nell'approfondimento di questioni giuridiche, con argomenti che più o meno si sovrapponevano a quelli delle ordinanze di rimessione. Così, però, le opinioni perdono gran parte dell'*appeal* che aveva incoraggiato la loro introduzione, e si riducono a niente più che mere prese di posizione *ad adiuvandum* o *ad opponendum* che nulla o poco innovano rispetto a quanto il giudice *a quo* o le parti costituite non possono già esporre¹⁶⁰. Il ruolo che gli *amici curiae* hanno acquisito nel processo costituzionale italiano pare, pertanto, molto depotenziato rispetto alla centralità che ha assunto l'omologa figura nei giudizi di fronte alla Corte Europea dei diritti dell'uomo, le cui

¹⁵⁷ A. Iannuzzi, *La camera di consiglio aperta agli scienziati*, cit., p. 25.

¹⁵⁸ C. Masciotta, *Il ruolo dell'amicus curiae in alcune recenti decisioni costituzionali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 3/2021, pp. 174 ss., in specie p. 177.

¹⁵⁹ Hanno presentato opinioni scritte, in vari processi costituzionali, associazioni rappresentative degli interessi di formazioni sociali ad ispirazione religiosa, associazioni rappresentative delle famiglie omogenitoriali e in generale della comunità LGBTQIA, associazioni rappresentative dei consumatori, associazioni rappresentative di imprese operanti nei più svariati settori, associazioni rappresentative dei medici, associazioni rappresentative dei cacciatori ecc. Per una prima rassegna v. C. Masciotta, *Il ruolo dell'amicus curiae*, cit., pp. 179 ss.

¹⁶⁰ C. Masciotta, *Il ruolo dell'amicus curiae*, cit., p. 186.

memorie sono notoriamente caratterizzate da ampie citazioni di fonti scientifiche, sociologiche e comparatistiche, le quali poi vengono estensivamente richiamate dai giudici nella sentenza: in questo modo, esse vengono oggettivamente incanalate nella motivazione della decisione e le rende utilmente spendibili nell'argomentazione complessiva del giudice europeo.

9. *Breve sintesi: la problematica della scienza nel giudizio di costituzionalità*

In questo capitolo si è analizzato il rapporto tra fatto e norma e tra fatto e giudizio costituzionale, in una prospettiva che, partendo dal tema dell'interpretazione, si salda con il momento dell'applicazione della norma al caso e, quindi, al problema della concretizzazione dei disposti legislativi in presenza delle specifiche condizioni del singolo caso.

A questo proposito, si è visto che sono le concrete circostanze del caso a porre le premesse per l'attuazione della legge, la quale sarebbe destinata a rimanere lettera morta se non fosse dotata di meccanismi di collegamento con la realtà esterna che ne garantiscano le possibilità applicative rispetto ai casi concreti. La considerazione dei 'fatti' è condizione della possibilità pratica di attuazione delle norme ai fini della loro applicazione: è, quindi, evidente lo stretto rapporto che la legge intrattiene con il flusso di fatti, circostanze ed eventi che, pur formalmente estranei al suo impianto, nondimeno le fanno da sfondo e condizionano le modalità attraverso le quali essa trova concretizzazione.

Abbandonato un approccio esclusivamente positivisticò nello studio della relazione tra norme giuridiche legate da un rapporto di sovra/sotto-ordinazione, la considerazione delle circostanze fattuali che ne condizionano l'applicazione è indispensabile per cogliere la vitalità dell'ordinamento nella dinamica della sua attualizzazione.

La questione che si pone sul piano costituzionalistico attiene, allora, alla capacità strutturale della disposizione (*rectius*: della norma) di prestarsi agli adattamenti necessari al variare dei presupposti di fatto sulla base dei quali riceverà applicazione, e si rivelerà

tanto più resistibile al vaglio di costituzionalità quanto più sarà in grado, in prospettiva, di reggere all'onda d'urto dei 'casi'¹⁶¹.

Con riferimento ai fatti di scienza, il vincolo del giudice allo stato attuale delle cognizioni scientifiche si fa particolarmente stringente, perché l'impatto della scienza sulla vita quotidiana (ma soprattutto sui diritti fondamentali) mette all'ordine del giorno il problema di stabilire se la disciplina normativa regga al vaglio di ragionevolezza e proporzionalità, parametrize alle nuove possibilità dispiegate dalle innovazioni tecnologiche.

Anche quando la scienza non sia in grado di fornire certezze su questioni controverse, resta il fatto che lo stato attuale del dibattito scientifico rappresenta un dato che condiziona l'applicazione delle regole di diritto, e si configura quindi come un 'fatto legislativo' che giudici e amministrazioni sono tenuti a tenere da conto nell'esercizio del loro potere.

Scienza e diritto sono, infatti, fenomeni sociali che si integrano e si completano: il raggio d'azione lungo il quale rispettivamente si dispiegano non per forza coincide, ed entrambi possono presentarsi indeterminati sotto alcuni profili; tuttavia, vi sono specifici contesti nei quali le incertezze della scienza vengono colmate dalle ragioni del diritto, e viceversa gli spazi lasciati liberi dal diritto vengono ristretti dalle maglie di forza della scienza, laddove questa sia in grado di fornire esiti sufficientemente sicuri da orientare l'applicazione della norma giuridica in una precisa direzione.

Il dato scientifico assume quindi rilievo nel processo costituzionale sia al momento che precede la sua instaurazione (quando bisogna valutare le condizioni di ammissibilità della questione: rilevanza, non manifesta infondatezza e possibilità di esperire una interpretazione conforme a Costituzione), sia al momento della decisione nel merito della q.l.c. In via di ipotesi si può anche sostenere che, nelle materie a connotazione scientifica, la verifica delle condizioni di fatto possa configurarsi come un passaggio preliminare all'attuazione del giudicato costituzionale nei casi in cui il 'principio di

¹⁶¹ Cfr. P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione*, cit., pp. 48-49, per il quale «Le fattispecie concrete su cui il legislatore, i giudici e (sia pure in via mediata) anche la Corte costituzionale sono chiamati a esprimersi, non costituiscono mai una variabile innocua e indifferente. Il "caso" – sia pure nella sua versione tipizzata davanti alla Corte – è invece la miccia che consente la sempre potenziale "deflagrazione" del vizio sotteso alla normativa da applicare, ovvero il modello di raffronto che dovrebbe fungere da guida per il legislatore. È insomma la fisionomia del caso a guidare la "lettura" delle disposizioni ad esso applicabili e a squarciare il velo della loro presunta "bontà"».

diritto' espresso nel dispositivo abbisogni di un adattamento alle concrete condizioni di fatto nelle quali è calato.

Quello che preme sottolineare per la prosecuzione della presente indagine è il fatto che, agli occhi dello studioso del processo costituzionale, la problematica dei rapporti tra diritto e scienza si presenta come un problema di costruzione delle fattispecie legislative, che il più delle volte sono sotto-rappresentative rispetto alla varietà del reale, ma in un numero più limitato di casi possono essere sovra-rappresentative, allorché la legge consti di fattispecie eccessivamente dilatate che, "ammucchiando" entro una categoria unificante ipotesi anche molto differenziate, finiscono col violare il principio di uguaglianza per eccesso di assimilazione.

L'intero capitolo terzo sarà dedicato all'analisi dei singoli gruppi di ipotesi, da cui sarà quindi possibile astrarre per ricavare indicazioni utili circa le modalità attraverso le quali assicurare quel proficuo dialogo tra diritto e scienza che si erge a garanzia della razionalità della legge. Si noterà che lo studio della giurisprudenza costituzionale sulle questioni scientificamente connotate si risolve, in definitiva, in uno studio sul sistema delle fonti del diritto (soprattutto del trasversale campo del 'biodiritto'), e in particolare del rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale.

CAPITOLO TERZO

LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SULLE QUESTIONI SCIENTIFICAMENTE CONNOTATE ANALISI CASISTICA DELLE FATTISPECIE

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il ruolo delle cognizioni tecnico-scientifiche nella costruzione delle fattispecie legislative – 2.1 Sviluppo tecnologico e anacronismo legislativo: sulla congruità del dato normativo rispetto allo stato attuale delle capacità tecnologiche nelle vicende del monopolio televisivo statale – 2.2 Quando la legge si basa su un dato scientifico errato che impatta su un elemento essenziale della fattispecie: il caso del reato di ‘plagio’ – 2.3 Quando il presupposto scientifico è errato e/o impreciso ma le figure della fattispecie sono altrimenti determinabili, ricorrendo allo strumento dell’interpretazione conforme: la sentenza n. 114 del 1998 – 2.4 Le fattispecie normative tra eguaglianza “scientifica” e disparità di trattamento giuridico: il problema dell’assistenza sociale alle persone che abusano di sostanze alcoliche e stupefacenti nel prisma della discrezionalità legislativa – 2.5 Il dato scientifico e l’adeguatezza della legge 2.5.1 Quando il dato scientifico svela uno sbilanciamento in eccesso nell’attuazione degli scopi costituzionali: il caso delle norme sull’esecuzione penale – 2.5.2 Quando il dato scientifico svela uno sbilanciamento in difetto nell’attuazione degli scopi costituzionali: il caso delle leggi in materia previdenziale e di assistenza sociale – 2.6 Quando il dato scientifico è irrilevante perché la legge serve a scopi diversi rispetto a quelli cui la scienza è strumentale – 2.6.1 La discrezionalità del legislatore nella regolazione dei rapporti economici: la priorità delle valutazioni politiche su quelle scientifiche, con l’unica condizione che siano rette da uno ‘scopo legittimo’ – 2.6.2 La discrezionalità del legislatore nella costruzione della fattispecie tributarie – 3. Il principio della ‘riserva di scienza’ – 3.1 Il leading case: la sentenza n. 282 del 2002 – 3.2 Le sentenze sui casi ‘Di Bella’ e ‘Stamina’ – 4. Evoluzione tecnico-scientifica e ‘nuovi diritti’ – 4.1 Il diritto all’identità sessuale e di genere – 4.2 Il diritto alla procreazione: dal “diritto a formare una famiglia con figli” al “diritto ad essere genitori”. Diritto, politica e morale nelle questioni scientificamente complesse ed eticamente controverse – 4.3 Il diritto alla morte dignitosa – 5. Scienza, politica e diritto costituzionale nelle ipotesi di c.d. discrezionalità mista: il caso delle politiche vaccinali – 6. Come la Corte costituzionale decide le questioni scientificamente connotate: riepilogo delle principali tecniche decisorie – 7. Prime conclusioni sul rapporto tra diritto e scienza alla luce della giurisprudenza costituzionale

1. Introduzione

Nei capitoli precedenti si sono analizzate le molteplici e variabili connessioni tra diritto e scienza, e ci si è soffermati in particolare sui canali di comunicazione che uniscono queste due dimensioni intersecanti ma non coincidenti.

Si è visto che il linguaggio normativo non è strutturalmente autosufficiente, per cui il diritto deve necessariamente richiamarsi al lessico proprio di altre discipline per normare ambiti che, pur avendo una propria consistenza oggettiva, hanno anche una funzione politica strategica e giuridica rilevanza, sicché vengono regolamentati con gli strumenti del diritto.

Su un piano ideale, la materia giuridica può potenzialmente intersecarsi con tutte le scienze, nell'accezione ampia cui si è fatto riferimento nel capitolo primo: alle scienze solitamente ascritte al novero delle 'scienze dure' (scienze naturali, ma qui pure le scienze mediche) si aggiungono anche le scienze sociali, le quali – nonostante posseggano uno statuto scientifico tuttora dibattuto, soprattutto per quel che riguarda le “certezze” che sono in grado di produrre – costituiscono un approdo al quale sempre più spesso legislatori e giudici fanno riferimento nelle rispettive decisioni¹.

Il presente capitolo si concentrerà solo sull'analisi delle decisioni nelle quali la Corte costituzionale ha risolto questioni di legittimità che coinvolgevano apprezzamenti tecnico-scientifici svolti alla stregua delle scienze mediche e biologiche. Tale criterio di perimetrazione dell'oggetto dell'indagine si giustifica, oltre che sulla base del dato meramente statistico, per la circostanza che le discipline comprese in queste macro-categorie sono quelle che maggiormente intercettano aspetti di primario rilievo costituzionale (quali ad esempio il problema dell'imputabilità del reo, della perimetrazione dei confini del diritto alla salute e dell'emersione dei nuovi diritti della personalità).

¹ Soprattutto nei Paesi occidentali, si assiste ad una rivalutazione del modo in cui le scienze sociali vengono tenute da conto nelle sedi del *policy-making*, e c'è da attendersi che il ruolo da esse giocato nella formazione della decisione politica sia destinato a ripercuotersi anche nel giudizio di costituzionalità, con conseguente maggiore attenzione per i risultati da esse conseguiti a proposito di materie e questioni oggetto di regolazione ad opera del legislatore. Tale è l'esito di un atteggiamento culturale sempre più attento alla valorizzazione delle multiformi componenti presenti nelle società contemporanee, ciò che si traduce anche nella maggiore consapevolezza dell'importanza e della scientificità delle scienze non naturali, le quali, pur servendosi di metodi d'indagine e di prova non sperimentali, dimostrano oggi di saper offrire una rappresentazione della realtà circostante e dei problemi che la contornano tale da incidere sulle valutazioni degli organi politici e giurisdizionali, se non in maniera decisiva quantomeno in maniera orientativa.

Il ruolo che le scienze sociali sapranno ritagliarsi nella fase istruttoria dei procedimenti sia politica che giurisdizionale è sicuramente un tema sul quale i prossimi sviluppi offriranno spunti interessanti, da impiegare negli studi (quali il presente) dedicati al tema dell'incidenza delle valutazioni scientifiche nella *constitutional adjudication*. Sul punto si rinvia alle considerazioni di N. Petersen, *Avoiding the common-wisdom fallacy: the role of social sciences in constitutional adjudication*, in I-CON (2013), vol. 11, n. 2, pp. 294 ss.

Dopo aver indagato, nel secondo capitolo, i profili concernenti l'incidenza delle cognizioni scientifiche con riferimento al momento introduttivo del giudizio di costituzionalità, in questo capitolo si indagherà l'utilizzo che delle medesime è stato fatto dalla Corte allorquando si è pronunciata nel merito delle questioni sollevate che, per varie ragioni, presupponevano la considerazione dello stato attuale delle conoscenze scientifiche ovvero di dati statistici idonei a fotografare la realtà di fatto incisa dalla regolamentazione impugnata.

Il presente capitolo presenta una struttura che ha l'ambizione di rappresentare ad un tempo due aspetti distinti ma necessariamente connessi del giudizio costituzionale: da un lato, verificare se, quando e come il fattore scientifico incida sullo scrutinio di legittimità costituzionale, determinando il 'verso' della decisione; dall'altro, evidenziare le modalità con le quali la Corte riconduce la legge impugnata alle disposizioni costituzionali di cui sarebbero attuazione, adottando ora un dispositivo variamente manipolativo del testo di legge ora un dispositivo di inammissibilità (fondato, però, su ragioni di merito), a seconda dell'ampiezza della discrezionalità che essa riconosce al legislatore nel disciplinare uno specifico ambito normativo.

La correlazione tra questi due aspetti è un elemento che deve giustamente essere valorizzato per servire alle finalità del presente lavoro, in quanto dal riconoscimento di un più ampio potere di apprezzamento discrezionale in capo al legislatore (nel caso in cui la Costituzione non dia alcuna direttiva sul trattamento giuridico di una situazione, oppure nel caso in cui il sotto-sistema legislativo non disciplini compiutamente la materia, lasciando impregiudicata la possibilità di prevedere deroghe ai principi generali della materia) discende per la Corte un più limitato potere di intervento manipolativo sull'atto impugnato, se non addirittura un dovere di astensione per rispetto della discrezionalità politica del legislatore. Inoltre, ad un limitato potere d'intervento del Giudice costituzionale corrisponde – il che è lo stesso – l'obbligo di applicare un sindacato di tipo debole alle valutazioni espresse in sede politica.

Al fine di tracciare una linea di demarcazione più chiara tra la fase ricognitiva e la fase ricostruttiva nello studio della giurisprudenza costituzionale sulle questioni scientificamente connotate, si ritiene di dover concentrare nel presente capitolo la sola trattazione del materiale giurisprudenziale, rinviando al quarto capitolo l'approfondimento sui profili relativi agli strumenti decisorii, alle tecniche argomentative

e all'incisività del sindacato operato dalla Corte nei giudizi sull'adeguatezza scientifica delle leggi.

Questi due capitoli, che sono centrali nell'economia del lavoro, sono strettamente legati sul piano logico-strumentale: lo studio dei materiali giurisprudenziali consentirà, infatti, di apprezzare l'uso che di volta in volta è stato fatto delle cognizioni di scienza in relazione ai diversi ambiti nei quali rilevano. Nel quarto capitolo, inoltre, si svolgeranno alcune riflessioni sull'opportunità che la Corte intensifichi il proprio sindacato nella valutazione di alcune fattispecie, ipotesi che sembra oramai non solo eventuale a seguito dell'ampliamento, compiuto dalla stessa Corte con la riforma delle *Norme Integrative* nel gennaio 2020, dei propri poteri istruttori officiosi.

Per agevolare la comprensione delle tematiche trattate, si è scelto di suddividere l'analisi giurisprudenziale in tre macro-categorie: a) il ruolo delle cognizioni tecnico-scientifiche nella costruzione delle fattispecie legislative; b) il principio della 'riserva di scienza'; c) il rapporto tra sviluppo scientifico-tecnologico e 'nuovi diritti'.

2. Il ruolo delle cognizioni tecnico-scientifiche nella costruzione delle fattispecie legislative

2.1 Sviluppo tecnologico e anacronismo legislativo: sulla congruità del dato normativo rispetto allo stato attuale delle capacità tecnologiche nelle vicende del monopolio televisivo statale

Uno dei primi casi in cui la Corte costituzionale si è trovata a giudicare della legittimità di norme di legge in relazione alla loro "obsolescenza" causata dal rapido avanzamento tecnologico è, senza dubbio, quello concernente il monopolio televisivo, che era stabilito dagli artt. 1 e 168, n. 5 del R.D. n. 645/1936 (*Codice postale*) ed era rimasto invariato anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

La Corte costituzionale era stata adita più volte dai giudici ordinari e amministrativi, chiamati a giudicare in processi nei quali era convenuto in giudizio il Ministero delle poste e delle telecomunicazioni, per non aver concesso ad imprese private l'"assenso di massima" alla realizzazione di sistemi di radiodiffusione televisiva finanziati con i proventi della pubblicità, nell'ambito dei quali era stata incidentalmente eccepita l'incostituzionalità delle disposizioni del codice postale che stabilivano il

monopolio in capo allo Stato della gestione e utilizzazione dei servizi di radiotrasmissione, per contrasto con gli articoli 21, 33, 41 e 43 della Costituzione.

In un primo momento la Corte, con la sentenza n. 59 del 1960, aveva dichiarato le questioni non fondate, ritenendo che il suddetto monopolio fosse legittimo sia in relazione agli articoli 41 e 43 Cost. (che consentono la sottrazione alla libera iniziativa dei servizi economici delle attività «di preminente interesse generale» che, per le caratteristiche proprie della tecnologia disponibile e del mercato, tenderebbero naturalmente a stabilizzarsi nella forma – quantomeno – di un oligopolio a disposizione di pochi soggetti) sia in relazione agli articoli 21 e 33 Cost.

Con specifico riguardo all'art. 21, la Corte argomenta che non contrasta di per sé con tale norma l'avocazione allo Stato di uno o più mezzi di comunicazione la cui disponibilità, in regime di libero mercato, tenderebbe comunque al monopolio o all'oligopolio. Nondimeno, secondo la stessa, è implicito che «allo Stato monopolista di un servizio destinato alla diffusione del pensiero incombe l'obbligo di assicurare, in condizioni di imparzialità e obbiettività, la possibilità potenziale di goderne - naturalmente nei limiti che si impongono per questa come per ogni altra libertà, e nei modi richiesti dalle esigenze tecniche e di funzionalità - a chi sia interessato ad avvalersene per la diffusione del pensiero nei vari modi del suo manifestarsi», sicché il problema è semmai di prevedere con lo strumento della legge «adeguate garanzie di imparzialità nel vaglio delle istanze di ammissione all'utilizzazione del servizio non contrastanti con l'ordinamento, con le esigenze tecniche e con altri interessi degni di tutela (varietà e dignità dei programmi, ecc.)»².

La Corte, quindi, giustifica la gestione esclusiva statale dei canali di trasmissione sulla base delle caratteristiche del mercato in questione, le quali dipendono in larga parte dalla possibilità di disporre delle tecnologie radiotelevisive, che a causa del loro costo non sarebbero liberamente accessibili. Inoltre, anche ammettendo l'illegittimità di singole disposizioni impugnate, non è escluso che la legislazione nel suo complesso possa considerarsi conforme a Costituzione.

² Corte cost., sent. n. 59/1960, punto 7 del C.i.D. A commento di vedano i contributi di S. Fois, *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 1127 ss.; S. Cassese, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, *ivi*, pp. 1332 ss.; F. Pierandrei, *Radio, televisione e Costituzione*, in *Giur. it.*, 1961, IV, pp. 225 ss.

La Corte ammonisce che lo scrutinio di costituzionalità sulla legislazione radiotelevisiva non potrebbe vertere isolatamente su poche e isolate norme, ma sul sistema di garanzia dei valori giuridici definito dalla legge, dando ad intendere che eventuali modificazioni tecnologiche e di mercato sono suscettibili di far venire meno le ragioni che giustificano il monopolio, a patto che siano poste per legge le condizioni affinché la libertà di iniziativa economica privata si svolga nell'equo bilanciamento con la libertà di accedere ai mezzi di comunicazione. Il diritto, del resto, non potrebbe rimanere insensibile di fronte ad un cambiamento del dato di fatto che sia tale da far venir meno i presupposti dell'esclusiva statale nella somministrazione di un servizio d'interesse pubblicistico³.

I cambiamenti di fatto intervenuti sul piano delle conoscenze scientifiche e delle disponibilità tecnologiche potrebbero, dunque, non solo consentire, ma anche obbligare lo Stato a cambiare quel sistema di garanzie, optando per strumenti di regolamentazione più idonei a garantire sia il pluralismo e l'obiettività del servizio radiotelevisivo, sia la

³ In regime di monopolio, lo strumento tramite il quale lo Stato autorizza l'uso e il godimento di un bene in favore dei privati è, come noto, la concessione, che normalmente fa seguito ad una apposita gara aperta dall'ente pubblico. Nel giustificare siffatto sistema con riguardo alla gestione delle radiotrasmittenti, la Corte si è così espressa: «La concessione amministrativa consente il raggiungimento di fini di interesse generale collegati all'esercizio dei servizi pubblici, attraverso un'attività svolta da un privato e non direttamente dallo Stato o dall'ente pubblico titolare del servizio, in vista del fatto che la gestione in concessione può presentarsi, in alcuni casi, più favorevole, in quanto permette una maggiore snellezza nell'espletamento del servizio, libera lo Stato o l'ente pubblico dall'onere dell'esercizio, e ciò specialmente quando trattasi di attività tecnicamente complesse, che richiedano forti spese di impianto e notevole impegno di gestione. Ond'è che la concessione risponde, in tali casi, alla sostanziale esigenza di potere ottenere servizi migliori e più efficienti con minore impegno per l'ente concedente. In definitiva, soddisfa ad una esigenza di utilità economico-sociale che coincide con quella che informa l'art. 43 della Costituzione. D'altra parte, è evidente, che, qualora il Costituente, che ovviamente era a conoscenza del tradizionale istituto della concessione, ne avesse voluto escludere l'applicazione riguardo ai servizi pubblicizzati a norma dell'art. 43, avrebbe espresso tale volontà attraverso una norma specifica, mentre il silenzio serbato al riguardo può bene essere interpretato come ammissione della possibilità del sistema anche ai fini specifici della attuazione del precetto costituzionale. Ma è da notare che, in questi casi, lo Stato o l'ente pubblico non si limita ad affidare al privato l'esercizio del servizio, ma si riserva poteri assai ampi di direzione, di disciplina, di controllo, tutti tendenti a garantire, a seconda del diverso tipo della concessione, e quindi di diversa intensità, il puntuale conseguimento dei fini di utilità generale. E pur dovendosi riconoscere che il privato concessionario innegabilmente persegue scopi suoi propri di utilità, questi sono però sempre coordinati e subordinati al conseguimento dei fini pubblici, attraverso le norme che in concreto disciplinano l'esercizio delle singole concessioni. [...] In relazione a questa vasta rete di interferenze e di controlli, lo speciale rapporto di concessione stabilito con la R. A. I., sia che lo si intenda come un rapporto di sostituzione, in cui il privato è un esercente dell'attività della quale titolare è lo Stato, per conto del quale il privato agisce, sia che lo si intenda come uno speciale rapporto organico, per cui il privato si presenterebbe quale mezzo indiretto attraverso cui lo Stato raggiunge i suoi fini, questo speciale rapporto costituisce uno strumento valido per la realizzazione dei fini cui istituzionalmente tende il servizio di radiodiffusione nel regime di pubblicità che gli deriva dalla riserva della titolarità del servizio stesso allo Stato.» (Corte cost., sent. n. 58/1965, punti 4 e 5 del C.i.D.).

libertà di iniziativa economica degli imprenditori privati. La progressiva apertura del mercato, resa possibile dagli avanzamenti conseguiti con lo sviluppo di nuove tecnologie di ricetrasmittenza, potrebbe venire perseguita per diverse vie, mediante la liberalizzazione di singole quote di mercato, oppure mediante una distribuzione parcellizzata delle quote date in concessione, o ancora mediante l'abbandono del regime di concessione verso il regime di autorizzazione condizionata, o infine mediante una completa liberalizzazione del mercato audiovisivo. La scelta per uno di questi strumenti è opzione rimessa alla discrezionalità del legislatore, la quale tuttavia non è illimitata ma dipende dalle condizioni di fatto alle quali si conforma il mercato radiotelevisivo.

Per tali ragioni, le stesse norme che erano state salvate dalla sentenza n. 59 del 1960 sono state in seguito dichiarate illegittime con la sentenza n. 225 del 1974, limitatamente ai servizi di radiotelediffusione circolare che si servivano di onde elettromagnetiche. Numerosi pretori avevano, infatti, rimesso la questione del monopolio statale alla Consulta assumendo che un presupposto essenziale della precedente decisione (la limitatezza dei canali di trasmissione) fosse stato superato «dallo sviluppo della scienza e della tecnica delle radiodiffusioni», in quanto l'esistenza di ampie bande di frequenza, di nuovi metodi di trasmissione multicanale e di un sistema di emissioni su uno stesso canale da parte di stazioni lontane non interferenti avrebbero reso pressoché illimitata la capacità di trasmissione.

Nella motivazione, la Corte ribadisce che le condizioni economiche e tecnologiche del settore relativo alla televisione circolare erano ancora tali da impedire la formazione di un mercato veramente libero, mentre ciò non poteva più sostenersi con riguardo ai c.d. ripetitori di stazioni trasmittenti estere, che non operano tramite le bande di trasmissione. Lo sviluppo tecnologico che ha interessato una parte delle tecnologie del settore radiotelevisivo è stato quindi sufficiente a scalfire le ragioni che giustificavano a riserva statale assoluta, e ha determinato quindi la parziale incostituzionalità della normativa indubbiata limitatamente alle trasmissioni effettuate su onde elettromagnetiche⁴.

⁴ Sicché, sul piano regolamentare, allo strumento concessorio si sarebbe potuto sostituire quello autorizzatorio, in base al quale si rilasciano licenze di trasmissione accompagnate da una serie di prescrizioni atte a garantire, da un lato, l'obiettività e la trasparenza del servizio radiotelevisivo, dall'altro, la garanzia dei diritti fondamentali della persona. La Corte, infatti, si spinge anche a dare alcune indicazioni in vista della riforma della legge, elaborando una serie di direttive che sarebbero successivamente state

Contestualmente, con la sentenza n. 226 del 1974, la Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità delle disposizioni del *Testo Unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni* (artt. 1, 183 e 195 del d.P.R. n. 156/1973), limitatamente alle parti in cui assoggettavano al monopolio statale l'impianto e l'esercizio di apparecchi televisivi via cavo su base locale⁵. Muovendo dalle stesse premesse poste alla base della sentenza n. 225, la Corte prende atto della diversità essenziale che corre, sul piano della tecnologia, tra la televisione via etere e la televisione via cavo, in quanto mentre la prima consta di un numero di canali limitato, la seconda dispone di fatto di un numero di canali illimitato, che aumenta indefinitamente moltiplicando il numero dei cavi. La mutata disponibilità tecnologica, unita alla circostanza che, sul piano economico, il mercato delle reti via cavo locali ha dei costi tutt'altro che insostenibili per le piccole imprese – come dimostrato dalla coeva esperienza straniera – ha pertanto determinato la sottrazione al monopolio di un'altra fetta del settore radiotelevisivo, favorendo peraltro l'offerta di molti più canali e la garanzia del pluralismo delle idee⁶.

E ancora, con la sentenza n. 202 del 1976, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità degli articoli 1, 2 e 45 e, in via consequenziale, dell'art. 14 della l. n. 103/1975 (recante *Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva*), nella parte in cui non consentivano l'installazione e l'esercizio di impianti di diffusione

definite dalla dottrina come l'«eptalogo» della Corte in materia radiotelevisiva (cfr. Corte cost., sent. n. 225/1974, punto 8 del C.i.D.).

⁵ Per alcuni commenti, relativi congiuntamente alle sentenze nn. 225 e 226 del 1974, si veda R. Zaccaria, *L'alternativa posta dalla Corte: monopolio "pluralistico" della radiotelevisione o liberalizzazione del servizio*, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 2169 ss.; C. Chiola, *I "comandamenti della Corte per il settore radiotelevisivo*, ivi, pp. 2191 ss.

⁶ Rimane peraltro impregiudicato il profilo attinente alla regolamentazione amministrativa della parte liberalizzata del mercato televisivo, per la quale valgono le considerazioni già espresse nella sentenza n. 225. Cfr. Corte cost., sent. n. 226/1974, punto 4 del C.i.D.: «Ciò non significa, peraltro, che il legislatore non possa disciplinare con legge l'installazione e l'esercizio delle reti private di televisione via cavo, essendo tale installazione od esercizio strettamente collegati ad interessi generali e dovendo perciò essere attuati in armonia e non in contrasto con i su detti interessi. Quindi, anche se non sussistono per le reti locali di televisione via cavo - come del resto per la generalità delle attività imprenditoriali - ragioni di "utilità generale" che ne giustifichino una riserva allo Stato, la loro installazione e il loro esercizio possono essere senz'altro legittimamente ed opportunamente disciplinati con legge, in modo da assicurare che, nel rispetto della libertà di manifestazione del pensiero e d'iniziativa economica, siano salvaguardati gli interessi pubblici, che, in varia guisa, possono entrare in giuoco. All'uopo, pertanto, potrà stabilirsi che sia l'installazione sia l'esercizio siano subordinati ad autorizzazione amministrativa, da rilasciarsi ove sussistano le condizioni previste dalla legge. Naturalmente, quando concorrano tali condizioni, l'autorizzazione è vincolata e non meramente discrezionale, con tutte le conseguenze che tale sua natura comporta nel nostro ordinamento.».

radiofonica e televisiva via etere di portata non eccedente l'ambito locale⁷. Secondo la Corte, «sulla base delle diffuse cognizioni tecniche e delle pratiche realizzazioni in atto esistenti», non sussistevano più le condizioni di fatto che legittimavano disparità di trattamento giuridico tra le imprese radiotrasmittenti locali che operano via cavo e le imprese locali che operano via etere, dal momento che la illimitatezza delle frequenze per le trasmissioni su scala locale via etere aveva determinato in parallelo l'abbattimento dei costi degli impianti, ponendo le condizioni per l'esercizio delle relative attività in forma privata senza che vi sia il rischio della formazione di un monopolio o oligopolio⁸.

La questione doveva ben presto porsi anche con riguardo alla trasmissione dei programmi su scala nazionale, resa possibile dal fenomeno delle interconnessioni tra stazioni locali emittenti, grazie alle nuove tecnologie di collegamento che permettevano un'estensione del raggio di esercizio che, di fatto, veniva a coprire l'intero territorio nazionale, in concorrenza con il servizio offerto dall'emittente statale. Nella sentenza n. 148 del 1981, nonostante il giudice *a quo* avesse fatto ampio riferimento alle «acquisizioni di carattere tecnologico sopravvenute», che di fatto avrebbero reso illimitate le frequenze via etere e abbattuto i costi di impianto e gestione dei servizi, la

⁷ La sentenza è stata oggetto di commenti da diversi settori della dottrina. Per limitarci ai commenti di ambito costituzionalistico, si rinvia a C. Chiola, *Il pluralismo spontaneo per la radiotelevisione locale*, in *Giur. cost.*, 1976, pp. 1418 ss.; F. D'Onofrio, *Groviglio nell'etere: la Corte "apre" ai privati "locali"*, *ivi*, pp. 1424 ss.; F. Gabriele, *Riserva allo Stato a livello nazionale e privatizzazione condizionata a livello locale in materia di diffusione radiofonica e televisiva via etere*, *ivi*, pp. 1489 ss.; S. Fois, *La natura dell'attività radiotelevisiva alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1977, pp. 429 ss.

⁸ Al pari che nella sentenza n. 225 del 1974, la Corte non lesina a dare indicazioni al legislatore sulle necessarie integrazioni che dovranno essere apportate alla legge per adeguare la normativa vigente alle direttive contenute nella sentenza, in special modo per individuare l'amministrazione competente a distribuire le frequenze e a stabilire le condizioni che consentano l'autorizzazione all'esercizio di tale diritto, al ricorrere delle quali il rilascio dell'autorizzazione si configura come un atto vincolato e non meramente discrezionale: cfr. Corte cost., sent. n. 202/1976, punto 8 del C.i.D.

A seguito di questa pronuncia, l'esercizio delle attività di trasmissione radiofonica e televisiva è stato dunque liberalizzato, sebbene con un regime transitorio che avrebbe dovuto durare finché il legislatore non avesse una nuova legge rispettosa del monito della Consulta. La persistente inerzia legislativa ha dato adito a nuove questioni di costituzionalità, con le quali i giudici remittenti dubitavano della legittimità delle sanzioni previste per coloro che operassero in regime di autorizzazione/concessione e coloro che, esercitando l'attività di trasmissione via etere su base locale, non fosse soggetto ad alcuna restrizione amministrativa, in un ambito che comunque avrebbe dovuto essere regolamentato secondo la Corte. Con la sent. n. 237 del 1984, la Corte ha dichiarato la q.l.c. non fondata, in quanto «il principio di uguaglianza viene invocato dai giudici a quibus in senso inverso a quello naturale, assumendo la situazione anomala (e, ci si augura, temporanea) determinata dall'inerzia del legislatore dopo la sentenza n. 202 del 1976 di questa Corte come metro di legittimità della regola generale, di cui alla normativa denunciata, che vuole l'installazione e l'esercizio degli impianti di telecomunicazioni subordinati alla concessione o all'autorizzazione governativa» (Corte cost., sent. n. 237/1984, punto 5 del C.i.D.). In commento alla decisione si veda A. Pace, «Segnali» della Corte in materia radiotelevisiva, in *Giur. cost.*, 1984, pp. 1779 ss.

Corte si rifugia dietro un dispositivo di formale inammissibilità giustificato, a suo dire, dalla non decisività dell'argomento tecnologico, che in ogni caso non offrirebbe sufficienti garanzie per impedire la formazione di oligopoli privati, e anche dalla diversità essenziale che connota le trasmissioni radio-televisive locali da quelle nazionali⁹.

Il *self-restraint* della Corte si giustifica in questo caso per ragioni di natura giuridica o di opportunità politica: essa, infatti, non pare mettere in dubbio che i nuovi strumenti tecnologici che permettono di interconnettere stazioni lontane apra definitivamente alla possibilità di introdurre regimi alternativi al monopolio statale anche su scala nazionale; tuttavia, ritiene necessario un intervento organico del legislatore al fine di corredare il nuovo sistema radiotelevisivo delle opportune garanzie a tutela del pluralismo e della qualità dell'informazione, compito al quale non potrebbe sopperire la Corte costituzionale con una pronuncia di tipo additivo¹⁰.

⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 148/1981, punto 3 del C.i.D.: «L'emittenza privata può essere attualmente esercitata senza le conseguenze dannose di cui si è parlato solo in ambito locale per la oramai ivi acquisita pluralità di altre emittenti di diversi e contrastanti indirizzi, mentre largamente travalicherebbe questi limiti qualora si estendesse a tutto il territorio nazionale, ove i suoi effetti si moltiplicherebbero di intensità finendo con l'attribuire al soggetto privato, operante in regime di monopolio od oligopolio, una potenziale capacità di influenza incompatibile con le regole del sistema democratico.». A commento della decisione v. C. Chiola, *L'alternativa alla riserva statale dell'attività radiotelevisiva nazionale*, in *Giur. cost.*, 1981, pp. 1386 ss.

¹⁰ La vasta diffusione della pratica del collegamento tra più emittenti locali allo scopo di trasmettere programmi comuni su tutto il territorio nazionale o, comunque, in ambito ultra-locale, ha in effetti indotto il Governo a regolamentare il fenomeno prima con il d.l. 694/1984 (non convertito), e poi con il d.l. n. 807/1984, convertito nella l. n. 10/1985. Per espressa previsione di alcune sue disposizioni, la legge in questione avrebbe dovuto considerarsi un atto con efficacia provvisoria, diretta a disciplinare la materia fino all'approvazione di una legge generale sul sistema radio-televisivo, da approvarsi non oltre sei mesi (termine più volte prorogato, al quale non seguì nell'immediato l'approvazione dell'auspicata legge). Il fulcro della legge n. 10/1985 era dato dalle disposizioni concernenti la disciplina delle emittenti private, ratificando sostanzialmente la situazione di fatto che si era venuta a creare sul mercato privato. La legge quindi consentiva la prosecuzione dell'attività delle singole emittenti private già in funzione (a condizione che non creassero situazioni di incompatibilità con i servizi pubblici), consentendo altresì i ponti radio tra la singola emittente e i propri studi di emissione, nonché con i rispettivi trasmettitori e tra gli stessi e i ripetitori con le caratteristiche tecniche in atto, permettendo altresì la trasmissione di uno stesso programma pre-registrato in contemporanea tra più emittenti, indipendentemente dagli orari prescelti. Tuttavia, la legge non recava alcuna disciplina idonea a evitare le concentrazioni anti-trust, e pertanto contribuiva essa stessa a perpetuare un sistema anti-concorrenziale tendente all'oligopolio (esattamente il rischio che si paventava sin dalle prime pronunce in materia). La Corte, nondimeno, investita della questione, si era determinata a salvare la legge, sul presupposto della sua temporaneità e provvisorietà, non senza ammonire che «se l'approvazione della nuova legge dovesse tardare oltre ogni ragionevole limite temporale, la disciplina impugnata - tenuto conto che è in vigore già da oltre tre anni - non potrebbe più considerarsi provvisoria e assumerebbe di fatto carattere definitivo: sicché questa Corte, nuovamente investita della medesima questione, non potrebbe non effettuare una diversa valutazione con le relative conseguenze» (Corte cost., sent. n. 826/1988, punto 24 del C.i.D.).

Considerazioni simili si possono fare anche con riguardo agli altri interventi con i quali la Consulta è giunta a demolire altre sacche del claudicante monopolio statale.

Così, nella sentenza n. 1030 del 1988, la Corte ha dichiarato l'illegittimità parziale delle disposizioni del *Testo Unico* in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni, relativamente alla parte in cui assoggettavano al regime di concessione piuttosto che di autorizzazione l'utilizzo degli apparecchi radioelettrici ricetrasmittenti di debole potenza di tipo portatile, dal momento che l'esistenza di una tecnologia che rendeva possibile l'utilizzo della stessa banda di frequenza da più parti, in assenza di rischi per la garanzia del pluralismo dell'informazione, rendeva irragionevole la previsione di un regime amministrativo di concessione (considerato «mezzo eccedente rispetto al fine di assicurare un appropriato bilanciamento tra gli interessi di rilievo costituzionale»¹¹), in quanto lasciava alla P.A. eccessivi spazi di discrezionalità nella scelta dell'imprenditore al quale attribuirle, sostituendolo con un regime di autorizzazione, che permetterebbe anche un migliore controllo dell'attività amministrativa in sede giurisdizionale¹².

Infine, nella sentenza n. 112 del 1993, la Corte costituzionale ha respinto le questioni di legittimità sollevate contro la l. n. 223/1990 (recante *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*), ritenendo non irragionevole la scelta del legislatore di apprestare un sistema radiotelevisivo di tipo misto, basato sul concorso pubblico-privato, perché retamente avrebbe ritenuto che, alla luce dello «stato attuale dello sviluppo tecnologico ed economico-sociale», gli imprenditori privati fossero in grado di «concorrere insieme al servizio pubblico nella realizzazione dei valori costituzionali posti a presidio dell'informazione radiotelevisiva»¹³.

La saga giurisprudenziale relativa al sistema radiotelevisivo italiano, che *ratione materiae* inerisce ad un settore costituzionalmente sensibile come la garanzia del pluralismo e la libertà di informazione (nella duplice veste di “libertà di formare” e di “libertà di informare”), mostra molto chiaramente che la regolamentazione giuridica di

¹¹ Corte cost., sent. n. 1030/1988, punto 10 del C.i.D.

¹² A commento della decisione v. R. Niro, *I ponti radio: mezzi di “comunicazione” o mezzi di “trasporto” di programmi destinati alla radiodiffusione?*, in *Giur. cost.*, n. 10/1988, I, pp. 5006 ss.

¹³ Corte cost., sent. n. 112/1993, punto 8 del C.i.D. In commento v. P. A. Capotosti, *L'emittenza radiotelevisiva privata tra concessione e autorizzazione*, in *Giur. cost.*, n. 3/1993, pp. 2118 ss.; L. Bianchi, *La concessione radiotelevisiva tra riserva di legge e situazioni dei concessionari*, *ivi*, pp. 2122 ss.; M. Ramajoli, *Strumenti giuridici per il governo radiotelevisivo*, in *Foro amm.*, n. 10/1993, pp. 2005 ss.

un ambito materiale strutturalmente dipendente dalle acquisizioni della scienza e della tecnica debba essere costantemente adeguata alle sollecitazioni del dato fattuale, flessibile in divenire e capace di includere soluzioni tecnico-giuridiche che tengano conto della pluralità di contesti, economici e tecnologici, che ci si prefigge di governare.

2.2 Quando la legge si basa su un dato scientifico errato che impatta su un elemento essenziale della fattispecie: il caso del reato di 'plagio'

Il settore principale rispetto al quale la Corte costituzionale si è trovata, almeno in un primo tempo, a dover giudicare della fondatezza scientifica delle scelte legislative è stato, indubbiamente, il diritto penale sostanziale. Questa circostanza è stata favorita, da un lato, dal fatto che nei primi decenni di operatività la Corte è stata sollecitata dai giudici comuni a epurare la legislazione di stampo fascista – tra cui, in particolare, il codice penale – dalle sue connotazioni più autoritarie; dall'altro, dal fatto che è proprio nei decenni successivi al dopo-guerra che gli avanzamenti della ricerca scientifica (soprattutto medico) hanno permesso di accertare, con apprezzabile grado di certezza, la congruità scientifica delle scelte di politica criminale.

Un primo esempio è costituito dalla sentenza n. 96 del 1981, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 603 c.p., in materia di plagio (reato che si intende integrato una volta che un soggetto «sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione»), sulla base di capacità e doti personali che fanno leva, soprattutto, sullo stato di minorità della vittima.

Si tratta di una fattispecie criminosa d'antica ascendenza, che la Corte si premura di ricostruire nelle sue origini e vicende storiche dal periodo greco-romano ai tempi nostri, passando attraverso il diritto intermedio e i codici preunitari, non senza dare conto delle difficoltà che la fattispecie confluita nel codice penale del 1930 aveva provocato agli operatori sul piano sia interpretativo che applicativo¹⁴.

¹⁴ Nella sentenza si ricorda che il reato di «plagio», nei termini sopra descritti, non compariva nelle codificazioni preunitarie e in nessun altro codice penale d'Europa: infatti, nell'accezione tradizionale il plagio veniva identificato con attività consistenti nello sfruttamento di persone altrui “contro” la loro volontà, ma non “nell'annientamento” della loro volontà (quindi sottoporre persone a lavoro obbligatorio, rapire fanciulli per renderne dei mendicanti, offrire donne in prostituzione per trarne profitto). Ma, a parte ciò, si fa presente che la nuova figura criminosa era incerta da distinguere rispetto ad altri delitti contro la persona contemplati nel codice penale Rocco, come la riduzione in schiavitù e il sequestro di persona. In teoria, la differenza rispetto alla riduzione in schiavitù avrebbe dovuto consistere nel fatto che questa corrisponde alla «condizione in cui sia socialmente possibile per prassi, tradizione e circostanze ambientali,

Nella sentenza la Corte ricorda come la dottrina penalistica più recente avesse cercato, servendosi dei dati forniti dai trattati di neurologia e psichiatria, «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»¹⁵, allo scopo di individuarne la consistenza, di indicare i mezzi utili ad accertarlo e di fissare i confini della sfera giuridica entro cui può manifestarsi, senza tuttavia che sia possibile «precisare in modo razionalmente sicuro le sue caratteristiche specifiche»¹⁶, per come risultanti dalla formulazione di legge.

Anche indulgendo nello sforzo di approfondire i risultati cui è addivenuta la dottrina scientifica, la varietà di opinioni espressa e la mutabilità di posizioni registrate porta a concludere per l'impossibilità di operare una sintesi capace di raccordare il dato letterale del precetto con le estrinsecazioni scientificamente possibili nelle quali può concretizzarsi, in quanto non «è dimostrabile, in base alle attuali conoscenze ed esperienze, che possano esistere esseri capaci di ottenere con soli mezzi psichici l'asservimento totale di una persona»¹⁷. Sicché, l'ambito applicativo della disposizione «non potrà che essere del tutto incerto e affidato all'arbitrio del giudice»¹⁸.

Emerge allora un duplice profilo di illegittimità della norma apprezzabile alla luce dell'art. 25 Cost.: da un lato, la sua formulazione letterale è a tal punto vaga e indeterminata da impedire una precisa delimitazione della fattispecie in conformità al principio di tassatività e determinatezza della norma penale; dall'altro, le condotte astrattamente inquadrabili nella fattispecie sono praticamente impossibili da un punto di

costringere una persona al proprio esclusivo servizio», mentre il plagio concreta una ipotesi di «conculcazione dell'interno volere [...] quale avente sulla vittima un effetto psichico annientandone la libertà nel suo contenuto integrale» (punto 8 del C.i.D.). Nella sentenza si ricorda, inoltre, come sia la giurisprudenza sia la dottrina avessero riscontrato difficoltà a dare una interpretazione sicura della disposizione, e a fare quindi una applicazione adeguata della norme. In particolare, dalla stessa relazione del Guardasigilli non era possibile trarre una indicazione univoca su cosa precisamente concretasse tale stato di completa soggezione, e gli stessi esempi che la dottrina vi aveva addotto a commento erano ben lungi dall'integrare forme di soggezione veramente totali, essendo nei fatti solo parziali. I pochi casi processuali aventi per oggetto l'applicazione di questa fattispecie si erano praticamente tutti conclusi con la piena assoluzione (a dimostrazione delle difficoltà applicative che presentava), e in nessuno di essi è stato possibile isolare in maniera univoca gli elementi costitutivi della fattispecie.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 96/1981, punto 11 del C.i.D.

¹⁶ *Ivi*, punto 12 del C.i.D.

¹⁷ *Ivi*, punto 14 del C.i.D.

¹⁸ *Ivi*, punto 13 del C.i.D.

vista scientifico, ciò che rende in ogni caso vano il tentativo di attribuire ad essa un contenuto oggettivo o di farne una applicazione razionale¹⁹.

Il caso appena trattato è emblematico, in quanto rappresenta per la verità l'unica ipotesi nella quale la Corte costituzionale si sia spinta a invalidare *in toto* una fattispecie penale per assoluta carenza di fondatezza scientifica: in sostanza, la norma viene annullata perché i comportamenti astrattamente riconducibili al suo novero non possono realizzarsi nella realtà. Stando così le cose, la questione di legittimità avrebbe anche potuto non arrivare alla Corte: se, infatti, la condotta vietata non può trovare realizzazione, la previsione penale che contempla il fatto di reato è semplicemente inutile e – almeno in teoria – destinata a non trovare applicazione, in quanto il giudice che si trovasse a decidere su un caso del genere dovrebbe pronunciare *sic et simpliciter* una sentenza di assoluzione perché «il fatto non costituisce reato». Nondimeno, la vigenza nell'ordinamento di una norma incriminatrice che – è bene ricordarlo – conferisce agli organi giudiziari il potere di condannare qualcuno per una fattispecie comunque tipizzata nel diritto positivo avrebbe potuto indurre un giudice poco saggio a estrapolare un'interpretazione vagamente plausibile da permetterne l'applicazione in un qualche caso, quantunque all'esito di un tentativo di sussunzione forzosa nella fattispecie normativa.

Solo così si comprende la ragione per cui la Consulta ha proceduto, prima di accogliere la questione, ad una rassegna delle interpretazioni e applicazioni, dottrinali o giurisprudenziali, che in circa cinquant'anni di vigenza la disposizione aveva ricevuto: il dato oggettivo della incostituzionalità di una disposizione normativa non rappresenta una conseguenza necessitata o una forma di “invalidità derivata” rispetto al dato fattuale presupposto dalla fattispecie, ma semmai l'esito di un tentativo non andato a buon fine di ricavare da essa una interpretazione fedele alla lettera della legge suscettibile d'essere conciliata con le conoscenze scientifiche disponibili.

¹⁹ Per alcuni commenti in dottrina, v. P. G. Grasso, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, pp. 808 ss.; F. Dall'Ongaro, *L'illegittimità costituzionale del reato di plagio*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, I, pp. 311 ss.

2.3 Quando il presupposto scientifico è errato e/o impreciso ma le figure della fattispecie sono altrimenti determinabili, ricorrendo allo strumento dell'interpretazione conforme: la sentenza n. 114 del 1998

I principi dedotti dalla sentenza appena citata saranno meglio chiariti ed esplicitati nella successiva sentenza n. 114 del 1998, la quale si pone su una linea di perfetta continuità con la decisione sul plagio. In questa occasione, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla razionalità della distinzione, contemplata rispettivamente agli articoli 94 e 95 del codice penale, tra 'ubriachezza abituale' e 'cronica intossicazione' da alcool o da sostanze stupefacenti. La peculiarità della questione stava nel fatto che, mentre la letteratura scientifica si era assestata su una posizione che negava validità alla distinzione, la giurisprudenza di legittimità era costante nel riscontrare un elemento di discriminazione nel fatto che mentre in un caso lo stato di cronica intossicazione sarebbe irreversibile e dunque preclusivo rispetto al recupero di una condizione di piena autonomia da parte del soggetto alcol-dipendente, nell'altro il soggetto in condizione di ubriachezza abituale non sarebbe in condizione tale da escludere ogni possibilità di recupero (con l'effetto di giustificare la previsione della sua parziale imputabilità).

Il pretore rimettente aveva sollevato la q.l.c. proprio sulla base delle conclusioni del perito (titolare di una cattedra di tossicologia forense), il quale aveva espressamente escluso di poter tracciare allo stato della scienza medica una demarcazione tra le due fattispecie, né di poter riconoscere validità agli indici distintivi elaborati dalla giurisprudenza²⁰.

La Corte costituzionale, pur tenendo a sottolineare l'importanza che le scelte legislative operate dal legislatore siano suffragate da evidenze scientifiche certe e abbiano una forte rispondenza alla realtà, soprattutto nella materia penale (in considerazione

²⁰ In particolare, il perito aveva precisato, per meglio chiarire la propria risposta, che «uno stato di intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti può essere anche reversibile in rapporto all'età, alle condizioni generali del soggetto, alla gravità dello stato di intossicazione ed al tipo di sostanza assunta, tutti elementi validi tanto per formulare una diagnosi di intossicazione cronica, di cui all'art. 95 del codice penale, quanto per formularne una di abituale assunzione di alcool o di sostanze stupefacenti, di cui all'art. 94 dello stesso codice». A conforto di questa conclusione viene, inoltre, evidenziato che alcuni autori rilevano che «uno stato permanente ed irreversibile di alterazione cerebrale non si ravvisa che nella rara demenza alcoolica e che al contrario psicosi alcooliche che insorgono nel corso dell'intossicazione cronica (delirium tremens, allucinosi, ecc.) sono suscettibili di guarigione anche in breve periodo di tempo», mentre altri affermano che «la definizione stessa di intossicazione cronica da sostanze stupefacenti non ha ragion d'essere, non essendo riscontrabile una patologia di rilievo somatico, psicologico e psichiatrico con caratteristiche di permanenza ed osservabile anche oltre la cessazione dell'abuso» (punto 1 del R.i.F.).

«[del]le conseguenze che ne discendono sia per la libertà dei singoli che per la tutela della collettività», ritiene di doversi attenere ad un contegno sostanzialmente deferente, modulando il proprio sindacato in base al principio secondo cui «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»²¹.

Anche in questo caso la Corte non nega che la distinzione tra le due fattispecie sia priva di una «base sicura» dal punto di vista della scienza psichiatrica e medico-legale²², e prende atto altresì che la dottrina penalistica ha a sua volta trovata espresso critiche alla scelta legislativa²³. Nondimeno, ritiene che la situazione nel caso di specie sia diversa da quella del 1981, e che le disposizioni impugnate possano essere interpretate in maniera razionale e coerente col «sistema» nel quale sono inserite, ispirando una pratica applicativa in linea con i canoni della ragionevolezza.

Sotto un primo aspetto, e a differenza del caso del 1981, si ricorda che la giurisprudenza ordinaria «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»²⁴. In secondo luogo, la parificazione tra le due fattispecie, pur disputata a livello medico-scientifico, si pone coerentemente in linea con il complesso del sistema

²¹ Corte cost., sent. n. 114/1998, punto 4 del C.i.D. A commento della sentenza 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.*, n. 2/1998, pp. 975 ss.

²² La dottrina medico-legale dell'epoca non solo riscontrava difficoltà di diagnosi (aggravata, appunto, dal fatto che la distinzione tra le due fattispecie sarebbe artificiosa), ma era molto dubbiosa sul fatto che si potesse identificare l'intossicazione cronica con lo stato di permanenza e irreversibilità tradizionalmente ad esso ricollegato dalla giurisprudenza.

²³ La dottrina penalistica, a sua volta, si mostrava assai incerta sulla possibilità di ricollegare la non imputabilità o la semi-imputabilità della cronica intossicazione da alcool o da sostanze stupefacenti alle categorie del vizio totale o parziale di mente (alcuni autori, infatti, ritenevano che il profilo dell'imputabilità della persona in stato di intossicazione cronica dovesse rimanere distinto da quello relativo al riconoscimento del vizio totale o parziale di mente). La stessa dottrina, inoltre, evidenziava l'incoerenza che sul punto si era venuta a creare all'interno della legislazione di ambito penale, in particolare con riguardo al trattamento giuridico delle tossicodipendenze: se da un lato, infatti, la disciplina codicistica prevedeva un aumento di pena obbligatorio, dall'altro i più recenti interventi attuati a mezzo della legislazione speciale andavano nella direzione di prevedere il recupero e la riabilitazione dei tossicodipendenti con politiche di servizi e di sostegno sociale. Per tale ragione alcuni autori proponevano la pura e semplice soppressione dell'art. 94 c.p.

²⁴ Corte cost., sent. n. 114/1998, punto 6 del C.i.D.

codicistico che, in un'ottica general-preventiva, parifica agli artt. 92 e 93 i reati commessi in stato d'ubriachezza o sotto l'azione di sostanze stupefacenti ai reati commessi in stato di normalità. Sicché, una volta stabilito uno statuto unitario per le ipotesi criminose commesse sotto l'influsso dell'alcool e delle sostanze stupefacenti, la scelta di aver previsto un aggravamento di pena per il caso di abitualità, ovvero di rendere penalmente irrilevante lo stato tossico acuto derivante da intossicazione cronica, rientra nel margine di discrezionalità consentito al legislatore, in linea con «quel nucleo essenziale e primario»²⁵ stabilito dagli artt. 92 e 93 citati.

Una linea argomentativa siffatta non manca di destare perplessità, di segno molto simile a quelle avvertite dalla stessa Corte nella sentenza n. 96 del 1981: se la ragionevolezza del trattamento penalistico della abituale ubriachezza e della cronica intossicazione (che prevede l'aggravamenti di pena in un caso, l'inimputabilità nel secondo) riposa essenzialmente sulla possibilità di distinguere tra l'una e l'altra ipotesi, e tuttavia la scienza medica si dichiara incapace di assolvere a tale compito, il rischio è esattamente lo stesso che è stato denunciato nella sentenza sul plagio, vale a dire l'arbitrarietà degli indici con i quali un giudice possa avere la pretesa di distinguere l'una e l'altra, con l'effetto di applicare due trattamenti diversi a situazioni che dovrebbero essere assoggettate al medesimo.

Ci si troverebbe di fronte ad una violazione palese del principio di uguaglianza, a nulla valendo il tentativo – pur compiuto al pregevole scopo di rispettare la discrezionalità del legislatore – di valorizzare la funzione propria delle categorie penalistiche (come fa la Corte quando sposta il problema dell'imputabilità del soggetto cronicamente o abitualmente intossicato a quello, più generale, della colpevolezza) per salvare la ragionevolezza di una disciplina legislativa che ne è, invece, carente *ab imis* per mancanza di riscontro sul piano scientifico-fattuale, al solo scopo di riaffermare «il superiore valore del principio di colpevolezza»²⁶.

²⁵ *Ivi*, punto 7 del C.i.D.

²⁶ *Ivi*, punto 8 del C.i.D. Le due figure dell'ubriachezza abituale e della cronica intossicazione da alcool sono accomunate dal fatto che, in ambedue le ipotesi, vi è uno stato di intossicazione che, certamente, riduce la consapevolezza e capacità penale del soggetto agente. La Corte reputa, tuttavia, che il problema di stabilire se la persona cronicamente intossicata sia incapace per infermità di mente sia secondario rispetto al disegno che il legislatore ha inteso attuare, «a prescindere da ogni legittima discussione scientifica sulla esatta nozione dell'infermità mentale e del ricorso che a questa nozione ritiene di fare la giurisprudenza ordinaria». Di tal guisa è, secondo la Corte, «il riferimento alla colpevolezza o meno del soggetto quello che deve permettere di distinguere, dal punto di vista della volontà del legislatore e per le conseguenze dalla

È senz'altro rilevante notare, peraltro, come la Corte individui nella motivazione della sentenza penale e nella corretta applicazione dei criteri elencati all'art. 530, commi 2 e 3 c.p.p. (sull'assoluzione dell'imputato) degli strumenti sufficientemente idonei a impedire che la discrezionalità giudiziale in un ambito così sensibile traligni nell'arbitrio: è proprio la delicatezza delle questioni in esame e la difficoltà nel fare applicazione di quegli istituti a imporre al giudice di corredare la propria decisione di una congrua e rigorosa motivazione, risolvendosi nei casi dubbi per una pronuncia di assoluzione.

È dunque evidente che la Corte decide di salvare la disposizione confidando nel fatto che gli accertati profili di irragionevolezza possano venire utilmente compensati dalle garanzie che l'ordinamento appresta a salvaguardia della razionalità della decisione, dati da un lato dai principi generali sull'interpretazione della legge, dall'altro dal sistema delle impugnazioni.

Ora, alla luce di questa prima rassegna, si deduce che la razionalità delle scelte di politica criminale non riposa esclusivamente sul fondamento scientifico delle categorie extra-giuridiche di cui il legislatore si serve nella costruzione della fattispecie normativa, né sulla sola congruità del trattamento giuridico di un dato fenomeno alle risultanze degli accertamenti scientifici. Infatti, l'esatta qualificazione dei fenomeni sociali oggetto di repressione penale, e prima ancora la specificazione della loro rilevanza giuridica, sono operazioni che non possono essere compiute esclusivamente alla stregua di ciò che dice la comunità scientifica, ma – per un'esigenza connessa alla coesistente funzione di protezione sociale del diritto penale – anche di quelli che sono i rischi e i pericoli percepiti nella condotta vietata in rapporto al sistema dei valori condiviso dalla comunità politica.

legge previste, la intossicazione acuta da quella cronica: colpevole quella acuta, sia pure dandosi spazio a tutti i trattamenti di recupero e agli altri provvedimenti ritenuti adeguati sul piano dell'applicazione e dell'esecuzione delle pene; incolpevole, o meno colpevole, quella cronica, sia pure attraverso il passaggio, nell'ipotesi della pena soltanto diminuita, per la discussa e discutibile figura della semi-imputabilità» (*ibidem*).

2.4 Le fattispecie normative tra eguaglianza “scientifica” e disparità di trattamento giuridico: il problema dell’assistenza sociale alle persone che abusano di sostanze alcoliche e stupefacenti nel prisma della discrezionalità legislativa

Riguardo a quest’ultimo tema, vale la pena di ricordare la sentenza n. 104 del 1982, mediante la quale la Corte ha deciso la questione di legittimità costituzionale dell’art. 688 c.p. (ubriachezza), che era stata sollevata con ben 25 ordinanze di rimessione per supposto contrasto con gli artt. 3, 27 e 32 Cost.

L’antefatto è rappresentato dall’entrata in vigore della l. n. 685/1975, con la quale il legislatore ha innovato l’approccio nel contrasto al fenomeno del commercio, uso e consumo di sostanze stupefacenti, abrogando la fattispecie di cui all’art. 729 c.p. (abuso di sostanze stupefacenti) e introducendo tutta una serie di politiche di intervento sociale tese a recuperare il soggetto tossicodipendente e, soprattutto, a privilegiare una strategia nel contrasto al traffico di stupefacenti basato sulla prevenzione piuttosto che sulla criminalizzazione. In ragione di ciò, i giudici rimettenti ritenevano che si fosse creata una inammissibile distonia nel trattamento giuridico di due fenomeni (dipendenza da alcool e da sostanze stupefacenti) in larga misura assimilabili, con lesione quindi del principio costituzionale di uguaglianza, del principio dello scopo rieducativo della pena nonché del diritto della persona inferma a ricevere cure efficaci per il miglioramento della propria condizione di salute²⁷.

²⁷ Nelle ordinanze di rimessione sono contenute ampie considerazioni di carattere scientifico sui problemi che la legge penale affronta. In primo luogo, i giudici *a quibus* osservano che «secondo le comuni nozioni medico-scientifiche, l’alcool appartiene a quel genere di sostanze capaci di alterare temporaneamente le condizioni fisico-psichiche dell’individuo e di indurre, a lungo termine, a condizioni di assuefazione e di dipendenza da parte dell’assuntore, determinando effetto che, tanto sul piano psichico (senso di euforia, caduta dei freni inibitori), quanto su quello fisico (modificazioni del metabolismo, compromissioni di vario genere a carico degli organi vitali), sono assimilabili all’azione di alcune sostanze stupefacenti». Per altro verso, si contesta direttamente la stessa opzione di politica criminale prescelta dal legislatore, che secondo i giudici remittenti «è del tutto incapace a risolvere i problemi psicologici e sociali che sottostanno all’alcoolismo e, quindi, all’epifenomeno della manifesta ubriachezza». Del resto, secondo i giudici *a quibus*, «[l]o stato di ubriachezza, infatti, salvo casi assolutamente trascurabili dal punto di vista statistico, costituisce la spia vuoi di una condizione di dipendenza fisica (e quindi di intossicazione) vuoi di una situazione psichica di difficoltà e di disagio che cerca nell’alcool una falsa strada per la soluzione dei problemi individuali. Se ciò è vero (e la letteratura scientifica lo conferma), ci si può chiedere se la penalizzazione dell’ubriachezza costituisca lo strumento più idoneo a tutelare la salute che è in concreto messa in pericolo dall’abuso di sostanze alcoliche (di qui la violazione anche dell’art. 32 della Costituzione) o se invece non rappresenti quanto residua di una concezione autoritaria, diretta a colpire il "diverso", inaccettabile nell’ottica solidaristica che ispira la Carta costituzionale» (Corte cost., sent. n. 104/1982, punto 1 del R.i.F.). In una delle ordinanze di rimessione, con la quale la Corte specificamente si confronta, fa notare viepiù che «l’atteggiamento repressivo (prevalendo su quello curativo) favorisce

La risposta della Corte non è insensibile alle (giuste) sollecitazioni provenienti dalle ordinanze di rimessione (tanto da aderire alla loro impostazione di fondo, secondo cui l'abuso di alcool sarebbe una «vera e propria malattia sociale») e, anzi, concede che «la comminatoria di una sanzione penale per chi eccede nel consumo di alcoolici così da "manifestarsi" ubriaco in luogo pubblico o aperto al pubblico non è certamente strumento idoneo a fronteggiare nella loro complessità i problemi psicologici e sociali sottostanti all'alcoolismo»²⁸. Un discorso siffatto riguarda, tuttavia, «il legislatore ordinario, le sue scelte di fondo, i suoi programmi a più o meno lunga scadenza», e quindi l'opportunità di tali scelte, mentre nel giudizio davanti alla Corte si tratta «di stabilire se tale discorso porti anche ad inficiare la legittimità costituzionale dell'art. 688 c.p.»²⁹.

Secondo la Corte, il venir meno del parallelismo tra il trattamento riservato al consumo di alcool e il trattamento riservato al consumo di sostanze stupefacenti non determina per ciò solo l'incostituzionalità della norma superstite, poiché anche prima dell'intervento riformatore vi sarebbero state differenze di disciplina (inerenti soprattutto alla percezione sociale dei rischi connessi a ciascuno dei due fenomeni considerati) che, anche dopo di questo, rendono la diversità di trattamento legittima. Mentre, infatti, «la produzione, il commercio, la detenzione e l'uso degli alcoolici hanno costantemente fruito di un atteggiamento legislativo ispirato - per una serie di ragioni storiche, economiche, culturali, il cui approfondimento esula dalla presente sede - ad una larga tolleranza», viceversa «la produzione, il commercio, la detenzione e l'uso delle sostanze stupefacenti hanno sistematicamente sperimentato un atteggiamento legislativo rigoroso», che comunque continua a prevedere (a differenza di quanto previsto per il consumo di alcool) l'incriminazione anche per chi detenga o consumi modiche quantità³⁰.

l'emergere di una sottocultura che, appunto (come ricorda Cohen), comprende, fra le condizioni necessarie per la sua nascita ed il suo perpetuarsi, l'interazione effettiva di un certo numero di persone che presentano analoghi problemi di adattamento: la sottocultura, in sostanza, tende inevitabilmente a cronicizzarsi per imitazione ed apprendimento sociale e per autodifesa contro la cultura dominante ostile.» e che «[d]a ciò consegue che i programmi di trattamento che manifestano maggiori probabilità di successo, sia nei confronti del drogato, sia per il soggetto dedicato all'alcool, sono quelli imperniati su meccanismi terapeutici di gruppo, quali, ad esempio, quelli seguiti dal Synanon; l'atteggiamento repressivo e punitivo, per converso, favorisce l'isolamento e la fuga in un contegno deviante che, in via secondaria, sfocia in comportamenti antiggiuridici.» (*ivi*, punto 2 del R.i.F.).

²⁸ Corte cost., sent. n. 104/1982, punto 3 del C.i.D., ove si ricorda inoltre che la stessa legge n. 685/1975 non manca di riferirsi anche alla prevenzione e cura dell'alcoolismo.

²⁹ *Ivi*, punto 4 del C.i.D.

³⁰ *Ivi*, punto 5 del C.i.D.

In questi termini, l'intervento legislativo non avrebbe creato alcuna disparità o incongruenza rispetto al quadro normativo preesistente, ed anzi non avrebbe fatto altro che accentuare le diversità già esistenti³¹. Sicché una pronuncia di rigetto della questione si rendeva necessaria non solo per le ragioni già richiamate, ma anche per non frustrare la difesa di quei beni giuridici alla cui tutela è preordinata la norma di cui all'art. 688 c.p.³².

Ancora una volta è dimostrata, dunque, l'ipotesi formulata in premessa: che, cioè, non basta una mera incongruenza con le evidenze della scienza per giungere ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte del Giudice delle leggi. Anche se le più recenti evidenze scientifiche sembrano indicare la necessità di cambiare approccio nel contrasto ad un fenomeno serio come l'alcolismo, la possibilità pratica di compiere questo passo dipende dall'impegno del legislatore a riformare organicamente la normativa di settore, predisponendo strutture e risorse per l'assistenza psicologica e il reinserimento sociale degli alcolisti e rimodulando in contemporanea le fattispecie criminali, senza però disattendere le istanze connesse alle aspettative di protezione dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica.

Tale decisione sottende, inoltre, un bilanciamento tra due valori in conflitto che, pur avendo entrambi rango costituzionale, vengono disposti dalla Corte, in base alle circostanze concretamente emergenti, in una gerarchia nella quale viene data prevalenza ad uno di essi: la potenziale gravità dei rischi cui avrebbe potuto dare luogo per la collettività la caducazione *tout court* della fattispecie penale, non accompagnata dalla previsione di un modello alternativo di intervento sociale a favore della rieducazione sociale dell'alcolista, ha indotto la Corte a mantenere lo *status quo*, evitando di creare falle nel sistema che avrebbero potuto anzi creare nuovi problemi piuttosto che risolvere quelli già esistenti.

³¹ Critici sul punto i commentatori della sentenza: A. Manna, *Un'occasione perduta: l'art. 688 c.p.*; in *Giur. cost.*, 1982, pp. 1031 ss.; G. Fiandaca, *Repressione penale della ubriachezza e violazione del principio di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1982, I, pp. 1788 ss.

³² Bisogna, infatti, considerare che la pura e semplice eliminazione della norma penale che punisce chi si mostra in pubblico manifestamente ubriaco da un lato non giova, di per sé, al recupero e all'aiuto di chi è dedito all'alcool, essendo a tal fine necessari specifici interventi di sostegno sociale e la messa in opera di servizi, con conseguente stanziamento di fondi pubblici; dall'altro, tale decisione priverebbe di tutela l'interesse pubblico salvaguardato dalla norma, cioè la pace e la tranquillità sociale.

2.5 Il dato scientifico e l'adeguatezza della legge

2.5.1 Quando il dato scientifico svela uno sbilanciamento in eccesso nell'attuazione degli scopi costituzionali: il caso delle norme sull'esecuzione penale

Le esigenze di sistema emerse dall'analisi della giurisprudenza costituzionale riguardante la disciplina sostanziale delle fattispecie criminose vengono in rilievo anche prendendo nell'esame delle decisioni nelle quali la Corte si è pronunciata sulla razionalità degli istituti giuridici per l'esecuzione della pena. In questo settore, infatti, è dato riscontrare una costante tensione tra i principi che presiedono alla esecuzione delle pene verso coloro che con le loro azioni hanno violato l'ordine sociale: da un lato l'obiettivo di perseguire l'interesse dello Stato alla punizione dei crimini e alla prevenzione dei reati, dall'altro il diritto del condannato al rispetto della propria persona, alla garanzia dell'umanità della pena e, *last but not least*, alla sua rieducazione in vista del suo reinserimento nel tessuto sociale.

Il dato scientifico-tecnologico viene in rilievo, in questo speciale ambito, come fattore di adeguamento che concorre a garantire il corretto bilanciamento tra i due valori di cui si è detto. In particolare, la funzione rieducativa che la Costituzione riconnette all'art. 25 alla sanzione penale deve intendersi come una precisa indicazione di scopo che, sul piano pratico, si traduce in una condizione di legittimità dell'uso dello strumento detentivo da parte del legislatore e degli organi delegati alla sua esecuzione. La legittimità costituzionale della normativa sull'ordinamento penitenziario dipende dalla sua intrinseca capacità di mediare tra le due istanze che l'ordinamento riconnette all'esecuzione della pena (l'effettività della punizione e la rieducazione del condannato).

Ciò dipende anche da una serie di fattori estrinseci al dato normativo (tipologia di reato commesso, condizioni personali del condannato, stato dei luoghi di esecuzione della pena) di cui è necessario tener conto per operare un corretto bilanciamento dei valori coinvolti. L'apprezzamento di tali elementi richiede un esame approfondito basato sul singolo caso di specie, che non sarebbe ovviamente possibile se la legge predeterminasse in via astratta una norma generale valevole per ogni caso e circostanza, senza lasciare agli organi incaricati dell'esecuzione della pena (di norma, il magistrato e il tribunale di sorveglianza) il potere di disporre diversamente sulla base della situazione concreta sottoposta al loro esame. Previsioni normative eccessivamente rigide in questo campo

sono, pertanto, sospette d'incostituzionalità, perché tale rigidità impedisce alla legge di perseguire i valori costituzionali in maniera ragionevole e proporzionale, mentre al contrario disposizioni generali e astratte che si limitino a sancire gli interessi rilevanti delegando il loro bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione dispongono di quella strutturale flessibilità che le salva da censura.

Un esempio significativo di quanto appena detto è la sentenza n. 139 del 1982, con la quale la Consulta ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 222, co. 1 c.p.p. (e in via consequenziale degli artt. 204, co. 2, e 205, co. 2, n. 2 c.p.) «nella parte in cui non subordinano il provvedimento di ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario dell'imputato prosciolto per infermità psichica al previo accertamento da parte del giudice della cognizione o della esecuzione della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima al tempo dell'applicazione della misura»³³.

L'antefatto è il seguente: nel corso dei procedimenti penali a carico di alcuni imputati che al momento in cui avevano commesso il fatto erano totalmente incapaci di intendere e di volere, i giudici remittenti lamentavano di essere vincolati dalla legge a disporre il ricovero coatto in ospedale psichiatrico giudiziario, nonostante dalle perizie psichiatriche disposte dai G.I. fosse stata accertata la loro non pericolosità, dal momento che le norme contestate ponevano una presunzione assoluta di pericolosità che non lasciava spazio ad una valutazione casistica sull'opportunità di applicare l'anzidetta misura di sicurezza³⁴.

³³ Corte cost., sent. n. 139/1982, in dispositivo. Tra i commenti cfr. G. Vassalli, *L'abolizione della pericolosità degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982, pp. 1202 ss.; E. Musco, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 1584 ss.; G. Russo, *La pericolosità sociale dell'infermo di mente prosciolto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, pp. 375 ss.; A. Manacorda, *Infermità mentale, custodia e cura alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, pp. 292 ss.

³⁴ La questione si incrociava, pertanto, con il problema della legittimità dell'uso delle presunzioni legali nella materia penale, soprattutto della presunzione di pericolosità collegata alla commissione di gravi reati. La Corte, nondimeno, tiene distinti i due profili, perché mentre l'utilizzo delle presunzioni come istituto di protezione sociale rientra nel margine di apprezzamento di cui dispone legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità politica, la questione dell'applicazione delle misure di sicurezza ai soggetti non imputabili che abbiano commesso fatti di reato, pur non potendo essere trattata alla stregua del principio rieducativo della pena (che all'art. 27, co. 3 Cost. viene riferito alle sole pene, non anche alle misure di sicurezza), viene risolta dalla Corte come un problema sul legittimo uso della forza pubblica nell'emanazione di provvedimenti limitativi della libertà personale.

Rispetto ai casi passati nei quali la Corte aveva sostanzialmente affermato la legittimità costituzionale dei meccanismi presuntivi di pericolosità sociale³⁵, viene qui significativamente precisato che le disposizioni di legge che impongono misure di sicurezza per ragioni di infermità mentale sono legittime nella misura in cui poggino sul «presupposto che la situazione di infermità psichica accertata rispetto al momento del fatto risulti immutata nel momento del giudizio ovvero in quello successivo in cui la misura in questione debba essere ordinata, ove a ciò si sia omesso di provvedere con la sentenza di proscioglimento»³⁶, e quindi che siffatta condizione (l'infermità mentale) sia rimasta inalterata al momento di applicazione della misura di sicurezza.

Il problema della disposizione sottoposta al vaglio della Corte è che essa manca proprio di un tale meccanismo di “attualizzazione”, in quanto la sua formulazione letterale impone di guardare esclusivamente al momento del fatto, non anche ad un momento successivo, con la conseguenza che «la misura andrà ugualmente applicata a soggetti che, al momento del giudizio, siano ancora infermi di mente, e ad altri il cui stato di salute (ovviamente oggetto dell'esame peritale concernente l'imputabilità) abbia invece subito una positiva evoluzione»³⁷.

La dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni impugnate sostituisce, così, il meccanismo rigido stabilito dalla legge con un meccanismo flessibile che conferisce al giudice il «potere - e dovere - [...] di disporre, sulla base degli opportuni, concreti accertamenti, la revoca della misura, in qualsiasi momento la persona sottoposta

³⁵ Nella sentenza n. 106 del 1972, la Corte costituzionale aveva affermato la legittimità delle presunzioni assolute di pericolosità sociale contenute in alcune norme del codice penale (art. 204, co. 2, art. 222, co. 1 e 2 e art. 224, co. 3) che ponevano a carico degli imputati prosciolti perché non imputabili per infermità mentale assoluta, laddove fossero stati accusati di reati di particolare gravità, sull'assunto che «la presunzione stessa deve ritenersi giustificata allorché si sia in presenza di condizioni le quali consentano di far ritenere, sulla base di valutazioni obiettive ed uniformi desunte dalla comune esperienza, la probabilità di un futuro comportamento criminoso da parte di chi abbia commesso un reato in circostanze che ne precludono l'imputabilità» (Corte cost., sent. n. 106/1972, punto 2 del C.i.D.). Le presunzioni di pericolosità assolvono dunque ad una funzione general-preventiva fondata su un giudizio prognostico del legislatore, il quale sulla base dei dati della comune esperienza formula una previsione sul rischio di recidiva dell'infermo di mente. Tale meccanismo previsionale, basato sul collegamento di una conseguenza giuridica a due presupposti correlati nella prassi (lo stato di infermità psichica e la tendenza a commettere alcune tipologie di reato), serve allo scopo di proteggere beni giuridici sensibili alla società e, secondo la Corte, non è condizionato a vincoli discendenti dai principi costituzionali, ma rimane affidato a valutazioni di politica legislativa (in senso conforme c. Corte cost., sent. n. 19/1966 e Corte cost., sent. n. 68/1967). A commento della sent. n. 106 del 1972 cfr. A. Falzone, *Brevi note in tema di legittimità costituzionale della pericolosità presunta*, in *Giur. cost.*, 1972, pp. 1205 ss.; G. Vassalli, *Ancora sulla pericolosità sociale presunta nell'infermo totale di mente*, *ivi*, pp. 1215 ss.

³⁶ Corte cost., sent. n. 139/1982, punto 8 del C.i.D.

³⁷ *Ibidem*.

abbia cessato d'essere pericolosa»³⁸. La valutazione sull'opportunità di revocare la misura di sicurezza precedentemente disposta presuppone l'accertamento da parte del giudice del venir meno della pericolosità dell'imputato infermo di mente, apprezzamento che dipende, tra le altre cose, anche dal previo accertamento tecnico compiuto con l'assistenza di uno psichiatra degli eventuali miglioramenti della condizione di salute, attestando che la malattia psichica non provoca più alterazioni così gravi della sua personalità da indurlo a comportamenti pericolosi per sé e gli altri³⁹.

Come si vede, l'effetto utile di questa giurisprudenza consiste nel delegare la scelta del regime detentivo applicabile alle diverse situazioni avverabili nella variabilità dei casi concreti agli operatori incaricati della loro amministrazione, e quindi ai magistrati addetti a tali funzioni. Non si può dubitare che il verso di questa decisione sia stato influenzato non poco dalle peculiarità della materia penale, che essendo destinata ad incidere sulla libertà personale impone un uso oculato della forza pubblica: la concreta attuazione dei valori sottesi a questo particolare sistema richiede valutazioni attente e calibrate sul caso concreto, garantendo quella connaturale aspirazione di giustizia che informa un sistema penale moderno.

Il meccanismo della delega di bilanciamento, peraltro, non serve solo ad assicurare una maggiore attenzione alla tutela dei diritti individuali (anche del condannato), ma funge da presidio che permette al giudice di vigilare sull'attuazione dell'istanza collettiva alla effettività della repressione criminale. In questo senso desta

³⁸ *Ivi*, punto 9 del C.i.D.

³⁹ La successiva sentenza n. 249 del 1983, a sua volta, costituisce una meccanica applicazione dello stesso principio ora richiamato, peraltro sempre in materia di trattamento penale della malattia psichica, annullando le disposizioni che stabilivano simili meccanismi presuntivi, in quanto costituenti «un'inversione totale della logica del giudizio scientifico» (Corte cost., sent. n. 249/1983, punto 2 del C.i.D).

La q.l.c. aveva ad oggetto l'art. 204, co. 2 c.p., che stabiliva una presunzione assoluta di pericolosità sociale ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza rispetto a casi espressamente determinati, e l'art. 219, co. 1 c.p., che con riguardo ad uno dei casi contemplati all'articolo precedente stabiliva che il condannato per delitto non colposo a una pena diminuita per cagione d'infermità psichica fosse senz'altro ricoverato in una casa di cura e di custodia per un tempo non inferiore ad un anno, quando la pena stabilita dalla legge fosse non inferiore nel minimo a cinque anni di reclusione. In sostanza, una presunzione assoluta di pericolosità sociale basata su una analoga presunzione assoluta di immutabilità dell'infermità psichica. La Corte costituzionale, pertanto, ha dichiarato l'incostituzionalità degli articoli richiamati (e in via consequenziale anche dell'art. 219, co. 2 c.p.) «nella parte in cui non subordinano il provvedimento di ricovero in una casa di cura e di custodia dell'imputato condannato per delitto non colposo ad una pena diminuita per cagione di infermità psichica al previo accertamento da parte del giudice della persistente pericolosità sociale derivante dalla infermità medesima, al tempo dell'applicazione della misura di sicurezza» (*ivi*, in dispositivo). Per un commento v. D. Giuri, *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 460 ss.

attenzione la saga di sentenze con le quali la Corte costituzionale ha eliminato le misure di favore stabilite dalla legislazione speciale a tutela delle persone affette da HIV o malate di AIDS, anch'esse basate sulla presunzione della assoluta incompatibilità della detenzione in carcere con lo stato di affezione da immunodeficienza conclamata (o da malattie ad essa connesse), che di fatto (e di diritto) rendeva sempre recessivo l'interesse pubblico all'effettiva esecuzione della sanzione penale e non permetteva di accertare nel singolo caso se vi fossero le condizioni per permettere la detenzione o la custodia cautelare in carcere di questa categoria di condannati. Tali condizioni, peraltro, non si esauriscono nella pura e semplice considerazione delle condizioni mediche della persona imputata e/o condannata, ma si estendono alla valutazione delle condizioni oggettive del contesto carcerario in cui il soggetto passivo si troverebbe a scontare la misura personale (condizioni igieniche, presenza di attrezzature mediche, eventuale sovraffollamento, attivazione di programmi adeguati di assistenza ecc.).

A tale proposito, in un primo momento, con la sentenza n. 70 del 1994 la Corte costituzionale aveva dichiarato in parte inammissibili in parte infondate le qq.ll.cc. sollevate sull'art. 146, co. 1, n. 3 c.p., nella parte in cui prevedeva il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena per i soggetti affetti da infezione da HIV nei casi previsti dall'art. 286-bis, co. 1 c.p.p. Il giudice *a quo* aveva ampiamente argomentato le ragioni che lo portavano a dubitare della conformità a Costituzione della disposizione impugnata, che introducendo una clausola di esenzione assoluta alla detenzione garantiva ad una determinata categoria di persone l'impunità, con violazione quindi sia dell'aspettativa sociale alla punizione del reo, tutelata dall'art. 2 Cost., sia del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Secondo il giudice rimettente, la disposizione impugnata violerebbe gli artt. 27, co. 3 e 32, co. 1 Cost., «in quanto, secondo i dati offerti dalla esperienza medico-scientifica, l'infezione da HIV ha caratteristiche dinamiche e variabili le quali impongono un accertamento caso per caso al fine di verificare se l'esecuzione della pena leda il diritto alla salute o si risolva in un trattamento contrario al senso di umanità»⁴⁰.

Le pregevoli argomentazioni del giudice rimettente non sono rimaste insensibili alla Corte, la quale correttamente ravvisa nell'ordinanza una «questione [che] attinge il nucleo del delicato problema relativo alla individuazione dei confini all'interno dei quali

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 70/1994, punto 2 del R.i.F.

al legislatore ordinario è consentito esercitare le proprie scelte discrezionali, nel quadro del non sempre agevole bilanciamento di valori ai quali la Costituzione assegna uno specifico risalto». E tuttavia, visto che i profili tecnici non sono disgiunti da quelli più propriamente politici, per la Corte «resta comunque assorbente, ai fini che qui interessano, verificare se l'opzione normativa ammetta possibili censure soltanto sul piano della mera opportunità, oppure se la stessa abbia in qualche modo sconfinato dall'alveo di un corretto uso della discrezionalità»⁴¹.

In verità, dalla lettura della sentenza non è dato comprendere se la Corte inquadri la questione nella prima o nella seconda ipotesi. Dal complessivo svolgimento emerge che la Corte limita il proprio scrutinio alla verifica della legittimità dello scopo perseguito, che non è certo di creare un regime speciale di privilegio per i condannati affetti da infezione da HIV, quanto piuttosto di voler assicurare il diritto alla salute di tutti i soggetti compresi nell'ambiente carcerario, quindi sia i detenuti sia il personale che vi presta servizio. Il fatto che tale misura si traduca in una situazione favorevole al condannato non è che un effetto secondario della stessa, la quale comunque deve essere vagliata per lo scopo che oggettivamente persegue, non per ciò che indirettamente produce.

Secondo la Corte, integra sicuramente una lacuna legislativa il fatto che le strutture carcerarie non siano sufficientemente equipaggiate per permettere al condannato affetto da infezione da HIV di scontare in carcere la pena inflittagli, facendo incombere sulla collettività il rischio che lo stesso commetta nuovi reati; tuttavia, l'alternativa che si prospetta nel caso in cui venisse dichiarata la illegittimità della norma sarebbe ancora più incostituzionale, in quanto comporterebbe l'obbligo di incarcerare il condannato affetto da infezione da HIV in un luogo non idoneo alla cura della propria condizione, ponendo il rischio di diffusione del contagio tra i detenuti e le guardie carcerarie che venissero in contatto con lui, peraltro con un tasso di probabilità molto elevato, vista la promiscuità che si registra in questi ambienti⁴².

⁴¹ *Ivi*, punto 4 del C.i.D., da cui sono tratte entrambe le citazioni.

⁴² Cfr. punto 4, ult. cpv. del C.i.D., ove si precisa che «considerata, infatti, la più volte indicata finalità che la norma è chiamata a svolgere nel sistema, non è tanto il bene della salute del singolo condannato a venire qui in discorso, ma la salvaguardia della sanità pubblica in sede carceraria, così come, e di riverbero, l'incompatibilità normativa della condizione di detenuto non si fonda per quel che si è detto, sulla presunzione *ex lege* che l'esecuzione della pena realizzi un trattamento contrario al senso di umanità, ma si proietta sul diverso versante della tutela di quanti potrebbero patire pregiudizio ove la pena venisse immediatamente eseguita».

Così impostata, la questione viene risolta dalla Corte come un problema di bilanciamento tra i beni costituzionali in conflitto in rapporto allo scopo principalmente perseguito dalla legge, che – pur non mancando di dar luogo a perplessità in relazione a singoli aspetti applicativi – viene fundamentalmente giudicata legittima, sebbene la Corte abbia cura di rivolgere un monito al legislatore per sollecitare un intervento che adeguasse le strutture di espiazione della pena ai rilievi svolti nella decisione.

Le medesime problematiche erano, peraltro, destinate a ripresentarsi, in quanto la Corte si è nuovamente trovata a trattare delle stesse questioni nelle sentenze nn. 438 e 439 del 1995. Le criticità cui il regime provvisoriamente “salvato” con la sentenza n. 70 poteva dar luogo si erano nel frattempo concretizzate e avevano indotto in breve tempo qualche giudice a riproporre la questione, che questa volta la Corte ha ritenuto di dover decidere solo dopo aver provveduto ad una integrazione istruttoria⁴³.

Il quadro emerso dagli accertamenti svolti ha evidenziato un duplice ordine di criticità: da un lato, il considerevole tasso di recidiva tra i condannati per i quali la pena era stata rinviata sottolineava l’urgenza di dotare le strutture detentive degli strumenti per poter accogliere anche i condannati affetti da infezione da HIV, onde impedire la commissione di nuovi reati; dall’altro, la gravità dell’inerzia legislativa si palesava in duplice forma, sia come mancanza di iniziativa nel dare seguito alla precedente pronuncia della Corte, sia nell’inadempienza del Governo ad emanare i decreti di attuazione del d.l. n. 139/1993, con il quale era stata disposta la sperimentazione di un programma di *screening* dell’HIV negli istituti penitenziari e la realizzazione di una serie di presidi a favore dei malati di AIDS.

⁴³ Con ordinanza del 2 giugno 1995, la Corte costituzionale aveva ordinato al Ministero di grazia e giustizia di fornire, entro novanta giorni dalla comunicazione, i dati concernenti: 1) il numero dei condannati che hanno beneficiato del rinvio obbligatorio della esecuzione della pena; 2) il numero dei condannati che, dopo aver beneficiato di tale rinvio per la loro condizione di immunodeficienza, sono o sono stati sottoposti a procedimento penale per reati commessi dopo la sentenza di condanna; 3) il numero delle persone affette da HIV allo stato recluso negli istituti penitenziari; 4) il numero e la capienza delle strutture adeguatamente attrezzate in ambito penitenziario in grado accogliere e di prestare la necessaria assistenza alle persone affette da HIV; 5) il numero e la capienza di altre strutture idonee ad accogliere e ad assistere persone affette da HIV in stato di detenzione domiciliare. Un aspetto di rilievo che è emerso dalla relazione del Ministero interpellato è che una percentuale notevole di coloro che hanno goduto del rinvio dell’esecuzione della pena di cui all’art. 146, co. 1, n. 3 c.p. ha nuovamente commesso reati. Questo aspetto sarà determinante nell’indurre la Corte a pronunciarsi, stavolta, a favore della dichiarazione di incostituzionalità della norma.

Ora, da un quadro così definito, la Corte ha dedotto che la disciplina salvata giusto un anno prima aveva originato una serie di problematiche che, nei fatti, aveva sensibilmente sbilanciato l'assetto dei valori in gioco a totale detrimento della collettività, risolvendosi in una fuga da responsabilità per i condannati immunodepressi. La Corte avverte, pertanto, la necessità di provvedere immediatamente (a fronte della mancata collaborazione degli organi politici) al riequilibrio di quell'assetto mediante una pronuncia autoapplicativa, manipolando la disposizione di legge mediante l'introduzione di una clausola che consenta al giudice competente di valutare caso a caso se sussistano i presupposti per l'esecuzione della pena in condizioni di salute e sicurezza.

Tale meccanismo garantisce una convergenza virtuosa tra le ragioni del diritto e le evidenze della scienza, perché assicura un monitoraggio costante sulla permanenza del presupposto per cui era stato disposto il rinvio dell'esecuzione della pena (la riscontrata inconciliabilità delle condizioni di salute del condannato con la detenzione carceraria), e quindi una migliore attuazione sia dei valori costituzionali sia degli scopi legislativi, attribuendo inoltre alla magistratura il potere di adeguare la decisione al mutamento delle condizioni di fatto del detenuto e della comunità carceraria. In particolare, centrale nella valutazione del giudice deve essere la considerazione del percorso evolutivo dell'infezione nel condannato, che conosce diversi stadi intermedi a cui corrisponde una maggiore o minore conciliabilità con la detenzione in carcere.

La delega di funzione viene ad operare, pertanto, in una duplice direzione, perché attribuisce al magistrato sia il compito di «accertare in concreto se, ai fini della esecuzione della pena, le effettive condizioni di salute del condannato siano o meno compatibili con lo stato detentivo», sia di «verificare caso per caso in relazione alle strutture disponibili se l'esecuzione della pena possa avvenire senza pregiudizio per la salute della restante popolazione carceraria»⁴⁴.

Nello stesso solco si colloca anche la sentenza n. 439 del 1995, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 286-*bis*, co. 1 c.p.p. «nella parte

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 438/1995, punto 3, penultimo cpv. del C.i.D., nel quale si precisa che trattasi di «accertamenti e verifiche del giudice, quelli sopra esposti, che porranno le pubbliche amministrazioni, ciascuna nel quadro delle proprie competenze ed opportunamente coordinate tra loro, di fronte all'esigenza di tenere conto del bisogno di cura del singolo e dell'attitudine della condizione restrittiva rispetto alla salvaguardia della salute della popolazione carceraria, predisponendo o incrementando le strutture idonee allo scopo, sia in ambito penitenziario sia nei presidi sanitari cui ricorre a norma dell'art. 11 dell'ordinamento penitenziario».

in cui stabilisce il divieto di custodia cautelare in carcere nei confronti delle persone ivi indicate [malati di AIDS conclamata o, comunque, soggetti affetti da grave deficienza immunitaria per infezione da HIV], anche quando sussistono le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza di cui all'art. 275, quarto comma, del medesimo codice, e l'applicazione della misura possa avvenire senza pregiudizio per la salute del soggetto e di quella degli altri detenuti»⁴⁵.

Anche in questa sentenza viene rimarcato che ciò che conta nella scelta tra la detenzione e le misure alternative non è e non può essere la patologia astrattamente intesa, giacché «a fronte di un identico stato morboso, qualunque esso sia, le variabili cliniche possono essere tante quante l'intera casistica è in grado di offrire», e infatti anche con riguardo all'ipotesi di AIDS conclamata possono aversi «quadri clinici fra loro assai difforni, alcuni dei quali, specie se ben trattati, possono regredire anche per lungo tempo»⁴⁶.

Nuovamente, il Giudice delle leggi ammonisce che nella materia penale i valori costituzionali coinvolti devono ricevere un'attuazione congrua e adeguata in rapporto allo stato di fatto sul quale si innestano le situazioni giuridiche soggettive che la legge mira a governare. Sicché, una volta che il legislatore intervenga allo scopo di perseguire quegli obiettivi, non gode di assoluta libertà nella scelta dei modi attraverso cui attuarli, ma è tenuto ad optare per le soluzioni più funzionali. Nel caso di specie, la soluzione ottimale non era di predeterminare a monte uno *standard* da applicare in ogni situazione, ma rimettere a valle il potere di fissare uno *standard* valevole per il singolo caso sottoposto. Una volta che tale potere gli venga conferito (a seguito di una decisione della Corte costituzionale), il giudice è tenuto ad esercitarlo in maniera responsabile, senza arrestarsi di fronte ad una diagnosi di AIDS conclamata o infezione da HIV, ma andando a valutare le concrete condizioni cliniche nelle quali versa il paziente condannato.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 439/1995, in dispositivo.

⁴⁶ *Ivi*, punto 2 del C.i.D. La giurisprudenza in materia di AIDS e HIV ha attirato trasversalmente l'interesse di studiosi di diversa estrazione. Tra i commenti più significativi v. U. De Siervo, *La Corte cambia in tema di malati di AIDS e regime carcerario*, in *Giur. cost.*, n. 5/1995, pp. 3455 ss.; A. Pugiotto, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative penali*, *ivi*, pp. 3460 ss.; F. Aprile, *Brevi osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento carcerario di persona affetta da sindrome da virus HIV*, in *Cass. pen.*, n. 7/1996, pp. 2060 ss.; U. Izzo, *Cronaca di un "revirement" annunciato: il nuovo assetto costituzionale dell'incompatibilità carceraria del detenuto affetto da HIV*, in *Foro it.*, n. 5/1996, I, pp. 1555 ss.; S. F. Vitello, *AIDS e regime detentivo secondo il nuovo principio sancito dalla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 321 ss.

In definitiva, viene confermato che la ragionevolezza del regime delle fattispecie codicistiche (sia di diritto sostanziale, sia di diritto processuale) riposa proprio nella loro strutturale capacità di aprirsi alla considerazione del caso di specie, tenendo conto delle infinite variabili con cui la realtà dei fatti si presenta al cospetto delle norme giuridiche. Il presupposto di questo approccio sta in una premessa di ordine metodologico, secondo cui lo scopo del diritto non è di costringere la realtà sociale entro schemi che non le appartengono, bensì di porre le regole per conformare l'agire individuale e collettivo agli obiettivi desiderati, nel modo che meglio si presti a raggiungerli.

2.5.2 Quando il dato scientifico svela uno sbilanciamento in difetto nell'attuazione di uno scopo costituzionale: il caso delle leggi in materia previdenziale e di assistenza sociale

Un altro gruppo di ipotesi vagliato dalla Corte costituzionale applicando un *test* di ragionevolezza scientifica è quello relativo alle leggi che perseguono scopi di protezione sociale (che si inseriscono tra gli interventi di cui all'art. 38, co. 2 Cost.), i quali tuttavia rimangano parzialmente inattuati a causa della presenza di alcuni elementi che circoscrivano in senso ostativo l'ambito di applicazione della legge, impedendo la garanzia di altre situazioni che, pur attratte nello spettro teleologico-applicativo della legge, ne rimangano escluse.

In proposito, viene in considerazione la seguente casistica.

Il primo caso è dato dalla sentenza n. 179 del 1988, con la quale la Corte ha censurato diverse disposizioni del D.P.R. n. 1124 del 1965 (*Testo unico delle leggi sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali*) nella parte in cui prevedevano l'indennizzabilità delle sole malattie professionali tassativamente elencate nelle tabelle allegate (assieme all'indicazione del periodo di tempo massimo entro il quale dovevano manifestarsi), con le quali si dava per presunta l'eziologia fra un dato tipo di malattia e un certo agente patogeno riconducibile a determinati impieghi. In tal modo, la legge creava un sistema di previdenza che riconosceva la sicura origine professionale delle malattie elencate nelle tabelle (alla condizione che si siano manifestate in lavoratori impegnati professionalmente in quel determinato ambito produttivo), mentre escludeva dall'indennizzo tutte le altre patologie che, nonostante ne fosse stata dimostrata l'eziologia professionale, non fossero comprese nei medesimi elenchi.

In passato la Corte aveva esaltato le virtù del sistema tabellare, il quale, elaborato sulla base delle «conoscenze scientifiche e dei dati di esperienza statisticamente rilevati», garantisce la certezza della causa professionale dell'infortunio o malattia e consente il riconoscimento di un indennizzo veloce ai lavoratori interessati⁴⁷. Tale sistema ben si adattava ad un contesto tendenzialmente fisso, non aduso ai cambiamenti repentini, ma non rispecchiava più la realtà delle cose, tanto che, secondo la Corte, «non può ignorarsi, perché fa parte della comune esperienza, l'intervenuto progresso delle tecnologie diagnostiche, anche e particolarmente nel settore della medicina del lavoro, progresso che implica da un lato l'allargamento delle ipotesi di 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»⁴⁸.

La conclusione è, dunque, scontata: la notevole sofisticazione delle conoscenze che ha interessato la medicina del lavoro e le sue tecniche di accertamento ha definitivamente determinato l'illegittimità del sistema tabellare chiuso, dovendosene dichiarare l'incostituzionalità limitatamente a quelle disposizioni che non prevedano la possibilità di ottenere il riconoscimento dell'indennità anche in relazione alle malattie non comprese nelle liste riportate nelle tabelle, purché si tratti di malattie di cui sia comunque provata la causa di lavoro.

A mezzo di un intervento manipolativo-additivo, la Corte ha quindi potuto correggere una stortura che impediva alla legge di raggiungere pienamente il suo scopo, introducendo un meccanismo grazie al quale veniva deferito agli organi incaricati dell'applicazione della legge (in questo caso, l'INAIL, ma anche i giudici) il potere-dovere di erogare la prestazione assistenziale anche a quei lavoratori che si fossero ammalati per una causa di servizio non codificata nelle tabelle.

⁴⁷ Ci si riferisce alla sent. n. 206/1974, nella quale però la Corte costituzionale aveva già ammonito il Parlamento sulle problematiche cui un sistema presuntivo puro può portare, sollecitando una riforma che introducesse un sistema misto. Preoccupazioni che erano state rinnovate nella successiva sent. n. 140/1981, ove peraltro i giudici di Palazzo della Consulta avevano anche fatto notare che il numero delle malattie tabellate e delle lavorazioni morbigene era enormemente aumentato, e che doveva presumersi che il *trend* si sarebbe consolidato. Sottolinea la sostanziale continuità tra le due decisioni M. R. Morelli, *Declaratoria di illegittimità "dal momento in cui"*. *Genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento*, in *Giur. cost.*, n. 4/1988, pp. 512 ss.

⁴⁸ Corte cost., sent. n. 179/1988, punto 6 del C.i.D.

La Corte costituzionale è intervenuta nuovamente nel settore delle politiche sociali con la sentenza n. 270 del 1999, con la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, co. 1, lett. c) della l. n. 1204/1971 (*Tutela delle lavoratrici madri*), nella parte in cui non prevedeva la possibilità di differire i termini di decorrenza del periodo di astensione obbligatoria dal lavoro per le lavoratrici madri che avessero appena partorito⁴⁹.

La problematica sollevata dal giudice *a quo* atteneva alla corretta interpretazione dello scopo perseguito dalla legge mediante la previsione di tale misura, anche sotto il profilo del rispetto del principio della parità di trattamento tra situazioni certamente assimilabili, le quali però, a causa della presenza di un elemento di diversificazione, necessitavano di un regime parzialmente diverso. La previsione normativa avrebbe potuto considerarsi legittima se la si fosse interpretata nel senso che l'unico soggetto tutelato dalla legge fosse la madre: in tal caso, infatti, la rigidità della distinzione tra il periodo anteriore e quello posteriore al parto avrebbe potuto giustificarsi allo scopo di consentire alla donna di riprendersi completamente dall'esperienza della gravidanza, connotata da una notevole carica di *stress* sia fisico che psichico. Il giudice rimettente, tuttavia, aveva correttamente dato conto dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che aveva progressivamente subito l'istituto dell'astensione obbligatoria dal lavoro, la cui *ratio* non doveva più ritenersi confinata alla tutela della sola donna, ma anche – se non soprattutto – del minore, con la finalità di proteggere il rapporto relazionale e affettivo che lega il bambino alla madre nei primi mesi di vita, e agevolare il suo inserimento nella famiglia.

L'imposizione autoritativa di un unico termine di decorrenza dell'astensione obbligatoria (coincidente con il momento del parto) non teneva conto che per i bambini nati prematuramente il momento dell'effettivo inserimento in famiglia è necessariamente differito per un periodo relativamente lungo di tempo (dovendo questi essere tenuti in incubatrice nei primi mesi di vita) e impediva alla legge di attuare pienamente lo scopo protettivo per 'eccesso di rigidità', in quanto non considerava che «grazie all'attuale sviluppo della scienza medica, è possibile la sopravvivenza di feti nati prematuramente». La chiusura del dato normativo determinava dunque la sotto-rappresentatività della legge,

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 270/1999, con nota di M. D'Amico, *Le insidie delle decisioni "di principio" (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri in caso di parto prematuro)*, in *Giur. cost.*, n. 3/1999, pp. 2252 ss.

ma tale difetto è stato efficacemente risolto dalla Corte con una manipolazione di tipo additivo⁵⁰.

Sempre nell'ambito della legislazione in materia sociale si collocano, infine, due decisioni relative alla sorte del rapporto di pubblico impiego delle persone dispensate dal servizio per motivi di salute. Ci si riferisce alle sentenze n. 3 del 1994 e n. 284 del 1999, con le quali la Corte costituzionale ha accolto le questioni di legittimità vertenti su disposizioni di identico tenore⁵¹, rispettivamente l'art. 132 del D.P.R. n. 3/1957 (*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*) e l'art. 60, co. 2 del D.P.R. n. 335/1982 (*Ordinamento del personale della Polizia di Stato, che espleta funzioni di polizia*), nella parte in cui non prevedevano, tra le fattispecie di cessazione del rapporto d'impiego per le quali fosse possibile la riammissione in servizio, la dispensa dal servizio per motivi di salute.

Nella decisione n. 3 del 1994, la Corte aveva ritenuto la disposizione impugnata priva di una valida giustificazione razionale, perché imponeva la risoluzione del contratto di lavoro assumendo presuntivamente la irreversibilità della condizione di inabilità al lavoro per motivi di salute, la quale al contrario «non può considerarsi in assoluto irreversibile, tanto più alla luce delle odierne cognizioni della scienza medica»⁵². La

⁵⁰ La Corte costituzionale, del resto, indica al legislatore le strade che astrattamente potevano percorrersi per rimediare alla dichiarazione di incostituzionalità: si potrebbe stabilire, infatti, o che il periodo di astensione obbligatorio in caso di parto prematuro decorra dal momento dell'effettivo ingresso del bambino nella casa familiare, oppure dal momento della data presunta del termine fisiologico di una gravidanza normale.

Nelle more di un intervento legislativo, la Corte rimette la scelta del rimedio al singolo giudice chiamato a decidere nell'ambito di un contenzioso, non ostando la mancanza di una soluzione analoga nella legislazione vigente ad una dichiarazione immediata di incostituzionalità con delega di bilanciamento in concreto al giudice (la Corte richiama, sul punto, le sentenze n. 347/1998, in materia di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, e n. 295/1991, in materia di rivalutazione dell'indennità di disoccupazione).

⁵¹ Nell'ordinanza di rimessione che ha introdotto il giudizio risolto con la sent. n. 284/1999, il giudice remittente e la parte ricorrente del processo principale hanno espressamente basato i motivi di doglianza della disposizione impugnata sulle stesse ragioni impiegate dalla Corte per decidere la q.l.c. nella sent. n. 3/1994. Le due questioni erano, in effetti, identiche; tuttavia, come correttamente opinato dal secondo giudice remittente, il giudicato della prima pronuncia non poteva estendersi alla disposizione indubbiata col secondo procedimento, essendo oggettivamente estranea al primo *dictum* della Corte medesima.

⁵² Corte cost., sent. n. 3/1994, punto 2 del C.i.D.

L'esclusione della possibilità di riprendere servizio per il soggetto divenuto inabile per motivi di salute si palesava, peraltro, non solo irrazionale da un punto di vista scientifico, ma anche incoerente sul piano sistematico-normativo, visto che di tale esclusione non vi era traccia nella disciplina speciale concernente il personale delle unità sanitarie locali (cfr. art. 59 del D.P.R. n. 761/1979). E, in effetti, la Corte fonda la propria decisione essenzialmente sulla violazione dell'art. 3 Cost., dichiarando assorbite le censure di cui agli artt. 35 e 97 Cost.

disposizione impugnata era palesemente irrazionale, in quanto impediva al pubblico funzionario di riprendere servizio anche quando fosse stato medicalmente accertato un miglioramento significativo del suo stato di salute da consentirne la riammissione, con grave violazione del diritto-dovere costituzionalmente garantito al lavoro.

Parimenti, nella decisione n. 284 del 1999, veniva censurata la presunzione di assoluta irreversibilità dello stato di infermità (non rilevando, nella specie, la riconosciuta specialità dell'ordinamento delle forze della Polizia di Stato), che impediva la riassunzione in servizio dell'impiegato sospeso dal lavoro pur «a fronte della concreta possibilità di un recupero pieno ed incondizionato dell'idoneità al servizio»⁵³.

In tutte le ipotesi analizzate, la dichiarazione di illegittimità da parte della Corte non va in alcun modo a stravolgere il sistema normativo, ma solo a correggerlo in una duplice direzione: da un lato, si ammorbidisce l'assolutezza della presunzione aprendo alla possibilità di ampliarne lo spettro applicativo, dando la possibilità di dimostrare che esistono, nella pratica, ipotesi ulteriori non ricomprese nella legge; dall'altro, si inserisce nel disposto legislativo un meccanismo di delega che rimette all'organo dell'esecuzione (amministrazione o giudice) il potere di riconoscere la pertinenza della nuova ipotesi rispetto al campo di operatività della legge.

2.6 Quando il dato scientifico è irrilevante perché la legge serve a scopi diversi rispetto a quelli cui la scienza è strumentale

Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente sul rapporto tra diritto, scienza e discrezionalità politica valgono anche ad introdurre al tema del rapporto tra la giustificazione scientifica delle leggi e la discrezionalità del legislatore nelle decisioni di politica economica.

Si è visto che, in un'epoca nella quale l'avanzamento delle conoscenze scientifiche condiziona in maniera pervasiva le valutazioni degli attori sociali, la tentazione di cadere vittime del riduzionismo scienziato si fa via via più attuale.

Certamente, l'operatore giuridico (e il giudice in particolare) ha l'obbligo di confrontarsi con le conoscenze più aggiornate del campo scientifico su cui interviene. Tuttavia, tale adempimento non deve diventare occasione di critica aprioristica alle scelte

⁵³ Corte cost., sent. n. 284/1999, punto 3 del R.i.F.

di natura politica compiute dal legislatore nella disciplina dell'oggetto normato. In altre parole, il giudice che si trovi a confrontarsi con le risultanze di una certa indagine scientifica, acquisiti ai fini della valutazione della legittimità di un atto normativo, non può esimersi dal ricondurre quel dato entro lo specifico contesto di appartenenza, ricostruendo in una visione panoptica le ragioni che hanno condotto all'approvazione dell'atto indubbiato, gli scopi politici perseguiti e i risultati che a mezzo di esso si voleva conseguire.

Questo vale a maggior ragione nell'ambito della materia economica, che si connota per essere il terreno privilegiato sul quale strumentalmente si interviene per conseguire risultati di politica sociale, oltre che per l'ampia discrezionalità di cui godono gli organi rappresentativi. In altre parole, in tale ambito il dato tecnico-scientifico ha un rilievo limitato a fronte degli obiettivi di politica economico-sociale avuti di mira dal legislatore, i quali incontrano l'unico limite (molto blando) della palese irragionevolezza delle soluzioni adottate.

2.6.1 La discrezionalità del legislatore nella regolazione dei rapporti economici: la priorità delle valutazioni politiche su quelle scientifiche, con l'unica condizione che siano rette da uno 'scopo legittimo'

Nella sentenza n. 20 del 1980, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 29 e 36 della legge n. 580/1967 (*Disciplina per la lavorazione e commercio dei cereali, degli sfarinati, del pane e delle paste alimentari*), nella parte in cui vietavano la produzione, importazione o vendita di pasta alimentare confezionata con impiego di grano duro macinato, mentre permetteva le stesse attività se svolte con l'impiego della sola semola o del semolato di grano duro. La stessa q.l.c. era stata risolta in senso negativo solo pochi anni addietro con una pronuncia tanto sintetica quanto poco convincente⁵⁴, per cui questa volta la Corte decideva di istruirla con

⁵⁴ Nella sentenza n. 137 del 1971, la Corte ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 29 e 36 della legge n. 580/1967 (recante disciplina per la confezione delle paste alimentari) nella parte in cui vietava la produzione e la messa in commercio di pasta di segala. Secondo il giudice rimettente, il divieto «non può essere giustificato con alcun motivo di utilità sociale, di difesa della sicurezza, della libertà e della dignità umana né di raggiungimento di fini sociali», perché al contrario la produzione di pasta di segala «risponde anche ad esigenze varie nella dietoterapia dei nefropatici diabetici e degli obesi» (Corte cost., sent. n. 137/1971, punto unico del R.i.F.). A questo assunto, la Corte aveva replicato al contrario che il legislatore ha inteso perseguire finalità certamente ispirate a utilità sociale, corrispondenti all'incremento della produzione granaria e alla tutela dei consumatori e della loro salute, ma

maggiore attenzione, disponendo una integrazione istruttoria a carico dei Ministeri della Sanità e dell'Agricoltura e Foreste.

Dalle risposte dei due Ministeri si comprende che vi sono plurime ragioni sia a favore che contro il divieto. Mentre il Ministero della Salute aveva prodotto studi e ricerche che confermavano l'irragionevolezza dei divieti in essere (considerati i notevoli benefici che il consumo di pasta di grano duro e integrale aveva nella prevenzione di alcune malattie⁵⁵), il Ministero dell'Agricoltura e Foreste riteneva che tale divieto fosse giustificato dallo scopo di difendere e valorizzare la coltura e la produzione del grano duro, sostenendone anche la domanda sul mercato, e giustificava il diverso trattamento riservato al pane (rispetto alla pasta) per il fatto che questo fosse un prodotto di immediato consumo che consente la «integrale utilizzazione della granella senza possibilità di alterazioni organolettiche»⁵⁶.

A fronte delle motivazioni piuttosto forti fornite dal Ministero della Salute, al contrario di quelle piuttosto deboli (peraltro contraddittorie) addotte dal Ministero dell'Agricoltura e Foreste, che avrebbero ben potuto portare ad una pronuncia di accoglimento, la Corte dichiara tuttavia la questione non fondata, ritenendo di non potersi spingere a sostituire il proprio apprezzamento a quello svolto dal legislatore nell'implementazione della clausola di utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. Al di là degli incerti fondamenti razionali della legge, e delle perplessità che la stessa sentenza presenta in punto di motivazione sulle ragioni del divieto legislativo di produzione e messa in commercio di paste alimentari di grano duro, vale la pena di rilevare l'estrema

afferma anche che in ogni caso non spettava a lei valutare le ragioni di merito per le quali il legislatore avesse vietato la produzione di pasta di segala e se, effettivamente, questa avesse o meno proprietà dietetiche, «essendo sufficiente, da una parte, rilevare che, a parità almeno di prezzo, occorre assicurare ai consumatori il maggior e non il minore potere nutritivo, e, dall'altra, 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» (*ivi*, punto unico del C.i.D.).

⁵⁵ Secondo il Ministero della Salute «non vi sono ragioni di ordine igienico - sanitario a fondamento del divieto dell'uso degli sfarinati di grano duro integrale nella produzione delle paste alimentari», e anzi «in base alle più moderne acquisizioni della scienza dell'alimentazione, la fibra alimentare presente nei cereali esplica un'utile azione per la prevenzione di alcune malattie dismetaboliche e dell'apparato digerente e pertanto è auspicabile che venga messa a disposizione dei consumatori, oltre che la pasta avente i requisiti attualmente previsti dalla citata legge n. 580, anche una pasta integrale» (Corte cost., sent. n. 20/1980, punto 2 del C.i.D.).

⁵⁶ Invero, tale ultima giustificazione era stata fortemente sminuita dal fatto che – come confermato dal Ministero del Commercio Estero – la produzione nazionale di grano duro era gravemente insufficiente, e spingeva piuttosto all'importazione in grandi quantità tramite il commercio internazionale.

precauzione con la quale la Corte si arrischia a sanzionare una legge che interviene su più fronti, la cui funzione principale era di incidere sul mercato agroalimentare tramite un'azione tesa a sostenere i prezzi e a tutelare la coltura tradizionale⁵⁷.

Le poche decisioni nelle quali la Corte ha incidentalmente trattato del rapporto tra diritto e scienza in relazione alla legislazione di stampo economico-sociale debbono leggersi, ad opinione di chi scrive, alla luce di queste considerazioni, che consentono di ridare veste logica a statuizioni che, in relazione allo specifico contesto in cui si calano, non mirano affatto a porsi in contrasto con la scienza, ma solo a riaffermare la primazia degli obbiettivi di ordine economico-produttivo sullo scopo (solo eventuale) di tutela della salute⁵⁸.

Ecco che, quindi, ricollocata la legge nel suo contesto genetico-teleologico, e relegato il fattore scientifico su un piano secondario rispetto alla prospettazione del giudice *a quo*, la Corte ritiene di dover arrestare il proprio sindacato ad un controllo blando, di manifesta irragionevolezza o evidente mancanza dei presupposti giustificativi, facendo un passo indietro rispetto «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», dato che «solo al legislatore spetta un'eventuale nuova valutazione complessiva di tutti quegli elementi»⁵⁹.

⁵⁷ In questi termini anche i commenti alla sentenza: cfr. M. Mazza, *Sulla legittimità delle norme sull'uso di grano duro nella produzione commercio delle paste alimentari*, in *Giur. agr. it.*, 1980, II, pp. 554 ss.; A. Baldassarre, *Espansione e autolimitazione dei poteri della Corte costituzionale*, in *Dem. dir.*, 1980, pp. 338 ss.

⁵⁸ Dottrina recente ha, invece, criticato la sentenza perché la Corte avrebbe deciso in base ad una presunzione favorevole alle valutazioni scientifiche del legislatore, senza operare un vero riscontro sulla consistenza delle ragioni addotte. Cfr. P. Veronesi, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009, p. 597 e S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, n. 2/2015, p. 285.

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 20/1980, punto 4 del C.i.D.

2.6.2 *La discrezionalità del legislatore nella costruzione della fattispecie tributarie*

Si è visto che il fattore scientifico può venire in rilievo anche in ambiti normativi che apparentemente c'entrano poco con la scienza, rispetto ai quali il legislatore gode tradizionalmente di ampia discrezionalità. Tra questi vi è anche la materia tributaria.

In tempi recenti, la questione se la legittimità delle fattispecie di tassazione dipenda dall'adeguatezza del loro fondamento scientifico si è posta con riguardo al trattamento fiscale dei tabacchi lavorati e dei loro sucedanei. Il punto controverso, in particolare, atteneva alla possibilità per il legislatore di sottoporre ad una medesima aliquota d'imposta (l'accisa sui prodotti da fumo) due tipologie di prodotti che presentavano diversità qualitative sia rispetto al loro utilizzo sia rispetto ai loro effetti sulla salute umana.

Nello specifico, con la sentenza n. 83 del 2015, la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 64-*quater* del d. lgs. n. 504/1995 nella parte in cui sottoponeva ugualmente ad imposta sul consumo, in misura percentuale rispetto al prezzo di vendita, la commercializzazione dei prodotti non contenenti nicotina, idonei a sostituire i tabacchi lavorati e i dispositivi meccanici ed elettronici con i quali vengono consumati⁶⁰.

Questa disposizione (e quelle che l'avevano preceduta) era stata introdotta nel 2014 principalmente allo scopo di recuperare un'imposta erariale (l'accisa sui tabacchi) che aveva subito una rilevante contrazione a causa dell'affermarsi sul mercato delle sigarette elettroniche. Secondo la Corte, la disposizione censurata era manifestamente irragionevole perché assoggettava ad un'unica aliquota un insieme di sostanze tra loro eterogenee (quelle non contenenti nicotina) e di vari beni di uso promiscuo. L'irrazionalità di una simile equiparazione stava, ad opinione della Corte, nel fatto che «mentre il regime fiscale dell'accisa con riferimento al mercato dei tabacchi, trova la sua giustificazione nel disfavore nei confronti di un bene riconosciuto come gravemente nocivo per la salute e del quale si cerca di scoraggiare il consumo, tale presupposto non

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 83/2015. Tra i principali commenti cfr. D. Servetti, *Ragionevolezza dell'imposta sulle sigarette elettroniche, principio di precauzione e scienza privata del giudice costituzionale. Nota alla sentenza della Corte n. 83 del 2015*, in *Riv. AIC*, n. 4/2015; F. Sorrentino, *Sigarette elettroniche tra imposizione fiscale e riserva di legge*, in *Giur. cost.*, n. 3/2015, pp. 738 ss.; F. Campodonico, *L'incostituzionalità dell'imposta di consumo sulle sigarette "elettroniche"*, in *Dir. prat. trib.*, n. 3/2016, II, pp. 1277 ss.

è ravvisabile in relazione al commercio di prodotti contenenti “altre sostanze”, diverse dalla nicotina, idonee a sostituire il consumo del tabacco, nonché dei dispositivi e delle parti di ricambio che ne consentono il consumo»⁶¹.

La motivazione della sentenza è evidentemente imperniata sull'incongruità della scelta legislativa di sottoporre ad uno stesso aggravio fiscale due tipologie merceologiche che, pur rappresentanti beni tra loro alternativi (essendo i prodotti da inalazione dei succedanei dei tabacchi lavorati), dovrebbero invero essere diversamente valutati in ragione del diverso impatto che essi hanno sulla salute umana⁶². In sostanza, colpendo indifferentemente beni contenenti nicotina e beni contenenti altri prodotti da inalazione, il legislatore avrebbe trasgredito un principio di ragionevolezza fiscale che impone di parametrare l'aggravio tributario ad una *ratio* giustificatrice dell'onere (che la Corte ravvisa nella finalità di colpire i prodotti nocivi per la salute), e che nel caso specifico non avrebbe tenuto conto dell'assai maggiore nocività dei prodotti contenenti nicotina rispetto a quelli contenenti altre sostanze.

Proprio questo assunto, suppostamente basato su evidenze scientifiche incontroverse, è stato tuttavia fortemente criticato dalla dottrina a commento della sentenza⁶³, la quale ha evidenziato come la ipotizzata minore “nocività” dei succedanei fosse stata smentita dagli ultimi studi sulla correlazione tra l'assunzione di prodotti da inalazione e sviluppo di patologie tumorali o minori. Suscita pertanto perplessità la disinvoltura con cui la Corte ha censurato la normativa sul presupposto della irragionevolezza scientifica dell'equiparazione, visto che da un lato non indica le fonti da

⁶¹ *Ivi*, punto 5.1 del C.i.D.

⁶² Secondo la Corte, inoltre, la sola indicazione dell'idoneità a sostituire il consumo dei tabacchi lavorati non è un elemento sufficiente a circoscrivere con sufficiente precisione il presupposto della base imponibile, con conseguente violazione della riserva di legge prevista all'art. 23 Cost. per le prestazioni patrimoniali imposte.

⁶³ In particolare, D. Servetti, *Ragionevolezza dell'imposta sulle sigarette elettroniche*, cit., pp. 11 ss., il quale ricorda come i numerosi studi condotti dalla comunità scientifica sui diversi profili di differenza correnti tra il consumo di tabacchi lavorati e l'utilizzo di sigarette elettroniche non siano pervenuti a risultati completamente concordi: da un lato, è dimostrato che anche le sigarette elettroniche, pur non provocando gli effetti devastanti che notoriamente conseguono al consumo di nicotina, non sono totalmente innocue e provocano, comunque, dei danni alla salute (irritazione delle vie aeree a causa delle elevate temperature di vaporizzazione dei liquidi aromatizzati, rischi per la funzionalità polmonare causati dal rilascio in fase di vaporizzazione di alcune sostanze nocive, alterazione della fisiologia della tosse ecc.); dall'altro, non sono del tutto sopite in seno alla comunità scientifica le discussioni sulla reale esistenza di un effetto di disassuefazione nei confronti di tabagisti, visto che, a parere di alcuni, l'utilizzo diffuso della sigaretta elettronica potrebbe addirittura recare effetti d'imitazione che finirebbero per agevolare il passaggio al fumo tradizionale.

cui avrebbe tratto queste informazioni, dall'altro non si pone il problema dell'esistenza di eventuali altre ragioni atte a giustificare l'equiparazione (come, ad esempio, uno scopo precauzionale, volto a disincentivare il consumo di prodotti da inalazione, anche non contenenti nicotina, per prevenire eventuali effetti non ancora noti)⁶⁴.

Questi rilievi sono stati, in effetti, tenuti da conto dalla Corte nella successiva sentenza n. 240 del 2017, con la quale è stata dichiarata non fondata la q.l.c. dell'art. 62-*quater*, co. 1-*bis* del d. lgs. n. 504/1995, nella novella di cui al d. lgs. n. 188/2014⁶⁵. La nuova disposizione era stata infatti costruita secondo accorgimenti che la mettevano al riparo da entrambe le censure che avevano determinato la incostituzionalità della precedente: da un lato, infatti, l'aliquota era stata fissata nella misura del cinquanta per cento dell'imposta applicabile su un quantitativo equivalente di sigarette tradizionali; dall'altro, l'oggetto dell'imposizione non erano più i sucedanei dei tabacchi lavorati, bensì in generale i «prodotti da inalazione costituiti da sostanze liquide», anche non contenenti nicotina.

L'elemento discrezionale che attraeva a tassazione, secondo un carico ragionevolmente differenziato, le diverse tipologie di prodotti non era più dato, dunque, dalla mera idoneità a sostituire il fumo tradizionale, ma dal diverso processo di assunzione del fumo elettronico e del fumo da sigarette tradizionali, assumendo per l'appunto che il fumo da inalazione fosse meno nocivo di quello da combustione, ma pur sempre meritevole di riprovazione sul piano della tutela della salute. In tal modo, il legislatore ha apprestato una disciplina rispettosa delle differenze esistenti tra prodotti da combustione e prodotti da inalazione (mentre «rientra nell'apprezzamento del legislatore adottare la medesima aliquota per liquidi nicotinici e liquidi solo aromatici»), adottando inoltre un

⁶⁴ Lucide, sul punto, le parole di D. Servetti, *Ragionevolezza dell'imposta sulle sigarette elettroniche*, cit., p. 13: «Da un lato, la Corte ha incautamente speso un argomento scientifico, trattando la questione controversa sul rapporto tra prodotti sucedanei del tabacco e salute alla stregua di un fatto notorio, quando avrebbe potuto limitarsi a valutare la legittimità della legge sotto il profilo della indeterminatezza della base legale del tributo ex art. 23 Cost., con la conseguenza di aver indebitamente esposto ad eventuale pregiudizio la normativa succeduta nel tempo a quella censurata. Dall'altro, la Corte ha sindacato il presupposto di merito di una norma che essa stessa intende quale "evidence-based" senza mettere in campo alcuno strumento di controllo sulla c.d. ragionevolezza scientifica della legge, venendo meno così a criteri di giudizio elaborati nell'ambito della propria giurisprudenza, con la conseguenza tra l'altro di non aver preso in considerazione l'eventuale operatività del principio di precauzione in situazioni di parziale incertezza scientifica come quella de qua.».

⁶⁵ Sulla quale v., a commento, il contributo di C. Verrigni, *La tassazione delle sigarette elettroniche e la natura giuridica delle accise*, in *Giur. cost.*, n. 6/2017, pp. 2494 ss.

approccio non implausibilmente precauzionale nel trattamento giuridico dei prodotti da inalazione aromatizzati non contenenti nicotina⁶⁶.

Come si vede, mentre nella sentenza del 2015 il fattore scientifico ha giocato un ruolo centrale nella dichiarazione di incostituzionalità dell'equiparazione tra prodotti nicotinici e prodotti succedanei non nicotinici, in base all'assunto scientifico (considerato incontrovertito) secondo cui i secondi non potrebbero essere equiparati ai primi quanto a nocività, nella sentenza del 2017 la Corte fa un uso più accorto delle risultanze in ultimo offerte dalla scienza. Il fatto che i prodotti da inalazione non contenenti nicotina comportino una certa percentuale di rischio per la salute di chi li consuma, sebbene in misura non equiparabile ai prodotti contenenti nicotina, è certamente un elemento che giustifica lo scopo di colpire mediante l'imposizione fiscale il consumo di beni nocivi che hanno, tra l'altro, un costo per la collettività (oltre che di tassare la ricchezza che si manifesta nel consumo di beni voluttuari). In questo caso, però, la Corte è molto più cauta rispetto alla sentenza del 2015, in quanto non esclude che vi possano essere ragioni di natura sociale che giustifichino l'imposizione dell'accisa al di là dei benefici scientificamente accertati per la salute umana.

3. *Il principio della 'riserva di scienza'*

Con l'espressione 'riserva di scienza' ci si riferisce ad un complesso di valutazioni a contenuto altamente tecnico, compiute in applicazione di metodologie scientifiche di riconosciuta validità, che per la loro intrinseca natura non potrebbero che essere riservate ad organi e organismi tecnico-scientifici (magari dotati di una posizione pubblico-istituzionale riconosciuta dall'ordinamento giuridico), lontano da interferenze da parte della politica e, in una certa misura, del diritto stesso.

Si tratta di una ipotesi elaborata dalla dottrina⁶⁷ sulla scorta di uno studio sistematico della giurisprudenza costituzionale che si è pronunciata in materia di pratica

⁶⁶ Questi, infatti, sebbene apparentemente innocui rispetto ai prodotti a base di nicotina, hanno un'attrattiva potenziale per i giovani e i non fumatori; inoltre, «il livello di conoscenze attuali in materia di fumo elettronico non sembra essere tale da assicurare l'innocuità dei liquidi senza nicotina», come confermato dal fatto che le indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, le cui raccomandazioni tese all'adozione di misure dissuasive dal fumo «considerano unitariamente i dispositivi elettronici da inalazione, a prescindere dal contenuto di nicotina dei liquidi inalabili» (Corte cost., sent. n. 240/2017, punto 6.2 del C.i.D.).

⁶⁷ D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, Pisa, 2019.

medico-terapeutica, nella quale la Consulta ha provveduto a distinguere tra l'ambito delle valutazioni che competono agli organi tecnico-scientifici e quello delle valutazioni che coinvolgono apprezzamenti di natura politica. Questa elaborazione si basa su una giurisprudenza per la verità non molto ricca; tuttavia, i principi *ivi* affermati sono stati sistematicamente confermati nella giurisprudenza successiva ed è ragionevole attendersi che, in futuro, la Corte avrà occasione di precisare meglio alcuni profili.

3.1 *Il leading case: la sentenza n. 282 del 2002*

La principale decisione alla quale viene ascritto il merito di aver formulato, in forma chiara seppur embrionale, il principio della 'riserva di scienza', è la sentenza n. 282 del 2002, già citata nel primo capitolo⁶⁸, con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato l'incostituzionalità totale di una legge regionale, oltre che per violazione dei principi fondamentali della materia, per l'assenza di qualsivoglia istruttoria idonea a conferire al provvedimento legislativo un minimo di fondamento scientifico da renderla ragionevole in rapporto alla specificità della materia trattata. Come si ricorderà, l'intervento regionale aveva vietato *tout court* il ricorso alla terapia convulsivante, per prevenire un trattamento considerato pericoloso e contrario alla dignità della persona. La mancanza di una previa istruttoria, tuttavia, non avrebbe permesso di chiarire se e in quale misura l'*elettroshock* potesse essere utile da un punto di vista terapeutico, e quali le conseguenze cagionate dalla sua applicazione su certe categorie di pazienti.

Al di là dei profili inerenti al riparto di competenze tra Stato e Regioni, la Corte afferma significativamente che «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"»⁶⁹.

⁶⁸ Per l'esposizione circa il contesto generale della sentenza si rinvia, anche per l'analisi degli altri profili costituzionalistici, al cap. I, par. 8.1.

⁶⁹ Corte cost., sent. n. 282/2002, punto 5 del C.i.D. Principi ribaditi, poco dopo, in Corte cost., sent. n. 338/2003 (punto 5.1 del C.i.D.), con la quale la Corte ha dichiarato incostituzionali l'articolo 4 della legge della Regione Piemonte 3 giugno 2002, n. 14 (*Regolamentazione sull'applicazione della terapia*

La decisione sull'utilità terapeutica dell'*elettroshock* viene ritenuta una valutazione tecnico-scientifica che in alcun caso, nemmeno a scopi cautelativi, potrebbe essere sostituita d'imperio da una decisione di natura politica, dal momento che tale valutazione non potrebbe che essere svolta sulla base di un apprezzamento concreto del medico curante, avendo riguardo alla specifica situazione del paziente, nel rispetto degli *standard* scientifici elaborati a livello internazionale dalla scienza medica ("incarnata" negli organismi tecnico-scientifici riconosciuti, eventualmente dotati dalla legge di poteri di certificazione e validazione delle nuove terapie sperimentali).

Si tratta di una sentenza che giustamente è considerata un punto di svolta nella giurisprudenza costituzionale sulle leggi scientificamente connotate⁷⁰, e specificamente riguardanti l'esercizio della professione medica: in questo preciso ambito, infatti, l'autorità della scienza medica gode di una sorta di 'immunità dalla politica', per il fatto di detenere il monopolio degli strumenti conoscitivi che, in via esclusiva, consentono di attuare il bene salute, almeno fino a quando quella relazione circoscritta al rapporto di cura. Al di là di questo profilo, invece, ve ne sono altri di sicuro interesse giuridico, rispetto ai quali il potere del legislatore si ri-esponde, nell'ottica di bilanciare gli interessi in conflitto secondo apprezzamenti di natura (anche, ma non solo) politica: questioni come la prestazione del consenso informato e la regolazione delle responsabilità, civile e penale, sui rischi connessi all'attuazione della pratica terapeutica.

elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia) e l'articolo 3, commi 2, 3 e 4, della legge della Regione Toscana 28 ottobre 2002, n. 39 (Regole del sistema sanitario regionale toscano in materia di applicazione della terapia elettroconvulsivante, la lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi di psicoturgia).

⁷⁰ Cfr. 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, p. 9; G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, *ivi*, pp. 54 ss. e 65 ss.; S. Penasa, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2009, pp. 828 ss.; Id., *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, *cit.*, pp. 304 ss.

3.2 Le sentenze sui casi 'Di Bella' e 'Stamina'

Tra gli organismi tecnico-scientifici ai quali la Corte costituzionale ha riconosciuto una competenza di valutazione riservata figurano anche gli organi preposti all'approvazione dei protocolli di sperimentazione sulle nuove terapie e all'autorizzazione all'immissione in commercio di nuovi farmaci. Non è un caso che si tratti di organismi che operano pur sempre nel settore sanitario, che notoriamente interseca plurime e variabili problematiche, inerenti da un lato al bisogno dell'individuo di accedere a mezzi efficaci per curarsi e riacquistare uno stato di piena salute, dall'altro dalla necessità di contemperare la garanzia nell'accesso alle prestazioni sanitarie con la ristrettezza delle risorse economiche disponibili, impegnando le istituzioni pubbliche a erogare gratuitamente le sole terapie la cui efficacia sia stata utilmente dimostrata dagli organismi tecnico-scientifici competenti.

I due profili sono strettamente collegati, in quanto l'obiettivo del contenimento della spesa pubblica viene *in primis* perseguito ammettendo l'erogazione gratuita delle sole terapie efficaci nella cura delle malattie per le quali vengono prescritte.

L'esigenza di favorire la sperimentazione di nuovo farmaci, in prospettiva più efficaci, anche al fine di diminuire gli ingenti costi della sanità pubblica, può dar luogo a situazioni nelle quali l'erogazione, eccezionale e provvisoria, di farmaci e terapie sperimentali a favore di circoscritte categorie di soggetti (come i pazienti in fase terminale per i quali non esistono efficaci cure alternative) alimenta le rivendicazioni di chi, pur trovandosi nelle medesime situazioni, ne sia escluso, dando luogo ad un contenzioso nel quale l'oggetto della pretesa è, in qualche modo, un 'diritto all'ultima speranza' del cui fondamento costituzionale è lecito dubitare⁷¹.

⁷¹ L'estrema criticità che caratterizza i rapporti tra diritto e scienza viene, peraltro, amplificata quando le istituzioni politiche, anziché decidere in maniera scientificamente competente, assecondano istanze sociali "emotive", fondate sulla diffusa percezione dell'utilità ed efficacia di terapie non ancora validate (perché ancora in fase di sperimentazione o, addirittura, senza che una sperimentazione fosse stata avviata), ammettendo o estendendo la loro erogazione gratuita a prescindere dal responso delle sedi scientifiche competenti. Più in generale, la diffusione di idee anti-scientifiche o pseudo-scientifiche ha dimostrato quanto delicate siano le vicende legate all'utilizzo e alla comunicazione della scienza.

L'esperienza italiana è, in proposito, significativa: negli ultimi decenni si è assistito in più occasioni a battaglie mediatiche e scontri giudiziari per ottenere l'erogazione gratuita di terapie sperimentali la cui efficacia fosse seriamente contestata dalla comunità scientifica, e in ogni caso non ancora autorizzate da parte delle autorità tecnico-amministrative competenti a validarle. Più di recente, si è registrato un aumento considerevole di posizioni anti-scientifiche che contestano l'efficacia dei vaccini, provocando l'arresto delle campagne di prevenzione vaccinale. In alcuni casi, la diminuzione del tasso di immunizzazione ha condotto alla formazione di focolai epidemici.

In alcuni casi si è assistito ad un'anomala inversione dei rapporti tra amministrazione e giurisdizione nella regolazione dell'accesso ai farmaci, ciò che ha spinto le istituzioni politiche a correre al riparo emanando appositi decreti-legge, i quali, se da un lato intendevano chiaramente arginare la propensione dei giudici di condannare le amministrazioni sanitarie a erogare farmaci o a somministrare terapie che non avessero ancora superato il positivo vaglio degli esperti, dall'altro hanno però cercato di "accomodare" le aspettative di fatto ingenerate in alcune categorie di malati. Chiamato ad esprimersi sulla legittimità degli atti normativi d'urgenza emanati dal Governo, il Giudice delle leggi ha avuto modo di elaborare quello che è stato ritenuto un vero e proprio 'modello costituzionale' nella regolamentazione delle procedure di validazione delle terapie sperimentali, sulle cui implicazioni si dirà più approfonditamente nel quarto capitolo⁷².

I due casi che hanno scatenato il dibattito mediatico, e la conseguente reazione della politica, sono quelli relativi ai trattamenti sperimentati rispettivamente dal dott. Luigi Di Bella e dal dott. Davide Vannoni. Entrambi si sono dipanati tra le pieghe di una normativa lacunosa e frammentaria, che ha permesso la somministrazione di cure innovative a pazienti affetti da gravi patologie terminali o degenerative nonostante esse fossero state elaborate al di fuori del circuito della scienza ufficiale.

Con riguardo al caso 'Di Bella'⁷³, la Corte costituzionale era stata adita dal Consiglio di Stato, il quale, nell'ambito di un procedimento di appello cautelare, aveva

⁷² Cfr. cap. IV, par. 4.

⁷³ Il 'multi-trattamento Di Bella' era una terapia basata sulla combinazione di sostanze chimiche e ormoni (essenzialmente, melatonina e somatostatina, di cui veniva fatto uso per la cura di altre patologie), la cui sperimentazione era stata avviata "privatamente" a partire dagli anni '70 del secolo scorso e alla quale si attribuiva l'efficacia di contrastare gravi patologie tumorali.

Sfruttando le zone franche di un quadro normativo che dava adito a situazioni evasive, il numero di pazienti che cominciarono a chiedere l'erogazione del multi-trattamento a spese del SSN crebbe considerevolmente, al punto da destare l'allarme degli organi di vertice del Ministero della Salute e del Governo, che decisero di intervenire prima con il d.l. n. 161/1996 (non convertito), e poi con il d.l. n. 536/1996 (convertito nella l. n. 648/1996).

A mezzo di tali atti, si stabilirono nuove regole per la prescrizione di farmaci *off-label* ad uso individuale da parte dei singoli medici e per la rimborsabilità a carico del SSN di tre categorie di farmaci non ancora validati nel nostro ordinamento ma in grado contrastare patologie ritenute prive di alternativa terapeutica (tali erano: 1) i farmaci innovativi autorizzati al commercio in altri Stati ma non ancora in Italia; 2) i farmaci non ancora autorizzati ma sottoposti a sperimentazione clinica; 3) i farmaci da impiegare con un'indicazione terapeutica diversa da quella autorizzata (c.d. *off-label*)), i quali avrebbero dovuto essere inseriti in un apposito elenco dalla Commissione Unica del Farmaco (CUF) secondo regole e procedure stabilite con proprio atto. Poco tempo dopo, allineandosi al parere espresso all'inizio del 1996 dalla Commissione Oncologica Nazionale, la CUF emanò due pareri negativi con i quali si negava l'inscrivibilità della terapia Di Bella nell'elenco in questione, seguiti da un ulteriore parere negativo dell'Istituto Superiore

sollevarlo questione di legittimità costituzionale delle disposizioni del d.l. n. 23/1998 nella parte in cui escludevano dalla somministrazione gratuita dei farmaci compresi nel multi-trattamento 'Di Bella' anche altri malati non ammessi al programma di sperimentazione, per violazione del principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) nel godimento del diritto alla salute (art. 32 Cost.). In sostanza, alla Corte era stato richiesto un intervento additivo che ammettesse a fruire gratuitamente della terapia tutti coloro che si trovassero nelle medesime condizioni dei pazienti selezionati, a prescindere dal fatto che ne fosse stata accertata la validità scientifica. L'ordinanza del Consiglio di Stato riscontrava un trattamento discriminatorio nel fatto che fosse ammesso alla sperimentazione solo un numero limitato di malati, con esclusione di altri soggetti in simili condizioni. Impostata la questione in tale maniera, il giudice amministrativo mirava ad eliminare una presunta disparità di trattamento, senza però interrogarsi sul suo fondamento giustificativo: la selezione per sorteggio dei malati da sottoporre alla sperimentazione si configurava come un'eccezione strettamente funzionale a permettere la conclusione del procedimento tecnico-amministrativo di validazione del multi-trattamento 'Di Bella'. Il *focus* non era dunque incentrato sulla cura dei malati (nonostante sia evidente che dei malati si sottopongono ad un trattamento sperimentale nell'aspettativa che sia efficace), ma piuttosto sulle procedure di validazione della scienza, nell'ambito delle quali la somministrazione di una terapia non ancora validata rappresenta l'eccezione alla regola, ciò che rende pertanto fuorviante il richiamo al principio di uguaglianza.

di Sanità (ISS). In tal modo, da un lato veniva lasciata ai medici la possibilità di prescrivere farmaci *off-label* e terapie senza sperimentazione o in fase di sperimentazione (tra cui la terapia Di Bella); dall'altro, i costi di tale erogazione non sarebbero più stati coperti dal SSN, e sarebbero rimasti a carico dei singoli pazienti.

In un quadro giuridico, mediatico e politico molto complesso (tenendo conto, tra l'altro, che alcune Regioni avevano nel frattempo autorizzato alcune strutture presenti sul proprio territorio a prescrivere i farmaci compresi nella cura del dott. Di Bella), il Governo decideva quindi di sottoporre ufficialmente a sperimentazione il multi-trattamento con il d.l. n. 23/1998, convertito nella l. n. 94/1998, stabilendo che avvenisse sotto il coordinamento dell'ISS, seguendo protocolli approvati dalla Commissione Oncologica Nazionale, sentita la Commissione Unica del Farmaco, e da un Comitato Etico Nazionale appositamente costituito. La terapia Di Bella venne pertanto sottoposta a sperimentazione di fase II, superata la quale avrebbe potuto passare alla fase III per la comparazione d'efficacia con altre terapie alternative, ma non poteva essere inserita nella lista tenuta dalla CUF per l'erogazione gratuita, di cui avrebbe potuto beneficiare solo un numero limitato di partecipanti, già individuati con decreto, salva la possibilità per gli altri pazienti terminali esclusi dalla sperimentazione di potersi sottoporre alla terapia a proprie spese, seppure ad un prezzo calmierato stabilito nello stesso d.l.

Una esposizione completa della vicenda del multi-trattamento Di Bella è presente in D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., pp. 135-155.

Se la Corte avesse aderito alla prospettazione del giudice *a quo*, avrebbe reso “ordinario” ciò che era “straordinario”, e avrebbe anche interferito con la dinamica che ordinariamente presiede al rapporto tra amministrazione e giurisdizione nella validazione dell’efficacia terapeutica dei nuovi farmaci: la regola vuole, infatti, che la distribuzione di un composto per fini terapeutici avvenga solo dopo che gli organismi tecnico-scientifici competenti ne abbiano accertato l’utilità nella cura di determinate patologie.

Sul punto, la Corte è risoluta nell’affermare di non essere «chiamata a pronunciarsi, in alcun modo, circa gli effetti e l’efficacia terapeutica di detto trattamento, per il cui accertamento è in corso la sperimentazione», dal momento che tale accertamento deve svolgersi «nelle competenti sedi, consapevole com’è dell’essenziale rilievo che, in questa materia, hanno gli organi tecnico-scientifici»⁷⁴. Con questa statuizione, la Corte riconosce pianamente la centralità degli organismi specializzati rispetto alla decisione su questioni che hanno obiettivamente carattere tecnico-scientifico, sulle quali gli organi politici non hanno alcunché da dire. In quelle poche parole si intravedono i primi spiragli di un principio che sarebbe stato, poco dopo, chiaramente enunciato nella sentenza n. 282 del 2002 in relazione all’attività medico-terapeutica e che, nell’affine ma non identico contesto dell’attività di sperimentazione dei farmaci, equivale a riconoscere una posizione qualificata ad organismi tecnico-scientifici come l’Istituto Superiore di Sanità o la Commissione Unica del Farmaco, a garanzia della correttezza della decisione tecnica e dei diritti ad essa connessi⁷⁵.

⁷⁴ Corte cost., sent. n. 185/1998, punto 8 del C.i.D. Tra i commenti alla decisione v. A. Anzon, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul caso Di Bella*, in *Giur. cost.*, n. 3/1998, pp. 1528 ss.; T. Groppi, *La Corte costituzionale tra fatto legislativo e fatto sociale*, in *Giur. cost.*, n. 5/1998, pp. 2798 ss.; P. Giangaspero, *Il diritto alla salute e la sperimentazione clinica in una additiva di principio anomala*, *ivi*, pp. 2805 ss.

⁷⁵ Ad opinione di chi scrive, non osta a quanto detto il dispositivo apparentemente contraddittorio che dà parzialmente ragione ai ricorrenti del processo principale, concedendo così l’effetto richiesto: al pari di altri casi che si sono già visti in questo capitolo, il fenomeno giuridico non si riduce mai ad un fatto meramente scientifico, sicché pure quando la Corte costituzionale si trova a vagliare la legittimità di una normativa avente connotazione scientifica deve comunque considerare anche gli altri risvolti che essa possa aver prodotto nella realtà sociale. E, infatti, il Giudice delle leggi ritiene che la determinazione governativa di rendere gratuita l’erogazione della terapia anche a soggetti estranei alla sperimentazione, pur senza sottendere alcun riconoscimento dell’utilità dell’impiego di quei medicinali, rappresentasse «un "fatto legislativo" che ha una sua oggettività, tale da differenziarlo da un qualsiasi mero "fatto sociale" spontaneo», idoneo ad alimentare «aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute» (Corte cost., sent. n. 185/1998, punto 9 del C.i.D.), alla salvaguardia del quale non giova la mera riduzione del prezzo stabilita in via imperativa col decreto impugnato.

A fronte di ciò, la Corte dichiara parzialmente illegittimo il decreto-legge impugnato nella parte in cui non prevede che l’erogazione gratuita a carico del SSN sia garantita: 1) per i farmaci rientranti nel multi-trattamento Di Bella, per i quali sia in corso la sperimentazione e ne sia stato eccezionalmente

L'aspetto importante della prima sentenza 'Di Bella' è il fatto che la Corte afferma un principio destinato a divenire un punto fermo della giurisprudenza costituzionale sulla regolazione di materie a contenuto tecnico-scientifico di ambito sanitario: quello secondo cui la competenza a decidere dell'efficacia delle terapie e dei farmaci sperimentali spetta in via esclusiva alle istituzioni tecnico-scientifiche indipendenti incaricate della funzione di svolgere, secondo le metodologie consolidate nella comunità scientifica internazionale, gli accertamenti necessari a fornire risposte affidabili su questioni tecnico-scientifiche la cui risoluzione sia preliminare alle successive scelte della politica.

Principio che sarà affermare in termini ancora più perentori nella successiva sentenza n. 121 del 1999, con la quale la Corte costituzionale – nell'accogliere il ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri avverso l'ordinanza istruttoria con la quale il pretore di Maglie, adito con ricorso in via d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*, aveva disposto l'audizione del direttore dell'ISS e la trasmissione degli elenchi dei pazienti neoplastici ammessi alla sperimentazione al fine di stabilire le modalità di un accertamento medico-legale teso a certificare l'efficacia e la validità del trattamento medesimo (nonostante gli organi tecnici ufficiali avessero già terminato la sperimentazione di fase II, concludendo per la sua inefficacia) – sancisce senza mezzi termini che il pretore avrebbe fatto un uso abnorme del proprio potere, utilizzando impropriamente lo strumento della CTU per svolgere «un accertamento finalizzato alla rivalutazione dei giudizi resi dagli organi tecnico-scientifici che hanno coordinato la sperimentazione», ponendolo così «in concorrenza con la complessa procedura di sperimentazione prevista dai due decreti-legge» approvati dal Governo proprio per risolvere la questione 'Di Bella'⁷⁶.

autorizzato l'uso terapeutico; 2) a favore dei pazienti che versino in condizioni di insufficienti disponibilità economiche, affetti da patologie tumorali, rispetto ai quali il medico curante certifichi che non esistano valide alternative terapeutiche con l'uso dei farmaci in commercio; 3) per il solo periodo riferito allo svolgimento della sperimentazione, e quindi fino alla scadenza del periodo provvisorio prima del passaggio al regime ordinario.

La conseguenza del dispositivo compromissorio del Giudice costituzionale, che ha ricompreso nel nucleo essenziale del diritto alla salute i trattamenti esterni al circuito sanitario ufficiale, è stata che alcuni giudici di merito hanno ordinato l'erogazione gratuita della terapia anche dopo la fine (con esito negativo) della sperimentazione. Cfr. C. Picocchi, *La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, Padova, 2006, pp. 162-163, nt. 37.

⁷⁶ Corte cost., sent. n. 121/1999, punto 3 del C.i.D. E, infatti, lamenta la Corte che «nella vicenda in esame l'ordinanza emessa dal pretore mira ad acquisire, in via generale, "dati certi sull'efficacia e sui limiti di validità terapeutica" della cura Di Bella, che dovranno essere desunti dall'esperienza dei pazienti neoplastici; perciò, il pretore ha ordinato al Ministro della sanità di trasmettere gli elenchi di tutti coloro i quali sono stati ammessi alla sperimentazione. [...] Ma vi è di più: la consulenza riguarda anche i pazienti che hanno usufruito del "multi-trattamento Di Bella" (e, in ogni caso, di farmaci a base di somatostatina)

In altre parole, una volta che si sia interrotta la sperimentazione *in itinere* a causa del mancato superamento della fase sperimentale per comprovata inefficacia della terapia, deve ritenersi preclusa la possibilità di rimettere in discussione le conclusioni attinte dagli organi tecnico-scientifici ufficiali in altre sedi e per altre vie, tantomeno nelle aule di giustizia per mezzo di strumenti probatori predisposti per finalità esclusivamente endo-processuali, che in ogni caso non potrebbero eguagliare la capacità tecnica delle amministrazioni specializzate. Infatti – continua la Corte – l’iniziativa del pretore «ha determinato un’indebita interferenza nella sfera delle attribuzioni spettanti al potere esecutivo e, in particolare, nelle competenze degli organi tecnico-scientifici preposti alla sperimentazione dei farmaci»⁷⁷.

La Corte ha quindi individuato un ambito di valutazione a carattere tecnico-discrezionale che comporta una riserva di competenza a favore di specifici plessi dell’amministrazione, dotati di elevate qualificazioni tecniche, che proprio in ragione della loro specializzazione non potrebbero venire contraddette o revocate in dubbio da nessun altro soggetto, pur dotato di specifica professionalità⁷⁸.

"al di fuori della sperimentazione ufficiale". Si prefigura, così, un accertamento finalizzato alla rivalutazione dei giudizi resi dagli organi tecnico-scientifici che hanno coordinato la sperimentazione: la consulenza tecnica d'ufficio non è infatti circoscritta alle patologie tumorali di cui sono affetti i ricorrenti nel processo, sì che i consulenti dovranno analizzare tutti i casi vagliati durante la sperimentazione. Con modalità tenute invero nel vago, la consulenza si estende a ogni possibile caso ulteriore, estraneo alle procedure della sperimentazione come delineate dai due decreti-legge del 1998, nn. 23 e 186. Tale carattere dello strumento peritale emerge dagli stessi atti prodotti in giudizio dal pretore e, in particolare, dai quesiti posti ai consulenti nonché dai poteri loro attribuiti in ordine alle cartelle trasmesse dal Ministero e quelle "comunque pervenute" all'ufficio giudiziario, con il compito di riscontrare "per ciascuna di esse eventuali carenze di documentazione" e di accertare altresì attraverso "colloqui di parenti stretti" (ove i pazienti siano deceduti) se si siano ottenuti attraverso la terapia "benefici per la qualità della vita".».

⁷⁷ *Ivi*, punto 4 del C.i.D.

⁷⁸ Questo concetto è stato, in seguito, viepiù ribadito nell’ultima sentenza sulla “saga” Di Bella, la sent. n. 188/2000, che aveva ad oggetto due questioni di costituzionalità sull’art. 1 del d.l. n. 186/1998 (*Disposizioni urgenti per l'erogazione gratuita di medicinali antitumorali in corso di sperimentazione clinica, in attuazione della sentenza della Corte costituzionale n. 185 del 26 maggio 1998*), convertito, con modificazioni, nella l. n. 257/1998, che era stato emanato allo scopo di dare pronta attuazione alla prima sentenza della Corte costituzionale sul caso Di Bella. I ricorrenti lamentavano una lettura troppo restrittiva che il d.l. in questione avrebbe dato alla sent. n. 185/1998 della Consulta, in particolare per il fatto di escludere dall’erogazione gratuita del multi-trattamento a favore di pazienti oncologici in stato di indigenza affetti da patologie tumorali non elencate all’art. 1, per le quali non vi sia alternativa terapeutica e sia stata accertata la stabilizzazione della malattia. La Corte costituzionale dichiara non fondate le accuse, in quanto l’effetto utile della sentenza n. 185 sarebbe stato di estendere l’erogazione gratuita esclusivamente a favore di coloro che fossero affetti dalle medesime patologie per le quali erano stati approvati i protocolli di sperimentazione da parte della Commissione Oncologica Nazionale, e non anche di ampliare il novero delle patologie per le quali sperimentare la terapia. L’ampliamento del novero delle patologie sulle quali è ammessa la sperimentazione non potrebbe in alcun caso avvenire su pronuncia di un giudice, e nemmeno della Corte, la quale ribadisce 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

Nel solco di questa linea di pensiero si colloca perfettamente anche la vicenda sul caso ‘Stamina’, avente ad oggetto una terapia sperimentale a base di cellule staminali mesenchimali che, a differenza del multi-trattamento ‘Di Bella’, non era nemmeno mai stata sottoposta a sperimentazione ufficiale da parte delle autorità tecniche competenti (né una istanza in tal senso era stata presentata)⁷⁹.

Senza dare compiutamente conto di una vicenda che, sotto alcuni aspetti, si presenta anche più complessa del caso ‘Di Bella’, basti qui ricordare che la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del decreto-legge (d.l. n. 24 del 2013, convertito nella l. n. 57 del 2013) mediante il quale il Governo aveva vietato la somministrazione della terapia alla base del metodo ‘Stamina’ su tutto il territorio nazionale, ha rigettato la questione, richiamando sul punto i principi in materia di pratica terapeutica già consolidati nella propria giurisprudenza e, opportunamente, precisando che la finalità dei procedimenti di sperimentazione conferisce ai medesimi carattere di eccezionalità che giustifica, proprio con riguardo al principio di uguaglianza, la selezione di un numero limitato di pazienti ad esclusione della generalità dei malati incurabili.

Non è, dunque, il diritto alla salute del singolo – o, che dir si voglia, il diritto alla parità di trattamento nell’accesso alle cure mediche – a venire in considerazione nella selezione dei pazienti ammessi alla sperimentazione della terapia, quanto piuttosto l’interesse dell’ordinamento a validare nuovi trattamenti medici da impiegare nel circuito del SSN a giustificare quell’eccezione alla regola generale. L’intervento d’urgenza del Governo non ha fatto altro che confermare la validità di tale assunto, cercando però di temperare tale regola di fondo con gli altri principi che entravano in gioco nella vicenda ‘Stamina’, tra i quali il principio di continuità terapeutica e il principio di non interferenza con i provvedimenti dell’autorità giudiziaria⁸⁰.

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» (Corte cost., sent. n. 188/2000, punto 3 del C.i.D.).

⁷⁹ Per una completa ricostruzione della vicenda si rinvia ancora a D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., pp. 162 ss., ove viene dettagliatamente esposto il quadro normativo applicabile per la preparazione su base non ripetitiva e l’utilizzazione di terapie avanzate, in deroga al regime ordinario previsto dall’ordinamento interno a seguito del recepimento delle direttive europee in materia.

⁸⁰ Corte cost., sent. n. 274/2014.

Le circostanze eccezionali che avevano indotto a prevedere quell’eccezione valevano, dunque, a differenziare la posizione dei pazienti già ammessi alla terapia rispetto ai pazienti che desiderassero

4. *Evoluzione tecnico-scientifica e 'nuovi diritti'*

Un profilo centrale nel quale il dibattito sul rapporto tra scienza e diritto costituzionale si è rivelato particolarmente proficuo è quello relativo al riconoscimento di nuovi diritti risultanti dall'impiego delle nuove applicazioni tecnologiche.

La scienza rappresenta un fertile terreno per l'emersione dei nuovi diritti della persona (ascrivibili, in un'ipotetica genealogia, alla quarta generazione), sull'onda di un processo di arricchimento dell'*habeas corpus* costituzionale che, se per un verso viene fortemente incentivato dall'espansione – apparentemente illimitata – del raggio di libertà del soggetto, per l'altro viene favorevolmente assecondato dagli attuali processi di rinnovamento culturale. Nel presente e nei successivi paragrafi si procederà all'analisi delle decisioni più significative dalle quali risultino i termini del rapporto che lega l'evoluzione delle conoscenze scientifiche all'emersione di nuove istanze di riconoscimento, riservando al capitolo quarto la questione se tali pretese assurgano al rango di veri e propri 'diritti'.

4.1 *Il diritto all'identità sessuale e di genere*

Il primo gruppo di sentenze sul quale è d'uopo soffermarsi è quello relativo alle questioni legate al transessualismo e all'identità di genere. Decisioni che, seppur caratterizzate da uno sviluppo diacronico anche piuttosto dilatato nel tempo, per prime hanno posto il problema di stabilire se, come e in quale misura l'incedere delle conoscenze in ambito scientifico possa contribuire ad ampliare il patrimonio giuridico della persona. Non è casuale, del resto, che il tema sia emerso proprio con riguardo a questa fenomenologia, di cui si ha notizia sin dai tempi dell'antichità classica e che

sottoporvisi dopo l'emanazione del decreto-legge, poiché questo mirava solo a mettere ordine riaffermando la regola secondo cui nessuno può vantare un diritto all'erogazione gratuita di un trattamento sperimentale non ancora testato scientificamente, provvedendo però a "salvare" l'aspettativa ingenerata dai giudici di merito in coloro che avevano ottenuto una decisione favorevole. Tale ultimo aspetto si configura come una ratifica di decisioni sbagliate prese dai giudici di merito, che tuttavia non potevano essere messe in discussione dall'Esecutivo e dal Parlamento in virtù dei principi di separazione dei poteri e di tutela dell'affidamento.

La Corte, a conferma della mancanza di violazione del principio di uguaglianza, richiama la decisione della Corte di Strasburgo sul caso *Durisotto c. Italia* del 6 maggio 2014, con la quale la Corte EDU aveva ritenuto che il decreto-legge del Governo perseguisse il legittimo scopo di tutela della salute e fosse proporzionato a quale obiettivo. In generale, sulla vicenda Stamina, si rinvia ai contributi di G. D'Amico, *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, pp. 157 ss.; C. Nardocci, *Caso "Stamina": la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, *ivi*, pp. 160 ss.

costituisce un argomento paradigmatico della riflessione sul rapporto tra soggetto e corporeità.

L'aspirazione ad adeguare il proprio corpo alla percezione che il singolo ha di sé stesso rappresenta una inclinazione naturale nelle persone con disforia di genere, per le quali l'impossibilità materiale di procedere all'adeguamento dei caratteri sessuali a quelli del genere di destinazione ha da sempre costituito motivo di disagio esistenziale, nonché di grave rischio per la salute psichica dell'interessato⁸¹. Il problema ha cominciato, tuttavia, a porsi nella sua attualità quando, finalmente, le tecnologie chirurgiche hanno reso possibile il passaggio da un genere all'altro, e le autorità amministrative e giurisdizionali venivano richieste di rettificare gli atti di stato civile a seguito dell'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali, il più delle volte effettuata presso cliniche straniere.

La richiesta di rettificazione presupponeva, tuttavia, la risoluzione di una questione pregiudiziale, vale a dire se esistesse nell'ordinamento giuridico un 'diritto all'identità di genere' annoverabile tra i diritti fondamentali e inviolabili che l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce ad ogni singolo individuo. Un diritto, all'evidenza, condizionato alle possibilità e ai limiti delle scienze medico-chirurgiche e al perfezionamento delle tecniche disponibili. Sul punto la giurisprudenza di merito era divisa, mentre la Corte di Cassazione si era assestata su un orientamento decisamente contrario⁸².

La stessa Corte costituzionale aveva, in un primo tempo, negato tale possibilità, sostenendo che al nucleo costituito dall'art. 2 Cost. appartenessero soltanto i diritti e libertà espressamente riconosciute in singole norme costituzionali, salvo il potere del legislatore di ampliarne il catalogo a mezzo di un proprio intervento, che comunque veniva prontamente sollecitato proprio per dare certezza a situazioni che si erano già determinate in via di fatto⁸³. Tale monito non rimaneva inascoltato, e il Parlamento vi

⁸¹ Per una panoramica delle questioni relative all'inquadramento giuridico del transessualismo si rinvia allo studio di A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013.

⁸² Decisivo era in ogni caso il fatto che la stessa giurisprudenza "permissiva" interpretasse le disposizioni sull'ordinamento di stato civile nel senso di riconoscere il diritto alla rettificazione esclusivamente in caso di modificazione dei caratteri sessuali determinata da evoluzione naturale e spontanea del sesso di appartenenza.

⁸³ Cfr. Corte cost., sent. n. 98/1979, punto 2 del C.i.D.: «la Corte ritiene che le norme costituzionali invocate 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. Posto, infatti, nei suoi termini reali, e perciò impropriamente definito come relativo al

provvedeva approvando la legge n. 164 del 1982 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), riconoscendo formalmente il diritto alla rettificazione degli atti di stato civile, mediante l'indicazione del nuovo sesso (*rectius*: genere) e disciplinato le modalità e i limiti con i quali ottenere l'autorizzazione a sottoporsi all'intervento chirurgico demolitorio-ricostruttivo.

Senonché la Corte di cassazione, chiamata ad applicare la citata legge nell'ambito di un procedimento pendente, sollevava q.l.c. degli artt. 1 e 5 della legge medesima, prospettandone la illegittimità in relazione agli articoli 2, 3, 29, 30 e 32 della Costituzione, per supposto contrasto con i doveri di solidarietà connessi alla vita di relazione (che sarebbero violati dalla riconosciuta possibilità di mutare artificialmente il sesso di appartenenza, inducendo i terzi in un errore essenziale sulla qualità della persona) e con i limiti posti dall'ordinamento a tutela del matrimonio e della famiglia intesa come 'società naturale', in quanto l'intervenuta modificazione creerebbe uno squilibrio nella dinamica del rapporto tra genitori e figli.

Con la sentenza n. 161 del 1985, la Corte costituzionale dichiara in parte inammissibili e in parte non fondate le questioni sollevate, sconfessando però *in toto* le censure mosse dalla Cassazione, tanto sul piano del fondamento medico-scientifico della legge impugnata quanto su quello dei valori costituzionali coinvolti, che invero sarebbero stati assolutamente equivocati nella prospettazione del rimettente⁸⁴.

La Corte reimposta la questione partendo, prima di tutto, dal corretto inquadramento scientifico del fenomeno del transessualismo⁸⁵, passando in ricognizione

riconoscimento della "identità sessuale", il problema [...] può suscitare in Italia, come in altri Paesi, l'attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione e i relativi limiti in ordine al matrimonio [...], ma non può essere risolto in termini di costituzionalità delle norme impugnate». Tra i commenti alla decisione v. S. Bartole, *Transessualismo e diritto inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 1178 ss.; M. Dogliotti, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*, in *Giur. it.*, 1981, I, pp. 23 ss.

⁸⁴ Tra i commenti alla sentenza v. P. Martini, *Diritto alla sessualità come diritto alla salute*, in *Riv. it. med. leg.*, 1985, pp. 1289 ss.; M. Dogliotti, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Giur. it.*, 1987, I, pp. 235 ss.

⁸⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 161/1985, punto 3 del C.i.D.: «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. Il desiderio invincibile del transessuale di ottenere il riconoscimento anche giuridico dell'appartenenza all'altro sesso si esprime, da parte sua, nella volontà di sottoporsi ad intervento chirurgico demolitorio e ricostruttivo che operi, per quanto possibile, la trasformazione anatomica (degli organi genitali); intervento visto come una liberazione,

le conclusioni che sul punto erano state raggiunte dagli esperti sui rimedi necessari a lenire le sofferenze provate dalle persone affette da disforia di genere. La Corte riconosce, infatti, che «allo stato attuale delle conoscenze e capacità scientifiche» solo l'operazione chirurgica demolitoria-ricostruttiva è in grado di dare risultati positivi (perlomeno «nella grande maggioranza dei casi»), grazie alla quale la persona transessuale è capace di avere rapporti sessuali con un *partner* dell'altro sesso (quello al quale egli era originariamente ascritto), nonostante la perdita irreversibile della capacità di generare.

Così ricostruite le premesse fattuali sulla base delle quali il legislatore si sarebbe determinato a normare la materia *de qua*, e riconosciutane la sicura rilevanza in relazione ai diritti dei soggetti coinvolti⁸⁶, la Corte ha man forte nell'affermare sia l'adeguatezza scientifica della legge 164, sia la sua indubbia coerenza rispetto ai valori costituzionali di riferimento.

Quanto al primo aspetto, la Consulta riconosce senz'altro che la legge si dimostra razionale in rapporto alle risultanze della scienza, assumendo come proprio presupposto «la concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando - poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa - il o i fattori dominanti»⁸⁷.

In relazione all'altro aspetto, riguardante la conformità della normativa al valore della solidarietà sociale (e, quindi, al complesso di doveri che legano il singolo alla comunità e viceversa), la Corte plaude alla positiva funzione sociale della legge, che si colloca «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 ed anomale», facendosi carico dei diritti dei “diversi” aiutandoli «a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza»⁸⁸. In tal modo, la Corte nega recisamente che sia stato vulnerato qualche interesse collettivo, giacché non è il transessuale a dover disconoscere sé stesso per fare

in quanto la presenza dell'organo genitale (del sesso rifiutato) dà luogo a disgusto ed a stati di grave sofferenza e di profonda angoscia».

⁸⁶ Cfr. punto 4 del C.i.D.: «si deve riconoscere che il legislatore è intervenuto, senza certamente né provocarla né agevolarla, su di una realtà fenomenica nota, anche se di dimensione quantitative assai modeste, per apprestare adeguata tutela ai soggetti affetti da sindrome transessuale».

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

il presunto (ma quale?) interesse della comunità, ma semmai «gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale»⁸⁹.

Numerosi sono gli spunti che provengono da questa decisione. Innanzitutto, con essa si riconosce specifico rilievo alla capacità della scienza di espandere il catalogo dei diritti della persona, sebbene all'esito di una iniziativa politica considerata insurrogabile da una pronuncia giurisdizionale: a tale proposito, nella sentenza la Corte sembra porre su distinti piani il profilo del riconoscimento del bene giuridico rispetto al profilo inerente ai mezzi predisposti dall'ordinamento per la sua garanzia. In effetti, la Corte non retrocede rispetto alla propria precedente decisione del 1979, ribadendo che è il legislatore a doversi attivare per dare riconoscimento alle nuove istanze sociali.

Allo stesso tempo, però, la Corte non afferma nemmeno che la garanzia di quel nuovo diritto sia rimessa alla totale disponibilità della politica, e lascia velatamente intendere che aggiustamenti di disciplina potrebbero rendersi necessari al mutare delle condizioni medico-scientifiche e tecnologiche, come del resto si deduce dall'insistenza con cui la legittimità della disciplina vigente viene parametrata allo stato delle evidenze scientifiche disponibili sulla condizione transessuale. In sostanza, un'adeguata garanzia dell'identità di genere (come oggi si suole definire), quale bene giuridico autonomo e diritto fondamentale della persona, comporta che la sua disciplina legale debba essere adeguata alle acquisizioni più recenti del dibattito scientifico. L'evoluzione di quest'ultimo potrebbe, del resto, far emergere nuovi aspetti di rilievo delle problematiche concernenti l'identità delle persone il cui genere differisca da quello del sesso di appartenenza. Bisognerebbe in tal caso interrogarsi non solo sulla persistente adeguatezza

⁸⁹ *Ivi*, punto 10 del C.i.D. Nello stesso punto si precisa che: «Non si vede, infatti, quale possa essere il diritto fondamentale della persona che viene offeso quando un soggetto entra in rapporto con il transessuale che abbia vista riconosciuta la propria identità e conquistato - per quanto possibile - uno stato di benessere in cui consista la salute; bene, quest'ultimo, che la Costituzione, come si è ricordato, considera "interesse della collettività". [...] Quanto, infine, al turbamento dei rapporti sociali che il giudice a quo sembra adombrare in conseguenza della rettificazione dell'attribuzione di sesso del transessuale, pur essendo arduo individuare il parametro di riferimento, è certo che il far coincidere l'identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato o, se si vuole, al suo orientamento psicologico e comportamentale, favorisce anche la chiarezza dei rapporti sociali e, così, la certezza dei rapporti giuridici» (*ibidem*). Al successivo punto 12 del C.i.D. la Corte, infine, nega che la possibilità riconosciuta al transessuale di cambiare genere sia idonea a sconvolgere l'ordine naturale della famiglia, dal momento che 1) la legge prevede il divorzio immediato nel caso di mutamento di sesso; 2) il coniuge del transessuale ha sempre la possibilità di agire per ottenere l'annullamento del matrimonio per errore essenziale sulla qualità dell'altro coniuge; 3) la capacità generativa non è in ogni caso requisito necessario ai fini della validità del matrimonio.

della disciplina di cui alla l. n. 164 del 1982, ma anche (se non soprattutto) della persistente coerenza della disciplina degli istituti giuridici tradizionali entro i quali si innesta la legislazione speciale.

Cosa bisognerebbe fare nel caso in cui le scienze medico-psichiatriche giungessero alla conclusione che l'intervento chirurgico non debba ritenersi un passaggio necessario ai fini della rettificazione degli atti di stato civile? E nel caso in cui una persona *transgender* diventasse genitore, il suo *status* dovrebbe essere qualificato in base al sesso biologico o al genere di destinazione? E, similmente, cosa bisognerebbe fare nel caso in cui un giorno la scienza riuscisse a far portare a termine una gravidanza ad una donna transessuale (M2F) grazie al trapianto d'utero? Ed infine, avrebbe ancora senso la norma del codice civile (art. 122 c.c.) che garantisce l'annullamento del matrimonio per errore essenziale sulla qualità della persona nel caso in cui le nuove acquisizioni scientifiche rendessero possibile la totale equivalenza tra i sessi, e del sesso rispetto al genere?

Allo stadio attuale del dibattito scientifico, molti di questi interrogativi non sembrano nemmeno porsi. Ma è ragionevole attendersi che in un futuro non molto lontano le cose potrebbero mutare radicalmente. Per il momento, la Corte ha comunque preso atto che la realtà odierna ha in parte sconfessato gli assunti affermati quarant'anni fa.

Di tal guisa, nella sentenza n. 221 del 2015, la Corte costituzionale ha fatto proprio una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1, co. 1 della l. n. 164 del 1982, avallata poco tempo prima dalla Corte di cassazione⁹⁰, stabilendo che la disposizione lascia al giudice un margine interpretativo-applicativo che gli permette di valutare se siano integrati i presupposti per la rettificazione anagrafica del sesso/genere anche a prescindere da un intervento chirurgico demolitorio-ricostruttivo dell'apparato genitale⁹¹. Afferma, infatti, la Corte che «interpretata alla luce dei diritti della persona [...] la

⁹⁰ Cass., sez. I civ., sent. 20 luglio 2015, n. 15138.

⁹¹ Tra i numerosi commenti alla decisione v. A. Lorenzetti, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015, pp. 1006 ss.; L. Ferraro, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, in *Giur. cost.*, n. 6/2015, pp. 2054 ss.; C. Tomba, *Il "depotenziamento" dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un "nuovo" riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, *ivi*, pp. 2063 ss.; I. Rivera, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta Online*, n. 1/2016; P. I. D'Andrea, *La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso: una risposta e tanti nuovi interrogativi*, in *Giur. cost.*, n. 1/2016, pp. 263 ss.; C. M. Reale, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, in *BioLaw J.*, n. 1/2016, pp. 283 ss.

manca di un riferimento testuale alle modalità (chirurgiche, ormonali, ovvero conseguenti ad una situazione congenita), attraverso le quali si realizzi la modificazione, porta ad escludere la necessità, ai fini dell'accesso al percorso giudiziale di rettificazione anagrafica, del trattamento chirurgico, il quale costituisce solo una delle possibili tecniche per realizzare l'adeguamento dei caratteri sessuali»⁹².

L'intervento chirurgico viene espressamente definito come una 'tecnica', la quale, dovendo trovare applicazione nel contesto di variabili circostanze di fatto, deve prima essere giudicata adeguata rispetto allo scopo da raggiungere: tale giudizio non può essere espresso sulla sola base del prudente apprezzamento del giudice, ma deve essere suffragato da conoscenze scientifiche aggiornate sulla disforia di genere e sulle condizioni affini.

Rispetto alle tematiche del transessualismo e dell'identità di genere, lo stato attuale della scienza rappresenta quindi un elemento di espansione e conformazione dei diritti della persona, di cui il legislatore deve adeguatamente tener conto.

4.2 Il diritto alla procreazione: dal "diritto a formare una famiglia con figli" al "diritto ad essere genitori". Diritto, politica e morale nelle questioni scientificamente complesse ed eticamente controverse

La procreazione medicalmente assistita è il terreno nel quale più frequentemente, negli ultimi tempi, la Corte si è pronunciata sul rapporto tra diritto e scienza. La PMA costituisce un argomento delicato nel dibattito costituzionalistico, non solo perché delicata è la posizione dei soggetti coinvolti nel progetto procreativo, ma anche perché tale pratica si colloca ai confini del rapporto medico-paziente, venendo a tangere plurime sfere di interesse, rispetto alle quali vi è la necessità di trovare un ragionevole punto di equilibrio che tenga conto della posizione di tutti gli interessati.

La problematicità e complessità delle questioni sottese al dibattito intorno alla PMA sono testimoniate dal notevole ritardo, in confronto con gli altri Paesi europei, con cui il Parlamento italiano è finalmente riuscito ad approvare una disciplina organica sulla

⁹² Corte cost., sent. n. 221/2015, punto 4.1 del C.i.D. Secondo la Corte, un'ulteriore conferma del carattere non necessario dell'intervento chirurgico (che, quindi, è solo una condizione eventuale, ma non un prerequisite, della domanda di rettificazione) viene dall'art. 31 del d. lgs. n. 150/2011, laddove – nel modificare il rito previsto per il procedimento di rettificazione del genere – stabilisce che il giudice dispone l'autorizzazione all'intervento chirurgico «quando risulta necessario».

materia *de qua*. Una legge – la n. 40 del 2004 – molto contestata, che ha provocato un contenzioso giudiziario spaventoso e che è stata censurata dalla Corte costituzionale in molti dei suoi capisaldi, sulla scorta di vicende emblematiche che hanno messo in evidenza le palesi contraddizioni di una legge il cui scopo era di dare risposte concrete per risolvere le patologie riproduttive che impedivano ai membri della coppia di generare un figlio o di evitare di trasmettere alla prole gravi malattie genetiche (gravemente invalidanti, e spesso mortali) di cui fossero stati portatori sani.

In verità, l'intento legislativo effettivamente tradotto in legge introduceva un approccio proibizionistico del tutto sbilanciato a tutela di un soggetto – l'embrione – che con inusitata acrobazia concettuale veniva quasi equiparato ad una persona in carne ed ossa, e alla cui tutela veniva data prevalenza sia rispetto all'interesse della coppia a formare una famiglia con figli⁹³, sia rispetto al diritto alla salute della madre, che di fatto e di diritto veniva espropriata delle facoltà di decisione del proprio corpo.

Indubbiamente, le profonde questioni alimentate dal dibattito attorno alle nuove tecnologie riproduttive presentano profili che non si riducono ad un fatto meramente scientifico, ma coinvolgono apprezzamenti che, al fondo, hanno una ineliminabile connotazione etica, e dimostrano come sia praticamente impossibile scindere la discussione sui contenuti da dare ad una legge sulla procreazione artificiale rispetto alla discussione sui valori fondamentali che presiedono alle concezioni personali sulla vita, la famiglia e la genitorialità. In un ambito sensibile come la procreazione vengono in gioco scelte di valore che vanno oltre lo spazio tecnico di valutazione riservato al medico, in quanto condividono uno sfondo assiologico per definizione non universale, nel quale valutazioni tecnico-scientifiche ed esigenze di certezza del diritto, nonché apprezzamenti di natura etico-sociale sui diritti e i doveri che concorrono alle responsabilità dei soggetti coinvolti nel progetto procreativo, si intersecano in maniera strettissima.

Le problematiche sottese al tema della procreazione artificiale sono talmente complesse da rendere difficile anche una precisa delimitazione delle questioni giuridiche rispetto alle questioni di natura propriamente politica, al punto che la stessa Corte

⁹³ Per il momento si preferisce parlare di "interesse" della coppia a diventare genitori. La questione se esista un vero e proprio "diritto" fondamentale a diventare genitori, e quali garanzie debbano essere apprestate per tutelarlo, sarà affrontata più avanti, nel capitolo IV. In questa sede si preferisce parlare di "interesse" esclusivamente per una ragione nominalistica, per non assumere immediatamente posizioni troppo impegnative sul piano dogmatico.

costituzionale, investita in un primo tempo di una questione di legittimità sulla l. n. 40/2004, ha preferito ritrarsi dietro una pronuncia di manifesta inammissibilità, con una scelta di campo che alla dottrina in commento è subito apparsa come una decisione motivata da ragioni di opportunità più che di stretto diritto processuale⁹⁴.

E tuttavia, a fronte dell'insistente frequenza con cui i giudici di merito hanno persistito nell'impugnare diverse disposizioni della legge 40, la Corte ha dovuto ben presto uscire allo scoperto ed entrare *in medias res*, caducando norme e divieti che, oltre ad essere il frutto di precise scelte politiche "militanti", presentavano gravi problemi di coordinamento con altre disposizioni vigenti nell'ordinamento, soprattutto con riguardo alla legislazione in materia di aborto (l. n. 194/1978).

Il punto focale attraverso il quale debbono leggersi le sentenze della Corte in materia di procreazione medicalmente assistita ruota attorno alla questione del livello di tutela da riconoscersi all'embrione, e i limiti entro i quali il legislatore può attuare tale tutela senza compromettere sproporzionatamente altri diritti e interessi di rango costituzionale. Il 'diritto alla vita' dell'embrione⁹⁵ si scontra, infatti, da un lato con il diritto alla salute della donna, dall'altro con l'interesse alla procreazione dell'aspirante coppia di genitori. Sicché, visto che inevitabilmente si possono presentare situazioni nelle

⁹⁴ Ci si riferisce alla ord. n. 369 del 2006, con la quale la Consulta ha dichiarato la manifesta inammissibilità della q.l.c. sollevata dal Tribunale di Cagliari nell'ambito di un giudizio *ex art. 700 c.p.c.* in relazione all'art. 13 della l. n. 40/2004 (avente ad oggetto il divieto di accedere alla diagnosi genetica preimpianto per la donna ammessa alle procedure di fecondazione artificiale, nemmeno nel caso in cui uno o entrambi i coniugi fosse portatore di patologie geneticamente trasmissibili). Tra i commenti alla decisione, in senso adesivo, v. C. Casini, M. Casini, *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, n. 6/2006, pp. 3837 ss.; in senso critico invece cfr. A. Celotto, *La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, *ivi*, pp. 3846 ss.; C. Tripodina, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita*, *ivi*, pp. 3849 ss.; M. D'Amico, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, *ivi*, pp. 3859 ss.; A. Morelli, *Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere*, in *Quad. cost.*, n. 1/2007, pp. 154 ss.; L. d'Avack, *L'evasiva ordinanza n. 369 della Corte costituzionale del 9 novembre 2006 in merito alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, n. 1/2007, pp. 27 ss.

⁹⁵ I fautori della l. n. 40/2004 hanno preso le mosse dalla sentita necessità di stabilire regole certe, chiare ed eticamente sostenibili nell'interesse primario dell'embrione e del nato, i diritti dei quali avrebbero dovuto considerarsi prevalenti rispetto ai diritti eventualmente vantati dagli aspiranti genitori. Tuttavia, la disciplina che ha visto la luce è andata anche oltre questo scopo, creando categorie della cui consistenza dogmatica la dottrina ha dubitato fin da subito. Tra queste vi è la nebulosa categoria del 'diritto alla vita' dell'embrione: come noto, un soggetto è titolare di diritti solo se gode di una autonoma individualità che permetta di scindere la sua posizione da quella vantata da altri soggetti. Tale situazione è particolarmente dubbia nel caso dell'embrione, la cui sorte dipende per ovvie ragioni dalla permanenza in vita e dalla salute della madre che lo porta in grembo (senza contare il caso degli embrioni prodotti *in vivo* che ancora non sono stati impiantati), nonché dalla volontà di questa di portare a termine la gravidanza. Uno *status* – quello dell'embrione – assai incerto, che induce a dubitare della possibilità di definirlo come un soggetto titolare di diritti in senso proprio.

quali risulta impossibile perseguire uno di essi senza sacrificare, almeno in parte, gli altri, le regole stabilite per disciplinare la PMA non possono non contenere previsioni su come bilanciare i beni in conflitto⁹⁶.

A tale riguardo, la giurisprudenza della Corte sulla legge n. 40 del 2004 può essere divisa in due gruppi di pronunce, il primo (che, da un punto di vista diacronico, corrisponde alle decisioni rese tra il 2009 e il 2015) inerente a questioni coinvolgenti profili a connotazione scientifica, il secondo (successivo al 2015) nel quale le questioni sollevate attenevano più propriamente a profili connotati sul piano politico-assiologico. La prima giurisprudenza, in particolare, si incentra soprattutto sui profili tecnico-scientifici connessi all'esecuzione del trattamento medico di PMA, e ha eliminato le previsioni che in maniera più evidente limitavano la discrezionalità del professionista sanitario nella scelta delle modalità su come garantire, nella maniera più sicura e adeguata, la salute della donna e la buona riuscita del processo di fecondazione.

Più nello specifico, con la sentenza n. 151 del 2009 – che rappresenta la prima decisione di merito pronunciata sulla l. n. 40 del 2004 – la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, nella parte in cui obbligavano il medico a produrre un numero massimo di tre embrioni per ogni ciclo di PMA, da trasferire nell'utero della donna con un unico e contemporaneo impianto, da eseguire immediatamente o, in ogni caso, non appena possibile, senza che fosse prevista una clausola di salvaguardia che condizionasse l'impianto al previo accertamento che non vi fosse il rischio di alcun pregiudizio per la salute della donna⁹⁷. L'esame preliminare della questione si impunta sul nesso di strumentalità che lega la produzione in laboratorio di embrioni con lo scopo di indurre una gravidanza nella donna che si sia sottoposta alla procedura di stimolazione ovarica, e di riflesso sul valore da riconoscere all'embrione nel bilanciamento con la posizione della donna medesima.

⁹⁶ Sul punto cfr. A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Riv. AIC*, n. 3/2015.

⁹⁷ Corte cost., sent. n. 151/2009, con note di L. d'Avack, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3/2009, pp. 1021 ss.; M. Casini, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*, *ivi*, pp. 1033 ss.; C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena difendere"?*, in *Giur. cost.*, n. 3/2009, pp. 1696 ss.; M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, *ivi*, pp. 1688 ss.; G. Razzano, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, *ivi*, pp. 295 ss.

Sul punto la Corte rileva che «la legge in esame rivela [...] un limite alla tutela apprestata all'embrione, poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge», sicché bisogna concludere che «la tutela dell'embrione non è comunque assoluta, ma limitata dalla necessità di individuare un giusto bilanciamento con la tutela delle esigenze di procreazione»⁹⁸.

Le disposizioni impugnate apprestavano infatti, a favore dell'embrione, una tutela che pregiudicava sia il diritto alla salute della donna che le esigenze della procreazione, violando elementari regole tecniche che la medicina riproduttiva dava da tempo per assodate. La rigida soluzione prestabilita nella legge non teneva conto dell'estrema variabilità delle condizioni di salute nelle quali potenzialmente versano le donne che ricorrono alla procreazione artificiale, ognuna delle quali può avere esigenze mediche diverse, tale da richiedere l'elaborazione di un percorso personalizzato calibrato sulla specificità dei propri problemi di salute. La legge, al contrario, imponeva una regola standardizzata per situazioni tra loro molto varie, in totale violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza, col rischio, peraltro, che ne derivassero ulteriori problemi di salute per la donna che si sottoponeva al trattamento⁹⁹.

La Corte ha, pertanto, operato un intervento di “chirurgia costituzionale” in parte demolitorio in parte ricostruttivo, che conciliasse in maniera scientificamente adeguata i

⁹⁸ Corte cost., sent. n. 151/2009, punto 6.1 del C.i.D.

⁹⁹ Il numero fisso dei tre embrioni avrebbe potuto essere insufficiente per alcune donne (soprattutto quelle più avanti con gli anni), con la conseguenza che, per riuscire ad avere una gravidanza, avrebbero dovuto sottoporsi ad ulteriori trattamenti di PMA, correndo il rischio di sviluppare la sindrome da iperstimolazione ovarica e, nella peggiore ipotesi, il cancro; similmente, il numero fisso dei tre embrioni avrebbe potuto rivelarsi eccessivo per altre donne, le quali, non avendo problemi a portare avanti una gravidanza, avrebbero in ipotesi potuto subire una gravidanza plurigemellare, che pure è foriera di problemi per la salute soprattutto delle donne in età non più fertile.

A parte l'inadeguatezza tecnico-scientifica della regola positivizzata dal legislatore, la legge si rivelava incostituzionale anche per incoerenza rispetto alla disciplina stabilita dalla l. n. 194/1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, dal momento che qualora la procedura di PMA avesse condotto ad una gravidanza plurigemellare a rischio, foriera di un pericolo concreto per la salute della donna, questa avrebbe dovuto sottoporsi al rimedio (più traumatico) dell'aborto.

A ben vedere, inoltre, questa soluzione si rivelava lesiva anche dello stesso statuto legislativo dell'embrione, perché imponeva inderogabilmente la produzione di tre embrioni anche qualora fosse stato sufficiente produrne un numero inferiore.

beni in conflitto nel rispetto – per quanto possibile – dell’assiologia stabilita dal legislatore, garantendo sia il diritto alla salute della donna sia il principio di salvaguardia della dignità dell’embrione, la cui tutela viene contratta nella misura strettamente indispensabile a bilanciare, in maniera costituzionalmente sostenibile, i valori in conflitto. La regola del bilanciamento viene ridisegnata nel senso di permettere al medico responsabile della procedura di PMA di produrre un numero di embrioni adeguato in relazione al singolo caso di specie (anche in numero maggiore o minore di tre), e di decidere quanti impiantarne per garantire, in sicurezza, il buon esito della fecondazione.

Sempre, o in special modo, nel contesto di una problematica di bilanciamento deve poi essere inquadrata la sentenza n. 162 del 2014, con la quale la Corte costituzionale ha eliminato il divieto di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, previsto dall’art. 4, co. 3 della l. n. 40/2004, limitatamente ai casi in cui sia stata diagnosticata una patologia che sia causa di sterilità o infertilità assolute ed irreversibili¹⁰⁰.

Il divieto di fecondazione eterologa risultava scarsamente coerente con il principio programmatico della legge, che ammette il ricorso alla PMA «al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana»¹⁰¹. In una coppia nella quale uno o entrambi i membri fossero affetti da sterilità o infertilità assolute la possibilità di generare un figlio non era solo remota ma impossibile, per cui l’unica soluzione avrebbe potuto essere di ricorrere alla donazione di gameti da parte di un terzo donatore. Il divieto assoluto di ricorrere all’eterologa finiva, quindi, per discriminare proprio quelle coppie che più di altre avrebbero avuto la necessità di un trattamento di PMA.

¹⁰⁰ Corte cost., sent. n. 162/2014. La sentenza è una delle più commentate nella storia della Corte costituzionale. Per limitarsi alla sola dottrina costituzionalistica, si veda V. Baldini, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Dir. fond.*, n. 2/2014; A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull’eterologa*, in *Forum Quad. cost.*, 2014; L. Violini, *La Corte e l’eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Oss. cost.*, n. 2/2014; S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum Quad. cost.*, 2014; P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita perde un’altro "pilastrino": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, *ivi*, 2014; C. Tripodina, *Il 'diritto al figlio' tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, n. 3/2014, pp. 2593 ss.; G. D’Amico, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": il peccato di Ulisse*, in *Quad. cost.*, n. 3/2014, pp. 663 ss.

¹⁰¹ Art. 1 della l. n. 40/2004.

L'incostituzionalità del divieto assoluto di fecondazione eterologa viene argomentato secondo una modalità che tipicamente si ispira al metodo del bilanciamento, come è dimostrato dal fatto che la Corte non si limita a considerazioni di natura esclusivamente scientifica, ma parte da un inquadramento sistematico sulla posizione della legge in materia di PMA nel contesto dei parametri costituzionali di riferimento, che sono da un lato quelli che definiscono i diritti dell'individuo ad autodeterminarsi nell'ambito della propria sfera privata e familiare (artt. 2, 3, 29, 31 Cost.), dall'altro nel diritto alla salute inteso in un'accezione ampia, comprensiva della salute sia fisica che psichica (art. 32 Cost.). Lo scrutinio sulla costituzionalità del divieto assoluto di accedere all'eterologa viene, dunque, condotto nel contesto di un quadro composito di valori, il cui bilanciamento deve tener conto, in primo luogo, che la tutela dell'embrione non è assoluta (ed è, in parte, sacrificabile per il perseguimento di fini di pari valore costituzionale)¹⁰², ed in secondo luogo che deve in ogni caso essere garantita la realizzazione degli scopi cui la legge è preordinata, nel rispetto del principio generale di uguaglianza.

Il diniego della possibilità di accedere alla PMA di tipo eterologo è, secondo la Corte, «privo di adeguato fondamento costituzionale» perché vulnera entrambi i profili sopra richiamati, sia perché frustra l'aspirazione della coppia a formare una famiglia con figli (che «anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerata dall'ordinamento giuridico»¹⁰³) sia perché pregiudica il diritto alla salute psicologica dei membri della coppia.

Tuttavia – e tale aspetto è dirimente ai fini che qua interessano – la Corte non si arresta a queste considerazioni, perché l'incidenza del divieto di PMA eterologa su beni costituzionali primari come il diritto all'autodeterminazione familiare e il diritto alla salute non è di per sé sufficiente a farlo ritenere illegittimo, occorrendo «accertare se l'assolutezza che lo connota sia l'unico mezzo per garantire la tutela di altri valori costituzionali coinvolti dalla tecnica in esame»¹⁰⁴.

Tale scrutinio consiste in un controllo di stretta proporzionalità sul modo in cui il legislatore ha composto il conflitto tra i valori costituzionali coinvolti nel progetto procreativo, censurando qualunque soluzione che si risolva in una limitazione non

¹⁰² Questa, del resto, era la premessa da cui aveva preso le mosse la Corte nella sent. n. 151/2009.

¹⁰³ Corte cost., sent. n. 162/2014, punto 6 del C.i.D.

¹⁰⁴ *Ivi*, punto 8 del C.i.D.

necessaria di uno di essi, nel caso in cui manchi un'apprezzabile contropartita a vantaggio degli altri. Invero, l'unico interesse che si contrappone alla salute riproduttiva della coppia e all'aspirazione dei suoi membri di diventare genitori è quello della persona nata nel contesto di tale pratica, la quale potrebbe soffrir nocimento sul piano psicologico nel venire a sapere di non essere legato ad uno dei genitori sul piano biologico, oppure per la mancanza di strumenti legali volti a permettergli di conoscere le proprie origini e ricostruire la propria identità genetica.

Preoccupazioni che, ad un esame più attento da parte della Corte, appaiono infondate, poiché da un lato la mancanza di un legame genetico con uno dei due genitori non è di per sé causa – come dimostrato, “notoriamente” (così dice la Corte) dalla letteratura scientifica – di disagio psichico per il minore, dall'altro perché l'ordinamento non è totalmente sfornito degli strumenti che permettono al bambino nato da eterologa di ricercare il proprio genitore genetico, laddove lo volesse, fermo in ogni caso che il compito di porre rimedio alle lacune provocate da una pronuncia di accoglimento della Corte spetta al legislatore e non costituisce, di per sé, motivo sufficiente per differire la caducazione di una norma incostituzionale.

Come si vede, nelle sentenze n. 151 del 2009 e 162 del 2014 il riferimento al dato scientifico costituisce un passaggio fondamentale che integra lo scrutinio di ragionevolezza e proporzionalità del Giudice costituzionale. Sulle modalità attraverso le quali si compie tale integrazione si tornerà più avanti¹⁰⁵. Si anticipa, però, che nelle successive sentenze il dato scientifico perde la preminenza che aveva avuto nelle prime due occasioni, cedendo il passo a considerazioni di carattere sistematico o, in alternativa, a connotazione più propriamente etico-sociale.

Così, nella sentenza n. 96 del 2015, la Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 1 e 2 e dell'art. 4, co. 1 della legge n. 40 del 2004, nella parte in cui escludevano dal ricorso alle tecniche di PMA le coppie fertili portatrici di malattie genetiche trasmissibili rispondenti ai criteri di gravità stabiliti dalla l. n. 194/1978 per l'esercizio del diritto ad abortire. Una incoerenza determinata dal fatto che «il sistema normativo, cui danno luogo le disposizioni censurate, non consente (pur essendo scientificamente possibile) di far acquisire “prima” alla donna una informazione che le

¹⁰⁵ Si rinvia alle considerazioni critiche svolte nel cap. IV, par. 2.2.

permetterebbe di evitare di assumere “dopo” una decisione ben più pregiudizievole per la sua salute»¹⁰⁶.

Anche in questo caso, al pari delle precedenti pronunce, il problema risiedeva sostanzialmente nella mancanza di un ragionevole compromesso tra l’interesse alla tutela dell’embrione e la garanzia della salute riproduttiva nella considerazione delle nuove possibilità offerte dalla scienza, e – fatto ancora più grave – nella incoerenza determinata da una legislazione che non consente l’accesso alle tecniche di procreazione artificiale per le coppie portatrici di malattie trasmissibili, ma permette alla donna di abortire quando la gravidanza è già in uno stadio avanzato. È evidente che una tale situazione viola tutti i valori che la legge 40 mira a salvaguardare: l’interesse alla procreazione delle coppie con difficoltà riproduttive, la salute della donna e la stessa dignità dell’embrione (*rectius*: del nascituro¹⁰⁷).

Anche qui, dunque, il fattore scientifico contribuisce a conformare l’ampiezza e le modalità di attuazione delle libertà riproduttive, mettendo a disposizione della coppia (e della donna in particolare) uno strumento che previene il rischio di ricorrere ad una procedura invasiva e pericolosa come l’aborto. Tuttavia, il controllo di ragionevolezza viene condotto alla stregua di un criterio sistematico più che di un parametro scientifico¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Corte cost., sent. n. 96/2015, punto 9 del C.i.D. In commento alla decisione v. M. P. Iadicicco, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2015, pp. 797 ss.; A. Iannuzzi, *La Corte costituzionale dichiara l’illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l’impianto della legge n. 40 del 2004*, *ivi*, pp. 805 ss.; E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non “scontata” né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta Online*, n. 2/2015; S. Penasa, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l’insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, pp. 755 ss.; C. Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015.

¹⁰⁷ La dignità dell’embrione o del feto rappresenta, come si è già detto, un bene relativo, del quale vengono in gioco diverse dimensioni in seconda del contesto in cui d’esso si discorre. In relazione alle diverse “grandezze” che possono riconnettersi a tale bene, può senz’altro convenirsi sul fatto che sia maggiormente rispettoso della dignità del procreando accertare in principio le ragioni che potrebbero ostare alla sua nascita, onde evitare l’impianto in utero di un embrione destinato ad essere abortito, piuttosto che intraprendere il percorso riproduttivo salvo poi porre fine ad una vita nascente non più ad uno stadio embrionale, ma già sviluppatosi in un soggetto umano prossimo alla viabilità.

¹⁰⁸ La Corte accerta l’irragionevolezza della norma invalidata rispetto ad altre norme presenti in altre parti della legislazione sui diritti riproduttivi (la l. n. 194 del 1978 in materia di interruzione volontaria della gravidanza, in particolare l’art. 6 della legge, ove si elencano le condizioni alle quali è consentito praticare l’aborto di feto gravemente malformato).

In perfetta continuità con i precedenti, inoltre, la Corte non sconvolge affatto l'impianto complessivo della legge n. 40, e non si spinge nemmeno a togliere il divieto, ma solo a introdurre una eccezione che fa venir meno il carattere assoluto dello stesso, salvando la scelta (di natura chiaramente politica) di prevedere un divieto generale di accesso alla diagnosi genetica preimpianto. Quell'eccezione appartiene al nucleo incompressibile del diritto alla salute, tanto che la Corte suggerisce al legislatore di aggiornare periodicamente, «sulla base della evoluzione tecnico-scientifica», le patologie per le quali si renda necessario il ricorso alla diagnosi preimpianto, anche attraverso fonti di natura non legislativa, in modo da mantenere la simmetria nella garanzia dei diritti riproduttivi e la coerenza della loro disciplina rispetto al progresso tecnico-scientifico.

Ancora una volta viene confermato che la sostenibilità costituzionale di una legge avente ad oggetto materie a connotazione scientifica dipende dalla sua strutturale capacità di fornire soluzioni ragionevolmente bilanciate in relazione alle varie ipotesi nelle quali può concretizzarsi un caso della vita. Il che non toglie che la medesima legge possa prevedere limiti e divieti a presidio di valori etico-sociali preminenti, a patto che ciò avvenga nel rispetto dei fondamentali canoni di razionalità che garantiscono l'unità dell'ordinamento giuridico.

Ne è una conferma la sentenza n. 229 del 2015, con la quale la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 13, co. 3, lett. b) e co. 4 della l. n. 40 del 2004 nella parte in cui contempla come ipotesi di reato la selezione degli embrioni anche nei casi in cui questa sia esclusivamente finalizzata ad evitare l'impianto nell'utero della donna di embrioni affetti da malattie genetiche trasmissibili¹⁰⁹. Al pari che nel precedente intervento, la Corte non fa che adeguare, in via consequenziale (anche se non contestuale), alcune previsioni della legge n. 40 alle implicazioni derivanti dalla propria precedente pronuncia: la fattispecie penalistica che vietava ogni forma di selezione degli embrioni prodotti utilizzando i gameti di una coppia i cui membri fossero affetti da malattie genetiche trasmissibili non aveva più ragion d'essere in seguito alla dichiarazione parziale di

¹⁰⁹ Corte cost., sent. n. 229/2015. Tra i commenti alla sentenza v. L. Chieffi, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giur. cost.*, n. 6/2015, pp. 2111 ss.; C. Casini, M. Casini, *Lo statuto dell'embrione umano: riflessioni dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015*, in *Dir. fam. pers.*, n. 1/2016, pp. 201 ss.; A. Vallini, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2015, pp. 1457 ss.

illegittimità del divieto di diagnosi preimpianto, limitatamente alle ipotesi individuate nella sent. n. 96 del 2015. La discrezionalità del legislatore nella materia *de qua* viene, per quanto possibile, preservata, tanto che il divieto rimane generalmente valido in tutte le altre ipotesi, come rimangono pienamente valide le previsioni dell'art. 14, co. 1 e co. 6 della stessa legge, che puniscono ogni forma di 'soppressione di embrioni', seppure esclusi dall'impianto in utero perché affetti da grave malattia genetica.

Quest'ultima sentenza introduce – per così dire – alla seconda stagione della giurisprudenza costituzionale sulla legge 40. Caduti i divieti e annullate le disposizioni più irragionevoli che impedivano di dare alla legge una lettura costituzionalmente conforme, la Corte è stata in ultimo investita di questioni dirette a contestare opzioni discrezionali del legislatore su argomenti estremamente dibattuti sia a livello scientifico che politico, che rimandano in definitiva alle scelte ideologiche di fondo che ispirano il complessivo impianto della legge 40. Si tratta di casi nei quali, più che in passato, la Corte è stata ben vigile nel tenere distinti il profilo della legittimità delle singole scelte compiute e il profilo della loro opportunità, riconoscendo che esiste uno spazio di libertà che permette al legislatore democraticamente eletto di propendere, nell'esercizio della propria discrezionalità, per una soluzione che, non potendo accontentare tutti, sia quantomeno espressione della sensibilità etica e politica della maggioranza.

Questioni di questo genere sono state affrontate dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 84 del 2016 e 221 del 2019. Nella prima la Corte ha affrontato la spinosa questione della legittimità della preclusione assoluta di destinare gli embrioni non impiantati alla ricerca scientifica. Nella seconda, invece, la Corte si è pronunciata sulla questione – altrettanto controversa – della legittimità della disposizione della l. n. 40 che limitava l'accesso alle tecniche di PMA alle sole coppie formate da due persone di sesso diverso. In entrambe le sentenze, la Corte dà atto del dibattito che si è sviluppato in seno alla comunità scientifica e ha tenuto conto delle risultanze di esso; tuttavia, ha ritenuto che ai fini della risoluzione della questione di costituzionalità esse non fossero dirimenti, toccando profili sui quali il legislatore gode di una discrezionalità insindacabile dalla Corte, a meno che non si traduca in un esercizio assolutamente arbitrario del potere.

Nell'ambito di questo capitolo, si continuerà la presente discussione con l'analisi della sentenza n. 221 del 2019, mentre per la trattazione della sentenza n. 84 del 2016 si rinvia al capitolo quarto.

Il problema del bilanciamento tra valori fondamentali nel conflitto tra le evidenze della scienza e gli orientamenti etici prevalenti nella coscienza sociale è stato infatti centrale in quest'ultima decisione, con la quale la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto il divieto di accedere alle tecniche di procreazione artificiale per le coppie formate da due donne¹¹⁰.

A differenza delle precedenti sentenze sul reato di distruzione e sul (collegato) divieto assoluto di ricerca sugli embrioni, quest'ultima decisione (sicuramente non conclusiva) della saga giurisprudenziale sulla legge n. 40/2004 si segnala per il maggiore stacco rispetto alle questioni – propriamente scientifiche – che avevano interessato la primissima giurisprudenza in materia. La questione se le coppie formate da due donne abbiano il diritto di accedere alla PMA eterologa implica, infatti, una presa di posizione su problemi di natura non strettamente medico-scientifica (inerenti all'adeguatezza delle pratiche mediche da attuare per rimediare alla infertilità e/o sterilità della coppia), questioni che coinvolgono semmai apprezzamenti di natura etico-sociale su chi debba avere accesso alla procreazione assistita, sulle formazioni familiari ritenute idonee a offrire un ambiente adeguato e a permettere la crescita serena e armoniosa del minore.

Ma, al di là delle questioni scientifiche eventualmente coinvolte (basti considerare le statistiche medico-psichiatriche e pediatriche che attestano la pari idoneità genitoriale delle coppie *same-sex* rispetto alle coppie etero), il problema era di stabilire quanto ampia fosse la discrezionalità del legislatore nel disciplinare la materia familiare secondo apprezzamenti di natura etico-sociale, pur non condivisi dall'intera comunità.

E, in effetti, è alla stregua di queste considerazioni che la Corte imposta la soluzione delle questioni di costituzionalità relative alle norme di cui agli artt. 5 e 12 della l. n. 40/2004: a differenza delle precedenti decisioni, con le quali sono stati caducati divieti manifestamente irragionevoli in relazione al complesso dei principi fondamentali che informano il sistema dei diritti riproduttivi in Italia, la regola sottesa al divieto di

¹¹⁰ Tra i principali commenti v. A. Cossiri, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giur. cost.*, n. 5/2019, pp. 2633 ss.; M. Manetti, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, *ivi*, pp. 2613 ss.; C. Tripodina, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, *ivi*, pp. 2622 ss.; A. Apostoli, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giur. cost.*, n. 6/2019, pp. 2760 ss.; B. Liberali, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile "diritto a procreare"?*, in *Studium iuris*, n. 5/2020, pp. 534 ss.

accesso alle tecniche di PMA per le coppie formate da due donne (ma il discorso può estendersi, per inerenza, a tutte le altre formazioni familiari alternative al modello legislativo, quindi anche alle coppie formate da due uomini, alle persone *single* e alle famiglie poliamorose) si pone in linea con l'impianto complessivo dello stesso sistema, che deve ritenersi coperto dal raggio di discrezionalità di cui gode il legislatore nella materia familiare¹¹¹.

Sul punto la Corte chiarisce che «il compito di ponderare gli interessi in gioco e di trovare un punto di equilibrio tra le diverse istanze – tenendo conto degli orientamenti maggiormente diffusi nel tessuto sociale, nel singolo momento storico – deve ritenersi affidato in via primaria al legislatore, quale interprete della collettività nazionale», salvo il successivo controllo di ragionevolezza da parte della Corte stessa. Proprio in relazione al complesso degli elementi ora indicati, viene puntualizzato che «la scelta espressa dalle disposizioni censurate si rivela non eccedente il margine di discrezionalità del quale il legislatore fruisce in *subiecta materia*, pur rimanendo quest'ultima aperta a soluzioni di segno diverso, in parallelo all'evolversi dell'apprezzamento sociale della fenomenologia considerata»¹¹².

La Corte, in sostanza, afferma che la materia familiare – e in generale l'intera regolamentazione dei rapporti personali – rientra in un novero di valutazioni intrinsecamente connotate da ampia discrezionalità politica, rispetto alle quali la scelta dei principi fondamentali cui informare i rapporti tra consociati non potrebbe che competere in via esclusiva agli organi rappresentativi, salvo il limite della manifesta irrazionalità. A tale riguardo, afferma la Corte che «l'idea, sottesa alla disciplina in esame, che una famiglia *ad instar naturae* – due genitori, di sesso diverso, entrambi viventi e in età potenzialmente fertile – rappresenti, in linea di principio, il “luogo” più idoneo per accogliere e crescere il nuovo nato non può essere considerata, a sua volta, di per sé arbitraria o irrazionale. E ciò a prescindere dalla capacità della donna sola, della coppia

¹¹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 221/2019, punto 12 del C.i.D.: «Nella specie, non vi è, d'altronde, alcuna incongruenza interna alla disciplina legislativa della materia, alla quale occorra por rimedio. Contrariamente a quanto mostrano di ritenere i giudici a quibus, l'infertilità “fisiologica” della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità “fisiologica” della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale».

¹¹² *Ibidem*.

omosessuale o della coppia eterosessuale in età avanzata di svolgere validamente anch'esse, all'occorrenza, le funzioni genitoriali»¹¹³.

Sul punto, il ragionamento della Corte è limpido ed è chiaramente ispirato ad una logica in base alla quale le regole giuridiche volte a disciplinare i rapporti sociali non possono ridursi ad un mero fatto di scienza, dovendosi considerare – entro lo specifico ambito considerato – il «grado di accettazione del fenomeno della cosiddetta “omogenitorialità”», in base all'assunto secondo cui l'emersione dei nuovi diritti deve – e non può non – accompagnarsi alla loro progressiva accettazione sul piano sociale. Il fatto che le evidenze scientifiche in questo ambito non siano un elemento determinante per determinare la incostituzionalità di un divieto ritenuto privo di fondamento scientifico è ben esplicitato dalla Corte nel passaggio in cui traccia le differenti *rationes* che ispirano gli istituti dell'adozione e della PMA: la prima serve a dare una famiglia ad un minore che ne è sprovvisto (o che, pur presente, non sia in grado di badare ai suoi bisogni), nella valutazione in concreto del suo superiore interesse; la seconda serve invece a realizzare le aspirazioni genitoriali di chi vi ricorre, pur sempre nel rispetto e preminente considerazione di quello che si ritiene il suo miglior interesse, sicché – dovendo il bambino ancora nascere – non è irragionevole che il legislatore «si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni “di partenza”»¹¹⁴.

Ancora una volta si comprende l'importanza di distinguere, tra gli elementi rilevanti nello scrutinio di legittimità costituzionalità, quelli che devono ritenersi determinanti ai fini della risoluzione della questione portata alla Consulta. In tutte le materie che presentano una connotazione tecnico-scientifica, le risultanze della ricerca scientifica e statistica sono sicuramente rilevanti e devono essere tenuti in considerazione dal Giudice costituzionale, ma non necessariamente costituiscono un elemento decisivo nella determinazione del 'verso' della decisione.

¹¹³ *Ibidem.*

¹¹⁴ *Ivi*, punto 13.2 del C.i.D.

4.3 Il diritto alla morte dignitosa

A proposito dell'impatto della scienza e delle nuove tecnologie sui valori costituzionali e sui diritti che da essi promanano, merita un breve cenno il caso del diritto ad essere aiutati a morire in maniera dignitosa. Si tratta di una ipotesi rispetto alla quale il fattore scientifico-tecnologico incide sull'ordinamento costituzionale dall'esterno, influenzando il modo in cui i principi che lo compongono si integrano, ed inducono a riflettere sui limiti entro i quali ciascun diritto o principio viene tradotto in applicazioni coerenti rispetto al complessivo sistema costituzionale: la loro assolutizzazione rischia, infatti, di veicolare soluzioni che, all'atto pratico, costituiscono un'eterogeneità dei fini che finiscono per tradire l'ispirazione di fondo di un sistema liberal-democratico.

Si pensi alle vicende del diritto alla vita: la sua solenne proclamazione nelle Carte costituzionali e internazionali rappresenta il culmine di processi storici nel corso dei quali lo stesso valore è stato gravemente offeso, e con esso la stessa umanità; tuttavia la sempre maggiore pervasività del potere biotecnologico sul corpo umano pone all'ordine del giorno casi nei quali la difesa irrinunciabile della vita intesa in senso meramente biologico si traduce in una costrizione a vivere in condizioni di estrema sofferenza difficilmente giustificabile in un ordinamento di derivazione liberale. Non è un caso, del resto, che tutte le Corti costituzionali chiamate a pronunciarsi sulla richiesta di sospensione dei trattamenti sanitari o sull'aiuto a morire abbiano ripetutamente negato che dal riconoscimento del diritto alla vita discenda un «dovere di vivere e soffrire» che impedisce in assoluto all'individuo malato di autodeterminarsi scegliendo di morire in una modalità ritenuta più dignitosa ad un mantenimento in vita “ad ogni costo”¹¹⁵.

I dibattiti attuali sul ‘diritto a morire con dignità’ (espressione onnicomprensiva con cui ci si riferisce a soluzioni non perfettamente omogenee) nascono dal confronto con uno stato di cose profondamente mutato rispetto ai tempi in cui le tecniche di rianimazione non consentivano il mantenimento in vita di pazienti privi di coscienza o

¹¹⁵ Con riguardo alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo si veda U. Adamo, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Riv. AIC*, n. 2/2016; in relazione alla recente giurisprudenza delle Corti costituzionali di Italia, Germania e Austria sia consentito il riferimento a G. Battistella, *Il Bundesverfassungsgericht dichiara incostituzionale la fattispecie penale di «favoreggiamento commerciale del suicidio» (§ 217 StGB): una lettura in parallelo con il “caso Cappato”*, in *BioLaw J.*, n. 2/2020, pp. 319 ss. e Id., *Il reato di aiuto al suicidio al vaglio della Corte costituzionale austriaca*, in *BioLaw J.*, n. 2/2021, pp. 315 ss.

rimasti gravemente invalidi a causa di malattie un tempo sicuramente mortali. Gli effetti pratici delle sempre più avanzate tecnologie biomediche possono dar luogo a situazioni esistenziali in condizioni di salute estremamente compromesse, irreversibili e dolorose, che possono rendere – nella prospettiva di alcuni – la vita tragicamente indegna e penosa. In situazioni di questo genere gli ordinamenti sono chiamati ad interrogarsi se la tutela assoluta del diritto alla vita sia ancora un presidio posto a difesa dell'interesse del singolo o piuttosto una estensione della pretesa dello Stato di disporre del corpo e della vita dei propri cittadini (nell'esercizio di un vero e proprio 'potere biopolitico').

L'evolvere delle cognizioni scientifiche dell'arte medica e delle tecnologie disponibili impatta inesorabilmente sull'applicazione delle norme giuridiche, trasformando quella che dovrebbe essere una garanzia di libertà in una forza oppressiva della libertà di autodeterminazione. Lo stridore provocato dall'urto tra la dimensione normativa dei precetti e la dimensione fattuale della loro applicazione ai casi concreti della vita spinge continuamente a ricercare nuove soluzioni di compromesso che meglio si prestino a bilanciare l'interesse statale a proteggere la vita di ciascun individuo e il diritto del singolo di decidere in autonomia della propria esistenza, nel rispetto delle proprie personali convinzioni etiche.

Come noto, la Corte costituzionale italiana si è confrontata con questo problema nell'ordinanza n. 207 del 2018 e nella sentenza n. 242 del 2019, con la quale ha infine dichiarato incostituzionale l'art. 580 c.p. «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli»¹¹⁶.

¹¹⁶ Corte cost., sent. n. 242/2019. La letteratura a commento delle due decisioni è veramente alluvionale, non solo per l'estremo interesse che il tema del fine vita ha per gli studiosi di diritto costituzionale, ma anche per l'inedita tecnica manipolativa che la Corte si è inventata di sana pianta per favorire l'instaurazione di un dialogo aperto e collaborativo con il Parlamento e sollecitare un immediato seguito politico con l'approvazione di una legge di modifica dell'art. 580 c.p.

In commento alla sentenza n. 242 del 2019 cfr. M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, in *Oss. cost.*, n. 1/2020, pp. 286 ss.; G. Battistella, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento "costituzionalmente obbligato" del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, *ivi*, pp. 317 ss.; R. Pescatore, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, *ivi*, pp. 343 ss.; E. Furno, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, *ivi*, pp. 303 ss.; S. Catalano, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in *Oss. cost.*, n. 2/2020, pp. 288

Per quel che rileva in questa sede, la Corte costituzionale aveva stabilito nella ordinanza n. 207 del 2018 che, ferma restando la legittimità della fattispecie penale di aiuto al suicidio, il legislatore dovesse tener conto di «situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta», che «portate sotto la sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia», sono in grado di tenere in vita pazienti in condizioni estremamente compromesse senza però restituire loro la sufficienza delle funzioni vitali, situazioni nelle quali l'assistenza di terzi «può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi [...] a un mantenimento artificiale in vita non più voluto»¹¹⁷.

Grazie al meccanismo dell'incidentalità, la Corte costituzionale è stata chiamata a confrontarsi con ipotesi nelle quali la rigidità della norma penale finiva per determinare la costrizione alla vita di soggetti gravemente sofferenti per i quali non vi è altra via d'uscita se non la morte, sacrificando l'interesse del malato e il suo diritto ad autodeterminarsi, senza che peraltro vi fosse alcun interesse concorrente da salvaguardare. Il caso è significativamente espressivo di come i fatti scientifico-tecnologici impattino sul mondo del diritto, portando all'emersione di nuove istanze di tutela in una realtà in continua trasformazione e rispetto alla quale, a volte, il diritto ne esce «capovolto»¹¹⁸, come appunto nel caso in cui l'estremizzazione del diritto alla vita in condizioni di sofferenza porta alla rivendicazione di un diritto alla buona morte¹¹⁹.

ss.; G. Serges, *Le due notevoli "prime volte" della sentenza Cappato (con qualche riflessione critica sulla tecnica decisoria adottata)*, in *Giur. cost.*, n. 6/2019, pp. 3025 ss.; F. Politi, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, *ivi*, pp. 661 ss.; M. Panebianco, *Il seguito dall'ordinanza super monitoria della Corte costituzionale n. 207 del 2018: la sentenza di colegislazione n. 242 del 2019*, in *Nomos*, n. 1/2020; I. Pellizzone, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: 'pars destruens' e 'pars construens' delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della 'ratio decidendi' del caso Cappato*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2/2020, pp. 472 ss.

¹¹⁷ Corte cost., ord. n. 207/2018, punto 8 del C.i.D.

¹¹⁸ L'espressione è, come già ricordato, di A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

¹¹⁹ Nell'ottica che qui ci riguarda, la decisione rileva anche per le questioni che essa ha lasciato aperte, e in particolare se l'accostamento tra il rifiuto dei trattamenti terapeutici e l'assistenza al suicidio si esaurisca in una applicazione del test di ragionevolezza, o se non comprenda anche un bilanciamento tra diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione variamente modulabile sulla base anche di apprezzamenti di natura politica. In tal caso, il diritto a ricevere assistenza alla morte dovrà ritenersi confinato entro il ragionevole limite della non compromissione di altri interessi costituzionalmente rilevanti. Problema, peraltro, che si pone in termini diversi rispetto alle altre ipotesi passate in rassegna in questo capitolo, nelle quali il conflitto tra beni giuridici vedeva coinvolti più soggetti che rispettivamente ne erano titolari e si risolveva nel loro reciproco contemperamento, facendo sì che nessuno andasse a totale scapito degli altri e

Il discorso sullo stato attuale della scienza viene impiegato dalla Corte nel più ampio dibattito sul fine vita per dimostrare come il fattore scientifico-tecnologico impatti su diritti e le libertà di rango costituzionale, condizionandone le modalità di esercizio e definendone di volta in volta i confini. L'impiego delle moderne applicazioni biotecnologiche nel campo della medicina ha avuto l'effetto – una sorta di 'eterogenesi dei fini' – di cambiare il valore e il significato del diritto alla vita e del diritto alla salute, che in situazioni estreme ed eccezionali possono relegare l'individuo in una situazione di prigionia e totale impotenza rispetto al proprio corpo e alla propria esistenza.

Sul punto si ritornerà nel quarto capitolo, trattando in maniera più generale il tema dell'emersione e del riconoscimento dei nuovi diritti negli Stati a Costituzione pluralista.

5. *Scienza, politica e diritto costituzionale nelle ipotesi di c.d. discrezionalità mista: il caso delle politiche vaccinali*

Un ultimo ambito nel quale il diritto e la scienza vengono a trovarsi in un rapporto biunivoco, ma il peculiare intreccio tra i beni giuridici in concorso può condurre ad una situazione di astratta antinomia, è quello delle vaccinazioni. Al pari delle decisioni in materia ambientale, l'inscindibilità del nesso tra valutazioni tecniche e discrezionalità politica nell'assunzione delle decisioni relative alla profilassi vaccinale giustificano la trattazione del tema nell'ambito del sottogruppo di decisioni nelle quali la Corte giudica della legittimità di provvedimenti legislativi connotati da 'discrezionalità mista'¹²⁰.

Come noto, i vaccini sono strumenti di profilassi collettiva che gli Stati hanno interesse ad offrire su larga scala allo scopo di conseguire la soglia di copertura adeguata ad evitare che si formino focolai epidemici su scala sia nazionale sia locale, soglia che viene comunemente definita 'immunità di gregge' (*herd immunity*) corrispondente all'incirca al 95% della popolazione totale. L'individuazione della soglia di copertura necessaria per il raggiungimento di un livello di immunizzazione corrispondente all'immunità di gregge costituisce l'esito di una valutazione condivisa dalla maggioranza

che il sacrificio imposto fosse ragionevolmente contenuto per ognuno di essi, mentre invece nel caso del fine vita il conflitto incorre tra beni di cui formalmente è titolare il medesimo individuo, il quale esercitando il proprio diritto di autodeterminazione rinuncia al diritto alla vita.

La risoluzione di questo dilemma non è, comunque, dirimente ai nostri fini, dal momento che qui interessa solo rilevare come il fattore scientifico-tecnologico condiziona il giudizio di costituzionalità sui diritti fondamentali, veri o presunti che siano.

¹²⁰ Su questa categoria si rinvia al cap. I, par. 8.

della comunità scientifica, elaborato sulla base di osservazioni, tecniche e metodologie proprie della virologia e della immunologia, e rappresenta un valore minimo vincolante per gli organi di governo che desiderassero mantenere elevato lo *standard* di immunizzazione della popolazione generale.

Il rispetto di quello *standard* rappresenta un onere necessario per raggiungere un risultato tecnicamente condizionato sul piano scientifico come l'immunità di gregge: esso costituisce un onere – e non un obbligo – in quanto la sua inosservanza non viola alcuna norma di rango costituzionale o interposta, e comporta come unica conseguenza l'eventualità che il risultato auspicato (l'immunità di gregge) non venga raggiunto.

Nel caso dei trattamenti sanitari obbligatori, esistono diverse modalità attraverso le quali può essere favorita la somministrazione al trattamento, da strumenti impositivi (la coazione individuale, generalmente non ammessa) a strumenti afflittivi (come l'imposizione di multe e limitazioni al godimento di alcuni servizi pubblici) a strumenti meramente persuasivi (come le campagne informative, la garanzia della gratuità della prestazione ecc.). In ogni caso, la predisposizione degli strumenti più adeguati a favorire la campagna vaccinale è responsabilità di natura esclusivamente politica che sta ai governanti compiere nell'esercizio della loro discrezionalità.

L'adesione alla campagna vaccinale costituisce un mezzo per proteggere sé stessi e gli altri dal rischio di contrarre malattie infettive potenzialmente mortali o, comunque, gravemente invalidanti. L'aspetto peculiare che viene in gioco quando si parla di vaccinazioni è dato dal fatto che le scelte individuali sono strettamente dipendenti alle scelte altrui: da un lato, la possibilità per il singolo di decidere se sottoporsi o meno al trattamento vaccinale è fortemente condizionato dalla garanzia di poter vivere in un ambiente sociale in cui il rischio di contagio è minimo, ciò che dipende dal livello generale di immunizzazione e, quindi, dalla percentuale di adesione alla campagna vaccinale; dall'altro, la salute individuale dei soggetti deboli e vulnerabili (in particolare, di coloro i quali non possono vaccinarsi) risulta a sua volta condizionata dalla scelta della generalità dei consociati di immunizzarsi per non essere un potenziale veicolo di contagio e diffusione di virus. Viene immediatamente in rilievo il carattere solidaristico delle politiche pubbliche di immunizzazione: la tutela della salute individuale passa inevitabilmente attraverso scelte di principio che coinvolgono l'intera comunità, e il destino del singolo non può venire slegato da quello degli altri, perché la scelta che

l'individuo compie per la propria salute ha un contestuale risvolto in termini di responsabilità verso gli altri.

Ma questo non è il solo profilo dai contorni “tragici” che l'opzione di vaccinarsi comporta. La ragione principale per cui oggi un numero sempre maggiore di persone decide di non farlo è il rischio (vero o presunto che sia) di rimanere pregiudicati dagli eventuali effetti avversi che il vaccino può causare. L'alto livello di sicurezza raggiunto dalle moderne vaccinazioni non corrisponde, infatti, alla garanzia della mancanza assoluta di qualsivoglia forma di rischio connesso all'inoculazione del farmaco: tale garanzia non potrebbe in nessun caso essere data da una scienza come la medicina, che – nonostante l'altissimo grado di precisione – mantiene un certo margine di errore, oltre che all'inevitabile fortuità di certi eventi. In altre parole, vi sarà sempre un margine di rischio (anche se minimo) che il soggetto che si vaccina riporti complicanze o soffra infermità come conseguenza dell'inoculazione del farmaco.

I profili appena esposti evidenziano la natura inevitabilmente bidimensionale del diritto alla salute, diritto tipicamente a godimento individuale e soggettivo, ma anche interesse oggettivo dell'intera collettività. Le due dimensioni sono complementari e inscindibili, ma possono entrare in collisione l'una con l'altra, nel momento in cui i rischi e i benefici del trattamento sanitario non siano equamente ripartiti. Come lucidamente scrive la Corte costituzionale nella sentenza n. 118 del 1996, il legislatore che impone l'obbligo di vaccinazione (nella specie, il vaccino antipolio) «compie deliberatamente una valutazione degli interessi collettivi ed individuali in questione, al limite di quelle che sono state denominate "scelte tragiche" del diritto: le scelte che una società ritiene di assumere in vista di un bene (nel nostro caso, l'eliminazione della poliomielite) che comporta il rischio di un male (nel nostro caso, l'infezione che, seppur rarissimamente, colpisce qualcuno dei suoi componenti)». L'elemento tragico sta, per l'appunto, nel fatto che «sofferenza e benessere non sono equamente ripartiti tra tutti, ma stanno integralmente a danno degli uni o a vantaggio degli altri»¹²¹.

¹²¹ Corte cost., sent. n. 118/1996, punto 4 del C.i.D., con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2, comma 2, e 3, comma 7, della legge n. 210/1992 (*Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati*) «nella parte in cui escludono, per il periodo ricompreso tra il manifestarsi dell'evento prima dell'entrata in vigore della predetta legge e l'ottenimento della prestazione determinata a norma della stessa legge, il diritto - fuori dell'ipotesi dell'art. 2043 del codice civile - a un equo indennizzo a carico dello Stato per le menomazioni riportate a causa di vaccinazione obbligatoria

Come noto, l'ordinamento si fa carico di rifondere gli eventuali pregiudizi che derivino al singolo come conseguenza della sottoposizione incolpevole e obbligatoria (ma, come si vedrà, anche facoltativa) a vaccinazione mediante la previsione del diritto all'indennizzo (previsto dalla l. n. 210/1992), oltre che ovviamente al risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.* Un tale strumento è stato definito "doveroso" dalla Corte costituzionale, che nella sentenza n. 307 del 1990 aveva dichiarato la incostituzionalità della legge n. 51/1966 (impositiva dell'obbligo di vaccinazione antipoliomelitica) nella parte in cui non prevedeva un equo indennizzo da parte dello Stato a favore dei soggetti che avessero riportato un danno da contagio o da altra malattia causalmente riconducibile alla suddetta vaccinazione, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c. In questa sentenza, infatti, la Consulta aveva espressamente stabilito il principio secondo cui il vincolo di solidarietà che lega il singolo al resto della comunità non può esplicarsi unidirezionalmente a mezzo dell'imposizione sul singolo dell'obbligo di profilassi, ma deve comprendere il correlativo impegno della comunità di ristorare il danno subito nel caso in cui il singolo abbia subito un pregiudizio per essersi sobbarcato un rischio nell'interesse della salute collettiva¹²².

La giurisprudenza costituzionale si è oramai assestata su alcuni punti fermi con riguardo ai presupposti sulla base dei quali l'art. 32 Cost. legittima l'imposizione di

antipoliomelitica da quanti vi si siano sottoposti e da quanti abbiano prestato ai primi assistenza personale diretta», quale atto di solidarietà dovuto in connessione con la previsione dell'obbligo vaccinale «finché ogni rischio di complicanze non sarà completamente eliminato attraverso lo sviluppo della scienza e della tecnologia mediche» (punto 4 del C.i.D.). In commento v. A. Algostino, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, n. 5/1996, pp. 3209 ss.; G. Ponzanelli, *"Pochi ma da sempre": la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione. Trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità*, in *Foro it.*, n. 7/1996, I, pp. 2328 ss.

¹²² Nelle parole della Corte: «Con riferimento, invece, all'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio - ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica - il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria. Tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri. Un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute - e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario - implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento. In particolare, finirebbe con l'essere sacrificato il contenuto minimale proprio del diritto alla salute a lui garantito, se non gli fosse comunque assicurato, a carico della collettività, e per essa dello Stato che dispone il trattamento obbligatorio, il rimedio di un equo ristoro del danno patito.» (Corte cost., sent. n. 307/1990, punto 2 del C.i.D., con nota di F. Giardina, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e "responsabilità" dello Stato*, in *Giur. cost.*, n. 6/1990, pp. 1880 ss.).

trattamenti sanitari obbligatori quali sono le somministrazioni vaccinali prescritte per legge. In primo luogo, è un principio acquisito quello secondo cui una limitazione dell'autodeterminazione terapeutica dell'individuo risulta giustificata solo se viene imposta allo scopo di arrecare un beneficio alla salute dell'intera collettività. In secondo luogo, la norma costituzionale non permette in alcun caso l'imposizione al singolo di un trattamento sanitario rischioso per la sua salute al solo scopo di avvantaggiare la salute collettiva, in quanto la relazione biunivoca, fondata sul principio di solidarietà, che lega l'individuo alla comunità giammai potrebbe costringere il singolo a sacrificare la propria salute per quella degli altri. Infine, la legge deve, come già visto, obbligatoriamente prevedere un equo ristoro per il caso – sempre possibile – in cui la vaccinazione provocasse danni collaterali a chi vi si è sottoposto.

L'aspetto che più di altri riveste interesse in questa sede è di stabilire la misura nella quale le evidenze scientifiche concorrano a ridurre e/o a indirizzare la discrezionalità politica del legislatore nell'optare per una certa politica vaccinale. La questione è stata recentemente trattata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 2018, avente ad oggetto due ricorsi presentati in via principale dalla Regione Veneto avverso il d.l. n. 73/2017 (c.d. decreto 'Lorenzin'), convertito con modificazioni dalla l. n. 119/2017, a mezzo del quale il Governo aveva reintrodotto diverse vaccinazioni la cui obbligatorietà era stata sospesa a partire dal 2005-2007, a favore di un sistema basato sull'adesione volontaria accompagnato da informative pubbliche e raccomandazioni ministeriali, che comunque ne garantiva l'accesso gratuito¹²³. L'intervento governativo d'urgenza era stato

¹²³ Col il decreto-legge impugnato, il Governo aveva portato a 12 il numero delle vaccinazioni obbligatorie e gratuite (poi ridotte a 10 in sede di conversione), otto delle quali non previste dalla legislazione previgente, e introdotto un sistema di controlli e sanzioni volto a garantire il rispetto dell'obbligo vaccinale (consistenti nella irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria e nel divieto di accesso ai minori non vaccinati alle istituzioni scolastiche e educative).

Tra le vaccinazioni già previste vi erano l'antitetanica, l'antidisferica, l'antipoliomelitica e quella contro l'epatite virale B. Le nuove vaccinazioni comprendevano l'anti-pertosse, Haemophilus influenzale di tipo B, meningococcica di tipo B e C, morbillo, rosolia, parotite e varicella. Sul punto, peraltro, la Corte puntualizza che nessuna delle predette vaccinazioni fossero propriamente "nuove" (in quanto già previste nei calendari vaccinali), mentre "nuovi" sarebbero in senso proprio solo gli obblighi e le misure sanzionatorie.

Rispetto alle sanzioni, inizialmente il decreto-legge aveva previsto la comminazione a carico dei genitori e tutori dei minori non vaccinati di una sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 7500 euro (accompagnato dal dovere per l'ASL di dare comunicazione, alla scadenza del termine assegnato ai genitori inadempienti, alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni), nonché dall'esclusione della possibilità di iscrivere i figli minori alle istituzioni del sistema nazionale d'istruzione (nonché ai servizi educativi per l'infanzia, ai centri di formazione professionale regionale e alle scuole private non paritarie). Le misure sanzionatorie sono state sensibilmente rivisitate nella legge di conversione, che ha

motivato dal rilievo delle criticità prodotte dalla sospensione dell'obbligo vaccinale, che aveva condotto ad un arretramento della campagna di prevenzione e aveva nel frattempo anche provocato la formazione di focolai epidemici disseminati in diverse zone d'Italia¹²⁴.

Nei ricorsi si contestavano sia la sussistenza dei presupposti di necessità e urgenza richiesti dall'art. 77 Cost. affinché il Governo possa legittimamente emanare un decreto-legge, sia la ragionevolezza e proporzionalità della reintroduzione dell'obbligo vaccinale in relazione all'art. 32, co. 2 Cost., alla luce dell'art. 3, co. 1 Cost.¹²⁵.

La Corte costituzionale ha dichiarato le censure in parte inammissibili e in parte infondate. Esse, pur attenendo formalmente a distinti aspetti problematici sul piano del diritto costituzionale sostanziale, sono in realtà strettamente collegate da un nesso pertinenziale che le riconduce entrambe al problema della ragionevolezza scientifica delle leggi. Con ciò si intende dire che tanto lo scrutinio attorno alla sussistenza dei requisiti per la decretazione d'urgenza, quanto la valutazione relativa alla ragionevolezza e proporzionalità delle singole previsioni normative non possono essere condotti alla stregua di parametri esclusivamente giuridici, dovendo venire integrati dal necessario raffronto con le evidenze scientifiche e statistiche sugli sviluppi della situazione

previsto una sanzione pecuniaria da un minimo di 100 ad un massimo di 500 euro, ha eliminato l'obbligo in capo all'ASL di comunicare l'inadempimento vaccinale alla Procura della Repubblica, e soprattutto ha previsto che la mancata vaccinazione costituisca causa impeditiva dell'iscrizione ai soli servizi educativi per l'infanzia e alla scuola dell'infanzia, mentre l'ha resa irrilevante rispetto alla frequenza e allo svolgimento degli esami presso le altre istituzioni scolastiche.

Le uniche ragioni di esclusione dell'obbligo di vaccinarsi erano date dall'avvenuta immunizzazione a seguito di malattia naturale ovvero dal comprovato pericolo per la salute in relazione a specifiche condizioni cliniche, appositamente da documentare.

¹²⁴ Il preambolo del d.l. n. 73/2017 fa riferimento alla necessità di «garantire in maniera omogenea sul territorio nazionale le attività dirette alla prevenzione, al contenimento e alla riduzione dei rischi per la salute pubblica e di assicurare il costante mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza epidemiologica in termini di profilassi e di copertura vaccinale»; nonché di assicurare «il rispetto degli obblighi assunti e delle strategie concordate a livello europeo e internazionale e degli obiettivi comuni fissati nell'area geografica europea». Nella sentenza la Corte costituzionale passa in rassegna tutti gli indici presi in considerazione dal Governo per la valutazione dell'opportunità di approvare un decreto-legge, valorizzando, oltre al preambolo, anche gli obiettivi già prefissati nel Piano Nazionale di Prevenzione Vaccinale, le iniziative regionali volte a controllare la costanza dell'impegno vaccinale, le relazioni e le statistiche elaborate dalle istituzioni sanitarie internazionali (prime tra tutte l'OMS) sullo stato delle campagne di prevenzione e tutela della salute del nostro Paese, in raffronto alla media europea e di altri Stati extra-europei.

¹²⁵ Nel ricorso erano state sollevate anche numerose censure circa la supposta violazione delle competenze regionali nella materia della tutela della salute, che appartiene alla competenza concorrente Stato-Regioni, e si invocavano altri parametri relativi al dovere di solidarietà sociale, al buon andamento della pubblica amministrazione, nonché al diritto dovere dei genitori verso i figli minori e al diritto-dovere di frequenza della scuola dell'obbligo. Tali profili saranno totalmente trascurati nella presente trattazione, in quanto non rilevanti ai fini che ci si propone.

epidemiologica generale. Detto altrimenti, il Giudice costituzionale si trova nella necessità di riferirsi alla realtà tecnico-scientifica e statistica per giudicare tanto sull'urgenza del provvedere quanto sulla ragionevolezza e proporzionalità delle singole previsioni sostanziali (obbligatorietà dei vaccini, motivi di esclusione, afflittività delle sanzioni ecc.)¹²⁶.

In relazione al primo aspetto, non v'è chi non veda come la valutazione sui presupposti di necessità e urgenza presupponga una valutazione del rischio per la salute collettiva direttamente parametrata a *standard* tecnico-scientifici elaborati sulla base di cognizioni proprie della virologia e dell'immunologia. Ciò significa che la valutazione politico-discrezionale di intervenire con decreto-legge si intreccia con i margini di valutazione tecnico-discrezionale inerenti all'attualità e concretezza del rischio legato alla scoperta vaccinale. Infatti, nel respingere la censura circa la mancanza dei presupposti per l'emanazione del decreto-legge, la Corte costituzionale fa notare che la soglia del 95% non viene considerata una 'soglia ottimale' dalle istituzioni scientifiche nazionali e internazionali, bensì una 'soglia critica' a mala pena indispensabile per arrestare la circolazione del virus e mantenere una copertura sufficiente a evitare la formazione di focolai epidemici.

Un giudizio di tal genere non può che spettare alle istituzioni scientifiche competenti, e la scelta governativa di assumerla a presupposto del proprio agire non fa che confermare, al contrario, la legittimità della misura in relazione all'integrazione dei presupposti di cui alla fattispecie costituzionale. Reputa, infatti, la Corte che «a fronte di una copertura vaccinale insoddisfacente nel presente e incline alla criticità nel futuro [...] rientri nella discrezionalità – e nella responsabilità politica – degli organi di governo apprezzare la sopraggiunta urgenza di intervenire, alla luce dei nuovi dati e dei fenomeni epidemiologici frattanto emersi, anche in nome del principio di precauzione che deve

¹²⁶ Tra i numerosi commenti alla sentenza e sui singoli profili cfr. U. Adamo, *Materia "non democratica" e ragionevolezza della legge*, in *Consulta Online*, n. 1/2018; A. Iannuzzi, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, *ivi*; C. Pinelli, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell'opinione pubblica*, in *Giur. cost.*, n. 1/2018, pp. 38 ss.; V. Ciaccio, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost. sent. n. 5 del 2018*, *ivi*, pp. 451 ss.; C. Magnani, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Forum Quad. cost.*, 2018.

presidiare un ambito così delicato per la salute di ogni cittadino come è quello della prevenzione»¹²⁷.

Tale ultimo aspetto è dirimente ai fini della positiva valutazione in ordine alla sussistenza del requisito della «straordinaria necessità e urgenza», in quanto la specificità dello strumento vaccinale consiste proprio nel fatto di essere un mezzo di prevenzione, per l'efficacia del quale è necessario che la sua attuazione avvenga prima dello scoppio di un'emergenza sanitaria¹²⁸. In altre parole, l'urgenza del provvedere all'incentivazione della profilassi vaccinale non presuppone l'attualità di una situazione di emergenza, ma l'esistenza di un rischio concreto e attuale che la sua mancata attuazione determini in futuro, con elevata probabilità, il pericolo dello scoppio di epidemie e, dunque, la lesione della salute come interesse della collettività.

Il rilievo della scienza non è, comunque, limitato a questo profilo, ma si estende alla valutazione dell'appropriatezza del meccanismo individuato dal Governo per riportare al livello della soglia-critica la percentuale di vaccinati. La scelta di optare per l'introduzione di un obbligo generalizzato è una decisione che spetta agli organi di governo nell'esercizio della loro discrezionalità politica, ma non è assolutamente libera da vincoli. Infatti, se da un lato la giurisprudenza costituzionale è salda nell'affermare che l'art. 32 Cost. postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nella sua accezione come libertà di cura) con il coesistente e reciproco diritto degli altri e, in generale, con l'interesse della collettività (nonché, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l'interesse del minore), dall'altro ha anche precisato che un trattamento sanitario obbligatorio può ritenersi legittimo esclusivamente a condizione che sia diretto a preservare o a migliorare lo stato di salute sia di chi vi è assoggettato sia degli altri, e che non comporti controindicazioni nocive per salute di chi vi è obbligato, salvo gli effetti collaterali normali e tollerabili.

¹²⁷ Corte cost., sent. n. 5/2018, punto 6.4 del C.i.D.

¹²⁸ La considerazione di questo aspetto è molto importante, in quanto consente alla Corte di distinguere il profilo della presenza dei requisiti che legittimano ad intervenire mediante la decretazione d'urgenza e il profilo (distinto) dell'attuale ricorrenza di una emergenza sanitaria. In una delle sue memorie, la Regione Veneto aveva proprio contestato la mancanza di una vera e propria emergenza vaccinale nel nostro Paese, deducendo da ciò l'illegittimità del decreto-legge per mancanza dei requisiti indicati all'art. 77 Cost. La Corte, dal canto suo, respinge l'argomento, che rivela una «indebita sovrapposizione concettuale tra urgenza del provvedere ed emergenza sanitaria». Sul punto si rinvia alle considerazioni di B. Liberali, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *BioLaw J.*, n. 3/2019, pp. 115 ss., in specie p. 124 e di A. Iannuzzi, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale*, cit., p. 87.

La materia delle vaccinazioni obbligatorie coinvolge, tipicamente, un ambito nel quale il legislatore deve muoversi nel solco di un equo contemperamento tra plurimi aspetti di rilievo. E tuttavia – precisa la Corte – «questa discrezionalità deve essere esercitata alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte (sentenza n. 268 del 2017), e delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell’esercizio delle sue scelte in materia»¹²⁹. Lo scrutinio della Corte deve quindi rivolgersi, prima di tutto, a verificare che il legislatore abbia agito in maniera scientificamente informata, alla luce delle condizioni epidemiologiche e delle acquisizioni medico-scientifiche disponibili; inoltre, alla Corte compete senz’altro di controllare la proporzionalità e la ragionevolezza delle «norme strumentali e sanzionatorie, le quali a propria volta concorrono in maniera sostanziale a conformare l’obbligo stesso e a calibrare il bilanciamento tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti»¹³⁰.

Il passaggio da un sistema incentrato sulla raccomandazione ad uno incentrato sull’obbligo denota un cambio di prospettiva determinato, all’evidenza, da una diversa valutazione della situazione epidemiologica esistente, all’esito della quale il legislatore ha ritenuto opportuno sposare una linea politica impositiva in luogo di una permissiva (o, più precisamente, da una linea tendenzialmente permissiva ad una maggiormente impositiva¹³¹), allo scopo di contrastare la pericolosa curva al ribasso del livello di immunizzazione generale. Scelta che la Corte valida appieno, non solo sulla base dei dati epidemiologici disponibili, ma anche per la presenza di un meccanismo di adattamento/flessibilizzazione che legittima il Ministro della Salute a passare dall’uno all’altro modello a seconda degli sviluppi che si avranno in futuro¹³².

¹²⁹ Corte cost., sent. n. 5/2018, punto 8.2.1 del C.i.D.

¹³⁰ Corte cost., sent. n. 5/2018, punto 7.2.2 del C.i.D.

¹³¹ La Corte ricorda, infatti, che le vaccinazioni sulle quali il Governo ha imposto l’obbligo non sono propriamente “nuove”, dal momento che tutte erano già raccomandate (mentre solo su quattro vigeva l’obbligo), ed erano già inserite nel calendario vaccinale.

¹³² Ci si riferisce all’art. 1, co. 1-*ter* del d.l. n. 73/2017, che consentiva al Ministro della Salute di disporre la sospensione di un certo numero di vaccinazioni tra quelle per le quali era stato introdotto l’obbligo a mezzo del medesimo decreto-legge (ma non per tutte), sulla base della verifica dei dati epidemiologici, delle eventuali reazioni avverse segnalate e delle coperture vaccinali raggiunte. La Corte costituzionale esprime un giudizio di piena approvazione rispetto al meccanismo introdotto da questa disposizione, e ne auspica l’estensione anche alle altre vaccinazioni. Critica, invece, una parte della dottrina, ad esempio B. Liberali, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate*, cit., p. 127.

Alla Corte spetta, dunque, anche il controllo sulla proporzionalità del mezzo concretamente adottato per attuare la campagna vaccinale. L'alternativa tra raccomandazione e obbligo non è, tuttavia, una scelta che implica opzioni così radicali nel particolare contesto cui ci si riferisce, atteso che «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici»¹³³, ciò in quanto un comportamento raccomandato dal medico viene comunque percepito come doveroso in vista di un determinato obiettivo. Tenuto conto di ciò, il bilanciamento operato dal legislatore viene allora ritenuto ragionevole, da un lato perché in sede di conversione questi ha ritenuto di dover preservare un adeguato spazio per un rapporto con il cittadino informato al confronto e alla persuasione; dall'altro, perché ha introdotto un meccanismo di flessibilizzazione mediante la previsione di un sistema di monitoraggio periodico che può sfociare nella sospensione della obbligatorietà di alcuni vaccini, da attivarsi alla luce dei dati emersi nelle sedi scientifiche appropriate, con ciò indicando che «la scelta legislativa a favore dello strumento dell'obbligo è fortemente ancorata al contesto ed è suscettibile di diversa valutazione al mutare di esso»¹³⁴.

Con questa importante decisione, la Consulta ha ulteriormente precisato le condizioni in presenza delle quali può venire imposto un obbligo di vaccinazione, che da un lato deve basarsi su una giustificazione forte, nella prospettiva di proteggere beni superiori che altrimenti sarebbero gravemente pregiudicati, dall'altro, deve essere necessario, adeguato e strettamente proporzionale allo scopo, sicché l'atto legislativo che lo introduce dovrebbe sempre prevedere una clausola di flessibilizzazione che legittimi, a seconda del contesto, il passaggio dall'obbligo alla raccomandazione e viceversa, lasciando sempre aperta la possibilità di ri-espandere il perimetro della libertà individuale laddove il suo esercizio non sia incompatibile con gli interessi della collettività.

¹³³ Corte cost., sent. n. 5/2018, punto 8.2.4 del C.i.D.

¹³⁴ *Ivi*, punto 8.2.5 del C.i.D. A questo proposito, la Corte – in via quasi “consultiva” – suggerisce che tale meccanismo di flessibilizzazione, previsto solo per quattro dei dieci vaccini per i quali il decreto-legge ha introdotto l'obbligo, sarebbe opportuno venisse esteso anche agli altri sei, l'obbligatorietà dei quali potrebbe pure venire sospesa alla luce delle variazioni nelle condizioni epidemiologiche, nei dati relativi alle reazioni avverse e alle coperture vaccinali.

6. *Come la Corte costituzionale decide le questioni scientificamente connotate: riepilogo delle principali tecniche decisorie*

Dopo avere esaminato le varie tipologie di questioni a connotazione scientifica, si può brevemente passare in rassegna le principali tecniche di cui si è servita la Corte per deciderle.

L'analisi di questa giurisprudenza è utile, al di là dello specifico tema trattato in queste pagine, perché rappresenta una silloge di quasi tutti gli "strumenti" di cui la Corte costituzionale si è dotata per epurare la legislazione dai vizi che la rendevano non conforme alla Costituzione.

L'utilizzo di una tecnica decisoria piuttosto che di un'altra dipende *in primis* dalla tipologia di vizio censurato, oltre che dal margine d'intervento di cui dispone la Corte per rimediare. Sia nella fase preliminare, sia nella fase di decisione nel merito delle questioni sollevate, la Corte costituzionale si affaccia costantemente con il problema della discrezionalità del legislatore, che per principio fondamentale di qualsiasi ordinamento democratico è tenuta a rispettare. Il grado di libertà di cui gode il legislatore nella scelta sul se e come agire (o non agire) non può ricavarsi per via di mera deduzione logica, sulla sola base dell'interpretazione della disposizione costituzionale, ma richiede un apprezzamento basato sul confronto con le evidenze specifiche del caso. Rinviano al capitolo successivo l'approfondimento su tale questione¹³⁵, si può comunque fin d'ora fare alcune considerazioni a partire dal discorso sviluppato con l'analisi giurisprudenziale.

Le questioni di costituzionalità a connotazione scientifica pongono prevalentemente problemi sulla scelta dei mezzi più opportuni per perseguire le finalità perseguite dal legislatore: quasi mai si tratta di un vizio dovuto all'illegittimità dello scopo legislativo considerato, ma di un vizio che cade sulle modalità attuative dello stesso, dal momento in cui la legge è stata approvata ovvero da un momento successivo. Mentre la scelta dello scopo è una decisione politica insindacabile da parte del Giudice delle leggi (salvo la violazione dei limiti esterni posti dalla Costituzione, o anche dei limiti impliciti al suo impianto costitutivo), quest'ultimo gode comunque di un certo margine operativo nel "raddrizzare" le storture che una cattiva selezione dei mezzi frappona alla piena

¹³⁵ Cfr. cap. IV, par. 8.

efficacia della legge. Per tale ragione, dispositivi meramente caducatori sono recessivi nella materia trattata, e trovano generalmente spazio nei limitati casi in cui la scienza e la tecnica abbiano raggiunto livelli di conoscenza prossimi alla certezza (si può ricordare il caso della sentenza n. 96 del 1981, sul reato di plagio, considerata una fattispecie inconsistente sul piano scientifico, e quindi nulla sul piano giuridico)¹³⁶.

Ben più numerose sono le decisioni che recano dispositivi a carattere manipolativo. Tra queste rientrano *in primis* le sentenze di annullamento parziale, che non sconfessano la regola legislativa né eliminano i divieti posti all'esercizio di una certa libertà, ma ne circoscrivono gli effetti in modo da tutelare il principio o valore concorrente eccessivamente compresso. L'esempio più significativo di questa specie è la sentenza n. 162 del 2014, sul divieto di fecondazione eterologa, di cui la Corte ha censurato l'assolutezza, stabilendo che il trattamento di PMA eterologo dovesse trovare applicazione quantomeno in relazione alle coppie totalmente sterili.

Non sono mancati nemmeno esempi di sentenze sostitutive. Basti al riguardo citare il caso della sentenza n. 1030 del 1988, con la quale la Corte costituzionale ha modificato il regime amministrativo delle ricetrasmittenti di debole potenza di tipo portatile, sostituendo il sistema delle concessioni con un sistema basato sul rilascio di autorizzazioni. In tal modo la Corte ha adeguato il regime giuridico di una parte del servizio radiotelevisivo allo stato del mercato, a fronte del quale la soluzione legislativa basata sulle concessioni finiva per essere obsoleta ed eccessivamente compressiva sia della libertà di impresa che del diritto al pluralismo nell'informazione¹³⁷.

Tra le sentenze manipolative, particolarmente interessanti sono quelle che recano un dispositivo di annullamento parziale integrato da un segmento additivo, grazie al quale la legge non solo rimane operativa, ma vede espandersi le proprie capacità applicative. Le sentenze additive giocano in questo ambito un ruolo fondamentale, in quanto

¹³⁶ Ciò non esclude che il legislatore possa introdurre un domani una fattispecie simile se non identica al plagio, diretta a sanzionare penalmente l'utilizzo di tecniche idonee a manipolare la volontà e ad alterare la coscienza della persona, rese possibili dall'intelligenza artificiale, magari allo scopo di indurla a tenere comportamenti anti-sociali e pericolosi per l'incolumità altrui. Anche il *dictum* della sentenza del 1981 rimane implicitamente condizionato alla clausola *rebus sic stantibus*, e non potrebbe precludere la reintroduzione del reato nel caso in cui la condotta presupposta dalla fattispecie dovesse considerarsi scientificamente possibile.

¹³⁷ Una tale sentenza potrebbe definirsi 'sostitutiva di meccanismo', dato che la Corte costituzionale sostituisce con essa non una singola disposizione di legge, ma un istituto giuridico, cioè un sistema di norme che, complessivamente considerate, definiscono il regime giuridico-amministrativo a cui un certo diritto viene assoggettato.

permettono alla Corte costituzionale di intervenire direttamente sul testo di legge (che da tale momento dovrà essere letto “come se” fosse integrato da un’ulteriore prescrizione normativa), rendendo di fatto non strettamente indispensabile (almeno in un primo momento) un intervento riformatore del Parlamento: esse, infatti, si connotano per la loro attitudine ad intervenire sia in negativo mediante l’annullamento parziale del disposto di legge (*pars destruens*), sia in positivo mediante una integrazione del precetto che vincola immediatamente gli organi incaricati dell’attuazione della legge (*pars construens*). Le sentenze additive si distinguono in due categorie: le sentenze additive di principio e le sentenze additive di meccanismo¹³⁸.

Mediante le sentenze ‘additive di meccanismo’ la Corte interviene sul precetto legislativo riducendone o ampliandone le portata, di regola introducendo un meccanismo funzionale a rendere autoapplicativa la sentenza d’incostituzionalità. Con esse, la Corte non pone propriamente un principio né stabilisce una regola di comportamento, ma introduce nella trama del testo legislativo un meccanismo di applicazione particolare della legge, che consiste o nell’aggiunta di un passaggio al procedimento ovvero nel conferimento di più ampie attribuzioni e/o poteri di valutazione in capo agli organi incaricati dell’attuazione della legge. In entrambe le ipotesi, lo scopo dell’azione pubblica viene posto o direttamente dalla Costituzione o dallo stesso legislatore, ma la costruzione della fattispecie legislativa soffre di un *vulnus* che ostacola il suo pieno raggiungimento, appunto perché la legge non attribuisce agli organi delegati la discrezionalità di valutare le specificità di ciascun caso e di differenziarne il trattamento giuridico sulla base delle circostanze concrete. Grazie al meccanismo aggiunto dalla sentenza costituzionale, al *vulnus* riscontrato viene posto immediatamente rimedio senza la necessità di attendere la riforma della legge ad opera del Parlamento. Le sentenze additive di meccanismo possono, inoltre, distinguersi tra quelle che hanno un effetto riduttivo e quelle che hanno un effetto ampliativo della fattispecie.

Una tipica sentenza additiva di meccanismo ad effetto riduttivo è la sentenza n. 139 del 1982, con la quale la Corte ha accertato la legittimità della norma che prevedeva la possibilità di ricoverare coattivamente in un ospedale psichiatrico giudiziario il

¹³⁸ In generale, sulle sentenze additive, v. G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, *passim*; L. A. Mazzaroli, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000, pp. 68 ss. e pp. 94 ss.

detenuto infermo di mente, ma l'ha censurata nella parte in cui non condizionava la permanenza nella struttura d'internamento ad una verifica periodica circa la persistenza della condizione d'infermità che giustificasse il prolungamento del ricovero per un ulteriore periodo. Così, grazie a questa pronuncia, la Corte ha posto rimedio alla censura manipolando il testo di legge mediante l'introduzione di un meccanismo, espresso in una clausola di condizionalità, che comporta l'obbligo per il giudice dell'esecuzione di verificare periodicamente la persistente necessità di tenere rinchiuso il detenuto nella struttura di cura, fintantoché non ne sia cessata la causa.

Tra le sentenze additive di meccanismo a dispositivo ampliativo, particolarmente significative sono quelle riguardanti la possibilità di custodia cautelare in carcere ed esecuzione della pena detentiva delle persone affette da HIV o malate di AIDS (sentenze n. 438 e n. 439 del 1995): come si ricorderà, la Corte costituzionale ha censurato le disposizioni impugnate perché eccedevano dallo scopo che la legge si proponeva di perseguire, e ha rimediato al vizio dichiarando la loro parziale illegittimità, e contestualmente introducendo un meccanismo di verifica in capo al giudice delle condizioni di fatto, con delega del potere di ordinare l'incarcerazione dell'imputato/condannato laddove ciò fosse possibile. In questo modo, l'intervento di "manutenzione" operato dalla Corte ha fatti sì che la legge perseguisse appieno il proprio scopo, spiegando effetto anche oltre i limiti che originariamente ne circoscrivevano l'operatività.

Nel novero delle pronunce additive di meccanismo a carattere ampliativo devono, inoltre, ricordarsi le decisioni con le quali la Corte ha censurato l'eccessiva rigidità della legge, nella parte in cui stabiliva una regola fissa senza concedere agli organi delegati, diversi dalla magistratura, la discrezionalità di modularne gli effetti sulla base delle evidenze del caso concreto. Tra queste vi sono le sentenze n. 3 del 1994 e n. 284 del 1999, con le quali sono state caducate le disposizioni delle leggi sul pubblico impiego che non permettevano la riammissione in servizio del dipendente dispensato per motivi di salute: a seguito delle sentenze, le amministrazioni interessate sono state dotate del potere di valutare le concrete possibilità di reimpiego del dipendente, pervenendo così ad un migliore bilanciamento tra il diritto al mantenimento del posto di lavoro e l'interesse pubblico all'efficienza dell'apparato amministrativo.

L'altra categoria delle sentenze di questo genere è quella delle 'additive di principio': per mezzo di questo tipo di decisioni, la Corte costituzionale è in grado non solo di rimuovere dall'ordinamento la parte della legge in contrasto con le norme-parametro, ma anche di integrare parzialmente il vuoto normativo indicando il principio (o, nei casi in cui la Consulta sia più specifica, la regola) al quale i destinatari del precetto dovranno conformarsi nell'applicazione della legge, nell'attesa di un intervento riformatore del legislatore. Si tratta di sentenze che in parte sopperiscono all'inerzia degli organi politici (il più delle volte, infatti, sono precedute da una sentenza di inammissibilità con monito, con la quale il Giudice delle leggi prospetta l'attuale o prossima incostituzionalità della norma e invita il legislatore ad assumere le iniziative necessarie per modificarla), integrando il contenuto precettivo della legge con l'indicazione di un principio vincolante per gli organi incaricati dell'attuazione e/o esecuzione della legge.

Premesso che la distinzione di queste ultime rispetto alle additive di meccanismo non è sempre agevole¹³⁹, le sentenze additive di principio si presentano come un utile compromesso tra l'esigenza di conservare l'atto legislativo come espressione del potere sovrano di autogoverno del popolo e l'esigenza di coordinare il momento precettivo con quello propriamente attuativo. Ciò vale a maggior ragione nel caso di leggi a contenuto scientificamente connotato, nelle quali l'aggiunta del disposto additivo vale a perfezionare l'atto impugnato, prevedendo che la sua attuazione sia accompagnata da un'attività di specificazione tecnica ad opera degli organi competenti.

Peculiare in tal senso è la sentenza n. 151 del 2009: in essa, il Giudice delle leggi ha eliminato l'originaria regola tecnica (stabilita a monte dal legislatore) che consentiva la creazione di un numero massimo di tre embrioni, e l'ha sostituita con il principio secondo cui deve essere prodotto un numero di embrioni strettamente indispensabile ma

¹³⁹ Si può dire che praticamente tutte le sentenze sopra ricordate nelle quali la Corte aggiunge il meccanismo della delega di bilanciamento in concreto siano espressione di un principio originariamente estraneo all'impianto della legge: il principio secondo cui la condizione di sieropositività non giustifica di per sé la sottrazione alla pena detentiva; il principio secondo cui il ricovero coatto in una struttura di cura è legittimo solo nell'ipotesi in cui il paziente necessiti di un trattamento sanitario e non sia in grado di decidere in autonomia del proprio interesse; il principio secondo cui la dispensa dal pubblico ufficio per motivi di salute non esclude la possibilità di esservi riammesso in caso di recupero della capacità lavorativa; il principio secondo cui l'istituto dell'astensione obbligatoria dal lavoro per le lavoratrici madri deve essere funzionale alla possibilità della donna di accudire il neonato nelle prime settimane del suo ingresso in famiglia, facendo trascorrere il periodo di astensione dal momento in cui quest'ultimo lascia l'ospedale.

funzionale al buon esito del tentativo di fecondazione¹⁴⁰. Nel medesimo solco si inserisce, ad opinione di chi scrive, anche la sentenza n. 96 del 2015: in essa, infatti, la Consulta ha censurato la regola che vietava in assoluto la diagnosi genetica preimpianto, sostituendovi il principio in base al quale tale pratica deve essere permessa ogniqualvolta uno o entrambi i membri della coppia siano affetti da una malattia geneticamente trasmissibile che, secondo lo stato attuale della scienza, si sappia essere causa di morte prematura o di gravissime malformazioni fisiche e cerebrali per il nascituro, che potrebbero indurre la donna a non portare a termine la gravidanza¹⁴¹.

Come si vede, le sentenze additive sono una tipologia decisoria che ritorna particolarmente utile nella “riscrittura” di leggi a contenuto scientificamente connotato: esse rappresentano un buon compromesso tra l’esigenza di flessibilizzare una legislazione a rapida obsolescenza, rimediando immediatamente ai vizi che rischiano di lasciare la legge inattuata, e l’esigenza di lasciare impregiudicata la possibilità per il legislatore di modificare la legge prevedendo, successivamente, altre modalità per attuare il principio espresso dalla Corte.

In altre occasioni, invece, la Corte riconosce l’esistenza di uno spazio discrezionale che richiederebbe, primariamente, l’intervento del legislatore, preferendo in prima battuta che sia lui ad affrontare il problema. In tali casi la Corte, adita una prima volta su una questione di notevole complessità tecnico-giuridica e piena di valore politico, evita di entrare nel merito pronunciando una decisione di inammissibilità accompagnata da un monito al legislatore, affinché provveda in un congruo periodo di tempo ad introdurre una disciplina su casi del genere. Solo in un secondo momento, e solo nel caso di protratta inerzia del Parlamento, la Corte, chiamata una seconda volta a pronunciarsi sulla stessa questione, l’accoglie, pronunciando una sentenza additiva di principio, con la quale invalida la disposizione impugnata “nella parte in cui” non

¹⁴⁰ L’attuazione del principio elaborato dalla Corte necessita, infatti, dell’intermediazione di un professionista sanitario, al quale compete di valutare la condizione di salute della donna, le probabilità di successo del tentativo di PMA e quale tecnica debba considerarsi più idonea a soddisfare la sua buona riuscita.

¹⁴¹ Affinché tale principio possa essere attuato, si rende evidentemente necessaria una previa valutazione del medico volta a stabilire, sulla base delle più aggiornate conoscenze scientifiche disponibili, la probabilità che la malattia trasmissibile dai genitori sia causa di gravissime infermità per il nato. Ciò può variare a seconda della combinazione del patrimonio genetico dei genitori, dell’eventuale disponibilità di trattamenti medici di prevenzione, e dell’eventuale diagnostica di malattie non ancora o poco conosciute. Il *dictum* della sentenza n. 96/2015 risulta, dunque, concretamente attuabile solo dopo che siano state chiarite tali questioni tecniche.

prevede, e a sua volta “provvede” indicando ai giudici e agli altri destinatari della legge come dovranno comportarsi nel decidere casi simili¹⁴².

Grazie alla tecnica della c.d. ‘doppia pronuncia’ (una prima di inammissibilità con monito al Parlamento, e una seconda additiva di principio, a volte pure questa accompagnata da un nuovo monito affinché il legislatore intervenga), la Corte è spesso ritornata su questioni rispetto alle quali in precedenza aveva preferito non esprimersi, decidendole questa volta nel merito: si pensi alla sentenza n. 59 del 1960 (sul monopolio radiotelevisivo), alla quale hanno fatto seguito le sentenze n. 224 e n. 225 del 1974, o alla sentenza n. 70 del 1994 (in materia di detenzione carceraria per condannati sieropositivi e malati di AIDS), alla quale sono seguite in tempi molto rapidi le sentenze n. 438 e n. 439 del 1995¹⁴³.

Le decisioni di inammissibilità “pura” sembrano trovar luogo nelle sole ipotesi in cui la Corte riscontra l’impossibilità di addivenire ad una soluzione diversa per via giurisdizionale, trattandosi di materie rispetto alle quali il legislatore gode di ampia discrezionalità politica¹⁴⁴.

Si segnala, da ultimo, l’interessante nuova tecnica decisoria inaugurata dalla Corte con il “caso Cappato”. Essa consta, come noto, di due provvedimenti: un’ordinanza di rinvio dell’udienza, di natura formalmente ordinatoria ma di fatto sostanzialmente anticipatrice del merito (tant’è che, nel prototipo rappresentato dalla ordinanza n. 207 del 2018, la Corte si è ampiamente dilungata nell’esposizione delle ragioni di merito per cui l’assolutezza del divieto di aiuto al suicidio di cui all’art. 580 c.p. fosse incostituzionale)¹⁴⁵, e la sentenza vera e propria (sentenza n. 242 del 2019), recante la

¹⁴² L. A. Mazzaroli, *Il giudice delle leggi*, cit., pp. 103 ss., pure con accenti critici verso questa tipologia di decisioni.

¹⁴³ Un primo bilancio sull’efficacia della tecnica della ‘doppia pronuncia’, nella prospettiva del ‘seguito’ alle decisioni monitorie della Corte costituzionale, in L. Pegoraro, *La corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislative*, Padova, 1987, pp. 115 ss.

¹⁴⁴ Emblematica in tal senso è la sentenza n. 84/2016, sulla possibilità di destinare gli embrioni soprannumerari non impiantabili a causa di una patologia genetica alla ricerca scientifica, di cui si tratterà ampiamente nel prossimo capitolo, al par. 9.

¹⁴⁵ L’ordinanza n. 207 del 2018 ha attirato fin da subito l’attenzione della dottrina, la quale si è interrogata sia sulla sua natura (se si trattasse di un provvedimento meramente ordinatorio, oppure anticipatore del merito, e quindi anche decisorio), sulla sua cogenza (se fosse vincolante per il Parlamento, ed eventualmente anche per la stessa Corte, per coerenza con i propri precedenti) e sul rapporto che lega questa alla successiva sentenza che decide definitivamente nel merito la questione di costituzionalità.

In particolare, una nutrita parte della dottrina ha scorto nella ordinanza n. 207 la “versione” italiana della pronuncia di ‘incompatibilità’ (*Unvereinbarerklärung*) elaborata in via pretoria (ma successivamente recepita in una disposizione di diritto positivo) dal Tribunale costituzionale federale tedesco per decidere

dichiarazione d'incostituzionalità ovvero (ma l'ipotesi non si è ancora, ad oggi, verificata) di cessazione della materia del contendere, per sopravvenuta abrogazione o modificazione della disposizione censurata. Tale nuova tecnica di decisione rappresenta una riedizione della tecnica della 'doppia pronuncia' (una prima sentenza di inammissibilità con monito e una seconda sentenza additiva di principio), ma a differenza di questa riunisce la fase monitoria e la fase decisoria all'interno dello stesso incidente di costituzionalità, sì da pervenire in un tempo più breve alla rimozione del vizio d'incostituzionalità. Tale tecnica si rivela più efficace della doppia pronuncia nella garanzia dei diritti della persona e, in generale, dei principi fondamentali dell'ordinamento, i quali, se per un verso possono tollerare, in una certa misura e per un breve periodo di tempo, la permanenza di disposizioni incostituzionali, per un altro

nel merito una questione di legittimità costituzionale senza però dichiararne la nullità (*Nichtigkeit*). In effetti, la prospettiva con la quale la Corte si è decisa a elaborare questa nuova tipologia di decisione è di ricercare nuovi canali di comunicazione con il Parlamento, secondo «leale e dialettica collaborazione», in modo da ottenere in tempi rapidi una modifica della disposizione prospettata incostituzionale (evitando, in tal modo, anche un pericoloso vuoto normativo) senza però addossarsi la responsabilità di invadere le attribuzioni degli organi rappresentativi. È evidente, infatti, che la scelta di sospendere il giudizio costituzionale, lasciando un congruo periodo di tempo al Parlamento per dar seguito alle indicazioni di merito contenute nell'ordinanza, rappresenta il tentativo di reagire alla scarsa efficacia della tecnica della 'doppia pronuncia', con particolare riguardo ad un settore della legislazione (il diritto penale) particolarmente sensibile sul piano dei principi costituzionali.

Tra i commenti cfr. N. Fiano, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di Quad. cost.*, 25 ottobre 2018; E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, pp. 531 ss.; C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 6/2019; M. Picchi, *"Leale e dialettica collaborazione" fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Oss. fonti*, n. 3/2018; C. Giunta, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall' "ordinanza Cappato"*, in *Dir. fond.*, n. 1/2019; G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, *ivi*; Ead., *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in *Dir. fond.*, n. 2/2019; M. Panebianco, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018 tra nuovi tipi decisori e ruolo del Parlamento. Note "inevitabilmente" intermedie*, in *Nomos*, n. 1/2019; R. Pinardi, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, n. 6/2018, pp. 2465 ss.; G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, *ivi*, pp. 2487 ss.; R. Romboli, *Il "caso Cappato": una dichiarazione di incostituzionalità "presa, sospesa e condizionata", con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Foro it.*, n. 6/2019, I, pp. 1892 ss.; M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, n. 2/2019, pp. 644 ss.; G. Serges, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, pp. 27 ss.; P. Zicchittu, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *Dir. fond.*, n. 1/2019.

richiedono un impegno per rimuoverle che il legislatore ha, ad oggi, solo raramente mostrato¹⁴⁶.

7. Prime conclusioni sul rapporto tra diritto e scienza alla luce della giurisprudenza costituzionale

All'esito della trattazione svolta nel presente capitolo, si possono ora sintetizzare le principali tematiche costituzionalistiche che la giurisprudenza sul rapporto tra diritto e scienza pone all'attenzione dello studioso.

Per prima cosa, si può constatare che in tutte le ipotesi analizzate il fattore scientifico non risulta mai l'elemento esclusivo alla stregua del quale deve essere impostata la risoluzione della questione di costituzionalità. Il fattore scientifico-tecnologico viene solitamente in gioco in via riflessa, come elemento di fatto che connota in maniera specifica una questione di diritto, nel senso che per la valutazione della ragionevolezza della normativa impugnata risulta imprescindibile la considerazione delle evidenze tecnico-scientifiche disponibili al momento in cui la q.l.c. deve essere risolta. Nondimeno, il fattore tecnico-scientifico deve formare oggetto di una valutazione ponderata da parte del Giudice costituzionale, che tenga conto anche degli altri fattori che vengono in gioco nella singola controversia: valori costituzionali concorrenti, valutazioni di ordine economico e sociale, contingenze di natura politica ecc.

In secondo luogo, il principio della 'riserva di scienza' deve venire ragionevolmente circoscritto a quei soli casi nei quali, per la pregnante connotazione tecnico-scientifica della valutazione rimessa all'organo incaricato dell'attuazione e/o esecuzione della legge, la procedura di formazione della decisione tecnica si risolva in un apprezzamento che esula da considerazioni estranee allo specifico ambito considerato, escludendosi che il giudizio tecnico così raggiunto possa venire alterato per effetto di considerazioni di altro genere, in particolare di natura politica.

In terzo luogo, e in logica continuazione rispetto a quanto appena detto, il fattore scientifico-tecnologico incide sulle modalità attraverso le quali opera il bilanciamento tra

¹⁴⁶ Per una ricostruzione dei profili funzionali della nuova tecnica sperimentata dalla Corte costituzionale per la prima volta con l'ordinanza n. 207/2018 e sulle sue prospettive di sviluppo sia consentito il rinvio a G. Battistella, *La nuova tecnica decisoria sul "caso Cappato"*. *Tra diritto processuale e sostanziale*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 2/2020, pp. 110 ss.

beni giuridici concorrenti: l'elemento scientifico, accanto all'elemento assiologico, concorre a stabilire il "peso" che deve essere attribuito a ciascuno dei beni in conflitto, con la conseguenza che, a seconda della preponderanza dell'elemento scientifico nel rapporto con gli altri fattori coinvolti, la considerazione dei fatti di scienza può risultare determinante nell'assegnare, nella formula del bilanciamento, un peso prevalente ad uno dei valori giuridici in gioco, determinando per converso la soccombenza degli altri.

In quarto luogo, si pone quindi il problema di stabilire in quali ipotesi e secondo quali circostanze all'elemento scientifico debba essere assegnato un valore determinante per la definizione dell'esito del bilanciamento. In tutte le questioni che presentavano una connotazione scientifica, è indubbio che l'elemento fattuale abbia contribuito a dare una certa configurazione alla questione di costituzionalità, quantomeno nella prospettazione che ne ha fatto il giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione. Tuttavia, non è detto che il "peso" assegnato all'elemento tecnico-scientifico dal giudice remittente sia lo stesso che il Giudice costituzionale riterrà di attribuirgli al momento della definizione nel merito della q.l.c., la quale può essere il frutto o di una iper-valorizzazione del fattore scientifico oppure della falsa convinzione che esso sia fonte di una nuova situazione giuridica soggettiva (un 'nuovo diritto') che il giudice del processo principale ritiene essere violato da una legge che non lo tutela in maniera adeguata o lo comprime irragionevolmente.

In quinto luogo, e proprio in ragione di tale ultimo aspetto, il fattore tecnico-scientifico può assurgere a presupposto costitutivo di 'nuovi diritti', che magari non sono ancora stati oggetto di riconoscimento da parte del legislatore, di talché, in assenza di una legge che ne disciplini i contenuti e i limiti e stabilisca i mezzi per la loro tutela, saranno gli organi giurisdizionali a doversi fare carico della loro protezione con gli strumenti che l'ordinamento mette già a disposizione. Ciò acuisce il conflitto con gli organi della rappresentanza politica, i quali possono ritenersi spodestati delle loro attribuzioni in presenza di giudici che tendono a "fare da soli".

In sesto luogo, la problematica sui nuovi diritti scientificamente condizionati riporta l'attenzione sui classici diritti di libertà o, comunque, sui diritti sociali che hanno già formato oggetto di positivo riconoscimento nella legislazione vigente, e che tuttavia, a causa delle imperfezioni del prodotto legislativo, soffrono di una irragionevole sotto-tutela, che richiede un intervento caducatorio o manipolativo del Giudice delle leggi.

In settimo e ultimo luogo, è d'uopo tornare ad interrogarsi sul tema della discrezionalità del legislatore e, per tale via, sul tema dell'interpretazione del testo costituzionale, nella consapevolezza che la ricerca di risposte alla problematica dell'estensione della discrezionalità legislativa nelle varie materie, e sulle modalità del suo controllo, passa inevitabilmente attraverso la fissazione di paletti sull'interpretazione da attribuire al testo costituzionale, sul valore da attribuire ai singoli disposti e, dunque, sui margini di libertà che essi lasciano al potere legislativo.

Questi, per sommi capi, sono i problemi che il rapporto tra diritto e scienza solleva nell'ambito di quel sensibilissimo punto di giunzione che è la giustizia costituzionale. Questioni vastissime, rispetto alle quali sarebbe impossibile dare una risposta compiuta in una trattazione che, in ogni caso, ha uno scopo più limitato: analizzare le tecniche decisorie e le tipologie di sindacato di cui si serve il Giudice delle leggi allorché deve risolvere questioni di legittimità costituzionale a connotazione tecnico-scientifica.

Nel prossimo capitolo si tratterà di questi due argomenti in logica continuazione rispetto a quanto si è fin qui fatto, basandosi essenzialmente sulla giurisprudenza analizzata nel presente capitolo. La loro analisi è stata in parte già anticipata dalla suddivisione di questo capitolo in paragrafi che raggruppavano le varie decisioni in plessi tematici organizzati secondo un filo logico comune. La trattazione che seguirà, tuttavia, avrà un taglio più teorico e dottrinale, e si propone, se non di dare compiuta risposta agli interrogativi ora sollevati, quantomeno di impostare le linee direttrici per tentare nell'impresa.

CAPITOLO QUARTO

IL POSTO DELLA SCIENZA NELLA
GIUSTIZIA COSTITUZIONALE
IPOTESI RICOSTRUTTIVE

SOMMARIO: 1. Introduzione: controllo della discrezionalità politica, incisività del sindacato e modulazione delle tecniche decisorie nel giudizio sulle questioni scientificamente connotate – 2. Sindacato di ragionevolezza e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale sulle questioni scientificamente connotate. Spunti ricostruttivi – 2.1 Precisazioni intorno alla figura della ‘delega di bilanciamento’ – 2.2 Delega di bilanciamento e ‘riserva di scienza’: una precisazione – 3. Tra ragionevolezza scientifica e problematiche etiche: il caso della giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita – 3.1 La problematica delimitazione tra diritto alla salute e diritto all’autodeterminazione nella prospettiva costituzionale (prime note e rinvio) – 4. Tra ragionevolezza scientifica e bilanciamento dei diritti: chiarimenti sull’incerto confine tra le due tecniche decisorie – 5. Precisazioni sui confini della ‘riserva di scienza’ – 6. Considerazioni minime sul principio di precauzione – 7. Prime conclusioni sul rapporto tra atto politico, sapere scientifico-tecnologico e riserva di scienza: il principio «suum unicuique tribuere» e la legittimazione della decisione politica a fianco (ma mai in contrasto) del giudizio della scienza – 8. La ‘discrezionalità politica’ del legislatore quale ‘potere libero nei fini’ e le sue implicazioni sul sindacato di legittimità costituzionale – 9. Analisi di un caso pratico alla luce del dibattito sull’eccesso di potere legislativo: la sentenza n. 84 del 2016 sulla destinazione degli embrioni alla ricerca scientifica – 9.1 Il problema della ricerca sugli embrioni nel prisma della discrezionalità del legislatore nel campo bioetico, con particolare riguardo alla definizione dello statuto normativo dell’embrione – 9.2 La decisione attorno alla destinazione degli embrioni sovrannumerari allo specchio della discussione sulla discrezionalità del legislatore: scelta libera nei fini o vincolata sul piano dei principi? – 10. Tipologie di sindacato sulla discrezionalità tecnica. L’elaborazione della dottrina amministrativistica e l’ipotesi della sua estensione alla giurisprudenza costituzionale – 10.1 Le questioni scientifiche controverse nel processo costituzionale: distinzione tra casi in cui esse rilevano e sono determinanti e casi in cui rilevano ma non sono determinanti nella decisione della questione di costituzionalità – 10.2 Le questioni scientifiche controverse nel processo costituzionale: sindacato estrinseco o intrinseco? – 10.2.1 Il sindacato della Corte sulla regolazione di materia scientificamente connotata per il caso di incoerenza sistematico-normativa – 10.2.2 Il sindacato della Corte sulla discrezionalità del legislatore in caso di materia scientificamente connotata ed eticamente sensibile, in presenza di un conflitto tra più beni costituzionali, sul bilanciamento dei quali manchi una soluzione costituzionalmente vincolata – 10.2.3 Il sindacato della Corte sulla discrezionalità del legislatore in materia di regolazione dei rapporti familiari, tra valutazione scientifica e coscienza sociale – 10.2.4 Il sindacato della Corte nelle materie connotate da ‘discrezionalità mista’ – 10.2.5 Prime conclusioni a proposito del sindacato della Corte costituzionale sulla

discrezionalità tecnica del legislatore – 11. Considerazioni conclusive sulla discrezionalità del legislatore, tra valutazioni di scienza e valutazioni di opportunità – 12. Esistono degli indici sulla base dei quali la Corte costituzionale può essere indotta a rafforzare il proprio sindacato? – 12.1 A proposito dei ‘nuovi diritti’, in particolare di quelli che sono il porta-to della scienza e della tecnica – 12.2 Sulle tecniche di riconoscimento dei ‘nuovi diritti’. Spunti ricostruttivi per un approccio “costituzionalmente orientato” al problema dell’individuazione dei nuovi diritti a connotazione tecnico-scientifica – 13. Il dilemma dei ‘nuovi diritti’ tra principio democratico e difficoltà contro-maggioritaria: chi è il soggetto legittimato a riconoscere un nuovo diritto, e fino a che punto tale organo gode di discrezionalità nel plasmarne il contenuto?

1. Introduzione: controllo della discrezionalità politica, incisività del sindacato e modulazione delle tecniche decisorie nel giudizio sulle questioni scientificamente connotate

Nel capitolo precedente si è passata in rassegna la giurisprudenza costituzionale avente ad oggetto questioni a connotazione scientifica, di questioni cioè la cui risoluzione implicava, sul piano dei presupposti o in raffronto ai parametri, la considerazione di fatti, teorie o nozioni di natura scientifica o tecnica.

Ai fini del presente lavoro, si è scelto di raggruppare le diverse pronunce in plessi tematici che tenessero conto delle modalità attraverso le quali il diritto e la scienza interagiscono vicendevolmente, a seconda di come il fattore scientifico-tecnologico è stato impiegato dal Giudice delle leggi per decidere la questione portata alla sua attenzione, tenuto conto della specificità delle singole ipotesi e dei differenti contesti nei quali si calava la normativa indubbiata.

Il “peso” dell’elemento tecnico-scientifico varia, innanzitutto, sulla base della materia propriamente trattata (si può convenire che la scienza gioca un ruolo più o meno determinante quando si tratta di vagliare la legittimità costituzionale di una legge in materia di PMA o di OGM o ad alto impatto ambientale, mentre gioca un ruolo quasi certamente secondario nel giudizio sulla consistenza del presupposto di una fattispecie tributaria); inoltre, esso dipende in larga parte anche dall’impostazione con la quale il giudice *a quo* formula la questione di costituzionalità.

In effetti, la peculiarità del sistema italiano di accesso al giudizio costituzionale viene a far sì che l’oggetto e il verso della decisione della Consulta dipendano strettamente dalla precisione e correttezza con cui il giudice del processo principale ha formulato la q.l.c., valorizzando tutti gli elementi fattuali che fanno da sfondo al giudizio,

dando risalto ai diritti e agli interessi dei soggetti coinvolti, evocando i parametri costituzionali pertinenti. Ma soprattutto è necessario – anzi, indispensabile – che il giudice remittente esponga chiaramente gli effetti distorti che la normativa impugnata provocherebbe nella vita delle persone e nelle dinamiche della collettività qualora trovasse applicazione. In questo senso, l’azione del giudice è veramente strategica, perché l’esito della decisione del giudice *ad quem* (la Corte costituzionale) dipende per una buona parte dalla sensibilità del giudice *a quo* di portare all’attenzione del primo un problema corredato già di una indicazione di come la questione dovrebbe essere risolta.

Questo aspetto è ancora più accentuato quando ci si trovi al cospetto di questioni scientificamente connotate, le quali, muovendo fundamentalmente da un problema di incongruenza tra la dimensione fattuale e la dimensione normativa, comportano per il giudice remittente l’onere di dimostrare la distonia tra la realtà dell’essere e quella del dover essere. Sta, infatti, al giudice che dubita della legittimità di una legge dimostrare che i presupposti su cui si basa o gli effetti che nella prassi produce si pongono in contrasto con i valori costituzionali, oppure limitano in maniera eccessiva alcuni diritti o libertà in esito ad un bilanciamento irragionevole.

Quando il giudice si trova a valutare la corrispondenza dei presupposti fattuali di una legge alle più recenti acquisizioni dello specifico settore coinvolto deve tener conto dello statuto gnoseologico della conoscenza scientifica, la quale – come ricordato nel capitolo primo – è sempre parziale, transeunte, in costante evoluzione e continuamente sottoposta a nuove verifiche da parte della comunità scientifica. Peraltro, non ogni nuova scoperta in ambito scientifico risulta di per sé idonea a “scompaginare” le carte del diritto: come la scoperta di una nuova stella non basta a stravolgere le cartine astronomiche, così non ogni modificazione dello stato attuale della conoscenza scientifica costituisce un motivo per mettere in dubbio la costituzionalità di una legge.

Il compito del giudice remittente non si limita, dunque, a inquadrare la legge di cui deve fare applicazione nel contesto scientifico in essere, ma si estende a valutare se le nuove conoscenze siano idonee a scardinare il fondamento giustificativo della legge e a minarne la legittimità per incongruenza con il dato fattuale sopravvenuto. Una volta eseguite le dovute attività istruttorie, tuttavia, e inquadrato lo stato attuale della scienza, il giudizio sotteso alla valutazione di conformità della legge a Costituzione è operazione svolta alla stregua di canoni di natura esclusivamente tecnico-giuridica, e dunque non

comporta un'alterazione sostanziale della funzione giurisdizionale. Dopo la fase istruttoria, infatti, il compito del giudice remittente è di valutare se le nuove acquisizioni tecnico-scientifiche rendano possibile un regime giuridico meno gravoso di quello stabilito dalla legge per l'esercizio di un certo diritto/libertà, oppure di valutare se i nuovi dati acquisiti sulla tossicità di un prodotto rendano inadeguati gli *standard* fissati dalla legge per tutelare l'ambiente o la salute umana, oppure ancora di valutare se l'attuale stato della legislazione sia lacunoso o insufficiente a garantire protezione alle nuove istanze che, da una lettura sistematica della Costituzione, il giudice ritenga di far assurgere al rango di 'nuovi diritti'.

La ricostruzione del dato fattuale e l'individuazione del pertinente quadro giuridico rimangono operazioni distinte e separate, pur compiute nell'ambito di un medesimo contesto processuale. Mentre rispetto alla prima il giudice è tenuto a munirsi di conoscenze che esorbitano dalla sua formazione professionale (dovendosi fare assistere, laddove necessario, da consulenti tecnici all'uopo nominati), la seconda rientra a titolo pieno ed esclusivo nel novero delle sue attribuzioni, che è escluso possano venir delegate ad altri soggetti.

Il giudice – che svolge una funzione architravica nell'architettura costituzionale – deve adempiere al proprio officio nel rispetto dei limiti che intrinsecamente connotano la funzione giurisdizionale, che comprende il dovere di rispettare le sfere di attribuzione di altri soggetti, siano essi organi dello Stato oppure organismi tecnici. In alcune importanti decisioni trattate nel capitolo precedente (come le sentenze della Consulta sul caso 'Di Bella', o quelle in materia di procreazione medicalmente assistita, ma anche le recenti decisioni sul caso 'Stamina' o sugli obblighi vaccinali), il Giudice delle leggi ha di fatto individuato 'zone franche' o immuni da sindacato giurisdizionale, rispetto alle quali non sarebbe ammissibile un apprezzamento sostitutivo del giudice in luogo della valutazione espressa dai competenti organi dotati di specifica professionalità tecnico-scientifica ovvero legittimati in ragione della loro rappresentatività politica.

Tra le responsabilità che incombono sulla giurisdizione vi è di saper riconoscere le questioni che, deferite al suo giudizio tramite il canale processuale, implicano valutazioni che esorbitano dalla sfera delle proprie attribuzioni, afferendo al campo della mera tecnica o della pura politica. Questioni che, sebbene ad ampio raggio finiscano per tangere problematiche (anche) giuridiche, comportano in definitiva l'applicazione di

criteri extra-giuridici di valutazione. In un caso si tratta di apprezzamenti che, nella dogmatica giuridica, vengono ascritti alla c.d. ‘discrezionalità tecnica’, nell’altro alla ‘discrezionalità politica’ degli organi di governo e quindi, in definitiva, al ‘merito politico’ delle problematiche evocate.

Nel presente capitolo ci si prefigge di discutere le tipologie di sindacato che il Giudice della leggi impiega nel decidere questioni a connotazione tecnico-scientifica, specie laddove essere si intreccino con problematiche etico-sociali la cui soluzione richiede un apprezzamento di natura politica. Ci si chiederà in base a quali variabili la Corte costituzionale opta per un sindacato più o meno incisivo nel vaglio delle decisioni politiche, e se vi siano degli indici al ricorrere dei quali possa giustificarsi un sindacato di tipo forte, all’occorrenza anche sostitutivo, sulla scelta operata a livello legislativo. Infine, dopo avere proposto una lettura delle tendenze attualmente in corso nella giustizia costituzionale, si cercherà di spiegare talune controverse vicende nelle quali il Giudice costituzionale è stato accusato di eccessiva deferenza, dando conto sul perché si ritiene che, a conti fatti, l’atteggiamento della Corte possa giustificarsi per la propria peculiare posizione nel ‘contesto’ della forma di governo italiana¹.

2. Sindacato di ragionevolezza e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale sulle questioni scientificamente connotate.

Spunti ricostruttivi

All’esito dell’ampia rassegna giurisprudenziale sul rapporto tra diritto e scienza, bisogna ora tentare una ricostruzione sistematica delle strategie e tecniche di decisione impiegate dalla Corte per risolvere questioni scientificamente connotate.

Tale sindacato si risolve – nella stragrande maggioranza dei casi – in un giudizio sulla ragionevolezza o sull’equo bilanciamento tra i diritti e gli interessi assunti ad oggetto di regolamentazione da parte della legislazione impugnata. Ciò non deve stupire, se si considera che la dottrina specialistica aveva già vent’anni or sono constatato che il controllo di ragionevolezza/razionalità rappresenta una tecnica di giudizio con cui la Corte risolve quasi tutte le questioni di cui viene investita, di cui il bilanciamento costituisce nientemeno una specificazione che ha oramai acquisito una propria

¹ L’espressione allude al lavoro di D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, pp. 299 ss.

autonomia². Nell'ambito del giudizio sulle questioni scientificamente connotate, lo stesso scrutinio di ragionevolezza avrebbe subito alcune metamorfosi in ragione della specificità dell'ambito materiale di normazione, tanto da spingere una sensibile dottrina a parlare di 'ragionevolezza scientifica' delle leggi³.

Il tradizionale giudizio di ragionevolezza compendia, sotto una dicitura unificante, una varietà di tipologie di scrutinio, che vanno dal controllo di coerenza interna alla stessa legge impugnata nel rapporto tra le diverse norme che la compongono ad un controllo di sistematicità tra più discipline afferenti a più plessi della legislazione, da un controllo di congruità tra fatti e norme ad uno di idoneità/pertinenza tra i mezzi apprestati e gli scopi da perseguire, fino ad un controllo di stretta proporzionalità tra la misura delle limitazioni imposte all'esercizio di un diritto e la necessità di tutelare un altro diritto o interesse concorrente⁴.

La c.d. 'ragionevolezza scientifica' non si pone in alternativa ai *test* appena elencati, ma rappresenta una specificazione di ciascuno di essi in relazione alla necessità che la norma impugnata si presenti coerente, adeguata, giustificata con riguardo allo stato attuale delle conoscenze scientifiche disponibili nel settore considerato, soprattutto nell'ambito della scienza medica. Nelle parole di chi ha elaborato tale nuova categoria, essa si basa fundamentalmente sul principio secondo cui «il legislatore non può interferire nel contenuto concreto delle scelte terapeutiche sulla base di valutazioni derivanti esclusivamente dalla propria discrezionalità politica, ma esclusivamente in quanto sia orientato dalle evidenze scientifico-sperimentali e dalle opinioni di organi tecnico-scientifici»⁵. Tale principio, che come si è visto ha la propria origine nel solco della

² Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, pp. 45 ss.; G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2000, pp. 309 ss.; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, pp. 277 ss.

³ Si vedano anche le considerazioni di E. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 4/2015, p. 4, per il quale «negli ordinamenti contemporanei si assiste, per un verso, all'allentamento del principio di "non interferenza" rispetto alle leggi della scienza, sulle quali questi sono chiamati a prendere posizione con crescente intensità, in quanto lo sviluppo scientifico e tecnologico è divenuto parte integrante del vivere civile; per altro verso, il principio di "non contraddizione" della legge politica rispetto alla legge naturale [...] si fa carico di contenuto assiologici che sono il dato saliente dell'odierno Stato costituzionale».

⁴ Cfr. M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, relazione tenuta alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, pubblicata sul sito internet della Consulta, 2013, pp. 2 ss.

⁵ S. Penasa, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2009, p. 831.

giurisprudenza in materia di interventi medico-terapeutici, è dotato peraltro di una naturale forza espansiva, che conduce ad individuare oneri di previo accertamento istruttorio, da parte di tutti e tre i pubblici poteri, ogniqualvolta si debba decidere su fattispecie a connotazione tecnico-scientifica⁶.

Ammessa dunque l'esistenza di una versione specializzata del principio di ragionevolezza, in relazione a quelle leggi che presentino una connotazione tecnico-scientifica⁷, sarà utile tenere distinte le ipotesi nelle quali la Corte abbia fatto applicazione del canone della ragionevolezza nella sua versione classica e quando, invece, abbia giudicato della legittimità della normativa impugnata alla stregua della c.d. 'ragionevolezza scientifica'⁸.

Per quanto si è cercato di argomentare, questa seconda versione costituisce una declinazione specializzata della prima, ma dà luogo ad esiti diversi: mentre il controllo di ragionevolezza classico si attiene completamente entro il perimetro della discrezionalità legislativa (intesa come una figura unitaria della quale si va a sindacare singoli frammenti servendosi di un metodo analogico-relazionale, come la relazione mezzi-fini o il rapporto fatto-norma⁹), il controllo di ragionevolezza scientifica si incentra sulla congruità della norma al dato tecnico-scientifico e conduce, nelle ipotesi in cui positivamente esperito, a due distinti esiti: o all'invalidazione della norma per contrasto con le aggiornate risultanze tecnico-scientifiche disponibili al momento in cui viene effettuato il controllo, ovvero all'individuazione di una competenza esclusiva di apprezzamento in capo agli organi tecnici insuscettibile di venire influenzata e/o surrogata da apprezzamenti di carattere politico.

Sul punto si tornerà più avanti, ma si anticipa fin d'ora che si ritiene opportuno tenere questi due casi distinti, perché danno luogo a problematiche giuridiche in parte diverse e a più controverse concettualizzazioni dottrinali.

⁶ In questo senso anche D. Servetti, «*Riserva di scienza*» e tutela della salute. *L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019, pp. 207 ss.

⁷ A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit., pp. 162 ss.

⁸ A questo proposito, cfr. D. Servetti, «*Riserva di scienza*» e tutela della salute, cit., p. 7, nt. 15, il quale si dice contrario ad adottare un concetto olistico di 'ragionevolezza scientifica'.

⁹ Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 46.

Giova, invece, soffermarsi un altro po' sul ruolo giocato dalle cognizioni di scienza nella concreta configurazione degli interessi da confluire nelle operazioni di bilanciamento.

Com'è noto, il bilanciamento dei diritti e degli interessi¹⁰ è una tecnica di decisione di cui si servono le Corti costituzionali per risolvere questioni di legittimità che vedono confliggere più beni giuridici, tutti dotati di una tutela costituzionale o legislativa, per i quali non sia possibile applicare la regola del “tutto o niente” (dando la prevalenza assoluta ad uno piuttosto che ad un altri), ma sia necessario trovare un giusto temperamento che non ne sacrifichi sproporzionatamente nessuno.

Così configurato, la dottrina è concorde nell'affermare che il bilanciamento è una tecnica di giudizio di natura non interpretativa e non deduttiva¹¹, che affida all'organo giurisdizionale il compito di definire una scala di prevalenza dei valori in rapporto alle specifiche circostanze nelle quali si compia il loro avveramento, ricavando di volta in volta la regola da applicare nel caso singolo. Il bilanciamento è, dunque, una tecnica di “decisione” propriamente detta¹², che non esclude ma anzi presuppone la partecipazione attiva dell'organo giudicante alla creazione della regola da applicare¹³.

¹⁰ Sovente si parla anche di ‘bilanciamento dei valori’, riferito cioè a entità assiologiche che incorporano i principi fondamentali che informano le Carte costituzionali post-belliche. I valori si caratterizzano per la loro forza espansiva, per quella che Emilio Betti ha definito «eccedenza assiologica», che tende ad espandersi piuttosto che a restringersi. Secondo A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., pp. 278 ss., ciascun valore ha una struttura polisemica, che esprime la sintesi di una pluralità di ‘interessi’, termine generico con il quale ci si riferisce sia a situazioni giuridiche soggettive (in particolare, i diritti fondamentali) sia a beni collettivi (come i doveri di solidarietà, ma anche gli interessi collegati ai concetti di utilità sociale, sicurezza pubblica, buon costume, ordine pubblico ecc.). Sicché, il bilanciamento deve intendersi propriamente come una tecnica di composizione di interessi costituzionali e non dei correlativi valori, i quali entrano nel bilanciamento solo in via riflessa o mediata. Cfr. anche Id., *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, p. 15. In senso analogo anche G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, cit., p. 313, per il quale «i principi costituzionali, infatti, rappresentano la formalizzazione normativa di valori culturali, etici, morali che nella loro dimensione astratta, non storicizzata, risulterebbero radicalmente inconciliabili (perché ogni valore avanza la pretesa ad essere realizzato in maniera assoluta), e non sarebbero ordinabili in un sistema».

¹¹ Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 147; G. Scaccia, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, cit., p. 310; A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, cit., p. 20.

Sulle implicazioni del bilanciamento sulle modalità dell'argomentazione giuridica cfr. O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, pp. 321 ss.

¹² V. ancora R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 148, il quale ribadisce che in ogni operazione di bilanciamento vi è una ineliminabile componente decisionistica che rimanda a valutazioni di opportunità e di giustizia sostanziale.

¹³ Si vedano sul punto le considerazioni critiche di chi (tra essi, principalmente, Andrea Morrone) che, in numerosi e pregevoli studi, aveva scorto nel bilanciamento il rischio di una “sovversione” (tale parola non viene esplicitamente impiegata dall'Autore, ma solo riassuntivamente da chi scrive) del modello di giustizia costituzionale tipizzato nella Carta Fondamentale.

La peculiarità del bilanciamento consiste proprio in ciò, che il giudice è chiamato in prima persona, vista la «necessaria attinenza del giudizio di bilanciamento dei diritti alla specificità del “caso”», a ricostruire il complessivo quadro fattuale degli interessi al fine di elaborare una regola di decisione ad esso acconcia. È, infatti, a partire dal contesto che il responsabile del bilanciamento riesce a ricostruire quella che Roberto Bin, con espressione fortunata, ha definito «topografia del conflitto», vale a dire «la zona di sovrapposizione delle aree rispettivamente protette dai princìpi confliggenti»¹⁴ o, detto altrimenti, «la descrizione delle modalità con cui, nel caso specifico, la norma che tutela un determinato interesse incide nell’ambito di tutela dell’interesse concorrente»¹⁵.

La stretta dipendenza delle operazioni di bilanciamento dal contesto fattuale in cui operano i princìpi in concorrenza tra loro è dovuta alla natura formale di questi, quali «regole senza fattispecie»¹⁶ che necessitano di un punto di riferimento per condizionare la loro applicazione al caso concreto. Come scrive Bin, «la situazione concreta, che consente di affermare la prevalenza di un diritto sull’altro, svolge il doppio ruolo di *condizione* nella formula che esprime la prevalenza di un *principio*, e di *presupposto di fatto* di una *regola*», con l’importante conseguenza che «le circostanze di fatto possono costituire la *fattispecie astratta* della protasi di una norma condizionale»¹⁷.

Alla luce di tali considerazioni, è ora possibile comprendere il ruolo svolto dai fatti di scienza nel giudizio sulle leggi e, in special modo, nei casi in cui viene richiesto al Giudice costituzionale di compiere un bilanciamento diverso rispetto a quello del legislatore. Le cognizioni tecnico-scientifiche sono fattori che, per la loro natura intrinsecamente mutevole e innovativa, spostano continuamente l’assetto degli interessi sul presupposto del quale il legislatore ha stabilito una certa regola o disciplina. Il mutamento della realtà sottesa alle norme è un fenomeno immanente al divenire storico, ma nel caso delle cognizioni tecnico-scientifiche si fa più rapido e frequente, una velocità alla quale difficilmente i legislatori riescono a stare al passo e che li pone dinanzi ad un’alternativa: o stabilire scadenze temporali fisse entro le quali aggiornare la legislazione,

¹⁴ R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 36.

¹⁵ R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 62.

¹⁶ Questa definizione, elaborata da Ronald Dworkin, è oggi ampiamente accolta dalla migliore dottrina italiana: cfr., *ex multis*, R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 15 ss.; A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, cit., p. 20. Sulla dottrina dworkiana si vedano le ampie considerazioni di O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., pp. 297 ss.

¹⁷ R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 40 (corsivi testuali).

oppure tessere la trama delle disposizioni normative con formule aperte, elastiche e flessibili¹⁸ o – soprattutto nei contesti ad alta complessità tecnico-scientifica e a rilevanza etico-assiologica – a delegare il bilanciamento degli interessi agli organi responsabili dell'applicazione della legge¹⁹.

Sul punto è necessario fare una precisazione: se il bilanciamento dei diritti è una operazione di natura non logica ma assiologico-costruttivistica, esso coinvolge giudizi di valore che, laddove non prefissati a livello costituzionale, sarebbe bene lasciare all'apprezzamento del legislatore, nella sua qualità di rappresentante della collettività e interprete del sentire comune. La Corte costituzionale italiana ha ripetutamente ribadito che il soggetto legittimato a compiere tale operazione è il Parlamento, salvo il successivo controllo giurisdizionale della ragionevolezza e proporzionalità della disciplina risultante²⁰. Ciò non esclude, tuttavia, che vi siano ipotesi nelle quali è opportuno che la legge si limiti a individuare gli interessi rilevanti e a esprimere i criteri di priorità in base ai quali dovrebbe essere data prevalenza ad uno di essi, delegando poi la ricerca del miglior bilanciamento agli organi più prossimi alla vicenda concreta (giudici o amministrazione).

¹⁸ In questo senso anche G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, pp. 176 ss., riprendendo le considerazioni svolte sul punto da Stefano Rodotà.

¹⁹ Sul punto si rinvia al cap. I, par. 13.

²⁰ Si leggano in proposito le considerazioni di N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015, pp. 919 ss., per il quale il rischio di un giudice che si fa portavoce di valori suppostamente prevalenti e condivisi dalla maggioranza della società (di contro all'immobilismo degli organi rappresentativi) è che «l'affermazione del valore, magari frutto di un sapiente bilanciamento che sconfigge l'arido testo della disposizione scritta, entra nel circuito della regolazione sociale portandosi appresso il carico, talvolta dirompente, della sua eventuale eccentricità rispetto alle scelte legislative» (p. 926).

2.1 *Precisazioni intorno alla figura della 'delega di bilanciamento'*

La 'delega di bilanciamento' è una tecnica alla quale la Corte ricorre tipicamente quando ha a che fare con la materia delle libertà costituzionali, al cui esercizio la legge pone dei limiti al fine di tutelare altri diritti o interessi pubblici concorrenti, e per la cui implementazione vengono deferiti poteri di attuazione e/o di esecuzione per il caso specifico all'amministrazione o all'autorità giudiziaria. Poteri che, anche se ad un primo vaglio di costituzionalità possono apparire eccessivamente contenuti o sproporzionatamente ampi, non possono essere *tout court* eliminati a mezzo di una pronuncia di accoglimento secco, poiché «si dovrebbe poter escludere a priori qualsiasi possibile concorrenza di un interesse pubblico in qualsiasi zona della (e con qualsiasi grado di incidenza sulla) sfera tutelata dalla Costituzione»²¹.

La strategia alla quale ricorre la Corte è, quindi, di demolire l'automatismo legislativo o la presunzione legale (i quali sono espressione di una valutazione compiuta a monte dal legislatore), rimettendo la competenza a "mappare" e dirimere il conflitto agli organi incaricati dell'attuazione della legge²². Ciò è funzionale a garantire il rispetto delle libertà fondamentali, che per un verso non possono sottrarsi al bilanciamento con altre situazioni concorrenti (di natura pubblica o privata), per l'altro devono essere "maneggiate" con estrema cautela dai pubblici poteri.

Di esempi se ne sono visti molti nel corso di questa trattazione.

Per quanto riguarda le deleghe di bilanciamento all'autorità giudiziaria, rilevano in particolare le decisioni con le quali la Corte ha dichiarato incostituzionali le disposizioni del codice di procedura penale che facevano dipendere la produzione di effetti automatici dall'esistenza di determinati presupposti (come la condanna per alcune tipologie di reato), sottraendo al giudice la possibilità di valutare certi aspetti scientificamente rilevanti di fronte ai quali la legge non potrebbe rimanere indifferente (così, ad esempio, l'assenza di malattia psichiatrica dovrebbe far venir meno il presupposto per il ricovero obbligatorio in ospedale giudiziario, così come l'(attuale) stato

²¹ R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 128. Sulla delega di bilanciamento in concreto v. anche Id., *Giudizio "in astratto" e delega di bilanciamento "in concreto" (nota a Corte cost. 419/1991)*, in *Giur. cost.*, n. 6/1991, pp. 3574 ss.

²² Come ammette R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 130, in questi casi la Corte non crea una regola di disciplina diretta degli interessi in gioco con riferimento a determinate circostanze fattuali, ma piuttosto una 'norma sulla competenza', conformativa degli obblighi assegnati agli organi dell'applicazione della legge.

di buona salute del soggetto affetto da sindrome di immunodeficienza dovrebbe permettere l'esecuzione in carcere della pena inflitta)²³.

Quanto, invece, alle deleghe di bilanciamento all'autorità amministrativa, si è visto che questa fattispecie ricorre tipicamente nelle ipotesi in cui la complessità del dato tecnico-scientifico si intreccia con una pluralità di interessi pubblici e privati, individuando nel procedimento amministrativo la sede più adeguata nella quale convogliare i diversi interessi in gioco, per il suo carattere strutturalmente aperto, pluralistico e garantista. Le due decisioni sul caso ILVA e alcuni recenti arresti in materia di tutela ambientale confermano che il procedimento amministrativo è un luogo ben più idoneo del processo legislativo per offrire una tutela adeguata a tutti gli interessi coinvolti, garantendo da un lato a tutti i soggetti interessati il diritto di prendere parte al procedimento decisionale portando elementi a favore di una piuttosto che di un'altra posizione, dall'altro permettendo il coinvolgimento di organismi altamente qualificati a svolgere le valutazioni tecniche necessarie alla protezione degli interessi sottesi (salubrità dell'aria o delle acque, livello di carcinogenicità, sostenibilità ambientale di una coltura ecc.)²⁴. Inoltre, tale soluzione ha il pregio di non distogliere il controllo sulla tutela di quegli interessi dal loro giudice naturale, lasciando impregiudicata la possibilità di fare ricorso al giudice amministrativo (o al giudice ordinario, in caso di diritti soggettivi) per l'impugnazione di singoli atti lesivi delle situazioni giuridiche soggettive.

2.2 Delega di bilanciamento e 'riserva di scienza': una ragionevole critica

A fronte di quanto detto, ci sembra che non appartengano al meccanismo della 'delega di bilanciamento in concreto' quelle ipotesi in cui il Giudice costituzionale rimette la decisione sulle soluzioni tecniche da adottare agli organi tecnico-scientifici, in particolare ai medici. Ci si riferisce, com'è agevole intendere, a quel filone giurisprudenziale che a partire dalla sentenza n. 185 del 1998 (passando attraverso la sentenza n. 282 del 2002, fino alla sentenza n. 151 del 2009 e alla sentenza n. 274 del 2014) ha costantemente affermato la competenza esclusiva degli organi medico-

²³ Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nel cap. III, par. 2.5.

²⁴ Sul punto, per un approfondimento sulle modalità attraverso le quali la legge italiana sul procedimento amministrativo favorisce il convoglio delle conoscenze tecnico-scientifiche nelle sedi di formazione della decisione politica, si rinvia a C. Videtta, *L'amministrazione delle tecniche. La tecnica tra procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2008, pp. 163 ss., in specie pp. 178 ss.

scientifici a valutare le soluzioni tecniche più adeguate a conseguire la migliore attuazione del diritto alla salute.

Tale situazione è tecnicamente diversa da quella precedente e non va ad essa assimilata²⁵: mentre la delega di bilanciamento in concreto serve a deferire il bilanciamento dei diritti e degli interessi all'autorità pubblica più vicina alla vicenda, in modo da giungere ad una soluzione quanto più equa per gli attori coinvolti, il riconoscimento di una competenza di valutazione tecnica riservata agli organismi tecnico-scientifici – che in maniera evocativa si è definita 'riserva di scienza'²⁶ – è operazione di natura diversa, con la quale il Giudice delle leggi individua una serie di valutazioni che, vista la loro natura eminentemente tecnica, non possono che essere svolte alla stregua delle *leges artis* e che godono di immunità dalla politica (e anche dalla giurisdizione, giusta quanto affermato dalla Corte nella seconda decisione sul caso 'Di Bella' e nella sentenza sul caso 'Stamina').

Così, la decisione di stabilire se un trattamento terapeutico innovativo sia efficace richiede un apprezzamento che solo gli specialisti del settore possono compiere e – non coinvolgendo altri diritti o interessi concorrenti – non rende necessario il compimento di alcuna operazione di bilanciamento. Allo stesso modo, l'individuazione del numero di embrioni necessario per dare esito positivo ad un tentativo di procreazione medicalmente assistita implica una valutazione di natura esclusivamente tecnica totalmente estranea a considerazioni di natura politica, che deve pertanto essere riservata al solo medico curante. Preme precisare che anche in questo caso il medico non è richiesto di svolgere alcun bilanciamento: la regola secondo cui il professionista sanitario è tenuto a produrre un numero di embrioni strettamente sufficiente a garantire il buon esito del tentativo di

²⁵ Tra coloro che assimilano la competenza di valutazione riservata a favore dei tecnici e lo schema della delega di bilanciamento in concreto v. P. Veronesi, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 607; adesivamente S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 305.

²⁶ Tale concetto è stato fatto proprio da diversi autori, quand'anche utilizzando una terminologia parzialmente diversa. Tra essi cfr. Q. Camerlengo, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Ist. fed.*, n. 5/2002, p. 708; G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006, p. 59; S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 304; C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di legittimità costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 1/2016, p. 6; al tema è stata interamente dedicata la monografia di D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019.

gravidanza attuato mediante il ricorso alle tecniche di PMA è la risultante del nuovo bilanciamento tra i diritti della donna e i diritti dell'embrione (che si potrebbe definire di "bilanciamento mobile") che la Corte costituzionale ha introdotto con la sentenza n. 151 del 2009 (sostituendolo al "bilanciamento fisso" stabilito nella legge), mentre al medico non spetta che l'attuazione di quella regola²⁷, mediante l'applicazione necessaria (e "necessitata") delle pertinenti e aggiornate norme tecniche disponibili²⁸.

3. Tra ragionevolezza scientifica e problematiche etiche: il caso della giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita

Si ritiene indispensabile perimetrare con più precisione, ai fini del prosieguo del presente lavoro, i casi nei quali lo scrutinio della Corte è stato svolto alla stregua di un controllo di ragionevolezza scientifica da quelli in cui si è fatto ricorso al "classico" controllo di ragionevolezza.

In particolare, non si condivide l'accostamento troppo semplicistico con cui la dottrina maggioritaria (sulla scorta di alcuni *obiter dicta* disseminati nella giurisprudenza costituzionale) riconduce la disciplina della PMA al contesto del rapporto terapeutico *tout court*. Tale opzione è in generale condivisibile se si parte dal presupposto che le tecniche di procreazione artificiale siano dei rimedi terapeutici il cui impiego sia rimesso alla esclusiva discrezionalità (tecnica) dei medici per curare le pazienti che hanno in cura. La prospettiva cambia un poco nel momento in cui ci si fermi a considerare le conseguenze anche etico-sociali delle nuove tecnologie riproduttive, come fatto complesso non

²⁷ Si è detto che ogni bilanciamento comprende una certa carica di politicità, in quanto non si riduce ad una operazione meramente interpretativa, ma termina con la creazione di una regola *ad hoc* tesa a stabilire come debba essere risolto il conflitto tra due o più soggetti titolari di diverse posizioni. Affinché si abbia un bilanciamento, dunque, è necessario che la decisione da prendere impatti sull'una e sull'altra (ampliando gli spazi di libertà da un lato, restringendoli dall'altro), mentre è operazione essenzialmente diversa l'attuazione della regola così congegnata sul piano tecnico-operativo. Nel caso della sent. n. 151/2009 bisogna, a parere di chi scrive, distinguere proprio tra questi due aspetti: la regola che propriamente incorpora il bilanciamento tra la posizione della donna e la posizione dell'embrione si identifica con quella stabilita a monte dalla Corte costituzionale in sostituzione di quella legislativa, mentre la decisione che culmina nella individuazione del numero di embrioni da produrre per l'effettuazione del tentativo di PMA corrisponde ad una valutazione tecnica del professionista sanitario che si configura, a valle, come la successiva operazione di attuazione e/o esecuzione della regola del bilanciamento, e non a sua volta come un bilanciamento.

²⁸ Si ricordi, come già chiarito nel capitolo primo, che la c.d. 'discrezionalità tecnica' si riferisce ad un'area di apprezzamenti svolti alla stregua di criteri tecnico-specialistici che non conducono necessariamente ad un risultato univoco, ma non implicano alcun bilanciamento tra diritti o interessi.

limitato al rapporto medico-paziente ma esteso agli altri soggetti che, estranei al rapporto di cura propriamente inteso, ne sono inevitabilmente coinvolti²⁹.

Questa “esorbitanza” del fenomeno della procreazione artificiale dalla circoscritta area del rapporto di cura ha delle conseguenze sia sul modo d’intendere la PMA sia sul rapporto tra evidenza scientifica e discrezionalità legislativa e, conseguentemente, sulle tipologie di sindacato che la Corte costituzionale è legittimata a svolgere.

Quanto al primo aspetto, se il fenomeno procreativo non si esaurisce nel rapporto di cura, è giocoforza concludere che esso non può ridursi ad un mero fatto tecnico-scientifico ma ad un fatto che, nella complessità dei suoi risvolti, si impregna anche di valutazioni di ordine assiologico e sociale. In altre parole, la procreazione attuata mediante l’utilizzo di tecniche di fecondazione artificiale è un obiettivo il cui perseguimento si connota sicuramente per l’impiego di criteri tecnici e lo svolgimento di valutazioni scientifiche, ma che per la sua co-estensione alla dimensione sociale condivide una natura anche politica e giuridica, implicando valutazioni sull’opportunità di consentire pratiche procreative particolarmente controverse e sulla apprezzabilità dei relativi effetti prodotti sul piano inter-personale³⁰.

Ciò comporta che la selezione delle tecniche di procreazione artificiale – che devono certamente essere scientificamente efficaci – deve accordarsi con il dato etico-sociale della loro accettabilità, secondo apprezzamenti compiuti dalla maggioranza in

²⁹ Il carattere strutturalmente conflittuale e complesso delle questioni sollevate dalle nuove applicazioni biotecnologiche nella sfera della procreazione umana (comprendente sia l’interruzione volontaria della gravidanza sia la procreazione medicalmente assistita) è il filo logico attorno al quale è costruito l’intero lavoro di M. P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020, soprattutto la parte II, pp. 221 ss.

³⁰ Si pensi all’attualissimo dibattito sulla ‘maternità surrogata’ o ‘gestazione per altri’: a prescindere dall’utilità di tale pratica per le coppie che sono totalmente impossibilitate a procreare naturalmente perché la donna è purtroppo priva di un utero idoneo a portare a termine una gravidanza (perché a causa di una malattia congenita ne è nata senza, oppure perché a causa di altri problemi di salute ne ha subito l’espianto), la pratica in questione solleva delicate problematiche che riguardano, *in primis*, lo *status* del minore nato e i rapporti giuridici che lo legano ai soggetti coinvolti nel progetto procreativo, tenendo conto della possibilità che potrebbe trovarsi addirittura con tre madri (la madre genetica, la madre surrogata e la madre sociale). A prescindere dal giudizio di approvazione o condanna che il singolo possa avere su tale pratica, pare difficile sostenere che una vicenda siffatta possa ridursi ad un fatto meramente privato, perché lo *status* è tipicamente una situazione pubblicistica alla quale la legge e la società riconnettono diritti e doveri, che l’ordinamento si premura di precisare proprio nell’interesse del minore (un minore nella cui posizione potrebbe astrattamente trovarsi qualunque individuo). Sicché, proprio perché la pratica in questione coinvolge apprezzamenti anche di natura etica e sociale, deve tendenzialmente ammettersi la possibilità che il legislatore la disciplini tenendo conto dell’apprezzamento che ne ha la maggioranza, ben potendo in un altro momento – in caso di mutamento del ‘sentire sociale’ – cambiare le regole in un senso più favorevole.

sede di produzione normativa, non rientrando nello spazio insindacabile di valutazione del medico. Sicché quest'ultimo dovrà essere misurato non solo in base alla capacità scientifica necessaria per perseguire le finalità che la legge si propone, ma anche al grado di condivisione che la comunità politica sia in grado di raggiungere sugli aspetti più controversi prodotti dalle tecnologie riproduttive sullo *status* della persona e sulle strutture sociali.

Se ne deve dedurre, conseguentemente, che gli organi tecnico-scientifici impegnati nell'applicazione della legge sulla PMA non godono di una prerogativa assoluta nell'attuazione del percorso di "cura" teso alla realizzazione del progetto procreativo, ma devono anche misurarsi con i limiti e i principi di fondo che presiedono al sistema normativo sui diritti riproduttivi.

Al di fuori dei casi in cui si è in presenza di una riserva di scienza propriamente intesa³¹, l'eventuale giudizio della Corte deve correttamente limitarsi a vagliare la coerenza delle scelte assiologiche operate dal legislatore nel trattamento giuridico di ipotesi che, pur diverse, meritano di essere equiparate sul piano normativo. In tali casi si è in presenza nientemeno che di giudizio di eguaglianza/irragionevolezza svolto alla stregua dei criteri di coerenza ed equità, nel quale la Corte dovrebbe limitarsi a valutare la coerenza delle previsioni normative con i principi che informano il sistema della legislazione speciale³², e con le regole contenute in altre leggi che, pur regolando un oggetto diverso, afferiscono allo stesso ambito materiale (nell'esempio cui specificamente ci si riferisce, la legge sulla PMA e la legge sull'IVG – due oggetti formalmente distinti e autonomi – possono ricondursi allo stesso ambito materiale dei diritti riproduttivi, in quanto sono legate dal *trait d'union* dello statuto normativo dell'embrione)³³.

È per tale ragione che, a parere di chi scrive, non è corretto sostenere che nella sentenza n. 162 del 2014 sulla fecondazione eterologa la Corte avrebbe fatto applicazione

³¹ Nella ricostruzione offerta in queste pagine, l'unico caso in materia di PMA nel quale è corretto parlare di una 'riserva di scienza' è la sent. n. 151/2009.

³² Aspetto, questo, criticamente evidenziato da L. Violini, *La Corte e l'eterologa*, cit., p. 7.

³³ Ciò è confermato dai più recenti studi in materia, che sono metodologicamente impostati nel senso di trattare di IVG e PMA nell'ambito di un discorso unitario. Cfr. B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte riproduttive*, cit.; M. P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit.

del *test* di ragionevolezza scientifica al fine di eliminare l'assolutezza del divieto³⁴. Tale posizione si basa sull'assunto secondo cui l'accesso all'eterologa, almeno in alcune limitate ipotesi, deve ritenersi una pratica consentita ogniqualevolta il medico constati la sussistenza di una condizione di infertilità e/o sterilità assoluta, e l'impossibilità a procreare possa essere causa di un pregiudizio disagio psicologico per la salute della coppia. Di tal guisa, il giudizio della scienza circa i possibili effetti negativi sulla salute della coppia impossibilitata a procreare artificialmente si porrebbe come parametro interposto nello scrutinio di legittimità della norma impugnata, che in quanto violativa del diritto alla salute contrasterebbe direttamente con la previsione dell'art. 32, co. 1 Cost.

Tale lettura, che invero pare espressiva della linea di ragionamento seguita dalla Corte, fa eccessivo affidamento su un passaggio della motivazione (quello relativo, appunto, al diritto alla salute psichica della donna e della coppia), non meglio argomentato e a tratti ombroso, che forse viene impiegato dalla Corte con uno scopo retorico-argomentativo, per portare un ulteriore argomento "forte" a giustificazione di una decisione già presa³⁵. Da un lato, infatti, il riferimento alla salute psichica della coppia

³⁴ Tale posizione – certamente maggioritaria – è in particolare sostenuta da S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico. Spunti dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 16 giugno 2014, pp. 6 ss., ma anche dalle Autrici citate alla nota precedente.

³⁵ Si noti, infatti, che tutta la prima parte della decisione è focalizzata sul bilanciamento dei diritti, da un lato dei membri della coppia e della singola donna, dall'altro del minore procreato mediante il ricorso alla PMA eterologa. Il senso di questo primo ragionamento pare essere che, mentre la posizione del minore è in astratto totalmente salvaguardata, la posizione degli aspiranti genitori totalmente sterili risulta in ogni caso frustrata, dovendosi "arrendere" alla prospettiva di non avere figli, o quantomeno di non avere figli biologici. Anche solo arrendendosi a questo punto della decisione, già era comprensibile che il dispositivo sarebbe stato di accoglimento, poiché un corretto bilanciamento avrebbe dovuto condurre ad un proporzionale affievolimento della posizione riservata al futuro bambino. Ma la Corte non si ferma qui, e precisa che secondo le "notorie" cognizioni della scienza medica la PMA di tipo eterologo non comporta maggiori rischi per la salute né dei donatori né del futuro minore, e anzi risulta utile a salvaguardare la "salute psichica" della coppia degli aspiranti genitori, che sarebbe stata ingiustificatamente compromessa dalla consapevolezza di non poter avere figli biologici.

È evidente come si assista in questo caso ad una notevole espansione del concetto di 'salute', che per molti aspetti si confonde con il desiderio di genitorialità: la garanzia del diritto alla salute (psichica) della donna e della coppia (sebbene risulti difficile concepire un "diritto alla salute di una comunità di persone") viene attuata assicurando l'accesso ad una prestazione il cui scopo finale è di avere un figlio. Il punto viene problematicamente argomentato anche da M. P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., pp. 204 ss.

Non si vuole negare che la risoluzione dei problemi dell'infertilità e della sterilità (o il loro aggiramento) a mezzo di procedure messe in atto da medici siano 'trattamenti sanitari', ma solo soffermare l'attenzione sul fatto che, seguendo la definizione impiegata dalla Corte costituzionale, si rende di fatto indistinguibile il confine tra il 'disagio psichico' e la mera 'frustrazione' per non poter avere figli.

Sotto questo aspetto, si condividono le considerazioni critiche avanzate da una parte della dottrina: cfr. L. Violini, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti addotti a sostegno della decisione*, in *Oss. cost.*, 2014, pp. 11 ss.; A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum*

viene compiuto incidentalmente in un punto della sentenza in cui il verso della decisione era già chiaramente orientato nel senso dell'accoglimento³⁶, per cui è presumibile che a prescindere da esso il risultato non sarebbe stato diverso. Dall'altro, la successiva sentenza n. 221 del 2019 ha precisato che l'impossibilità di accedere alla PMA da parte delle coppie affette da sterilità assoluta (nel caso di specie, formate da due donne) non costituisce di per sé un aspetto sufficiente ad integrare una violazione del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., come al contrario era stato precisamente argomentato nella decisione del 2014³⁷.

di *Quad. cost.*, 11 giugno 2014, p. 2; L. d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica: profili etici e giuridici*, Torino, 2019, pp. 189 ss.

³⁶ Non è un caso che, al punto 6 del C.i.D., la Corte prenda le mosse dalla scelta dei membri della coppia di diventare genitori e di formare una famiglia con figli, che è «espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi», e che tale determinazione, concernendo la «sfera più intima ed intangibile della persona umana», viene definita «incoercibile», e che, pur non essendo assoluta, deve essere ragionevolmente e congruamente bilanciata con altri interessi di pari rango. Ciò lascia presumere che un bilanciamento diverso, anche laddove l'alternativa fosse parzialmente e minimamente pregiudizievole per l'interesse concorrente, non sarebbe precluso.

Successivamente, al punto 7 del C.i.D., la Corte soggiunge che «[l]a disciplina in esame incide, inoltre, sul diritto alla salute», che nella giurisprudenza costituzionale è andato declinandosi secondo la definizione datane dall'OMS, che la identifica con il possesso del migliore stato di sanità possibile, nella sua accezione sia fisica che psichica. Il parametro dell'art. 32 Cost. diventa, a questo punto, centrale, perché la Corte, richiamando la propria giurisprudenza in materia di pratica terapeutica, può così affermare che il divieto assoluto di accesso ad una pratica sanitaria non può giustificarsi sulla base di un mero apprezzamento politico (corrispondente alla valutazione legislativa secondo cui, nell'interesse del minore, è preferibile che abbia un legame genetico con entrambi i genitori), ma deve tener conto dello stato delle conoscenze scientifiche disponibili e delle evidenze sperimentali acquisite. Sicché, una volta respinta come non fondata l'eccezione dell'Avvocatura dello Stato secondo cui la parziale mancanza di genitorialità biologica recherebbe pregiudizio alla salute psichica del minore, è giocoforza concludere che il divieto di PMA eterologa deve poter essere derogato ogniqualvolta ciò sia funzionale a salvaguardare la salute psichica delle coppie affette da sterilità assoluta (cfr. il punto 11.1 del C.i.D.).

Ora, a scanso di equivoci, preme precisare che chi scrive aderisce positivamente al risultato attinto dalla decisione commentata, che si reputa comunque corretta nel suo esito e nel complesso dei parametri costituzionali invocati. L'aspetto che non si condivide è il fatto di non distinguere correttamente tra il diritto dell'individuo e della coppia ad autodeterminarsi nella sfera familiare e il diritto alla salute psichica, che in tale accezione viene ampliato a dismisura e che, in ipotesi, potrebbe addirittura prefigurare obblighi positivi di prestazione a carico dello Stato per rendere accessibile il reperimento del materiale biologico necessario ad attuare la procedura di PMA eterologa.

Prospettiva che anche chi aderisce pienamente all'impostazione della Consulta giustamente rifiuta, perché conduce a esiti paradossali e, chiaramente, anti-libertari. Cfr. B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, cit., pp. 134 ss.; M. P. Iadicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., pp. 211 ss.

³⁷ La sentenza n. 221/2019 è l'esito di due distinte questioni di legittimità, sollevate dai tribunali ordinari di Pordenone e Bolzano, nell'ambito di procedimenti istaurati avverso le decisioni di diniego delle rispettive aziende sanitarie di accesso alla PMA eterologa per le coppie ricorrenti. Nella vicenda pendente presso il tribunale bolzanino, in particolare, entrambe le ricorrenti soffrivano di patologie che impedivano all'una di produrre ovuli, all'altra di portare a termine una gravidanza.

In un caso siffatto, sarebbe stato lecito attendersi una piana applicazione del principio di diritto affermato dalla Corte nella sent. n. 162/2014, nella quale il diritto alla salute riproduttiva della donna e alla

La Corte costituzionale, almeno all'apparenza, segue (o, perlomeno, cerca di farlo) un percorso argomentativo svolto alla stregua di quel particolare sindacato che si è definito di 'ragionevolezza scientifica', sulla scorta del principio secondo cui l'intervento del legislatore nella materia medico-terapeutica incontra il limite delle evidenze scientifiche disponibili e degli strumenti elaborati per conseguire effetti benefici sulla salute umana, con la conseguenza che il legislatore non potrebbe precludere in assoluto l'accesso alle tecniche di PMA di tipo eterologo laddove queste fossero indispensabili per rimediare al disagio psicologico causato dalla impossibilità di avere una prole. Il complesso della sentenza, tuttavia, è incentrato sulla condizione in cui reciprocamente si trovano i genitori e il figlio nato da fecondazione eterologa, in particolare sullo *status* di quest'ultimo, per dimostrare che, anche a seguito del parziale annullamento del divieto legislativo, la sua posizione non ne esce irrimediabilmente pregiudicata, non mandando nell'ordinamento strumenti legislativi che consentono la ricerca delle proprie origini biologiche.

Si ritiene, pertanto, che nella sentenza n. 162 del 2014 non si sia dato luogo ad un controllo di ragionevolezza scientifica, bensì ad un classico controllo sulla ragionevolezza del bilanciamento tra i diritti positivizzati nella l. n. 40/2004, che nella specie si è accertato essere irragionevole per mancanza di proporzionalità nel sacrificio di uno di essi (il diritto alla formazione di una famiglia con figli) in rapporto allo scopo principale che la legge assumeva di voler perseguire. L'assolutezza del divieto di accesso all'eterologa sarebbe stata giudicata incostituzionale dalla Corte perché sproporzionatamente inclinata a favore dell'astratto interesse alla genitorialità biologica del minore rispetto al concreto interesse della coppia a formare una famiglia con figli.

salute psichica della coppia era stato ritenuto prevalente rispetto agli eventuali pregiudizi di cui avrebbe potuto soffrire il minore messo al mondo con la tecnica dell'eterologa.

Con la sent. n. 221/2019 la Corte si è evidentemente discostata dalla linea argomentativa seguita nel 2014, come rilevato dalla maggioranza della dottrina. Cfr. M. Picchi, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un'interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza.*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2/2020; F. Piergentili, *Il divieto di fecondazione eterologa "per infertilità sociale" al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in *Dir. fond.*, n. 2/2020; M. Trapani, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, *ivi*; L. Del Corona, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Oss. cost.*, n. 2/2020, pp. 227 ss.

Tale irragionevolezza, se risulta corroborata dal giudizio della scienza (che pare escludere che la mancanza del legame genetico con uno dei genitori sia causa di pregiudizio per il minore), si palesa già tale in rapporto al sistema dei valori che informa il diritto di famiglia, il quale favorisce la formazione di una famiglia con figli anche a prescindere da un legame genetico (il riferimento è specificamente all'istituto dell'adozione). Il tratto distonico che il divieto assoluto di fecondazione eterologa crea in tale sotto-sistema normativo sta, dunque, nel fatto che la legge costringe una coppia unita in matrimonio (formazione considerata favorevolmente ai fini della filiazione e della genitorialità) a ricorrere ad una procedura più lunga e impegnativa (sia legalmente che emotivamente) per accogliere un minore, precludendo in assoluto la possibilità di far nascere una nuova vita che si troverebbe nella stessa posizione dell'adottato³⁸.

Ma anche ad ammettere che la Corte abbia basato la propria decisione su uno scrutinio di ragionevolezza scientifica (considerando la PMA eterologa una pratica medico-terapeutica necessaria per curare la “salute fisica e psichica” della coppia), deve rilevarsi come essa si sia parzialmente affrancata dalla propria precedente posizione nella sentenza n. 221 del 2019.

La Corte deve essersi resa conto che la ricomprensione nel concetto di ‘salute’ dell'assoluta pretesa ad autodeterminarsi nell'attuazione del progetto procreativo dava luogo ad una dilatazione smisurata del diritto *ex art. 32 Cost.*, che oltre ad essere difficilmente sostenibile da un punto di vista costituzionalistico avrebbe comportato una forte limitazione della discrezionalità legislativa. Infatti, se in nome del diritto alla salute, fisica e psichica, lo Stato è tenuto a garantire il più ampio accesso alle tecniche di procreazione artificiale per non frustrare il desiderio di genitorialità del singolo o della coppia (ledendo la loro ‘salute psichica’), ogni limite oggettivo o soggettivo posto all'accesso alla PMA costituisce un ostacolo che la Corte dovrebbe invalidare.

Ma qua si entra, chiaramente, in un terreno molto più accidentato, che tira in ballo questioni molto più ampie, dal carattere inevitabilmente politico: se esista un “diritto al figlio”, quali limiti possano ragionevolmente stabilirsi a tutela del superiore interesse del minore, dove stia la linea di confine tra il diritto alla vita privata e familiare dell'individuo

³⁸ Se non migliore: il fatto che un bambino nasca e venga da subito inserito in una famiglia nella quale è legato geneticamente ad uno solo dei genitori certamente favorisce la formazione e l'intensificazione dell'affetto filiale e genitoriale.

e il potere dello Stato di ingerirsi in essa per perseguire quella che esso ritenga il migliore interesse del nascituro. Questioni così radicali vanno ben oltre quanto può ragionevolmente attendersi da una Corte costituzionale. Si tratta di interrogativi ai quali né il diritto né la scienza sono in grado di dare una risposta, perché si scontrano con la limitatezza dei mezzi cognitivi di cui l'uomo dispone. Essi, inoltre, dimostrano come la linea di separazione tra il diritto alla salute e il diritto all'autodeterminazione sia estremamente sfumata all'atto pratico.

3.1 La problematica delimitazione tra diritto alla salute e diritto all'autodeterminazione nella prospettiva costituzionale (prime note e rinvio)

Giova ricordare che mentre il diritto alla salute trova espressa menzione nella Carta costituzionale e viene designato come 'fondamentale'³⁹, il diritto all'autodeterminazione ha uno statuto assai più incerto e di difficile delimitazione⁴⁰.

La libertà di autodeterminarsi nelle scelte fondamentali che riguardano la propria persona è un diritto che si ricava in via sistematica da una lettura coordinata di diversi articoli della prima parte della Costituzione (artt. 2, 3, 13, 32), e viene generalmente considerata la più alta espressione del diritto al libero sviluppo della propria personalità⁴¹. La libera esplicazione della propria personalità secondo scelte e orientamenti che

³⁹ In generale sul diritto costituzionale alla salute v. D. Morana, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, III ed. 2018, *passim*. Sulla doppia caratterizzazione del diritto alla salute, come diritto fondamentale e diritto sociale, L. Busatta, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018, pp. 31 ss.

⁴⁰ Il lemma 'diritto all'autodeterminazione' (ma ben più spesso come 'libertà di autodeterminazione') è impiegato espressamente in una parte della giurisprudenza della Corte costituzionale, sebbene non sempre non cognizione di causa. Un riferimento al diritto all'autodeterminazione è espresso nella sentenza n. 162 del 2014, mettendolo in relazione con la scelta "incoercibile" di formare una famiglia con figli; più recentemente, invece, la Corte si è criticamente interrogata nell'ordinanza n. 207 del 2018 e nella successiva sentenza n. 242 del 2019 se un «generico diritto all'autodeterminazione» sia sufficiente ad invalidare la fattispecie penale di 'assistenza al suicidio' di cui all'art. 580 c.p.

Il diritto all'autodeterminazione trae il proprio fondamento, *in primis*, nel diritto della persona di prendere le decisioni fondamentali che concernono il proprio destino biologico, come diritto di decidere a quali trattamenti medici sottoporsi e quando cominciarli e/o interromperli. Cfr. L. Chieffi, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica*, Torino, 2019.

Vi è, peraltro, una dottrina minoritaria che nega l'esistenza di un generale diritto all'autodeterminazione, pur a fronte del fatto che la Costituzione italiana riconosce al singolo individuo un ampio spazio di libertà. Cfr. L. Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'Agostino (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Milano, 2012, pp. 11 ss.; A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, cit., p. 6.

⁴¹ Cfr. P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw J.*, *Special Issue* n. 2/2019, pp. 27 ss.

rispecchino le proprie più intime convinzioni, nel rapporto sia con sé stessi sia con gli altri membri della comunità, presuppone anzi che il soggetto disponga di un margine di libertà intangibile per poter decidere in piena autonomia delle questioni fondamentali che attengono alla propria persona. In questi termini, potrebbe sembrare che il diritto all'autodeterminazione altro non sia che la sintesi del nucleo indefettibile di libertà di cui gode l'individuo nell'esercizio dei diritti fondamentali sparsamente elencati nella Carta fondamentale⁴².

Il problema riposa, tuttavia, proprio nel modo con cui si configura il diritto all'autodeterminazione: se esso viene concepito come la sintesi dei singoli diritti elencati nella Carta, va da sé che soggiace ai limiti che per ciascuno di essi sono posti dalle disposizioni costituzionali; se, invece, si aderisce ad una visione del diritto all'autodeterminazione che si estende ad ogni nuova pretesa potenzialmente esigibile dall'individuo nella libera esplicazione della propria personalità, diventa oltremodo ardua l'impresa di delimitare i confini entro i quali possa venire legittimamente contenuto onde evitare un esercizio s-confinato della libertà costituzionalmente insostenibile⁴³.

Il *punctum dolens* sta proprio qui, poiché mentre il diritto alla salute non incontra altro limite se non la scarsità delle risorse pubbliche (né è ammissibile che lo Stato ne preveda di altri), il diritto all'autodeterminazione è suscettibile di ricevere diverse configurazioni in sede legislativa.

Non è un caso che questioni in un primo tempo riconducibili pianamente al novero del diritto alla salute, alle quali siano state fornite risposte pressoché incontroverse, si presentino oggi, riconfigurate sotto il cappello del diritto all'autodeterminazione, in una veste ben più problematica in termini costituzionalistici, destinata ad alimentare il dibattito e a infittire la giurisprudenza sulle questioni eticamente controverse⁴⁴.

⁴² In questo senso A. Pace, *Problematica delle libertà fondamentali. Parte generale*, Padova, 2003, p. 180.

⁴³ Cfr. sul punto F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, p. 33, il quale giustamente avverte che «un bilanciamento tra principi costituzionali diversi (che positivizzano valori) e che implicano diritti e interessi costituzionalmente protetti, è proprio, connaturale, si direbbe, alla funzione legislativa» (corsivi testuali).

⁴⁴ Si pensi – tanto per fare un esempio – al diritto all'identità di genere. Nella sentenza n. 161 del 1985, la Corte costituzionale ha fornito una risposta molto decisa alle questioni poste dalla Cassazione circa il diritto della persona transessuale di venire riconosciuta nella sua “nuova” identità, conformemente alla visione che ella ha di sé stessa, negando recisamente che possa invero esserci un qualche interesse pubblico idoneo a porsi come contrappeso nel bilanciamento con il diritto alla salute della prima.

Applicato al contesto della PMA, questo discorso obbliga l'interprete a ragionare sul corretto modo di intendere le tecniche di procreazione artificiale: se esse si riducono alla mera pratica medica, come mezzo per far fronte ad una condizione patologica di sterilità o infertilità o di disagio psichico dovuto al destino ineluttabile di non poter generare figli, pare bensì ardua la pretesa legislativa di apporre limiti o divieti assoluti all'accesso alle nuove tecniche di fecondazione; al contrario, se esse vengono intese come un mezzo per agevolare l'esercizio del diritto ad autodeterminarsi nella sfera privata e familiare, deve quantomeno ammettersi che il legislatore sia legittimato a stabilire dei limiti per bilanciare i diritti dei soggetti coinvolti.

In quanto diritto fondamentale di ogni singolo individuo, la tutela della salute deve essere garantita dall'ordinamento sempre e in ogni caso, quale componente essenziale della dignità dell'uomo, che in nessun caso potrebbe venire limitata in nome delle aspettative socio-culturali maggioritarie. Diversamente si pone la questione allorquando si esca dai confini tracciati dal diritto alla salute e ci si avventuri in un generico diritto ad autodeterminarsi, inteso come una pretesa a che lo Stato e la società conformino i propri meccanismi di riconoscimento agli standard che il singolo reputa rilevanti nel definire sé stesso. Si pensi al diritto a non essere identificato in nessun genere, o al diritto ad essere identificato come "fluidi" o "*gender non conforming*".

Non è un caso, del resto, che nelle ultime decisioni in materia di transessualismo la Consulta abbia avvertito l'opportunità di ammonire i giudici comuni – pur confermando la non necessarietà dell'intervento chirurgico – all'obbligo di svolgere un accertamento rigoroso sull'intervenuta modificazione dei caratteri sessuali ai fini della riassegnazione del genere anagrafico.

Per la precisione, tali ipotesi concernono le persone trans-genero, cioè quei soggetti che pur non riconoscendosi nel sesso biologico non possono o non vogliono sottoporsi all'intervento chirurgico demolitorio-ricostruttivo dei caratteri sessuali primari. Si tratta di soggetti che si identificano nel genere opposto, si atteggiavano e appaiono conformemente alle attese del genere cui si iscrivono (il più delle volte assumono ormoni che modificano i caratteri sessuali secondari). Nel caso, invece, dei soggetti fluidi o non conformi, si tratta di individui che non provano disagio rispetto al proprio sesso ma vestono e si atteggiavano secondo modalità non conformi alle aspettative sociali.

Evidentemente, la questione attorno alla quale ruota la diatriba attiene alla possibilità di configurare la transessualità come una condizione naturale in cui versa una persona che avverte uno scarto tra il proprio soma e la propria psiche, senza essere per questo ascrivibile al novero delle persone malate. A differenza degli anni '60 e '70, nei quali i primi Stati occidentali hanno cominciato a regolamentare il fenomeno del transessualismo, avente quale propria base un quadro scientifico saldamente ancorato alla teoria che la classificava come un disturbo mentale (o della differenziazione sessuale), il dibattito scientifico odierno è diviso tra chi continua a considerare la transessualità come una malattia o disabilità e chi, invece, vede nella varianza di genere una condizione umana assolutamente normale, determinata da fattori di origine (anche) culturale. In quest'ottica, la strategia costituzionalmente più idonea a dare risposta alle esigenze delle persone transessuali dovrebbe essere una politica tesa alla de-patologizzazione e alla valorizzazione delle diversità identitarie.

L'aspetto che qui preme evidenziare è, tuttavia, l'ambiguità che sul piano giuridico determina il passaggio da una prospettazione incentrata sulla tutela del diritto alla salute ad una incentrata sul diritto all'autodeterminazione, considerato che le persone transessuali o *transgender* abbisognano in ogni caso della somministrazione di ormoni per adeguare il loro corpo al genere di destinazione, e quindi necessitano dell'intermediazione del Sistema Sanitario Nazionale per avere accesso all'erogazione gratuita.

In generale su questo dibattito si rinvia a A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, pp. 216 ss.

Come si vede, l'incerto statuto della procreazione assistita provoca difficoltà destinate a venire al pettine in sede contenziosa. Il corretto inquadramento della questione è una pre-condizione che si ripercuote nella scelta delle stesse tecniche di scrutinio: qualora si trattasse di un mero rapporto di cura, l'adeguatezza delle limitazioni legislative dovrebbe essere valutata alla stregua di un giudizio di ragionevolezza scientifica *tout court*, mentre se si aderisce all'impostazione che vede nella PMA un fatto che va oltre il rapporto di cura, è inevitabile ammettere anche uno scrutinio che giudichi della congruità e coerenza delle scelte *ivi* compiute in rapporto alle opzioni assiologiche positivizzate in altri luoghi della legislazione, procedendo eventualmente a rideterminare il bilanciamento compiuto in un primo tempo dal legislatore.

4. *Tra ragionevolezza scientifica e bilanciamento dei diritti: chiarimenti sull'incerto confine tra le due tecniche decisorie*

Alla luce delle conclusioni cui si è pervenuti nei paragrafi precedenti, giova adesso chiedersi se i giudizi di ragionevolezza scientifica e di bilanciamento dei diritti possano sovrapporsi nell'ambito della stessa sede decisoria, e se e in che termini sia possibile un loro coordinamento.

Per prima cosa, bisogna rimarcare quanto già sopra precisato: il *test* di ragionevolezza scientifica costituisce una specificazione del principio (*rectius*: canone) di ragionevolezza, che viene in gioco quando la legge impugnata presenta una connotazione scientifica, tale da imporre che il sindacato di costituzionalità debba essere condotto anche (ma non solo) alla stregua delle cognizioni scientifiche e dei parametri tecnici offerti dallo specifico settore coinvolto.

Il controllo sulla ragionevolezza scientifica della legge conosce, tuttavia, diverse declinazioni, che variano a seconda che vi sia un solo diritto e/o interesse da attuare ovvero più diritti e/o interessi da bilanciare. Nel primo caso lo scrutinio di ragionevolezza scientifica porta a riconoscere uno spazio di valutazione riservato agli organi tecnico-specialistici, i quali sono dotati in via esclusiva delle competenze tecniche necessarie ad attuare nella maniera più efficiente l'unico interesse coinvolto (o, comunque, dopo che un primo bilanciamento sia già stato positivizzato). Nel secondo caso, invece, il *test* di ragionevolezza scientifica si combina con la stessa operazione di bilanciamento delle posizioni coinvolte, al fine di garantire un equilibrio costituzionalmente sostenibile

dell'assetto valoriale definito nella Carta. Sicché, in questo secondo caso, gli organi tecnici non godono di un potere di valutazione esclusivo, nonostante sia comunque loro deferito il compito di attuare sul piano tecnico l'equo bilanciamento delle posizioni coinvolte.

Gli esiti, però, sono tutt'affatto diversi, e suggeriscono di tenere distinte le due ipotesi, in quanto mentre il giudizio di ragionevolezza scientifica "pura" si traduce in una norma individuatrice della competenza (riconoscimento di un potere di valutazione esclusivo agli organi tecnico-scientifici)⁴⁵, il giudizio di bilanciamento comprensivo di un vaglio sullo stato attuale delle conoscenze scientifiche disponibili muove pur sempre da un assetto di valori che precede e prevale sulla componente scientifica. Sono i valori di una società, infatti, che devono orientare lo sviluppo e l'espansione della scienza, pur in un contesto nel quale la libertà di ricerca scientifica deve conservare la propria autonomia e indipendenza dalla politica.

Pare, pertanto, che in questa seconda ipotesi il momento assiologico e quello scientifico si pongano in una consecuzione temporale diacronica, in cui la valutazione scientifica trova spazio e si legittima nella misura in cui si inserisce e si coordina con l'assetto dei valori definiti dalla Costituzione o – in presenza di un vuoto costituzionale – dalla legge⁴⁶.

Non si crede, infatti, che al di fuori dell'ambito rigorosamente definito dal diritto alla salute (concetto, peraltro, la cui delimitazione implica scelte definitorie non avulse da premesse assiologicamente orientate) la scienza sia in grado di imporre un preciso contenuto precettivo al diritto positivo. In queste ipotesi, il fattore scientifico entra in gioco in un secondo momento, allorché ci si trovi a vagliare la ragionevolezza del bilanciamento legislativo laddove questo definisca un ordine di prevalenza tra i plurimi

⁴⁵ In senso conforme D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., pp. 20 ss.; in questo senso sembrerebbe pure (sebbene non nei termini di cui si è detto) A. Iannuzzi, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i "fatti": istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, pp. 91 ss., in specie pp. 112-113.

⁴⁶ S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., pp. 321 ss., in specie p. 322.: «[i]l rilievo normativo del dato scientifico non può comunque comportare una sostituzione della dimensione assiologica – aperta e plurale – tipica della Costituzione con una meramente "tecnocratica", ma deve essere ricondotto fisiologicamente alla natura propria del sistema costituzionale e all'unità e la coerenza dell'ordinamento: si instaura pertanto un circolo tra dato costituzionale e dato scientifico, che si regge non sul principio di ancillarità, ma piuttosto di integrazione e complementarietà, che vede nel primo l'elemento prevalente».

valori in gioco: in tal caso, l'assetto definito su base ideale nella legge deve confrontarsi con la sua sostenibilità sul piano scientifico, andando a controllare che in concreto non cozzino con la tutela di un bene fondamentale (benché non assolutamente prevalente) come il diritto alla salute⁴⁷.

In questi termini, anche il nuovo bilanciamento introdotto dalla sentenza n. 162 del 2014 si palesa ragionevole da un punto di vista scientifico. Se, come si ritiene, il divieto assoluto di eterologa deve considerarsi incostituzionale per ingiustificata compressione di uno dei valori che la legge 40 dichiara di perseguire, il nuovo equilibrio determinatosi a seguito della parziale permissione della PMA di tipo eterologo si presenta giustificato sul piano scientifico perché tale tipo di fecondazione, oltre a giovare alla salute psichica della coppia, non pregiudica in alcun modo la salute psichica del nato.

Allo stesso modo, nella sentenza n. 151 del 2009, la Corte si trova dinanzi ad un preciso bilanciamento legislativo tra il diritto alla salute della donna e il diritto alla vita dell'embrione, che costituisce un dato ineludibile da cui partire per non sostituire i propri apprezzamenti di valore a quelli espressi dagli organi democraticamente eletti. Quand'anche fosse astrattamente ammissibile sul piano costituzionalistico un bilanciamento orientato a garantire, in maniera preminente e ad ogni costo, il valore dell'embrione umano nelle pratiche di fecondazione artificiale (si è visto, però, che tale scelta è incoerente rispetto alle stesse scelte di fondo della legge 40, che non riconosce

⁴⁷ Da questo punto di vista, si aderisce alla teoria secondo la quale la Costituzione italiana, pur non contemplando un sistema di valori oggettivo e gerarchizzato (*objektive Werteordnung*) al pari di quanto dedotto dal Tribunale costituzionale federale tedesco nel *Grundgesetz*, non esclude ma semmai presuppone che certi valori siano superiori ad altri (per questa interpretazione, estrapolata a contrario dalla sent. n. 85/2013 sul caso ILVA, cfr. A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, cit., pp. 84-85). In effetti, la priorità della persona umana nel sistema costituzionale italiano impone di preservare l'integrità di quei diritti che costituiscono la linfa vitale della libertà e della dignità della persona, in particolare il diritto alla salute. È, infatti, solo godendo di un livello di salute soddisfacente che la persona sarà in grado di dedicarsi alle attività attraverso le quali si esprime la propria personalità, esercitare i diritti e le libertà fondamentali e, soprattutto, vivere una vita libera dal bisogno e dalla dipendenza da persone o cose. Non può pertanto dubitarsi che, in linea di principio, il diritto alla salute debba considerarsi un diritto super-fondamentale, in quanto presupposto e misura di tutti gli altri diritti. E la bontà di quanto si va dicendo non è contraddetta dal fatto che anche il diritto alla salute sia soggetto a bilanciamenti con altri diritti o beni costituzionali, in quanto la sottrazione al bilanciamento non varrebbe comunque ad escludere che la soccombenza del bene concorrente (anche qualitativamente diverso) non ridondi in una violazione indiretta del diritto alla salute (tipica ipotesi che si verifica quando alla scarsità delle risorse finanziarie bisogna far fronte con il taglio dei servizi sanitari). La logica del bilanciamento non è, del resto, di negare l'esistenza di astratte gerarchie tra i beni giuridici consacrati in Costituzione, ma di far coesistere interessi che, al di là della loro differenza qualitativa, sono comunque di fondamentale importanza per lo sviluppo della personalità e la coerenza sistematica dei valori costituzionali, che impone di dare attuazione ad ognuno di essi, seppur in misura graduabile a seconda delle concrete circostanze di fatto.

una tutela assoluta e incondizionata all’embrione umano), esso si presenta insostenibile sul piano scientifico, in quanto comporta la lesione di un diritto fondamentale come quello alla salute fisica della donna, che nella sua qualità di soggetto dotato di personalità giuridica piena giammai può vedere pregiudicati i propri diritti a favore di un’entità che persona deve ancora diventare (e che è tale, dunque, solo in potenza)⁴⁸.

Come si vede, la ragionevolezza scientifica costituisce un complemento che integra ma non sostituisce le tradizionali tecniche di controllo della costituzionalità delle leggi, il quale deve tener conto di tutte le dimensioni che concorrono a giustificare la scelta legislativa⁴⁹.

5. *Precisazioni sui confini della ‘riserva di scienza’*

Si è detto che, a partire dalla sentenza n. 185 del 1998, la Corte costituzionale ha riconosciuto uno spazio di valutazione riservato a favore degli organi tecnico-scientifici competenti nell’attuazione di specifici ambiti della legislazione di settore.

Il fatto che esistano valutazioni che per il loro carattere eminentemente scientifico non possono che essere riservate agli organi dotati di competenze tecniche ha indotto una certa dottrina a ragionare di una ‘riserva di scienza’.

Di tale principio è ora venuto il momento di indagare le potenzialità e i limiti, chiedendosi se possa essere esteso al di fuori del campo del diritto alla salute e a quali condizioni.

A tal fine bisogna, però, tener conto di alcune premesse.

In primo luogo, è significativa la circostanza che queste riflessioni si siano sviluppate prendendo le mosse dalla copiosa giurisprudenza costituzionale in materia di

⁴⁸ Insistono sul profilo del diritto alla salute della donna, tra gli altri, M. P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, cit., pp. 171 ss., e in riferimento anche alla salute riproduttiva della coppia B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all’interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, pp. 62 ss. e pp. 85 ss.

⁴⁹ Cfr. A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto*, cit., p. 177: «Le valutazioni di carattere tecnico-scientifico sono assunte come un aspetto di un problema che presenta una molteplicità di sfaccettature, paritarie in partenza, fra cui anche le posizioni etiche, le divisioni sociali, i riflessi economici, ma anche, com’è naturale, la rilevanza politica, pure in considerazione del fatto che la legge è un atto di volontà di una maggioranza politico-parlamentare, oltretutto le ragioni propriamente giuridiche, come quelle, ad esempio, di assicurare la coerenza del sistema giuridico o la considerazione degli elementi di raffronto forniti dalla comparazione, anche in considerazione della formazione di un consenso o, infine, della giurisprudenza delle altre Corti sovranazionali e nazionali, alla luce del fatto che particolarmente utile appare in questi casi il dialogo fra le Corti per via dell’uniformità e dell’omogeneità delle cognizioni tecniche».

pratica medica, e dunque da un preciso campo di attività nel quale l'attuazione del bene salute dipende da valutazioni scientifiche che, per essere affidabili, debbono rifarsi senza soluzione di continuità alle evidenze della scienza medica⁵⁰.

In secondo luogo, e di conseguenza, l'estensione di tale principio al di fuori del contesto medico-terapeutico non può che compiersi con le dovute cautele, tenendo a mente le ragioni per le quali è andato emergendo, e cioè l'esigenza di salvaguardare la discrezionalità tecnica degli organi specialistici dalle forzature di una politica che ha tendenza a ingerirsi *in munere alieno*. Per tale ragione, la stessa dottrina che ha definito il modello finisce per propugnare una interpretazione flessibile del principio in parola, limitandone la portata a quelle sole valutazioni che abbiano, per loro intrinseca natura, una connotazione esclusivamente tecnica. Di tal guisa, «l'intensità della presunzione dovrebbe variare [...] a seconda che il legislatore si muova in contesti più o meno complessi sotto il profilo degli interessi da bilanciare oppure più o meno carenti di informazioni e dati scientifici e potenzialmente rischiosi per la salute»⁵¹.

Il modello costituzionale trova compiuta definizione, quindi, entro lo specifico ambito considerato, che è quello della tutela della salute, per come ancorato al parametro di cui all'art. 32 Cost.⁵². In linea di prima definizione, la stessa dottrina enuclea il principio della riserva di scienza nei seguenti termini: «quando si pongano esigenze di tutela della salute in base all'art. 32 Cost. e quando l'attività del legislatore, dell'amministrazione o del giudice a ciò finalizzata implichi la necessaria rilevanza di

⁵⁰ D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., p. 13.

⁵¹ D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., p. 54.

⁵² Rispetto all'esempio sopra riportato della sentenza n. 221 del 2019, la questione di costituzionalità sollevata dai tribunali di Pordenone e di Bolzano può leggersi (almeno con riferimento alla vicenda che faceva da sfondo al giudizio pendente presso il secondo) come ipotesi nella quale il *thema decidendum* è rappresentato dall'operatività o meno del principio della riserva di scienza. È evidente che se si parte dal presupposto che la determinazione di avere un figlio è incoercibile, ed è diritto di ogni individuo o realtà di coppia aspirare ad avere una prole, anche ricorrendo a tecniche di fecondazione artificiale, si finisce per riservare la decisione sull'*an* al soggetto o alla coppia decidente, e l'unico elemento di valutazione rilevante che residua è la discrezionalità tecnica sul *quomodo* della procedura di fecondazione. Se, al contrario, si assume che la decisione su chi debba avere accesso alle pratiche di PMA spetti a monte agli organi della rappresentanza politica, si giunge alla conclusione secondo cui allo stadio preliminare della scelta vi è un margine di discrezionalità politica che condiziona nell'*an* il successivo momento della valutazione tecnica, con la conseguenza che rispetto a tal genere di valutazioni il principio della riserva di scienza non opera nella sua forma più assoluta. La conclusione cui perviene la Corte costituzionale nella sentenza n. 221 del 2019 va in questa seconda direzione, perché la Consulta riconosce che la decisione di avere un figlio esula dallo stretto campo di applicazione dell'art. 32 Cost., con il logico corollario che, seguendo i principi espressi nella sentenza n. 282 del 2002, le decisioni di inizio vita non si riducono ad un mero fatto di scienza, ma possono venire condizionate da valutazioni (anche) di ordine politico.

valutazioni tecnico-scientifiche, essi siano tenuti ad attingerle presso fonti qualificate (o rinviarle a soggetti qualificati) e non possano contare meramente sull'esercizio delle rispettive forme di discrezionalità o preferire valutazioni provenienti da fonti prive di adeguata qualificazione»⁵³.

Da tale nucleo duro possono poi dipanarsi diverse articolazioni concettuali, che definiscono l'operatività del principio nei confronti dei vari poteri dello Stato (legislatore, amministrazione, giudice) oppure la possibilità di estenderlo ad ambiti ulteriori rispetto a quello di cura. Infatti, tra i principi elencati nella sentenza n. 282 del 2002, alcuni sono «susceptibili, con dovuti adattamenti, di estendersi ad ambiti ulteriori rispetto a quelli della cura, raggiungendo altre forme di tutela della salute (come la prevenzione) o settori diversi da quello sanitario (anzitutto quello della protezione dell'ambiente); mentre altri (l'autonomia e la responsabilità del medico) sono specificamente legati al campo del diritto alla salute»⁵⁴.

Il principio secondo cui gli operatori del diritto (con ciò facendosi riferimento anche agli organi politici, che sono i primi creatori del diritto) devono agire in maniera scientificamente informata rispetto alla portata e alle implicazioni delle proprie decisioni impatta, infatti, trasversalmente sia sul settore della legislazione, che su quello dell'amministrazione e della giurisdizione, sostanziandosi nella necessità di prevedere canali di conoscenza idonei a fungere da ponte tra il mondo della scienza e il mondo del diritto, mediante il coinvolgimento di professionisti singoli, enti e istituzioni di ricerca o, preferibilmente, organi interni alla pubblica amministrazione. Rispetto a ciascuno di essi, si pone certamente il problema di garantirne l'indipendenza, imparzialità e trasparenza nelle procedure di lavoro, oltre che la rappresentatività rispetto alla comunità scientifica di appartenenza, ma tale esigenza rimane tecnicamente distinta rispetto alla regola preliminare che impone di riservare le valutazioni tecnico-scientifiche agli organi dotati di specifica professionalità e adeguata competenza in tali ambiti⁵⁵.

⁵³ D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., pp. 208-209.

⁵⁴ D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., p. 209.

⁵⁵ In questo senso, il problema della 'riserva di scienza' si traduce, sul piano giuridico, in un problema di efficiente organizzazione interna dell'apparato pubblico, nell'ambito del quale dovrebbero prevedersi istituti e organismi di natura tecnica specificamente incaricati del compito di svolgere le valutazioni tecnico-scientifiche necessarie per consentire agli organi politici (sui quali ricade, in definitiva, la responsabilità delle scelte prese nell'interesse della collettività) di decidere in maniera pienamente informata. Questa ricostruzione era stata, peraltro, autorevolmente patrocinata da quella parte della dottrina amministrativistica che risolveva il problema della 'discrezionalità tecnica' nella necessità di adeguare

Così configurato, il principio della riserva di scienza si traduce sul piano costituzionale nella regola secondo cui le decisioni aventi carattere tecnico-scientifico devono vedere la luce nella sede loro propria, ad opera di soggetti dotati di una specifica professionalità, non giustificandosi in alcun caso la surroga e/o interferenza da parte degli organi politici, se non per ragioni che esulino da problematiche di tale natura e per giustificazioni di diverso tipo che risultino avere valore preminente nella fattispecie considerata. Ciò sembra presupporre la possibilità di tracciare una linea di tendenziale separazione tra il momento dell'accertamento tecnico-scientifico e il momento di definizione del merito politico, senza voler peraltro oscurare il rapporto di stretta interdipendenza che in alcuni casi viene a crearsi tra i due momenti.

La medesima dottrina non nega le difficoltà sottese alla concezione di un limite competenziale alla legge che manca, al pari della c.d. 'riserva di amministrazione', di un puntuale riferimento nel testo della Costituzione; tuttavia, a dispetto di quest'ultima, il principio della riserva di scienza risulta sufficientemente confortato dalla copiosa giurisprudenza costituzionale che si è pronunciata in materia di questioni tecniche, dalla quale viene inequivocabilmente affermato un obbligo, per il legislatore *in primis* ma anche per gli altri organi costituzionali, di conformare la propria azione alle evidenze e risultanze acquisite tramite organi specializzati nelle materie suddette.

Il fondamento della riserva, evidentemente implicito nelle maglie del complesso costituzionale, viene rinvenuto «nei principi della tutela della salute (art. 32), della libertà (individuale e collettiva) di scienza e della promozione della ricerca scientifica (artt. 9, comma 1, e 33, commi 1 e 6), della funzione pubblica di certificazione delle competenze (art. 33, comma 5), della imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97), della sussidiarietà in senso c.d. orizzontale (art. 118, u.c.)»⁵⁶.

Il principio sarebbe, pertanto, vincolante al massimo grado in quei casi nei quali il legislatore abbia provveduto ad implementare le suddette norme costituzionali a mezzo di specifiche normative di settore (la sperimentazione di terapie, la produzione e la messa in commercio di farmaci, la tutela delle risorse naturali, la conservazione del patrimonio

l'organizzazione amministrativa alle competenze sempre più specialistiche di cui veniva investita: cfr. C. Marzuoli, *Potere amministrativo e discrezionalità tecnica*, Milano, 1985, pp. 207 ss.; D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, pp. 297 ss.

⁵⁶ D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., pp. 227-228.

faunistico ecc.) e contenenti «una disciplina generale alla cui stregua la competenza ad esprimere valutazioni tecnico-scientifiche [...] spetti a determinati enti od organi appartenenti alla pubblica amministrazione, i quali esercitano tali funzioni secondo procedimenti fondati sulla legge», e si baserebbe su «una sorta di autolimitazione del legislativo»⁵⁷.

Il punto merita di essere precisato, onde fugare i dubbi circa la apparente contraddittorietà di una teoria che conferisce al principio in parola fondamento costituzionale ma lo ritiene pienamente operante solo in presenza di una legislazione attuativa.

È acquisizione consolidata degli studi sul principio di ragionevolezza che esso dispiega una forza normativa avente la capacità di vincolare il legislatore, nel caso in cui questi si determini alla edificazione di sottosistemi normativi aventi ad oggetto specifiche materie, per l'attuazione coerente dei principi che egli stesso abbia posto quali linee direttive di sviluppo del settore⁵⁸. In tali casi, laddove la legge-quadro preveda l'istituzione o abbia istituito organismi tecnico-scientifici che fungano da perno di una organizzazione amministrativa nell'ambito della quale debbano svolgersi i procedimenti finalizzati al compimento di valutazioni tecniche riservate, vincola il legislatore a giustificare successive deroghe al sistema o scelte normative di segno radicalmente diverso, che la Corte costituzionale può dichiarare illegittime nel caso in cui non siano rette da una giustificazione idonea a derogare alla *ratio* che complessivamente ispira il medesimo sottosistema normativo⁵⁹.

Ma il discorso non muta nel caso in cui una legge mancasse o fosse silente. In tale ipotesi, nonostante l'apparente difficoltà di ricercare un limite alla potestà legislativa generale del Parlamento, è possibile prefigurare limiti impliciti nel dovere di non approvare leggi in contrasto insanabile con le *leges artis* o le norme tecniche consolidate

⁵⁷ D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., p. 226.

⁵⁸ *Ex multis* si veda F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, cit., pp. 15 ss., distinguendo tra una contraddittorietà intrinseca alla medesima legge impugnata e una contraddittorietà estrinseca, che si verifica laddove la qualificazione legislativa sia dissonante rispetto allo spirito dell'istituto giuridico o con le logiche del settore normativo nel quale si iscrive.

⁵⁹ Cfr. D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute*, cit., p. 226, il quale porta ad esempio il caso delle procedure amministrative previste nel settore farmaceutico per la omologazione e autorizzazione all'immissione in commercio dei nuovi prodotti farmaceutici.

proprie della scienza nel cui campo il legislatore pretenda di ingerirsi⁶⁰. Infatti, l'obbligo di creare canali di comunicazione con la scienza si riproporrebbe in altra veste, come onere di acquisire pareri e consulenze da organi che, pur estranei alla pubblica amministrazione, siano comunque dotati della necessaria competenza tecnica, siano rappresentativi della comunità scientifica di riferimento e rispondano ai minimi requisiti di indipendenza e oggettività. Ne deriverebbe che, in caso contrario, l'elusione di tale passaggio procedimentale legittimerebbe la Corte ad attivare i propri strumenti istruttori al fine di controllare che l'atto impugnato abbia un fondamento scientifico adeguato, sanzionando in caso contrario tale mancanza con l'accoglimento della q.l.c.⁶¹.

Nell'uno come nell'altro caso, il principio che veicola tali conclusioni è il medesimo, cioè il principio della ragionevolezza scientifica delle leggi, che nel primo caso svolge la funzione di ausilio interpretativo e coerenza sistematica della legislazione di settore, nel secondo caso invece giustifica un intervento manipolativo del Giudice delle leggi al fine di dotare l'atto impugnato di quella "legittimazione dal basso" di cui originariamente era sprovvisto. In questo secondo caso, la censura d'incostituzionalità verrebbe a integrare un intervento compensatorio che corrobora la giustificazione razionale della legge, sebbene ad oggi si tratti di un'ipotesi solo minacciata dalla Consulta, la quale non si è mai spinta ad attivare una procedura istruttoria volta a sopperire agli oneri d'informazione disattesi dal legislatore⁶².

⁶⁰ Ciò, ad opinione di chi scrive, dovrebbe valere per tutti i casi nei quali si applica il canone della 'ragionevolezza strumentale'. Su questo concetto v. G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., pp. 231 ss.

⁶¹ A questo proposito, meritano di essere ricordate le lucide considerazioni di 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), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2006, pp. 163 ss., in specie pp. 189 ss., il quale arriva a prefigurare una serie di casi tipici nei quali l'attività istruttoria della Corte dovrebbe ritenersi doverosa.

In particolare, secondo l'Autore (p. 191), la Corte dovrebbe essere tenuta a farsi una puntuale rappresentazione obiettiva della situazione normativa impugnata quando: 1) il materiale "probatorio" allegato dalle parti si rivela insufficiente ai fini di una attendibile ricostruzione della situazione normativa esibita davanti alla Corte e pervasa da elementi di origine scientifica o tecnica, ovvero 2) sussiste un accentuato divario tra gli elementi cognitivi prodotti dalle parti, ovvero 3) si riscontra una ragguardevole disegualianza tra le parti quanto alla allegazione di tali fattori di conoscenza ad elevato contenuto tecnico-scientifico, ovvero 4) il difetto, nella comunità scientifica di riferimento, di acquisizioni e conoscenze provviste di un ragionevole tasso di attendibilità, in termini probabilistici quanto alla descrizione dei nessi eziologici, alimenta dubbi sulla pertinenza e sulla completezza dell'attività istruttoria svolta dal legislatore la cui norma è sospettata d'incostituzionalità.

⁶² Per 'modello compensatorio' intendo riferirmi al fatto che la Corte costituzionale, con le sue sentenze, contribuisce attivamente al miglioramento della legislazione vigente, espungendo dal testo normativo quegli elementi distonici (frutto di un procedimento legislativo sbrigativo o, comunque, della

La contraddizione insita nell'assunto che la riserva di scienza abbia fondamento costituzionale ma sia destinata ad operare al suo massimo grado solo in presenza di una legislazione di settore può essere, pertanto, agevolmente fugata avendo riguardo all'insormontabile diversità delle vie per le quali il Parlamento e la Corte costituzionale creano diritto o contribuiscono alla sua evoluzione⁶³.

Dalle norme costituzionali non è dato trarre, formalmente, alcun vincolo procedimentale capace di imporsi direttamente in capo al legislatore. Nondimeno, è basilare assunto del principio di ragionevolezza che qualunque operatore giuridico sia tenuto ad agire in maniera informata e responsabile, nel rispetto di canoni di razionalità, coerenza, congruenza, pertinenza, adeguatezza e, in definitiva, proporzionalità⁶⁴. Sicché, quand'anche una normazione di rango primario mancasse e non ci fossero altri settori dell'ordinamento cui attingere per estendere in via analogica forme procedurali o istituti giuridici che si prestassero a fungere da auto-vincolo per il legislatore, la questione della adeguatezza tecnico-scientifica dei presupposti della legge, o dei meccanismi di operatività, verrebbe a porsi – se non al momento genetico – nella successiva fase applicativa, nell'ambito di un incidente di costituzionalità nel quale si contesti la ragionevolezza della legge “nella parte in cui non prevede” le necessarie specificazioni procedurali funzionali a ritagliare un momento di apprezzamento tecnico-scientifico devoluto ad organismi specializzati del settore⁶⁵.

La forza normativa del principio della riserva di scienza deve, inoltre, essere diversamente graduata a seconda del contesto tecnico e dell'ambito scientifico nel quale

contrattazione politica) che, per così dire, “sabotano” la legge fin dall'inizio, impedendole di perseguire pienamente gli scopi che ne costituiscono la giustificazione causale. Abbandonata, infatti, la concezione della Corte costituzionale come organo che agisce come mero ‘legislatore negativo’ (secondo l’idea patrocinata da Kelsen), e inquadrata la sua funzione nel contesto delle democrazie costituzionali, è oggi largamente riconosciuto – sebbene non da tutti accettato – il fatto che la Corte costituzionale svolga un ruolo co-legislativo o para-legislativo, ad integrazione e perfezionamento dell’atto licenziato dal legislatore ordinario. Sul punto si vedano le considerazioni (risalenti a tempi non sospetti) di F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, pp. 19 ss., in particolare pp. 54 ss. e 63 ss.

⁶³ Cfr., con toni critici verso il recente maggiore attivismo della Corte costituzionale, A. Ruggeri, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta Online*, n. 3/2019, pp. 707 ss., in specie pp. 716 ss.

⁶⁴ L. D’Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, pp. 203 ss.

⁶⁵ La legge, infatti, pur essendo espressione di una volontà progettuale di natura politica, votata – in quanto tale – al compromesso, non si riduce ad un mero atto di volontà, ma si inserisce in un contesto definito da un complesso di norme che, costituendo un ordinamento sotto-ordinato, necessitano di essere reciprocamente coordinate per non dar luogo ad incoerenze interne.

opera. Si è ampiamente ricordato come tale principio trovi il proprio naturale terreno di emersione nell'ambito della pratica medico-sanitaria, ma sia nondimeno suscettibile di estendersi ad ogni attività umana che coinvolga il bene salute o incida, in qualche modo, su qualche altro bene giuridico protetto dall'ordinamento, a livello costituzionale o legislativo. E non potrebbe essere diversamente, visto che il rapporto medico-paziente rappresenta un *locus* del tutto particolare in cui l'interesse connesso alla realizzazione dei diritti del paziente dipende strettamente dalla appropriatezza e congruità della valutazione tecnico-scientifica compiuta dallo specialista, quale specifico contatto sociale che non è certamente "libero dal diritto", ma di regola è "immune dalla politica"⁶⁶.

Le cose cambiano allorché ci si sposti in un contesto diverso dal rapporto di cura strettamente inteso. Che si tratti della procreazione medicalmente assistita, delle vaccinazioni obbligatorie, delle strategie di tutela dell'ambiente o del benessere degli animali o della qualità alimentare, ci si trova in contesti ove il numero degli attori sociali è multiplo, diversi quando non opposti e confliggenti i diritti e gli interessi coinvolti, e altamente diversificate sono le soluzioni che possono proporsi per bilanciarli. In presenza di queste condizioni, il rapporto tra diritto, scienza e politica viene diversamente a combinarsi, in quanto questioni tecniche e questioni politiche trovano composizione in un *range* di soluzioni che sono tutte astrattamente possibili, e variano a seconda del grado di certezza offerto dalle conoscenze scientifiche disponibili, sia del livello di rischio che la frangia maggioritaria dei cittadini è disposta ad accettare in relazione al livello d'incertezza in cui versa lo stato attuale della scienza.

Il rapporto tra evidenza scientifica e discrezionalità politica può in questi casi descriversi secondo grandezze inversamente proporzionali, espresse nell'equazione secondo cui quanto più alto è il grado di certezza su una certa questione tecnico-scientifica, tanto minore sarà la discrezionalità spettante agli operatori pubblici; mentre quanto più incerto è lo stato delle conoscenze scientifiche attualmente disponibili, tanto

⁶⁶ Il punto merita di essere brevemente specificato. Il professionista sanitario non è "libero dal diritto", in quanto la sua attività è certamente qualificata dal punto di vista del 'contatto sociale', e infatti, trattandosi di una figura che svolge una funzione estremamente delicata e di riflesso immediato sui diritti della persona, il suo esercizio viene disciplinato dal diritto, in primo luogo, mediante la previsione di regole precise sulle responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, ad esso connesse. Così limitata *ab extra* l'attività che il medico è legittimato a svolgere, ad esso spetta *ab intra* un margine di discrezionalità nella scelta dei trattamenti da attuare insindacabile da un punto di vista giuridico-politico, e controvertibile solo mediante l'utilizzazione degli "strumenti" propri dell'arte medica. L'attività medica, in altre parole, può essere oggetto di sindacato solo compiendo un giudizio basato sulle *leges artis* da parte dei propri pari.

maggiore sarà il ventaglio di soluzioni astrattamente legittime che si prospettano agli organi dotati di responsabilità politiche.

Bisogna, peraltro, precisare che tale maggiore libertà non corrisponde ad arbitrio. Da un lato, i dati scientifici disponibili rappresentano pur sempre un punto di partenza obbligato dal quale il decisore politico non può prescindere nella ricerca di soluzioni sufficientemente adeguate a “governare la complessità” degli interessi in gioco. Dall’altro, un ventaglio apparentemente ampio di scelte può subire in concreto un ridimensionamento per effetto di un’interpretazione “rigoristica” delle norme costituzionali di scopo che si ergono a presidio di beni giuridici asseritamente fondamentali come la salute e l’ambiente.

6. Considerazioni minime sul principio di precauzione

In appendice a quanto già si è detto con riguardo all’ambito di operatività del bilanciamento dei diritti e del canone della ragionevolezza (nella sua specifica declinazione come ‘ragionevolezza scientifica’), si ritiene opportuno fare una breve digressione sul principio di precauzione.

Com’è noto, si tratta di un principio che è stato elaborato e ha trovato applicazione soprattutto nel campo del diritto amministrativo europeo, nel quale rappresenta un canone generale di comportamento che impone ad ogni pubblica amministrazione di prendere e attuare le decisioni di propria competenza in maniera prudente, evitando di intraprendere azioni suscettibili di arrecare pregiudizio ai diritti e interessi dei soggetti coinvolti⁶⁷.

Il principio di precauzione fa la sua comparsa nel discorso sia giuridico sia politico in parallelo con l’emersione di una nuova sensibilità verso la protezione, *in primis*, della salute e dell’ambiente, ai quali viene assegnato un valore nella gerarchia costituzionale che impone all’autorità pubblica di preservare l’integrità di quei beni, adottando le misure idonee a non comprometterli in misura non necessaria, e in ogni caso di non valicare il limite che comporti la violazione del loro nucleo essenziale. Al principio di precauzione sono state date diverse configurazioni, sia in relazione alla sua natura (secondo alcuni avrebbe una valenza sostanziale, secondo altri invece avrebbe una valenza procedurale)

⁶⁷ In generale v. F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell’amministrazione del rischio*, Milano, 2005; R. Titomanlio, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano*, Torino, 2018.

sia in relazione alla misura della sua operatività (in questo senso, alcuni ne danno una interpretazione massimalista, altri una minimalista, con evidenti ripercussioni sull'ampiezza della libertà d'azione degli organi politici⁶⁸.

Il principio di precauzione gioca un ruolo fondamentale nei procedimenti di formazione delle decisioni pubbliche i cui presupposti fattuali siano incerti e vi sia l'impossibilità di conoscere gli effetti degli scenari che conseguirebbero all'adozione di una decisione piuttosto che di un'altra. Tale mancanza di conoscenza non ha un effetto paralizzante rispetto alla capacità di intervento dell'operatore pubblico, ma imprime alla sua azione una direzione più specifica rispetto al ventaglio di soluzioni che astrattamente gli si presentano, imponendogli di optare per quella che, in una situazione di perenne incertezza, offra la migliore garanzia di integrità nel bilanciamento tra beni giuridici in conflitto⁶⁹.

Da un punto di vista costituzionalistico, il principio di precauzione non ha uno spazio di applicazione autonomo rispetto al bilanciamento degli interessi, di cui rappresenta semmai una particolare modalità di attuazione, stabilendo «criteri metodologici nell'effettuare i tradizionali bilanciamenti tra posizioni giuridiche soggettive poste a tutela di beni o valori costituzionalmente protetti», in ciò affermandosi come un «vero e proprio pre-principio di carattere procedurale». In tal modo, esso «modifica la valenza medesima dei principali protagonisti del quadro assiologico del costituzionalismo democratico: è evidente infatti che vita, salute e ambiente subiscono una sorta di trasfigurazione metacostituzionale [...] e imponendo all'operatore del

⁶⁸ G. Ragone, *Il principio di precauzione nella prospettiva del giudice costituzionale*, in *BioLaw J.*, *Special Issue* n. 2/2019, pp. 157 ss., in specie p. 158.

⁶⁹ In ciò, esso si distingue fundamentalmente dal principio di prevenzione, che impone agli organi pubblici di attuare politiche volte a prevenire la causazione di pericoli o eventi di danno. Mentre il principio di prevenzione si basa sulla regola secondo cui bisogna agire per impedire, il principio di precauzione non intende precludere la possibilità di tenere un comportamento pericoloso, ma impone bensì di rispettare determinati *standard* nell'accettazione del rischio connesso ad un contegno che sia fonte di pericolo per determinate posizioni giuridiche. A differenziare l'ambito di operatività dei due principi è, dunque, la diversità dei presupposti su cui poggiano: mentre il principio di prevenzione opera in condizioni di certezza (o, più propriamente, di "maggior conoscenza" o di "minore incertezza"), visto che si mira a prevenire eventi che si sa con ragionevole sicurezza che si produrranno, il principio di precauzione opera propriamente in condizioni di incertezza epistemica, nelle quali non si fa questione se agire o non agire, ma piuttosto "come meglio agire". Sul punto v. G. Ragone, *Il principio di precauzione nella prospettiva del giudice costituzionale*, cit., p. 159.

Sul punto cfr. M. Cecchetti, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000, pp. 174 ss.

bilanciamento responsabilità totali non solo nella dimensione spaziale, ma anche in quella temporale, verso le generazioni future»⁷⁰.

Il principio di precauzione opera, pertanto, sia sul piano sostanziale che procedurale: esso da un lato serve a preservare l'integrità di beni giuridici di somma importanza nel sistema della Carta costituzionale, ma dall'altro, trovando applicazione in contesti connotati strutturalmente da incertezza prognostica, sposta l'attenzione dal problema dell'appropriatezza della decisione attorno ad una certa pratica al procedimento di formazione del consenso intorno alla medesima, passando attraverso varie fasi di informazione, discussione e valutazione nel confronto con gli interessi sostanziali dei soggetti interessati. In tal modo, il controllo del Giudice costituzionale si identifica con un vaglio sulla ragionevolezza del percorso logico-intellettuale che ha condotto il decisore pubblico a prediligere una soluzione ad un'altra, soppesando il valore dei beni confliggenti con l'incertezza circa la probabilità che il pericolo paventato si inveri.

Se ciò è vero sul piano giuridico, bisogna comunque rammentare che, come è stato giustamente scritto, «la decisione di agire o non agire dipende da una scelta finale di tipo politico, in funzione del livello di rischio considerato accettabile dalla società di riferimento, che deve comunque ispirarsi ai principi di proporzionalità tra misure prese e livello di protezione ricercato, non discriminazione dell'applicazione delle misure stesse, coerenza con la gestione di contesti analoghi, esame dei vantaggi e degli oneri risultanti dall'azione o dall'assenza di essa, riesame periodico alla luce dell'evoluzione scientifica»⁷¹.

Tra le sentenze considerate nel capitolo precedente, particolarmente istruttiva sul punto è la prima decisione sul caso ILVA (sent. n. 85 del 2013), nella quale, come si ricorderà, la legittimità del decreto-legge impugnato è stata fondamentale sancita dalla ragionevole scelta del legislatore di proceduralizzare a livello amministrativo la maturazione delle decisioni del bilanciamento sul valore ambientale, distribuendo la competenza tra più sedi e prevedendo ampi canali di partecipazione da parte di più soggetti istituzionali⁷².

⁷⁰ Così G. F. Ferrari, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4/2002, pp. 1572-1573.

⁷¹ G. F. Ferrari, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, cit., p. 1572. Nello stesso senso anche G. Ragone, *Il principio di precauzione nella prospettiva del giudice costituzionale*, cit., p. 168.

⁷² Sul punto si rinvia all'analisi svolta al cap. I, par. 91.

7. *Prime conclusioni sul rapporto tra atto politico, sapere scientifico-tecnologico e riserva di scienza: il principio «suum unicuique tribuere» e la legittimazione della decisione politica a fianco (ma mai in contrasto) del giudizio della scienza*

Le considerazioni svolte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 282 del 2002, che sono state costantemente confermate nelle successive decisioni su questioni scientificamente controverse, offrono lo spunto per tracciare un bilancio dei rapporti esistenti tra atto politico e valutazione tecnico-scientifica riservata.

In primo luogo, dalle pronunce della Corte pare emergere, seppur in via tendenziale e senza statuizioni definitive, il principio secondo cui il dato scientifico rappresenta un elemento di valutazione che il legislatore non può non considerare, anche solo in via consultiva e non necessariamente tramite canali istituzionalizzati. La considerazione del dato scientifico contingente rappresenta un ‘onere’ rispetto al completo accertamento del complesso di fatti e circostanze rispetto ai quali il decisore politico intende prendere posizione allorquando si appresta a legiferare, sicché la mancanza di un siffatto accertamento è idonea a tradursi in un vizio di legittimità sotto forma di carenza di istruttoria (o di travisamento dei fatti) suscettibile di determinare la declaratoria di incostituzionalità dell’atto legislativo⁷³.

In secondo luogo, dalla stessa giurisprudenza pare potersi dedurre che le materie scientificamente connotate non si equivalgano sul piano del trattamento giuridico, nel senso che il loro statuto costituzionale (e, conseguentemente, il grado di “immunità” di cui godono rispetto alle valutazioni della politica) varia in rapporto alle specifiche modalità con le quali ciascuna impatta sui valori costituzionali. In tal senso, il principio della ‘riserva di scienza’ ha la forza di creare intorno all’arte medica una sorta di immunità dalla politica, tanto da rendere residuale (se non eccezionale) la legittimità di un

⁷³ Dalla giurisprudenza analizzata nel terzo capitolo non è dato dedurre alcun dovere costituzionale di motivazione in capo al legislatore, né la Corte ha mai dichiarato incostituzionale un atto legislativo per il sol fatto che la sua adozione sia apparentemente avvenuta nella notale mancanza di istruttoria. Una eccezione potrebbe, forse, rintracciarsi nella sentenza n. 282/2002, nella quale la Corte censura la legge della Regione Marche sull’interruzione della terapia elettroconvulsivante contestando che l’intervento regionale «non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti» (Corte cost., sent. n. 282/2002, punto 6 del C.i.D.). Tuttavia, a parere di chi scrive, queste parole non sono sufficienti ad affermare con certezza che la Corte volesse legittimare un sindacato meramente procedurale, anche perché in verità la doglianza principale che ha determinato l’invalidazione totale della legge marchigiana era l’accertata violazione con i principi fondamentali in materia di diritto alla salute.

intervento legislativo nel merito delle pratiche mediche consentite, trattandosi di valutazioni tecniche che incidono direttamente sull'attuazione del diritto alla salute. Lo stesso non potrebbe dirsi rispetto ad altre discipline scientifiche (come la biologia, le scienze ambientali ecc.) che, pur chiamate ad esprimere valutazioni tecniche incidenti su beni di sicura rilevanza costituzionale, si inseriscono in un complesso di interessi collettivi che non si sottraggono a considerazioni di natura anche politica.

In terzo luogo, pare potersi affermare che la Corte, nelle pronunce rilevanti sul tema, riconosce implicitamente le prerogative degli scienziati rispetto alla politica, e di tal guisa giunge a prospettare la necessità che sia salvaguardata la correttezza delle dinamiche che presiedono alla formazione del consenso tra gli scienziati su questioni aventi natura tecnica. Tale aspetto inerisce al confronto e alla comunicazione all'interno della comunità scientifica di appartenenza, la quale non conosce confini nazionali⁷⁴ e non potrebbe venire ridotta al parere espresso da un organo scientifico locale formato *ad hoc*. Semmai, lo stato delle conoscenze scientifiche su un certo tema o problema dovrebbe essere confortato dal confronto con le evidenze fornite dalle istituzioni scientifiche internazionali, la cui opinione può considerarsi rappresentativa dello stato della conoscenza raggiunto in una certa materia.

Un ultimo aspetto merita di essere chiarito. Quale che sia lo stato della scienza su un certo argomento in un dato momento storico, la Corte costituzionale è in ogni caso tenuta a decidere se la q.l.c. sia o meno fondata. Infatti, anche nella persistenza di incertezze a livello scientifico, la Corte è chiamata «a dare certezze di diritto costituzionale, non ad aggiungere dubbi a dubbi»⁷⁵, ragione per cui appare dirimente comprendere «come la Corte riesca a “trasformare” le incertezze della scienza in certezze

⁷⁴ Cfr. la sentenza n. 569/2000, con la quale la Corte ha dichiarato non fondato il ricorso avverso la delibera legislativa della Regione Liguria recante *Norme per l'istituzione ed il funzionamento del Dipartimento regionale di genetica*. Nella sentenza la Corte distingue tra i confini della comunità scientifica (che, di per sé, non conosce limiti territoriali) e l'opportunità di creare canali di conoscenza (istituti ed enti di ricerca) atti a favorire il perseguimento dei fini di legge. Riguardo alla ricerca scientifica, la Corte afferma che «la ricerca scientifica non ha, di per sé, limiti territoriali», sebbene riconosca che «essa presenta indubbio interesse regionale in tutte quelle ipotesi in cui la regione avverte la necessità di dotarsi di mezzi tecnico-scientifici e di avvalersi di attività conoscitive - sia organizzando direttamente le attività di ricerca, sia promuovendo studi finalizzati - allo scopo specifico di un migliore espletamento di funzioni regionali, quali appunto l'assistenza sanitaria ed ospedaliera» (punto 3 del C.i.D.).

⁷⁵ G. D'Amico, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, p. 241.

del diritto costituzionale»⁷⁶. I moduli e le tecniche decisorie di cui si serve la Corte per arbitrare il conflitto costituzionale su questioni scientificamente connotate variano pertanto – come si è cercato di sostenere – a seconda di come dati di scienza, vincoli costituzionali e determinazioni politiche si intrecciano nel singolo caso di specie.

Atteso che una qualunque decisione – abbia essa natura politica o tecnica – inerisce ad uno specifico centro di gravità entro il quale è possibile individuare un soggetto (sia esso un organo istituzionale o non) al quale compete prenderla, il compito della Corte è *in primis* di stabilire a quale soggetto spetti la parola ultima sul come e sul quando agire: applicando il principio della riserva di scienza, laddove una questione abbia natura squisitamente tecnica, tale decisione compete al soggetto dotato di professionalità tecnico-scientifica; laddove, invece, una questione si ponga incidentalmente nell’ambito di processi latamente politici, la parola finale non può che spettare agli organi democraticamente eletti, i quali saranno chiamati a esprimere una opzione “di preferenza” tra quelle astrattamente prospettabili.

Entro un contesto così delineato, il controllo svolto dalla Corte diventa via via più penetrante in quei casi nei quali oggetto del sindacato di costituzionalità sia la modalità con cui sia stata esercitata la discrezionalità politica nelle questioni (le più numerose) ove per essa vi fossero margini di legittima estrinsecazione. Nel momento in cui la scienza acquista un peso sempre maggiore anche in ambiti diversi dalla medicina, si fanno inevitabilmente più numerose le occasioni in cui scienza e politica debbono “accomodarsi” l’un l’altra, contando però che una scienza incerta e costantemente mutevole, se da un lato amplia gli spazi della politica, dall’altro espone quest’ultima ai rischi connessi al fatto di avere fondamenta pericolosamente sdruciolevoli. In questi casi la Corte avrà l’arduo compito di valutare il “peso” che le evidenze scientifiche dovessero avere nella formazione della decisione, e di vagliare in che misura eventualmente la loro considerazione sia stata obliterata dagli organi politici. Gli “strumenti” che permettono al Giudice delle leggi di districarsi in tale aggrovigliata matassa, ricamata su dati statistici, valutazioni scientifiche, valori etico-morali e considerazioni di opportunità, sono quelli

⁷⁶ *Ibidem.*

classici della ragionevolezza, in particolare attraverso il vaglio sulla proporzionalità delle scelte normative e sul bilanciamento dei diritti e degli interessi coinvolti⁷⁷.

8. *La 'discrezionalità politica' del legislatore quale 'potere libero nei fini' e le sue implicazioni sul sindacato di legittimità costituzionale*

Preliminare alla discussione sulle tipologie di sindacato esperibili dalla Corte costituzionale sugli atti normativi di rango primario è la configurazione della natura del potere legislativo nel contesto complesso con gli altri poteri dello Stato, e la relazione funzionale che lo connota rispetto ai limiti e agli obiettivi sanciti nella Carta fondamentale.

Ci si chiede, in altre parole, se sia giustificato applicare alla funzione legislativa le categorie teorico-dogmatiche elaborate dalla dottrina amministrativistica per descrivere il rapporto che lega l'atto amministrativo alla legge attributiva di potere sulla base della quale la P.A. abbia ad esercitare la propria funzione, se sia dunque corretto discorrere di un 'eccesso di potere legislativo' come vizio che inficia la legittimità dell'atto legislativo per cattivo esercizio della funzione o per deviazione rispetto agli scopi direttamente posti dalla norma costituzionale.

La tentazione di estendere alla funzione legislativa le figure sintomatiche comprese nell'eccesso di potere è stata, *in primis*, avvertita dalla dottrina impegnata a configurare sul piano dogmatico le condizioni di legittimità in base alle quali avrebbe dovuto essere scrutinata la conformità dell'atto legislativo alla Carta costituzionale. Trattandosi in entrambi i casi di un rapporto tra atti astretti da un vincolo di sovra/sotto-ordinazione, in cui la legittimità dell'atto di rango inferiore è condizionata al rispetto del contenuto precettivo dell'atto di rango superiore, alcuni autorevoli studiosi degli anni '60 avevano sostenuto – sebbene con esiti non completamente sovrapponibili – la possibilità di estendere la teoria dell'eccesso di potere alla funzione legislativa, interpretando le norme di scopo contenute nella Costituzione come espressione di fini aventi l'attitudine a funzionalizzare immediatamente l'attività legislativa in direzione della messa in opera

⁷⁷ Cfr. sul punto già L. Violini, *Vuoto normativo, disparità di fatto e scelte "tecniche"*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 4248, per la quale «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».

delle misure necessarie al loro perseguimento⁷⁸. Particolarmente rilevanti in questo filone di pensiero sono, come noto, le posizioni di Vezio Crisafulli⁷⁹ e di Costantino Mortati⁸⁰, alle quali avrebbe fatto seguito la compiuta teorizzazione di Franco Modugno⁸¹: in particolare, quest'ultimo è giunto a negare cittadinanza alla concezione tradizionale che vedeva nell'attività legislativa una funzione 'libera nei fini', in quanto tale non riducibile a indirizzi politico-legislativi o a canoni d'azione prestabiliti a livello costituzionale; al contrario, secondo lo studioso romano, la Costituzione italiana (e, con essa, le altre Costituzioni post-belliche assiologicamente connotate) rappresenta un sistema di valori e fini in sé compiuto e autosufficiente, idoneo a pervadere qualunque ambito, pubblico e privato, del vivere associato e dell'azione politica, conseguendone che l'attività legislativa non potrebbe esplicarsi se non seguendo i canali di scorrimento tracciati dalla Carta, dei quali costituirebbe la continuazione, sviluppo ed implementazione.

Sul fronte opposto vi sono invece coloro che contestano la configurabilità di un eccesso di potere nell'esercizio della funzione legislativa assimilabile all'omonima figura del diritto amministrativo, nella convinzione che vi sia una essenziale diversità qualitativa tra la funzione legislativa e quella amministrativa. Mentre, infatti, l'attività di *legis-latio* sarebbe connotata da uno spazio libero di azione che permette agli organi politici di scegliere i settori della vita sociale nei quali intervenire e di stabilire, in generale, gli scopi da perseguire (laddove non esplicitamente prestabiliti dalla Costituzione), l'attività di *legis-executio* si caratterizza al contrario per un rapporto di immediata derivazione rispetto agli spazi predefiniti dalla legge, nella cui attuazione ed esecuzione trovano la propria ragione giustificativa e un parametro sulla base del quale misurare ogni effetto, esprimendosi in ciò il collegamento funzionale tra l'atto amministrativo e la legge

⁷⁸ Basti pensare alle norme costituzionali (alcune delle quali rimaste tuttora inattuato) che impegnano il legislatore all'attuazione di riforme economiche e sociali ritenute indispensabili per la modernizzazione del Paese e la creazione di una società più giusta e solidale.

⁷⁹ V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pp. 61 ss.

⁸⁰ C. Mortati, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, n. 1/1949, I, 457 ss.

⁸¹ F. Modugno, *L'invalidità della legge*, Milano, 1970, II, pp. 616 ss.

attributiva del potere. Tra gli esponenti di questa seconda corrente vanno senz'altro ricordati i nomi di Livio Paladin⁸², Gustavo Zagrebelsky⁸³ e Alessandro Pizzorusso⁸⁴.

Senza che sia possibile approfondire le motivazioni che ciascuna delle due famiglie di dottrine ha rispettivamente addotto a sostegno della propria tesi, può comunque notarsi che il *punctum crucis* della diatriba sta nella questione se la 'discrezionalità legislativa' sia fenomeno equiparabile alla 'discrezionalità amministrativa', se cioè sia corretto, o viceversa equivoco, qualificare come 'discrezionale' il potere legislativo nella stessa accezione con la quale ci si riferisce al potere amministrativo. Al fondo di tale questione si pone il problema di chiarire se il fenomeno della discrezionalità sia strutturalmente unitario e qualitativamente non dissimile nell'uno come nell'altro caso, o al contrario se il lemma 'discrezionalità legislativa' sia una trasposizione comoda ma non fedele per descrivere la libertà di cui gode il Parlamento nel decidere tra più soluzioni ugualmente legittime ma con un margine di scelta che non si limita all'opzione per il mezzo che più appare idoneo a perseguire lo scopo avuto di mira, ma ancora prima a predefinire un indirizzo politico a mezzo della individuazione degli stessi scopi ai quali debba essere ispirata la successiva attività di attuazione. In questo secondo caso si sarebbe alla presenza di una libertà di scelta in cui il momento discrezionale assume i contorni di un atto politico propriamente inteso, distinto da un esercizio del potere amministrativo che, pur discrezionale, nondimeno è suscettibile di essere sindacato da parte di un giudice. A tale proposito, è stato notato – e ciò farebbe propendere per questa seconda lettura – che la Corte costituzionale è solita impiegare la figura della discrezionalità legislativa per riferirsi ad un complesso di decisioni che, avendo per oggetto valutazioni di opportunità, si sottraggono di per sé al controllo della Corte⁸⁵.

Sul punto si possono svolgere due ordini di considerazioni. In primo luogo, bisogna notare che la stessa nozione di discrezionalità è ambigua, in quanto generalmente

⁸² Cfr., in particolare, L. Paladin, *Osservazioni sulla discrezionalità e l'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/1956, pp. 1028 ss. e Id., *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pp. 304 ss.

⁸³ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, pp. 130 ss.

⁸⁴ A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, pp. 795 ss.

⁸⁵ Così L. Paladin, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, cit., p. 314; A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale*, cit., p. 797.

utilizzata per riferirsi ad un'attività di tipo non vincolato che, tuttavia, non può nemmeno ritenersi totalmente libera. L'attività discrezionale, più precisamente, si riferisce a quelle ipotesi di esercizio del potere che si pongono nell'intermezzo tra una attività totalmente vincolata e una totalmente libera. All'interno di questo *range* di ipotesi si può distinguere più casistiche, alcune con tante e varie soluzioni alternative e altre nelle quali il margine di scelta si riduce a due soluzioni o poco più. In secondo luogo, è curioso notare come sia la dottrina che la giurisprudenza utilizzino la figura della discrezionalità tanto per indicare una modalità di esercizio del potere da parte dell'autorità quanto per suggerire una tipologia di sindacato per il trattamento giurisdizionale delle valutazioni compiute dall'organo competente nell'ambito dello spazio discrezionale lasciato libero dalla norma attributiva del potere.

Il problema, quindi, sta a monte e si profila già al momento in cui bisogna definire cosa si intenda per discrezionalità, chiarendo se lo stesso termine – utilizzato in due diversi contesti – non si riferisca ad attività qualitativamente differenti. Almeno sul piano definitorio, sembra di potersi condividere l'opinione di Costantino Mortati secondo cui «la potestà discrezionale [è] nella sua essenza unitaria in ognuna delle sue manifestazioni, sicché i vari aspetti assunti da queste variano fra loro nel grado, non già nella qualità»⁸⁶. Che si tratti di discrezionalità legislativa o amministrativa, il lemma sta sempre ad indicare la libertà di scegliere tra più soluzioni astrattamente possibili, rispetto alle quali una norma di rango superiore non imponga vincoli o preferenze di contenuto. L'esercizio discrezionale del potere è quindi un tipo di attività non predeterminata nell'esito dalla norma sovraordinata, ma nemmeno totalmente libera da scadere nell'arbitrio, perché incontra comunque il limite dell'adozione degli strumenti più idonei al perseguimento degli scopi per cui la norma di rango superiore funzionalizza l'attività dell'organo cui ne sia demandata l'attuazione ed esecuzione.

L'eventuale differenza tra i due concetti deve pertanto ricercarsi nel grado di libertà che la norma attributiva del potere lascia all'autorità, se questa debba attenersi a canoni di comportamento che vincolano l'esercizio della funzione entro uno spettro contenuto di modalità di concretizzazione.

⁸⁶ C. Mortati, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 1108.

Rispetto a questo punto, può almeno dirsi che l'attività della pubblica amministrazione deve trovare fondamento in una specifica norma di legge attributiva del relativo potere (principio di legalità in senso formale). Tale legge deve, oltretutto, essere anche sufficientemente determinata da impartire le modalità nelle quali il potere deve essere esercitato (principio di legalità in senso sostanziale). In tal modo, un ordinamento di stampo liberal-democratico garantisce la libertà dell'individuo funzionalizzando l'attività degli apparati pubblici al perseguimento di obiettivi e interessi generali che delimitano oggettivamente i confini entro i quali il loro operato deve avere luogo.

Al contrario, l'attività legislativa non incontra specifici vincoli di natura sostanziale o procedurale se non quelli che discendono dalla Costituzione come norma giuridica precettiva. Tali limiti possono essere espressi (si pensi alle materie che l'art. 117, co. 2 Cost. riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, o alle regole sul procedimento legislativo, o alle leggi che l'art. 75, co. 2 Cost. sottrae al *referendum* abrogativo) o impliciti (si pensi, paradigmaticamente, agli ulteriori limiti che la giurisprudenza costituzionale ha individuato all'ammissibilità del procedimento referendario, o ai limiti inespressi alla revisione costituzionale o all'integrazione europea che, pur inespressi, discenderebbero dal complesso della Carta fondamentale), ma all'infuori di essi residua in capo al legislatore la potestà di normare qualunque aspetto della vita, interesse o attività che abbia rilevanza sociale. L'attività legislativa è, dunque, almeno in ipotesi indeterminabile *a priori*, dal momento che l'area di sua pertinenza è coestensiva rispetto alle ideologie sull'indirizzo politico-sociale.

Vi sono due aspetti ai quali usualmente ricorre la dottrina per argomentare la differenza tra la discrezionalità del legislatore e quella dell'amministrazione. In primo luogo, la legge attributiva del potere è normalmente corredata di prescrizioni di dettaglio che specificano effettivamente come e con quali modalità il potere debba venire esercitato dall'autorità amministrativa. Ciò è tanto più vero nell'attuale contesto storico, in cui si discorre di 'amministrazione per risultati' e si interpretano i principi di imparzialità ed efficienza di cui all'art. 97 Cost. come dei 'criteri di ottimizzazione' che impongono all'amministrazione di perseguire gli obiettivi prescritti dalla legge nel miglior modo con il minor dispendio di risorse. Difficilmente potrebbe dirsi lo stesso con riguardo all'attività legislativa, che vede quale proprio unico limite le prescrizioni costituzionali di dettaglio – che per la verità costituiscono l'eccezione – e di principio, che invero pongono,

di per sé prese, direttive piuttosto generiche rispetto alle forme e ai contenuti della legislazione.

In secondo luogo, e a maggior ragione, mentre l'attività amministrativa necessita di una base giuridica che conferisca espressamente all'autorità il potere di emanare provvedimenti in vista del perseguimento dell'interesse comune in un ambito materiale della vita associata, l'attività legislativa non incontra limiti di sorta con riguardo alle materie che è legittimato a regolamentare, né in relazione all'*an* né al *quando*. Tale aspetto rappresenta il momento di maggiore diversità tra le due specie di attività, in quanto mentre la prima è attributiva di una funzione indisponibile valutabile dagli organi di controllo in termini di risultato (all'uopo risarcibile, laddove l'inerzia della PA abbia cagionato un danno ai terzi interessati dalla sua azione), la seconda si caratterizza tendenzialmente⁸⁷ per essere libera nel fine, nella stessa scelta se regolamentare o meno – e quando – determinati settori della vita (*Kompetenz-Kompetenz*).

Il legislatore non si trova quindi nella stessa posizione dell'amministrazione nel momento in cui deve stabilire le finalità cui informare la propria azione e nell'individuare gli strumenti per mezzo dei quali attuare il proprio indirizzo politico.

La questione non è facilmente risolvibile, né può essere risolta con i soli strumenti dell'interpretazione. Vero è che limiti impliciti all'attività legislativa possono derivare da letture estensive dei disposti costituzionali, e in particolare dalle norme di principio che,

⁸⁷ L'avverbio è d'obbligo, perché, come si è anche sostenuto in questo scritto, vi possono essere circostanze di fatto e combinazioni di eventi che, in alcune particolari ipotesi, possono addirittura imporre al legislatore un obbligo di normazione di per sé costituzionalmente obbligato. L'attitudine della realtà fattuale a veicolare scelte di politica legislativa astrattamente lasciate libere dalla Costituzione è evidente proprio quando si ha a che fare con i fatti tecnico-scientifici, che rappresentano limiti naturali all'implementazione degli indirizzi legislativi. La stessa forza vincolante possono averla anche fatti di natura sociale o culturale, come è stato a proposito della sentenza n. 138/2010, con la quale la Corte costituzionale ha ammonito il legislatore affinché introducesse una disciplina giuridica per le coppie omosessuali: in assenza di una espressa prescrizione costituzionale in tal senso (in considerazione anche del fatto che, secondo la Corte, l'art. 29 Cost. presuppone la diversità sessuale quale requisito per contrarre matrimonio) la scelta di regolamentare o meno le unioni tra persone dello stesso sesso avrebbe dovuto essere, teoricamente, lasciata alla libera disponibilità del legislatore, mentre al contrario la Consulta ha riconosciuto un obbligo di normazione vincolato nell'*an* e discrezionale nel *quomodo*. Uno specifico obbligo di legiferare in tale materia, non derivando da alcuna prescrizione costituzionale, non può che essere considerato l'esito di una combinazione di fattori sociali e culturali che prima hanno fatto venir meno lo stigma morale sul fenomeno dell'omosessualità e, successivamente, hanno messo in evidenza la positiva rilevanza sociale delle unioni affettive composte da persone dello stesso sesso, come formazione sociale nella quale si svolge la personalità degli individui che la compongono.

per la loro carica assiologicamente eccedente⁸⁸, ben si prestano a spiegare un'efficacia onnipervasiva. Vero è anche, tuttavia, che al fondo del problema dell'eccesso di potere legislativo vi è una questione che attiene alla teoria della Costituzione e della forza cogente delle sue disposizioni: in sostanza, se la Carta fondamentale debba intendersi come un sistema di valori definito, autosufficiente e, in quanto tale, idoneo a condizionare ogni aspetto della futura attività legislativa, o piuttosto come un progetto politico che pone le basi iniziali per lo sviluppo dell'ordinamento, in sé non concluso, siccome strutturalmente aperto a più soluzioni nella disciplina di problematiche rispetto alle quali la Carta tace.

Nel primo caso si concepisce la Costituzione come un progetto totale e totalizzante, che non lascia nulla al libero gioco della politica ma costringe a scegliere, entro un ventaglio di scelte, quella (o quelle) che meglio si prestino ad un'attuazione ottimale del progetto costituzionale⁸⁹. Nel secondo caso, invece, la Costituzione viene vista come un progetto totale ma non totalizzante, cogente in ogni sua disposizione ma non perfetto, siccome aperto – per tutto quanto in esso non definito – alle soluzioni che di volta in volta appaiano più opportune alle forze politiche di maggioranza, secondo l'orientamento politico affermatosi al momento delle elezioni⁹⁰.

Questo discorso, che meriterebbe ben altro approfondimento rispetto allo schizzo che si è appena abbozzato, è d'aiuto nel contesto della presente trattazione perché permette di inquadrare le tecniche decisorie impiegate dalla Corte per decidere alcune

⁸⁸ La teoria che vede nei principi delle proposizioni dotate di «eccedenza assiologica» è stata, come noto, formulata da E. Betti, sul pensiero del quale si rinvia a M. M. Fracanzani, *Analogia e interpretazione conforme*, Milano, 2003, pp. 186 ss.

⁸⁹ Si tratta di una tesi evidentemente non compatibile con i principi di fondo del *political constitutionalism*, secondo cui la migliore risposta alle esigenze della società e alle questioni cruciali che la dividono sta nel compromesso tra i vari schieramenti politici, che non può venire sostituito o supplito a colpi di sentenza da parte della Corte costituzionale. In merito v. O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., pp. 201 ss. e 226 ss.

Come si vedrà, la tesi della Costituzione totale ha ricevuto ampio seguito in Germania, al punto che il Tribunale costituzionale federale non lesina a sindacare nel merito le scelte politiche del legislatore, indicando se del caso le alternative lungo le quali dovrà dirigersi la successiva attività normativa.

Come noto, la tesi secondo la quale i principi costituzionali esprimano 'precetti di ottimizzazione' (*Optimierungsgebote*), vale a dire come «norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali», è stata autorevolmente sostenuta da R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, p. 101.

⁹⁰ Questa tesi, invece, è quella che ancora oggi gode di maggior seguito presso la dottrina italiana. *Ex multis*, cfr. V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, pp. 277 ss.; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., pp. 13 ss.; R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2007, pp. 11 ss.; in specie pp. 25 ss.

delle questioni di costituzionalità che si sono analizzate nel capitolo precedente. Invero, ogni manifestazione di critica o approvazione alle decisioni del Giudice delle leggi rinvia ad una specifica concezione che l'interprete ha della Costituzione e del ruolo svolto dagli organi dello Stato nell'esercizio delle funzioni loro attribuite⁹¹.

L'adesione ad una piuttosto che ad un'altra concezione finisce per ridefinire i rapporti tra poteri dello Stato nell'ambito della forma di governo⁹².

9. *Analisi di un caso pratico alla luce del dibattito sull'eccesso di potere legislativo: la sentenza n. 84 del 2016 sulla destinazione degli embrioni alla ricerca scientifica*

Nella diatriba tra coloro che concepiscono la funzione legislativa come un potere libero nei fini e coloro che l'assimilano ad un processo di attuazione del disegno costituzionale astretto da vincoli che ne condizionano l'esercizio discrezionale è, a mio modo di vedere, esemplare la sentenza n. 84 del 2016. L'oggetto della questione atteneva al divieto assoluto di destinare alla ricerca le cellule staminali embrionali, anche nel caso in cui gli embrioni già prodotti non fossero più impiantabili e non fossero più suscettibili di venire utilizzati ai fini procreativi.

La questione è emblematica della difficoltà di inquadrare un problema di costituzionalità entro una configurazione che tenga conto delle molteplici sfaccettature che presentano le leggi a connotazione tecnico-scientifica. Tale multidimensionalità getta il Giudice delle leggi in una condizione di perenne incertezza rispetto alle tecniche di decisione da impiegare per la risoluzione della q.l.c., trattandosi di questioni che non si prestano a risposte definitive ma solo a provvisori assestamenti. Questioni caratterizzate da una immanente conflittualità, che non potendo essere risolte alla stregua di un unico

⁹¹ A tali posizioni sostenute da una parte (comunque minoritaria) della dottrina si aggiungono alcune isolate sentenze della Corte costituzionale, nelle quali si ricorre al lemma 'eccesso di potere legislativo' per indicare ipotesi nelle quali il Parlamento si sarebbe servito dello strumento della legge per perseguire fini obiettivamente esorbitanti le proprie attribuzioni (dunque in lesione della sfera di attribuzione di altri organi o poteri dello Stato) ovvero per eludere le disposizioni costituzionali che presiedono all'esercizio di funzioni sovrane ovvero alla disciplina di istituti a caratterizzazione pubblicistica (si pensi alla riproduzione di una legge espunta dall'ordinamento a seguito di un *referendum* popolare o alla elusione del giudicato costituzionale). Per una puntuale analisi critica di questa giurisprudenza si rinvia al lavoro di G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., pp. 143 ss.

⁹² Secondo L. Paladin, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere*, cit., p. 994, «l'accettazione dell'una o dell'altra costruzione dogmatica porta ad assegnare una ben diversa portata pratica ai poteri della Corte».

corollario, richiedono inevitabilmente una risposta di natura politica. Se una risposta deve essere data, la rimozione autoritativa del dubbio non può che venire dagli organi rappresentativi, e più che in altri casi l'azione della Corte si connota per il suo carattere moderatore piuttosto che mediatore⁹³.

L'analisi della sentenza n. 84 del 2016 suscita diverse considerazioni, per cui si ritiene opportuno scandirla in più punti, da un lato per agevolarne lo studio, dall'altro per separare tenere distinto il momento compilativo da quello propriamente critico⁹⁴.

9.1 Il problema della ricerca sugli embrioni nel prisma della discrezionalità del legislatore nel campo bioetico, con particolare riguardo alla definizione dello statuto normativo dell'embrione

Il livello di protezione da riconoscere all'embrione rispetto alle utilizzazioni che possono farsene a fini di ricerca e di sperimentazione è, come noto, una questione che non può essere risolta facendo appello alla scienza, da un lato perché le conoscenze attualmente disponibili non permettono di stabilire in quali termini l'embrione condivida le caratteristiche di un essere umano (quando cominci a prendere vita, se sia qualificabile come essere umano, quand'è che si sviluppa in un feto ecc.)⁹⁵, dall'altro perché la definizione dello *status* dell'embrione rinvia ad una qualificazione giuridica basata su un

⁹³ Secondo una nota distinzione che fa M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Milano, 1983, p. 232.

⁹⁴ Com'era prevedibile, la decisione è stata oggetto di alluvionali commenti da parte della dottrina, la quale a sua volta ha confermato l'estrema difficoltà di trovare punti fermi a partire dai quali imbastire una discussione tra parti contrapposte. A venire in rilievo non sono, infatti, solo diversi punti di vista su come impostare, in termini prettamente tecnici, la questione di costituzionalità su temi tanto controversi, ma anche diverse concezioni degli obblighi che discendono dalla Costituzione sul legislatore e, quindi, dell'ampiezza della discrezionalità politica del Parlamento. Sul punto si ritornerà più avanti, analizzando le tipologie di controllo sviluppate dalla Corte costituzionale per sindacare le scelte discrezionali del legislatore.

Tra i commenti alla decisione v. C. Casini, M. Casini, *Soggettività dell'embrione, "contraccezione di emergenza", obiezione di coscienza: riflessioni dopo la sentenza costituzionale 84/2016*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3/2016, pp. 863 ss.; A. Cossiri, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giur. cost.*, n. 2/2016, pp. 763 ss.; C. Picocchi, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, n. 12/2016, pp. 1437 ss.; V. Tigano, *De dignitate non disputandum est? La decisione della consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in *Dir. pen. cont.*, online, 2016, cui adde i numerosi contributi pubblicati su *BioLaw Journal*, ai quali si farà riferimento fra poco.

⁹⁵ Un riassunto delle principali posizioni sulla determinazione del momento d'inizio della vita umana e sulle difficoltà del tentativo di mettere d'accordo le vari sensibilità v. B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte riproduttive*, cit., pp. 318 ss.

apprezzamento di natura assiologica. Sicché, inevitabilmente, la protezione che ad esso accorda l'ordinamento costituisce l'esito di scelte convenzionali, che riflettono la sensibilità etica maggioritaria di una società complessa e pluralista. Decisioni di massima che, nonostante possano apparire discutibili o contrarie alle convinzioni della minoranza, non per ciò solo sono incostituzionali⁹⁶.

Nel caso definito con la sentenza n. 84 del 2016, la Corte costituzionale era stata chiamata a decidere della legittimità delle previsioni dei primi tre commi dell'art. 13 della l. n. 40/2004, nella parte in cui vietava in assoluto la possibilità di svolgere qualunque forma di ricerca e sperimentazione per finalità terapeutiche e diagnostiche che non vadano a beneficio dello stesso embrione⁹⁷. Le parti costituite lamentavano l'impossibilità assoluta di operare un qualche bilanciamento tra le esigenze delle attività di ricerca scientifica, impegnate in settori promettenti quali la terapia genica e l'impiego di cellule staminali embrionali, e lo statuto dell'embrione, normativamente configurato in maniera tale da impedire qualunque sua utilizzazione nel campo della ricerca bio-medica. Una questione – precisa la stessa Corte – che «rimanda al conflitto, gravido di implicazioni etiche oltreché giuridiche, tra il diritto della scienza (e i vantaggi della scienza ad esso collegati) e il diritto dell'embrione, per il profilo della tutela (debole o forte) ad esso dovuta in ragione e in misura del (più o meno ampio) grado di soggettività e di dignità antropologica che gli venga riconosciuto»⁹⁸.

⁹⁶ Già nella sentenza n. 229 del 2015, la Corte aveva giustamente riconosciuto che le previsioni, anche penali, stabilite dal legislatore del 2004 a tutela della vita dell'embrione trovano il proprio fondamento nella scelta politica di accordare a questo un grado elevato di protezione, ciò in quanto «quale che ne sia il, più o meno ampio, riconoscibile grado di soggettività correlato alla genesi della vita, non è certamente riducibile a mero materiale biologico». Con ciò la Corte prende atto che la tutela giuridica dell'embrione è un valore che il legislatore si è espressamente fatto carico di salvaguardare, il cui affievolimento è dunque possibile, in sede di scrutinio di costituzionalità, nella misura strettamente necessaria a preservare altri interessi costituzionali eventualmente prevalenti nel conflitto, al pari di quanto la Corte aveva in passato stabilito nella sentenza n. 27 del 1975 a proposito della tutela del concepito. La distruzione degli embrioni malati non potrebbe giammai risultare un interesse prevalente o necessario in un ipotetico bilanciamento, da un lato perché la loro malformazione non ne giustifica, per ciò solo, un trattamento deteriore rispetto agli embrioni sani, dall'altro perché tale divieto non comporta l'impianto coattivo nell'utero della gestante, con violazione del suo diritto all'autodeterminazione nella scelta dei trattamenti sanitari.

⁹⁷ In verità, la Corte era stata investita anche della q.l.c. sulla legittimità dell'art. 6, co. 3 della stessa legge n. 40/2004, nella parte in cui impediva la revoca del consenso al trattamento di PMA dopo la fecondazione dell'ovocita. La questione era stata, tuttavia, dichiarata inammissibile per mancanza di rilevanza, stante il fatto che la paziente del giudizio principale, inizialmente renitente a continuare il trattamento, aveva in seguito acconsentito all'impianto in utero dell'unico embrione sano.

⁹⁸ Corte cost., sent. n. 84/2016, punto 8.1 del C.i.D.

Per quanto rileva in questa sede, nonostante la Corte dichiari la inammissibilità della questione per rispetto della discrezionalità del legislatore, essa si dilunga in considerazioni che aiutano significativamente a comprendere il punto di vista del Giudice delle leggi sul margine di libertà che spetta al Parlamento nella risoluzione del conflitto tra diritto e scienza in ipotesi connotate da alta conflittualità etico-sociale, laddove a venire in gioco non sia il diritto alla salute in senso proprio. Gran parte della motivazione in diritto della pronuncia è, in effetti, tesa a dimostrare che la questione dell'utilizzo degli embrioni a scopi di ricerca scientifica è oggetto di profonde divisioni tra i giuristi, gli scienziati e la stessa società civile, tanto da passare sinteticamente in rassegna la ragioni a favore e contro tale pratica⁹⁹, evidenziando come anche a livello europeo non si sia formato alcun *consensus* idoneo a limitare l'ampio margine di apprezzamento degli organi politici¹⁰⁰. Forte di ciò, la Corte chiosa sostenendo che quella compiuta con la normativa impugnata è «una scelta di così elevata discrezionalità, per i profili assiologici che la connotano, da sottrarsi, perciò stesso, al sindacato di questa Corte»¹⁰¹.

È una affermazione, questa, che in parte contraddice il portato delle proprie precedenti pronunce, nelle quali la Consulta non si è affatto arrestata dal mettere in discussione la “posizione di privilegio” che, di fatto e di diritto, la legge aveva riservato all'embrione in virtù di alcune norme e divieti poi dichiarati incostituzionali. La possibilità di modificare in senso peggiorativo lo statuto conferito dalla legge all'embrione si era rivelata, invero, un'opzione possibile fino a che l'altro termine del bilanciamento era il diritto alla salute della donna e della coppia¹⁰².

⁹⁹ Si fa riferimento ai paragrafi 10.1 e 10.2 della sentenza, che riportano sinteticamente le varie posizioni della dottrina, sia giuridica che scientifica, a favore o contro la destinazione degli embrioni non impiantabili alla ricerca scientifica.

¹⁰⁰ Il riferimento è alla Corte EDU, Grande Camera, sentenza d.d. 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, ric. n. 46470/2011, la quale, dopo aver dichiarato irricevibile il ricorso sotto il profilo della denunciata violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 (in relazione al rispetto del diritto di proprietà), ha poi escluso che il divieto di destinare gli embrioni alla ricerca scientifica rappresenti una violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU, non trattandosi di un aspetto tanto sensibile e importante da attentare all'esistenza individuale.

¹⁰¹ *Ivi*, punto 11 del C.i.D.

¹⁰² Come ritenuto da molti commentatori: cfr. C. Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw J.*, n. 2/2016, pp. 167 ss.; M. D'Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, *ivi*, pp. 171 ss.; M. P. Iadicicco, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, *ivi*, pp. 183 ss.

La facoltà di dare una diversa configurazione al bilanciamento tra i valori in conflitto sembra, dunque, possibile – nell’opinione della Corte – solo tramite una iniziativa di natura politica (parlamentare o referendaria), dovendosi concludere che non esista alcun diritto o interesse concorrente (nemmeno quello della scienza) al di fuori del diritto alla salute che sia in grado di scalfire, per via giurisprudenziale, il valore legislativamente positivizzato della dignità dell’embrione. Quest’ultimo sembra un termine di riferimento al quale la Corte ritiene di doversi attenere, in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, in quanto parametro interno alla legge 40 in linea di principio insindacabile¹⁰³, salva l’ipotesi in cui si determinasse eventualmente l’ingiustificato sacrificio di altri diritti da considerare prevalenti nel bilanciamento¹⁰⁴.

Il problema centrale in questa sentenza – che peraltro si staglia all’orizzonte di tutte le decisioni costituzionale in materia di PMA – riposa proprio nella difficoltà di dare consistenza al concetto di ‘dignità antropologica dell’embrione’ che, in mancanza di qualsivoglia appiglio contenutistico nei parametri costituzionali e interposti, deve essere sostanziato facendo riferimento allo statuto normativamente delineato nella legislazione speciale in materia di diritti riproduttivi. Si è già detto, infatti, che, in questo caso come in altri passati, la ragionevolezza dei singoli disposti normativi viene valutata dalla Corte controllando che alla materia sia stato riservato un trattamento giuridico omogeneo in rapporto alle scelte di valore compiute dagli organi della rappresentanza politica, i quali godono generalmente di un’ampia discrezionalità in assenza di precise indicazioni da parte della Carta fondamentale.

Il divieto posto dal legislatore presuppone una opzione assiologica che risolve il conflitto tra il valore della dignità dell’embrione e il valore della ricerca scientifica nel senso della totale prevalenza del primo rispetto al secondo, “assestando” il bilanciamento

¹⁰³ Sulla dignità dell’embrione come terzo referente o parametro interposto al quale la Corte si sente vincolata v. G. Razzano, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell’embrione e l’interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, in *BioLaw J.*, n. 2/2016, pp. 223 ss., in specie pp. 237 ss., la quale condivide la decisione della Consulta di dare la prevalenza alla gravidanza assiologica dell’embrione rispetto ad un indiscriminato principio di utilità. Secondo l’Autrice, il principio del rispetto della dignità dell’embrione impone di vietare qualunque condotta tesa alla strumentalizzazione dello stesso, rimanendo irrilevante che l’embrione non impiantato sia comunque destinato a morire.

¹⁰⁴ Questo profilo è ben evidenziato da C. Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale*, cit., pp. 165-166, il quale lucidamente rileva che se la ricerca medica condotta mediante l’impiego di cellule staminali embrionali (ESC) fosse stata ad un punto più avanzato, al punto da offrire una sicura alternativa terapeutica, sarebbe stato possibile invocare il parametro dell’art. 32 Cost., da cui si sarebbe probabilmente avuto anche un diverso esito nel verso della decisione.

in un punto della linea della discrezionalità politica posto all'estremo più favorevole per lo statuto dell'embrione. Da questo punto di vista, la 'dignità dell'embrione' non è qualcosa che si trovi "in natura", né gode di uno statuto minimo oggettivo e autoevidente che lo sottragga a qualsivoglia compromesso ad opera della maggioranza di turno: essa è, appunto, un 'ente normativo', una costruzione giuridica fatta apposta per preservare l'intangibilità di certi valori, ma proprio per questo non rimane indenne al moto caduco del tempo e al mutamento dei valori etico-sociali. In forza di ciò, la modificazione dello statuto dell'embrione non potrebbe avvenire per via giurisprudenziale (salva l'ipotesi di cui si è detto), ma deve ordinariamente avvenire per iniziativa della politica.

Il principio della dignità antropologica dell'embrione rappresenta, dunque, un parametro interno alla legge sulla PMA col quale la Corte deve rapportarsi nel momento in cui si appresta a risolvere una questione di legittimità costituzionale destinata ad impattare sullo statuto dell'embrione stesso. Da un punto di vista costituzionalistico si tratta di stabilire se la posizione nettamente proibitiva del legislatore rientri nel margine di discrezionalità di cui gode, o se invece, anche alla luce delle evidenze scientifiche relative al "destino" cui vanno incontro gli embrioni crioconservati, non sia piuttosto tenuto a prevedere delle eccezioni che realizzino, in questi casi limite, una ragionevole compensazione tra il reciproco sacrificio dei valori in conflitto¹⁰⁵.

La tutela della dignità dell'embrione apprestata dalla l. n. 40/2004 (che viene perseguita vietando in assoluto qualsivoglia forma di strumentalizzazione nell'ambito della ricerca e della sperimentazione scientifica), anche a seguito degli interventi demolitori della Consulta, comporta che gli embrioni non impiantabili perché malati non possano comunque essere distrutti per scopi di ricerca, ma debbano essere crioconservati in azoto liquido per un tempo indefinito. A questo proposito, i critici della sentenza fanno

¹⁰⁵ Si noti che la ricerca scientifica è un valore espressamente sancito agli articoli 9 e 33 della Costituzione, mentre la dignità dell'embrione è un valore la cui determinazione è rimessa ad una decisione del legislatore, rispetto alla quale la Costituzione non pone – almeno formalmente – vincoli di contenuto. Ciò è confermato da un lato dal *dictum* della sentenza n. 27 del 1975, nella quale la Corte ha negato che lo statuto giuridico del feto (e a maggior ragione dell'embrione) possa considerarsi equiparato a quello di una persona già nata (escludendo così che l'embrione goda della protezione *pleno iure* discendente dall'art. 2 Cost.); dall'altro dall'affermazione – costante nella giurisprudenza costituzionale – secondo cui le regole poste dalla l. n. 40/2004 non hanno un contenuto costituzionalmente vincolato. Non si ritiene, peraltro, che la diversità gerarchica della fonte del riconoscimento valga a determinare la prevalenza assiologica della ricerca scientifica sulla dignità dell'embrione, posto che i valori costituzionali non definiscono una scala gerarchica fissa, e non necessariamente prevalente rispetto agli scopi positivizzati nella legislazione ordinaria.

notare che questa soluzione non necessariamente persegue il valore della dignità dell'embrione nella maniera più favorevole, essendo oggi assodato, da un punto di vista scientifico, che il processo di crioconservazione non li sottrae al destino ineluttabile dell'autoestinzione¹⁰⁶. Sotto questo aspetto, la scelta legislativa non si dimostra ottimale e finisce per far stagnare l'embrione in uno stato d'incertezza che da un lato – almeno secondo un certo punto di vista – non realizza appieno la sua dignità, dall'altro impedisce l'espansione di altri valori costituzionali come l'interesse alla ricerca scientifica e il diritto alla salute. Al contrario, se venissero previste limitate eccezioni al divieto, la parziale perdita nella tutela oggettiva dell'embrione verrebbe compensata da (altamente) probabili avanzamenti nella ricerca scientifica su malattie gravissime o mortali e, dunque, da un miglioramento nella garanzia del diritto alla salute¹⁰⁷.

Ciò che risulta difficile, più che altro, è immaginare casi nei quali un simil grado di protezione dell'embrione sia tale da pregiudicare in maniera sproporzionatamente non giustificabile l'interesse all'avanzamento della scienza, andando indirettamente a ripercuotersi su altri beni costituzionali come il diritto alla salute o la protezione delle specie: bisognerebbe immaginare casi nei quali la ricerca sugli embrioni sia di tale importanza da escludere diverse alternative per perseguire uno stesso o analogo risultato. Alternative che, secondo la Corte, esistono, come ad esempio la ricerca condotta mediante l'utilizzo della tecnica di regressione delle cellule somatiche adulte fino ad uno stadio prossimo a quello embrionale, o comunque mediante l'utilizzo di cellule staminali umane¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Sul punto si veda ancora C. Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale*, cit., pp. 162-163, per il quale non sarebbe nemmeno corretto parlare di embrioni *tout court*, ma di embrioni per i quali è sfumato qualsiasi possibile sviluppo biologico, o comunque di embrioni già morti nei quali residuano cellule ancora vive.

¹⁰⁷ La ricerca sugli embrioni sembra, infatti, offrire prospettive molto promettenti per quanto riguarda terapie sperimentali che consentono la rigenerazione di organi e tessuti umani gravemente danneggiati, nonché la cura di malattie oggi incurabili come il morbo di Parkinson, le neoplasie, il diabete, l'ictus, le malattie cardiache e la cecità. In merito v. G. Baldini, *Embrioni soprannumerari, ricerca scientifica e divieti normativi. Riflessioni a margine della prima giurisprudenza italiana e della Corte EDU*, in *BioLaw J.*, n. 2/2016, pp. 271 ss., in specie p. 274.

¹⁰⁸ Il riferimento è contenuto in Corte cost., sent. n. 84/2016, punto 10.2 del C.i.D. Tale assunto è stato specificamente contestato da C. Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale*, cit., pp. 165-166, il quale evidenzia che in realtà, allo stato delle conoscenze scientifiche disponibili, vi sono profonde differenze fra le cellule staminali embrionali e le cellule pluripotenti indotte, che impedirebbero fare di queste ultime un uso parificabile all'impiego delle prime.

Più nello specifico, una parte della dottrina ha giustamente evidenziato che la problematica attorno alla possibilità di fare ricerca sugli embrioni richiede che ci si interroghi previamente se, anche da un punto di vista biologico, la nozione legislativa di ‘embrione’ non sia una categoria generale e generica entro la quale siano ricomprese entità tra loro molto diverse, insuscettibili di essere messe sullo stesso piano. In tal caso, sorgerebbe il dubbio sul fatto che un indistinto trattamento giuridico per entità tra loro impari sia contrario al principio di ragionevolezza, sia sul piano dell’uguaglianza giuridica sia su quello del ragionevole bilanciamento dei diritti e degli interessi contrapposti¹⁰⁹.

Il problema, tuttavia, sta proprio nel margine di discrezionalità che la Consulta riconosce al legislatore, che in questo ambito è molto ampio; di conseguenza, la normativa, per essere legittima, non deve per forza recare un bilanciamento ispirato ad un rapporto di diritta proporzionalità tra l’espansione di un valore e la limitazione dell’altro, risultando legittime anche soluzioni nelle quali – salvo il limite della ‘manifesta irragionevolezza’ – alla limitazione di un valore non corrisponda un uguale beneficio per l’altro. Così opinando (e sembrerebbe che la Corte abbia ragionato proprio così) può allora affermarsi che il giudizio di legittimità costituzionale non avrebbe comunque avuto esito differente, perché in tale prospettiva non sarebbe manifestamente irragionevole considerare prevalente la dignità dell’embrione (che rappresenta un valore cui è riconosciuta una oggettiva consistenza da parte della legge), a fronte del fatto che la comunità scientifica si presenta a tutt’oggi divisa sull’impiego delle cellule staminali embrionali nella ricerca sperimentale, non essendo in grado di offrire certezze sulla reale utilità del sacrificio richiesto¹¹⁰.

¹⁰⁹ Sul punto si vedano, soprattutto, le considerazioni di C. Piciocchi, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione*, cit., p. 1438, la quale ricorda come le legislazioni inglese e spagnola distinguano opportunamente, già a livello normativo, tra ‘embrione’ e ‘pre-embrione’, ammettendo la possibilità di svolgere ricerca scientifica sul secondo; M. P. Iadicicco, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati*, cit., pp. 190-191, la quale distingue a sua volta tra diverse tipologie di embrioni sovrannumerari (embrioni assolutamente non impiantabili perché malati, embrioni sani il cui impianto sia stato differito per ragioni di natura medico-terapeutica, embrioni crioconservati da così lungo tempo da aver perso le qualità di svilupparsi in un feto ecc.).

¹¹⁰ Questo passaggio della motivazione della sentenza è stato oggetto di critica trasversale da parte della dottrina. Il fatto che vi sia ancora incertezza nella comunità scientifica sugli usi che si potranno fare delle cellule staminali non giustifica, infatti, un *non liquet* da parte della Corte. L’incertezza scientifica non può tradursi, infatti, nella recezione acritica della posizione sposata dal legislatore, e non esime la Corte dal compito di valutare la correttezza del bilanciamento tra i beni costituzionali in gioco. Cfr. A. Ruggeri, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di corte*

Un simile risultato lascia senz'altro insoddisfatti, e può sembrare una soluzione ipocrita nel far prevalere senz'altro i diritti di un'entità che non gode della piena capacità giuridica, e già in altre occasioni ritenuto sacrificabile in un concreto conflitto con i diritti della persona: anche senza ritenere attuale la necessità di sacrificare l'embrione rispetto al progresso della scienza, o in rapporto al diritto alla salute di una persona gravemente malata, si potrebbe sostenere che i costi dell'effetto del divieto si produrranno in termini di vite umane non salvate e di feti abortiti, in quanto la ricerca con le cellule staminali embrionali potrebbe dare una risposta sia a patologie che impediscono di portare a termine una gravidanza, sia a patologie che cagionano la morte dei nuovi nati nel giro di poco tempo dalla nascita. Sotto questo aspetto potrebbe, dunque, affermarsi che il danno provocato dal divieto in questione è già attuale e porta al sacrificio di beni che, in altri contesti, sarebbero sicuramente considerati prevalenti¹¹¹.

Ma anche questo ragionamento non vale necessariamente a scalfire la decisione finale della Consulta. La Costituzione non esclude, infatti, la possibilità di porre dei limiti alla ricerca scientifica allo scopo di tutelare beni e valori che il legislatore ritiene prevalenti per ragioni morali. Inoltre, dal dettato costituzionale non risulta alcun principio di "maggiore utilità" che imponga di assecondare in ogni caso la soluzione più conveniente da un punto di vista quantitativo: il problema della legittimità del divieto assoluto di produrre cellule staminali embrionali per scopi di ricerca non è risolvibile assumendo che il sacrificio degli embrioni non impiantabili sia funzionale a migliorare la salute sia degli uomini che degli embrioni, ma deve essere affrontato interrogandosi se il legislatore goda della discrezionalità di regolare in termini restrittivi la ricerca scientifica

cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca), in *BioLaw J.*, n. 2/2016, pp. 245 ss., per il quale il valore della solidarietà sociale avrebbe dovuto indurre il legislatore a destinare gli embrioni non impiantabili alla ricerca scientifica, nell'interesse e a beneficio dell'intera comunità; A. Spadaro, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice...* (nota a *C. cost.*, sent n. 84/2016), *ivi*, pp. 253 ss., il quale critica sia il richiamo alle incertezze della scienza (che definisce inutilmente "elusivo") sia il riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU che ne fa la Corte, perché non mancavano di certo parametri interni idonei ad indirizzare verso un altro tipo di bilanciamento (l'Autore parla a riguardo di "de-costituzionalizzazione del bilanciamento").

¹¹¹ Si veda, però, la critica di G. Baldini, *Embrioni soprannumerari, ricerca scientifica e divieti normativi*, cit., p. 281, il quale contesta in radice l'assunto secondo cui la ricerca sugli embrioni comporterebbe la loro inevitabile distruzione, dal momento che vi sono alcune moderne tecniche di prelievo che consentono l'estrazione di cellule staminali dalla blastocisti senza distruggerla e senza comprometterne la viabilità.

per evitare la compromissione di beni ai quali la collettività riferisce un altissimo contenuto etico¹¹².

Si ritiene che la risposta debba essere positiva, perché mentre la ricerca scientifica non incontra confini nazionali, essa deve fare i conti con la sensibilità etica di ciascuna società, e può legittimamente essere impedita dall'uso di pratiche che repellono ai suoi membri, a patto però che tale divieto non ne ostacoli irrimediabilmente le capacità di sviluppo. Ciò sembra confermato dal fatto che la Corte risolve la questione come un problema di competenza rispetto al soggetto che debba considerarsi più legittimato ad esprimere una opzione di valore, perché «[a] fronte, dunque, di quella che qualcuno ha definito “una scelta tragica”, tra il rispetto del principio della vita (che si racchiude nell’embrione ove pur affetto da patologia) e le esigenze della ricerca scientifica [...] la linea di composizione tra gli opposti interessi, che si rinviene nelle disposizioni censurate, attiene all’area degli interventi, con cui il legislatore, quale interprete della volontà della collettività, è chiamato a tradurre, sul piano normativo, il bilanciamento tra valori fondamentali in conflitto, tenendo conto degli orientamenti e delle istanze che apprezzati come maggiormente radicati, nel momento dato, nella coscienza sociale»¹¹³.

Si tratta di un chiaro riconoscimento del fatto che, secondo la Corte, la decisione sul destino degli embrioni, imponendo un confronto sulla problematicità etica di tale scelta, non può essere risolta con gli strumenti del diritto costituzionale, ma solo mediante una «valutazione di opportunità (sulla base anche delle “evidenze scientifiche” e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale)»¹¹⁴, che ovviamente spetta alla politica alla luce anche di un confronto svolto in seno alla società civile.

¹¹² In questo senso anche C. Piciocchi, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione*, cit., p. 1442, per la quale il principio del pluralismo assiologico preclude di per sé un intervento additivo della Corte costituzionale in un settore tanto sensibile e dai risvolti tanto divisivi come quello in questione.

¹¹³ Corte cost., sent. n. 84/2016, punto 11 del C.i.D.

¹¹⁴ *Ibidem*. Opportunità «in ordine, tra l’altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente “non biopsabili”; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il “sacrificio” dell’embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la “commercializzazione” degli embrioni residui».

9.2 *La decisione attorno alla destinazione degli embrioni sovranumerari allo specchio della discussione sulla discrezionalità del legislatore: scelta libera nei fini o vincolata sul piano dei principi?*

Come anticipato, il caso trattato dalla Corte nella sentenza n. 84 del 2016 si presta ad essere analizzato dal punto di vista della dottrina dell'eccesso di potere legislativo. Le motivazioni addotte dalla Corte per giustificare il dispositivo di inammissibilità e le critiche rivolte dalla dottrina paiono separate da un'insormontabile diversità di vedute in merito all'ampiezza della discrezionalità di cui gode il legislatore nella materia *de qua* e sul grado di vincolatività dei principi costituzionali rispetto alla risoluzione di questioni su cui la Costituzione formalmente tace. Chiara è l'idea che se ne trae: mentre per la Corte la discrezionalità del legislatore in questo ambito è talmente ampia da essere insindacabile in sede di scrutinio di legittimità, per la dottrina i principi costituzionali invocati sono sufficientemente precisi da indirizzare il bilanciamento verso soluzioni più compromissorie rispetto alla rigida disciplina contenuta nella l. n. 40/2004. Difficile dire quale delle due teorie sia la più corretta, e quale si avvicini maggiormente al disegno costituzionale.

Letta alla luce della dottrina dell'eccesso di potere legislativo, la soluzione stabilita dalla legge deve ritenersi eccedente rispetto allo scopo di dare piena attuazione ai valori in gioco (non necessariamente di rango costituzionale), che avrebbe dovuto essere realizzato optando per la soluzione che meglio persegua la maggiore espansione di ciascuno (*Optimierungsgebot*), mentre invece impedisce, allo stato, il rapido e benefico avanzamento della ricerca scientifica senza che all'embrione sia assicurata una tutela che omaggi nel modo migliore la sua dignità¹¹⁵.

¹¹⁵ Si è già ricordato che gli studi scientifici confermano che l'embrione non impiantato perde col tempo la propria vitalità fino ad estinguersi. L'alternativa alla distruzione dell'embrione non è, dunque, la sua permanenza in vita, ma una modalità alternativa di morire. Per tale ragione, la dottrina si è chiesta se non sia più utile (e, addirittura, più conforme all'intento legislativo) ammettere una destinazione dell'embrione che, fermo restando il suo ineluttabile destino di morte, ne avrebbe valorizzato appieno la dignità assiologica, permettendo di accedere ad un patrimonio di conoscenza che gioverà all'intero genere umano. Cfr. M. P. Iadicicco, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati*, cit., p. 193; A. Ruggeri, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati*, cit., p. 251, per il quale questo aspetto (il fatto che gli embrioni crioconservati non potranno perdurare all'infinito) milita contro l'argomento del principio di precauzione, pure impiegato dalla Corte, e avrebbe al contrario dovuto indirizzare verso una soluzione più fedele al principio di solidarietà sociale; A. Spadaro, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili*, cit., pp. 263-265.

Tale risultato non solo è inutile in rapporto all'obbiettivo costituzionale (ammesso che la Costituzione debba leggersi in questo modo) di conseguire il miglior beneficio possibile dal bilanciamento dei beni in conflitto, ma si presenta anche irragionevole in quanto pregiudica la migliore attuazione del (concreto) diritto alla salute e della dignità di quelle persone in carne ed ossa che soffrono di malattie gravissime a favore della (astratta) dignità dell'embrione (che persona deve ancora diventare... *rectius*: che non potrà diventare). La soluzione apprestata dal legislatore non è, quindi, affatto ottimale e reca uno (s)bilanciamento a tutto favore di uno solo dei valori in gioco, che pure in numerose altre occasioni era stato ritenuto, a certe condizioni, sacrificabile dal Giudice costituzionale nell'interesse del diritto alla salute della donna e della coppia.

Da un diverso punto di vista, se si analizza la soluzione normativa in base alla dogmatica tradizionale che vede nel legislativo un potere libero nei fini, sembra corretto concludere (come ha fatto la Corte nel caso specifico) che, in assenza di una precisa indicazione da parte della Costituzione, rientri nella libera disponibilità del Parlamento la previsione di un regime di maggior favore conforme al sentire etico-sociale della comunità, espresso per il tramite dei rappresentanti del popolo.

In questi termini, non si tratta di raggiungere la soluzione ottimale tra quelle che meglio garantiscono – al netto del bilanciamento – la massima espansione dei valori in gioco, ma di rispettare una decisione di principio che, in quanto non costituzionalmente imposta, rientra nello spazio discrezionale del legislatore ordinario. In quest'ottica, la soluzione prescelta dalla l. n. 40/2004 non si presenta irragionevole, proprio perché la Costituzione non contempla alcun principio di utilità¹¹⁶ (o di 'maggiore utilità') che imponga al Parlamento di adottare la soluzione più benefica e assolutamente migliore per il bene comune (chi può dire quale sia il 'bene' della comunità, quando si è di fronte a questioni altamente controverse?). In un regime democratico, l'utile non è un bene

¹¹⁶ In questo senso G. Razzano, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica*, cit., pp. 237 ss., la quale insiste sulla correttezza della scelta legislativa di vietare qualunque strumentalizzazione dell'embrione e che, a questo proposito, il principio della dignità assiologica dell'embrione rimane indifferente alla considerazione che l'embrione crioconservato sarebbe, a lungo andare, destinato ad estinguersi, spiegando quale proprio effetto di vietare in assoluto qualunque gesto strumentalizzante che riduca l'embrione a mera *res*. Nel pensiero dell'Autrice, inoltre, la specifica gravidanza assiologica della dignità dell'embrione osta ad un'eventuale riforma della legge n. 40/2004 che ammetta, anche parzialmente, alcune limitate ipotesi di ricerca sugli embrioni. Come ampiamente esposto, tuttavia, non è questa l'indicazione che dà la Corte, la quale semplicemente si limita a rimettere al legislatore la scelta circa la tipologia di embrioni da assoggettare a ricerca scientifica, a quali condizioni e per quali scopi.

misurabile in termini quantitativi bensì qualitativi, non si identifica con ciò che è “buono” in termini veritativi, ma di ciò che è ritenuto opportuno secondo l’opinione che, in un determinato periodo storico, ne ha la maggioranza dei consociati¹¹⁷.

Questa diatriba, inoltre, conferma la centralità dell’interpretazione nell’opera di deduzione mediante la quale il giurista deriva dai disposti costituzionali le condizioni per l’esercizio di un diritto o, correlativamente, la presupposizione di obblighi che fanno capo agli organi destinatari di quei precetti, i quali sul piano pratico si traducono in precisi vincoli su come agire o non agire. A seconda che si diano letture più o meno estensive del testo costituzionale si finisce col riservare margini, rispettivamente, più angusti o più ampi al libero esplicarsi della discrezionalità legislativa, per cui anche le risposte che si danno al quesito sui confini esterni di quest’ultima variano sensibilmente, finendo talvolta per giungere a risultati radicalmente diversi.

Per questa ragione, non è facile dire quale delle due alternative sia la più giusta, mentre forte è la tentazione di considerarle entrambe espressione di un legittimo (e ugualmente corretto) punto di vista, nonostante la evidente diversità di presupposti interpretativi da cui prendono le mosse. La risposta alla domanda che si è giustappunto posta rimanda, infatti, alla concezione che lo studioso ha della Costituzione come atto politico e documento normativo, alla sua opinione circa il ruolo e la funzione della Corte costituzionale, al modo in cui si interpreta il principio di separazione tra poteri dello Stato. Questioni tanto antiche ma allo stesso tempo attualissime, sulle quali la discussione è destinata a non esaurirsi, poiché è su quelle fragili fondamenta che si erge la cattedrale della teoria costituzionale.

Nell’opinione di chi scrive, la decisione della Consulta non può considerarsi sbagliata, perché, nonostante vi siano buone ragioni sia a favore che contro la soluzione la soluzione legislativa di vietare in assoluto la ricerca scientifica con cellule staminali,

¹¹⁷ Si vedano, ancora, le considerazioni di N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto*, cit., p. 926, per il quale «[p]er i singoli che, in nome di un principio (di un valore!), si vedono riconosciuto un diritto – magari un «nuovo» diritto, usando il linguaggio solo apparentemente rassicurante dell’oggi – il guadagno è netto in termini di libertà e affermazione individuale: ma ognuno vede la portata conflittuale di questa operazione di potenziale decostruzione dei significati oggettivi contenuti nelle scelte del legislatore democratico-rappresentativo». Per l’Autore, la conseguenza del fatto che i magistrati (in particolare i giudici costituzionali) sostituiscano i propri apprezzamenti a quelli a suo tempo compiuti dal legislatore è che «le decisioni giurisdizionali innovative (e non di rado anche contraddittorie) sui casi più controversi e paradigmatici, rischiano di diventare lo specchio di conflitti di valore che si esibiscono interamente sulla scena pubblica, e che nessuna funzione regolatrice rischia di riuscire a «ordinare» e a ricondurre ad unità» (*ibidem*).

essa non contrasta manifestamente con nessuna norma di scopo o vincolo costituzionale espresso, con la conseguenza che il Parlamento non ha esorbitato (tantomeno manifestamente) dal margine di apprezzamento che la Costituzione gli riserva. Inoltre, quando si tratta di risolvere problemi etici che dividono nel profondo la società, senza che la Costituzione non indichi una strada precisa da seguire, non è affatto scorretto che il Giudice costituzionale si attenga ad un atteggiamento di sostanziale *self-restraint*, lasciando che le parti in conflitto trovino un compromesso nella sede politica piuttosto di rimuovere autoritativamente il dubbio in sede giurisdizionale e calare dall'alto una decisione che la società non è probabilmente ancora pronta ad accettare, essendo una questione tanto complessa e divisiva su cui non ha ancora raggiunto un minimo di consenso¹¹⁸.

Nonostante tale soluzione possa apparire irrazionale perché (apparentemente) non considera le (concretamente molto probabili) prospettive di guarigione che la ricerca condotta con l'impiego di cellule staminali embrionali potrebbe svelare per le persone gravemente malate, viene assai difficile giustificare uno scrutinio tanto incisivo nell'ambito di un controllo di legittimità, perché si ritiene che il testo costituzionale non precluda al legislatore di apporre vincoli modali alla ricerca scientifica onde impedire

¹¹⁸ Questo è l'argomento cui ricorre sistematicamente anche la Corte Europea dei diritti dell'uomo quando si trova a giudicare di questioni di convenzionalità che tangono problematiche di ordine etico e sociale, sulle quali non si è ancora creato un *consensus* sufficientemente robusto a livello europeo.

Senza soffermarsi su specifici precedenti (nel caso di specie, tuttavia, è d'obbligo il rinvio alla decisione della Grande Camera sul caso *Parrillo c. Italia*, cit., §§ 174 ss.), la Corte di Strasburgo ha sempre precisato che l'oggetto del proprio sindacato non è la correttezza delle soluzioni legislative *per se* prese a livello nazionale, ma del loro impatto sui diritti dei ricorrenti tutelati a livello convenzionale. A questo proposito, con riguardo alle questioni particolarmente divisive sul piano etico-sociale, la Corte richiede, per intensificare il proprio sindacato, che si sia formato un consenso comune a livello europeo sulle risposte da dare.

Il richiamo alla teoria del *consensus* non è un implicito rinvio al mero sentire della maggioranza, ma un *self-restraint* giustificato dal fatto che, visto l'impatto che la decisione del giudice europeo avrà per l'intera collettività nazionale, è necessario che la società sia pronta ad accettarla.

quelle pratiche che ripugnano al senso morale della comunità¹¹⁹, che peraltro non reca un pregiudizio diretto, grave e irrimediabile al progresso della ricerca scientifica¹²⁰.

La decisione della Corte potrà reputarsi ingiusta e insoddisfacente, ma è in definitiva corretta, perché si attiene ineccepibilmente ad un sindacato che non esorbita dalle proprie attribuzioni, in assenza di una chiara indicazione proveniente dalla Costituzione. Infatti, qualora la Corte avesse adottato una sentenza additiva di principio – come auspicato da più voci in dottrina¹²¹ – avrebbe introdotto una statuizione molto impegnativa sul piano del merito politico, che avrebbe significato operare una classificazione tra le varie tipologie di embrioni sovranumerari che da un lato era stata chiaramente esclusa dal legislatore, dall'altro non è nemmeno costituzionalmente

¹¹⁹ Sul problema dei limiti alla ricerca scientifica cfr. G. Bianco, *La tutela dei diritti umani nella ricerca scientifica*, Bari, 2006, pp. 97 ss., il quale però parte da una prospettiva d'indagine diversa rispetto a quella assunta nel presente lavoro. Secondo l'Autore, infatti, il divieto di ricerca scientifica sugli embrioni sarebbe costituzionalmente vincolato dal rispetto del principio personalistico, che impone allo Stato un obbligo positivo di protezione a favore di tutti i soggetti deboli presenti nell'ordinamento, tra cui anche dell'embrione fin dal momento del concepimento. Seguendo tale approccio, la ricerca condotta con cellule embrionali dovrebbe escludersi in principio, laddove compromettesse l'integrità dell'embrione o portasse alla sua soppressione. Di contro, la prospettiva assunta nel presente scritto è che la Costituzione sia sostanzialmente agnostica rispetto alla problematica in questione, e che pertanto lasci libero il legislatore di graduare la tutela dell'embrione (almeno nelle prime settimane di vita) anche secondo apprezzamenti di natura assiologica, sulla base della sensibilità etica che storicamente caratterizza la società civile.

¹²⁰ Come ricorda anche la stessa Corte, il divieto assoluto di ricerca sugli embrioni non pregiudica irrimediabilmente l'avanzamento della ricerca nel campo delle malattie neurodegenerative, che può condurre a risultati soddisfacenti anche con la tecnica della regressione delle cellule somatiche adulte fino ad uno stadio quasi embrionale (o anche mediante utilizzo delle cellule staminali umane).

L'argomento è stato, peraltro, specificamente contestato da parte di quella dottrina che ha evidenziato come la tecnica della regressione non sia in grado di far riacquistare alle cellule adulte le stesse caratteristiche e qualità che avevano in condizioni di totipotenza (corrispondente alla capacità intrinseca di svilupparsi in qualsiasi cellula del corpo umano, e quindi di poter essere impiegate nei procedimenti di ricostruzione di qualunque tessuto umano). Cfr. C. Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale*, cit., pp. 164-165; G. Baldini, *Embrioni soprannumerari, ricerca scientifica e divieti normativi*, cit., p. 274.

¹²¹ Cfr. C. Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale*, cit., p. 162; M. D'Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, cit., p. 176; M. P. Iadicicco, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati*, cit., p. 193; A. Ruggeri, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati*, cit., p. 251; A. Spadaro, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili*, cit., p. 266.

Contra C. Piciocchi, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione*, cit., p. 1442. Proprio con riguardo al caso trattato, manifesta la propria piena adesione alla conclusione raggiunta N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Riv. AIC*, n. 4/2017, p. 15, ove afferma che «L'oggettività, la chiarezza e l'espressività degli indicatori in questione [dell'alto numero di ordinanze di rimessione e degli altri indici di un mutamento in corso nella cultura sociale, ndr] comportano un corollario importante: se si ha evidenza che il dibattito pubblico resta aperto, che la coscienza sociale non esprime mutamenti in una chiara direzione, ma anzi è divisa, non dovrebbe essere questione per una Corte costituzionale di farsi una avanguardia isolata. Il dibattito pubblico – specie se ha ad oggetto questioni delicate, o addirittura quelle che si definiscono "scelte tragiche" – non andrebbe "chiuso" a colpi di sentenze di accoglimento».

imposta. La Corte, per di più, non si è mostrata del tutto insensibile alle sollecitazioni provenienti da quelle frange della società civile (e della comunità scientifica) che evidenziano l'utilità della ricerca sugli embrioni ad una migliore garanzia dei diritti: se da un lato essa ha escluso che una soluzione di segno diverso possa venir conseguita, allo stato, per via giudiziaria¹²², dall'altro, grazie al dispositivo di inammissibilità, non ha "chiuso le porte alla scienza" né ha escluso che in futuro la q.l.c. possa venire riproposta e, se del caso, decisa in altro modo dalla Corte in diversa composizione, qualora ad esempio venisse appurato, sulla base dell'esperienza di altri Paesi, che alcuni benefici per la salute umana potrebbero ottenersi esclusivamente grazie all'impiego di cellule staminali embrionali¹²³.

Lo scrutinio della Corte si è limitato, dunque, ad un controllo di 'non manifesta irragionevolezza', che non esclude necessariamente una successiva pronuncia di segno diverso per il caso in cui quel labile fondamento giustificativo venisse a mancare. Il mutamento dello stato delle conoscenze scientifiche disponibili potrebbe condurre ad una diversa concretizzazione dei valori in gioco, determinando la irragionevolezza dell'originario approccio precauzionale a favore della più decisa espansione di un altro dei valori coinvolti.

¹²² La Corte, infatti, nota che nei Paesi europei dove è stata adottato un approccio permissivo alla ricerca sugli embrioni la decisione è sempre stata il frutto di un intervento legislativo in tal senso. Cfr. Corte cost., sent. n. 84/2016, punto 11 del C.i.D.

¹²³ La Corte insiste sul fatto che, sebbene una decisione in tal senso competa, in linea di principio solo al legislatore, questi deve tener conto «delle "evidenze scientifiche" e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale» (Corte cost., sent. n. 84/2016, punto 11 del C.i.D.).

Il ragionamento della Corte non è effettivamente molto lineare, poiché per un verso assume che una soluzione di diverso tipo non può che essere rimessa al legislatore, dall'altro però "vincola" la discrezionalità legislativa alle nuove evidenze scientifiche e al grado di condivisione che su tali tematiche ha raggiunto la comunità scientifica. Si sofferma sulla riferita ambiguità A. Spadaro, *Embrioni criocongelati inutilizzabili*, cit., pp. 254 ss.

10. Tipologie di sindacato sulla discrezionalità tecnica. L'elaborazione della dottrina amministrativistica e l'ipotesi della sua estensione alla giurisprudenza costituzionale

Si è visto sopra come il potere legislativo venga configurato dalla dottrina giuridico-pubblicistica tradizionale come tendenzialmente libero di stabilire i fini della propria azione e i mezzi per conseguirli. In questo senso, la discrezionalità del legislatore consiste nella libertà di scegliere tra più soluzioni astrattamente ipotizzabili per perseguire risultati di ordine economico e sociale, secondo l'orientamento politico che in un dato momento storico risulti maggioritario, salvi in ogni caso i limiti insoverchiabili stabiliti nella Carta.

Il controllo della Corte costituzionale viene svolto in un quadro normativo definito dalle scelte compiute nella sede parlamentare-rappresentativa trasfuse nella legge, che il Giudice delle leggi è tenuto a rispettare mantenendo un punto di vista esterno alle ragioni del merito politico. In tale contesto, la Corte è tenuta a porsi come arbitro che giudica della legittimità delle leggi (e degli atti equiparati) sulla base di un raffronto esterno e imparziale con i parametri costituzionali, e sebbene tale sindacato non escluda – ma, piuttosto, imponga – un vaglio di congruità delle valutazioni legislative rispetto ai dati di fatto assunti a loro fondamento, essa non può in ogni caso sostituire le proprie opzioni ideologiche a quelle espresse da legislatore democraticamente eletto, limitandosi a sanzionarle solo allorché si pongano materialmente in contrasto con le linee chiaramente tracciate nel disegno costituzionale.

Se, dunque, in linea di principio, il legislatore gode di ampia discrezionalità nello stabilire gli obiettivi e le finalità del proprio agire, deve darsi atto che al quadro – formalmente nitido – che risulta dalle teorizzazioni della dottrina non corrisponde, tuttavia, la realtà della giustizia costituzionale italiana per come è venuta configurandosi in quasi settant'anni di esperienza, caratterizzati da percorsi evolutivi che hanno materialmente mutato o, comunque, profondamente innovato il ruolo della Corte nel rapporto con gli altri poteri dello Stato e nel complesso della forma di governo italiana.

Mentre in passato la Corte era adusa trasfondere nelle proprie sentenze formule di stile con le quali intendeva riaffermare il carattere insindacabile degli apprezzamenti svolti dal legislatore nella qualificazione delle fattispecie concrete (in punto di classificazione di individui e oggetti in categorie legislative differenziate, oppure ancora nella scelta del criterio di equiparazione/differenziazione ai fini del trattamento giuridico

da applicare)¹²⁴, oggi giorno si sono decisamente diradate le occasioni nelle quali la Corte non si ritiene legittimata a passare al vaglio gli apprezzamenti di fatto del legislatore¹²⁵.

Si è, dunque, progressivamente affermato il principio secondo cui il controllo della Corte deve estendersi a coprire l'intero raggio di elementi materiali sulla base dei quali il legislatore abbia maturato il proprio convincimento. Semmai, a seconda della maggiore o minore complessità delle valutazioni implicate nell'apprezzamento dei dati di fatto e del variabile grado di opinabilità delle conclusioni attinte, si può dire che la giurisprudenza costituzionale abbia, sulla scorta dell'esperienza (in parte assimilabile) della giurisprudenza amministrativa, codificato diversi *standard* di sindacato, a ciascuno dei quali corrisponde un differente grado di incisività del controllo operato sulle valutazioni tecniche degli organi politici.

In particolare, con riguardo al sindacato sulle valutazioni tecniche compiute dalla pubblica amministrazione (che, almeno sul piano dogmatico, è possibile estendere a quelle compiute dal legislatore), la dottrina distingue tra un sindacato esercitabile dal giudice senza fare ricorso a cognizioni tecnico-scientifiche, definito come 'sindacato estrinseco', e un sindacato esperibile solo mediante il ricorso a cognizioni tecniche, detto anche 'sindacato intrinseco'. Mentre il sindacato estrinseco è «volto a stabilire se l'attività conoscitiva posta in essere dall'autorità [...] e la valutazione tecnica finale siano immuni da vizi rilevabili senza fare ricorso a conoscenze specialistiche»¹²⁶, trattandosi di vizi che si identificano con la violazione di regole della logica del senso comune, errori di fatto, massime di esperienza e incongruenze logico-fattuali, il sindacato intrinseco coinvolge

¹²⁴ Nella risalente sent. n. 53/1958, la Corte affermava recisamente che «la valutazione delle diverse situazioni è riservata al potere discrezionale del legislatore e sottratta perciò al giudizio di legittimità costituzionale» (punto 2 del C.i.D.); nella sent. n. 142/1973, si afferma che «la valutazione in ordine alla congruenza delle pene edittali alle singole fattispecie di reato è di natura essenzialmente politica ed appartiene, come tale, alla discrezionalità del legislatore, non sindacabile in questa sede se non nell'ipotesi di manifesta irragionevolezza» (punto 9 del C.i.D.); nella sent. n. 202/1975 (relativa alla scelta di stabilire il rito camerale per la modifica delle condizioni di divorzio) si legge che l'opzione per tale rito «è discrezionale ed è indubbiamente esente da sindacato in questa sede» (punto 3 del C.i.D.); nella sent. n. 694/1988 (in materia di estensione delle misure previdenziali a favore dei lavoratori disoccupati e dei lavoratori anziani licenziati) si legge che, una volta che si sia esclusa la lesione della sicurezza e della dignità sociale del lavoratore, nel valutare l'intervento sociale della misura legislativa «si versa in un ambito riservato alla discrezionalità del legislatore, il cui controllo esorbita dai poteri di questa Corte» (punto 7 del C.i.D.).

¹²⁵ Questa constatazione viene data per assodata, in quanto unanimemente accolta dalla dottrina costituzionalistica. Per una panoramica generale sulle trasformazioni in atto nella giustizia costituzionale, a livello nazionale e internazionale, si rinvia, per tutti, a O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., pp. 103 ss.

¹²⁶ G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, p. 56.

necessariamente l'impiego in sede istruttoria di criteri e *standard* tecnico-scientifici, la cui incisività si distingue a seconda che il diverso apprezzamento attinto in sede processuale sia dal giudice sostituito o meno a quello dell'autorità.

A tale riguardo, si parla di 'sindacato intrinseco in senso debole' o 'sindacato di evidenza' quando «la valutazione tecnica viene censurata solo se [...] è sicuramente insostenibile»¹²⁷ mentre l'eventuale dissenso maturato in sede processuale «non toglie di mezzo l'apprezzamento dell'autorità ove derivi da una diversa valutazione parimenti opinabile (o altrettanto plausibile)»¹²⁸; al contrario, si parla di 'sindacato intrinseco in senso forte' o 'sindacato pieno' quando «non si mantiene in tali limiti e fa prevalere il diverso punto di vista tecnico formatosi nel processo, anche qualora questo non possa pacificamente dirsi meno opinabile di quello dell'amministrazione»¹²⁹.

Il sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche della pubblica autorità (che si tratti dell'amministrazione o del legislatore) può, inoltre, distinguersi a seconda che sia diretto o indiretto; il sindacato diretto si distingue poi a seconda che abbia carattere sostitutivo o non sostitutivo. Il sindacato diretto «concerne (tende a vagliare la correttezza de) il giudizio tecnico finale (cioè la valutazione prodotto)»¹³⁰: se non sostitutivo, esso «tende ad accertare se il giudizio tecnico dell'autorità sia sostenibile e si limita, qualora risulti insostenibile, a censurarlo come tale, senza proporsi di sostituirlo con un diverso apprezzamento formatosi nel processo»¹³¹; se sostitutivo, esso «tende a risolvere autonomamente il problema tecnico per poi pervenire ad una valutazione (-prodotto) che sostituisca quella formulata dall'autorità»¹³². Il sindacato indiretto, al contrario, «verte, non già sulla valutazione tecnica come prodotto, bensì sulla valutazione tecnica come procedimento intellettuale [...] e sull'intera attività conoscitiva, materiale e intellettuale,

¹²⁷ G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica*, cit., p. 55.

¹²⁸ G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica*, cit., p. 56.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica*, cit., pp. 57-58.

¹³¹ G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica*, cit., p. 58.

¹³² G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica*, cit., p. 59. L'Autore precisa che, solitamente, il sindacato di tipo sostitutivo ha carattere intrinseco e concreto, giacché la sostituzione dell'apprezzamento dell'autorità con un diverso apprezzamento attinto in sede processuale non sarebbe ammissibile se non all'esito di una diversa valutazione dei dati di realtà. Un sindacato diretto sostitutivo di carattere estrinseco dovrebbe ammettersi solo nel caso in cui sia volto a rimpiazzare il giudizio dell'autorità con un apprezzamento tecnico che risulti essere l'unica soluzione corretta sulla scorta di massime di comune esperienza o di dati teorici notori.

necessaria per poter formulare il giudizio tecnico finale»¹³³. Anche il sindacato indiretto può essere estrinseco o intrinseco, a seconda del tipo di conoscenza impiegata dal giudice per vagliare l'apprezzamento tecnico dell'autorità, ma per definizione (vertendo sul procedimento intellettuale che precede il giudizio finale, e non su quest'ultimo) non può avere carattere sostitutivo.

Le classificazioni appena proposte sono state elaborate nell'ambito della riflessione teorica su una tipologia processuale ordinaria come il processo amministrativo. La loro trasposizione nella giustizia costituzionale deve avvenire tenendo conto della specialità del processo costituzionale, che, a differenza del processo amministrativo (giudizio che notoriamente è incentrato sull'impugnazione di atti e provvedimenti ad effetto individuale e concreto)¹³⁴, ha ad oggetto il controllo di legittimità di atti normativi ad efficacia tendenzialmente generale e astratta. Vale a dire, l'oggetto dello scrutinio del Giudice delle leggi non sono, di regola, le valutazioni tecniche compiute o assunte dagli organi legislativi in sé prese, ma regole giuridiche e discipline normative che bensì presuppongono valutazioni tecnico-discrezionali di natura scientifica o economica, anche se non siano esplicitati i procedimenti che siano stati seguiti per attingerle e senza esplicitarne, di solito, i contenuti completi.

È difficile che nel processo costituzionale si abbiano casi in cui l'oggetto principale di scrutinio siano le valutazioni tecnico-scientifiche del legislatore, se non nelle ipotesi in cui si discuta della legittimità di leggi-provvedimento o di leggi in luogo di provvedimento¹³⁵. In tali casi si potrebbe, in effetti, concepire un'estensione *tout court*

¹³³ G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica*, cit., p. 60.

¹³⁴ Nel processo amministrativo, le valutazioni tecniche della pubblica amministrazione sono calibrate su vicende passate e irripetibili, la cui configurazione oggettiva si è consolidata in un fatto storico inalterabile, ciò che rende possibile l'opinabilità di valutazioni alternative a quelle in un primo momento espresse dalla PA. Inoltre, si deve considerare che tutt'oggi – nonostante l'importante evoluzione che il processo amministrativo ha subito per effetto della riforma delle leggi di settore e poi grazie all'approvazione del codice del processo amministrativo, che hanno ampliato sia il novero dei poteri istruttori del G.A. sia le tipologie di azione esperibili, e hanno sostanzialmente determinato il mutamento dell'oggetto del processo da un 'giudizio sull'atto' a un 'giudizio sul rapporto' – il processo amministrativo rimane pur sempre incentrato sul giudizio di impugnazione, basato su un modello annullatorio avente ad oggetto un provvedimento dell'autorità che modifica in via diretta la posizione soggettiva del suo destinatario. Il giudizio amministrativo ha ad oggetto il provvedimento o la parte del provvedimento in cui è espressa la valutazione dell'autorità, il fatto storico di un giudizio tecnico-amministrativo concreto, che in quanto tale accede al provvedimento sindacato ed entra nel raggio di cognizione diretta del giudice amministrativo.

¹³⁵ Sulla distinzione si rinvia al già citato scritto di G. Sereno, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*, in *Giur. cost.*, n. 3/2013, pp. 1511 ss.

delle tipologie di sindacato sperimentate dal giudice amministrativo al processo costituzionale, se non altro per ragioni collegate alla garanzia del giusto processo e all'effettività della tutela processuale (per evitare, cioè, che l'elusione della fonte tipica comporti uno svuotamento di garanzie giurisdizionali a detrimento di coloro che ne sono colpiti), salvo che il ricorso alla tipologia della legge-provvedimento risulti totalmente ingiustificato perché privo dei presupposti individuati dalla giurisprudenza costituzionale¹³⁶.

In particolare, si potrebbe ipotizzare che valutazioni siffatte possano venire adottate in provvedimenti emergenziali per estrinsecare il presupposto di necessità ed urgenza che legittima alla loro adozione: si pensi, ad esempio, ad un decreto-legge nel cui preambolo si indichino come pericolosamente bassi i dati sullo stato di immunizzazione generale della popolazione, ritenendo perciò necessario introdurre l'obbligo vaccinale per prevenire la formazione di focolai epidemici: in questo caso, la risoluzione della questione sulla legittimità della norma che introduce l'obbligo vaccinale comporta che la Corte costituzionale debba prima esprimersi, in via pregiudiziale, sull'adeguatezza scientifica della valutazione tecnica sottesa all'intervento d'urgenza del legislatore, sicché l'elemento tecnico-scientifico entra nell'argomentazione del Giudice delle leggi sotto forma di 'incidente' nell'incidente di costituzionalità¹³⁷.

¹³⁶ Un giudizio esprime una valutazione tecnico-discrezionale del Governo, contenuto in un atto con forza di legge piuttosto che in un provvedimento amministrativo, è ad esempio quello contenuto all'art. 3 del d.l. n. 207/2012, mediante il quale si qualificava l'ILVA di Taranto come uno 'stabilimento di interesse strategico nazionale', con l'attribuzione alla suddetta società di un regime giuridico differenziato rispetto ad altre attività operanti nel settore. La conseguenza di aver stabilito tale qualifica tramite un D.L. piuttosto che tramite un D.P.C.M. (come ordinariamente previsto dalla normativa vigente) comportava che fosse inibita a terzi la possibilità di contestare la suddetta qualificazione davanti al giudice amministrativo; tuttavia, la Corte costituzionale non si è spinta, nella sentenza n. 85 del 2013, ad analizzare tale profilo, ritenendolo assorbito dalla positiva verifica dei presupposti che legittimano all'emanazione di un decreto-legge (a prescindere dal fatto che questo facesse luogo alla legge o ad un atto amministrativo). Tale giudizio attiene, comunque, ad una valutazione tecnico-discrezionale di politica economica e industriale, rispetto alla quale la Corte costituzionale ha sempre riconosciuto al legislatore un amplissimo margine d'apprezzamento, suscettibile di essere censurato solo in caso di evidente erroneità del criterio di giudizio o di manifesta mancanza dei presupposti (se non travisamento totale) dei dati di fatto disponibili.

¹³⁷ Dietro ciascuna regola giuridica si cela un apprezzamento di natura politica, che spesse volte può anche sottendere valutazioni di natura tecnica, le quali tuttavia non sono esplicitate nell'atto legislativo ma rimangono sullo sfondo.

Numerosi sono gli esempi che si possono fare in riferimento alla l. n. 40/2004. La scelta, ad esempio, di permettere l'accesso ai trattamenti di PMA alle sole coppie di sesso diverso e in età fertile presuppone una valutazione del superiore interesse del minore che tiene conto anche dell'idoneità del contesto nel quale crescerà il bambino concepito mediante tecniche di fecondazione artificiale, valutazione da cui si trae che, secondo il legislatore, l'ambiente preferibile per la crescita di un bambino sia quello definito in astratto nella disposizione di cui all'art. 1 della medesima legge. Similmente, la scelta di vietare

Così, la questione dell'adeguatezza scientifica del criterio della cessazione delle funzioni dell'encefalo per la determinazione della morte del soggetto è pregiudiziale rispetto alla soluzione della questione di legittimità costituzionale della norma di legge che fa coincidere la morte della persona umana con il momento della cessazione irreversibile dell'attività cerebrale, consentendo così l'espianto degli organi e la loro destinazione al trapianto a favore di altre persone. Similmente, la questione della fondatezza scientifica della tesi in base alla quale lo stato di positività all'HIV o di infezione all'AIDS sono compatibili con la detenzione è pregiudiziale rispetto alla decisione sulla legittimità costituzionale della norma che vieta senza eccezioni lo sconto della pena in carcere per i medesimi condannati. E ancora, l'accertamento circa la capacità curativa dei trattamenti idro-termali è valutazione tecnica pregiudiziale rispetto allo scrutinio della legittimità costituzionale della norma di legge che esclude la possibilità di godere dei congedi straordinari per il caso in cui se ne avesse bisogno per scopi terapeutici¹³⁸.

Non mancano, comunque, casi in cui la valutazione tecnico-scientifica sia espressa in una norma tecnica positivizzata nella legge impugnata, quando cioè il legislatore impone autoritativamente agli organi tecnici incaricati della sua attuazione un unico e inderogabile criterio operativo che, tuttavia, si riveli inadeguato sul piano scientifico e ridondi in un aspetto di intrinseca irrazionalità della legge che ne determina la sicura incostituzionalità. È stato questo il caso della sentenza n. 151 del 2009, nella quale l'inadeguatezza scientifica delle norme che imponevano quale regola tecnica per i

la PMA di tipo eterologo sottende una valutazione tecnica sulla rischiosità di tale trattamento per la salute del minore concepito mediante uno o entrambi i gameti esterni alla coppia di genitori, cui corrisponde l'apprezzamento legislativo secondo cui deve ritenersi traumatica (e, dunque, nociva per il minore) la conoscenza del fatto che uno o entrambi i genitori legali non gli sono legati da un punto di vista biologico. Anche in questo caso, peraltro, la valutazione legislativa non viene esplicitata, ma si ricava implicitamente dalla regola che il legislatore ha positivizzato all'art. 4, co. 3 della l. n. 40/2004.

Si potrebbero fare tanti altri esempi di norme che sottendono valutazioni tecnico-scientifiche: rinviando in generale alla completa esposizione di cui al cap. III, si può citare il caso della norma penale che puniva il plagio (che, evidentemente, si fondava sull'assunto che fosse scientificamente possibile plagiare un individuo sano di mente, annullando completamente la sua volontà), o alle varie disposizioni di legge che presidiavano il monopolio statale sui mezzi di diffusione radio-televisiva (ciascuna delle quali si basava sul presupposto che la tecnologia esistente, per difficoltà tecnica e costo economico, non consentisse la formazione del libero mercato e, dunque, la possibilità di ipotizzare regimi giuridici alternativi al monopolio statale), o ancora alle fattispecie tributarie che assoggettano ad una imposizione fiscale aggiuntiva la vendita di prodotti da inalazione formalmente alternativi al fumo (sul presupposto che essi fossero, al pari dei prodotti contenenti nicotina, nocivi per la salute umana e, dunque, meritevoli d'essere disapprovati con gli strumenti di coercizione indiretta).

¹³⁸ Per l'analisi di queste singole fattispecie si rinvia alla trattazione fattane nel cap. III, par. 2.5.

medici la produzione di un massimo di tre embrioni e di impiantarli tutti contemporaneamente nell'utero della donna (regola che, addirittura, si palesa in contrasto con i dettami dell'arte medica, al punto da comportare un pericolo per la salute dell'interessata), ne ha determinato *tout court* la caducazione.

Le questioni tecnico-scientifiche possono, dunque, avere un impatto diretto e immediato sull'esito del giudizio di costituzionalità, ed è fondamentale allora chiedersi con quale grado di incisività la Corte costituzionale possa sindacare le valutazioni tecniche del legislatore, con quali mezzi, in quali circostanze, in relazione a quali materie. Dopo aver verificato la diversa intensità del sindacato di volta in volta praticato, ci si chiederà se sia possibile individuare una serie di indici la cui ricorrenza renda più probabile l'applicazione da parte della Corte di un sindacato forte piuttosto che di uno debole.

10.1 Le questioni scientifiche controverse nel processo costituzionale: distinzione tra casi in cui esse rilevano e sono determinanti e casi in cui rilevano ma non sono determinanti nella decisione della questione di costituzionalità

Dopo aver ricordato nel paragrafo precedente le tipologie di sindacato elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in riferimento al processo amministrativo, si può ora cercare di ipotizzare se esse siano estensibili alla giurisprudenza della Corte costituzionale sulle questioni scientificamente connotate, allorché la decisione sulla *quaestio legitimitatis* implichi la previa risoluzione di questioni scientifiche controverse (laddove con questa espressione ci si riferisce non solo alle controversie rispetto alle quali il dibattito scientifico non abbia ancora dato risposte sufficientemente sicure o consolidate, ma a tutte le ipotesi nelle quali si faccia questione della fondatezza o adeguatezza scientifica della soluzione imposta da norme di legge che il giudice remittente sia tenuto ad applicare nell'ambito di un procedimento pendente).

A tale riguardo, si ritiene opportuno distinguere tra le ipotesi in cui la risoluzione della questione scientifica è determinante (quindi pregiudiziale rispetto alla soluzione della questione di costituzionalità), e le ipotesi nelle quali, mancando quel rapporto di pregiudizialità che fa dipendere la soluzione della questione di diritto dall'esito sulla questione di scienza, il fattore scientifico – pur non indifferente nel complesso della regolazione giuridica della materia normata – viene ad assumere nella motivazione del

Giudice delle leggi un ruolo secondario, ausiliario o retorico-argomentativo¹³⁹. Il grado di rilevanza dell'elemento tecnico-scientifico e/o scientifico-tecnologico rispetto alla risoluzione della q.l.c. varia, infatti, a seconda della maggiore o minore attinenza della scienza e della tecnica alla questione giuridica di cui è investita la Consulta, sulla base della specificità del caso singolo¹⁴⁰.

Nella rassegna giurisprudenziale analizzata al capitolo precedente, un riferimento al fattore tecnico-scientifico viene compiuto sempre, anche a prescindere dal ruolo che esso ha effettivamente giocato, e dal peso che esso ha avuto, ai fini della decisione sulla q.l.c. Ma il richiamo dell'elemento fattuale nella sentenza non spiega di per sé l'utilizzo che ne è stato fatto ai fini del decidere, e può essere anche dovuto alla circostanza che il giudice *a quo* ne abbia fatto il perno dell'argomentazione dell'ordinanza di rimessione per motivare sulla rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione (allo scopo, in sostanza, di spendere un argomento forte che permetta alla q.l.c. di superare, nello stadio preliminare, il vaglio di ammissibilità). Il che non giustifica, con tutta evidenza, l'uso che poi effettivamente ne ha fatto la Corte per decidere la questione, visto che la *ratio decidendi* della sentenza può basarsi su motivazioni preliminari (di rito) o sostanziali (di merito) che relegano l'esame della questione scientifica controversa su un piano secondario, dispensando la Corte dall'onere di svolgere un'apposita istruttoria.

Si pensi, ad esempio, alla sentenza n. 282 del 2002, con la quale la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'intera legge marchigiana di sospensione della terapia

¹³⁹ Si versa in una ipotesi di questo tipo quando il riferimento alla scienza viene acquisito e impiegato con lo scopo di corroborare la motivazione della decisione, allorché i giudici «vi inseriscono apprezzamenti ideologici, enunciazioni di principi o asserzioni di fatto che, anche se non sono capaci di fondare il giudizio, in quanto o estranei al raffronto fra le norme in questione o, com'è il caso delle asserzioni di fatto, inidonei a porsi come criteri normativi, svolgono la funzione di convincere della bontà della decisione adottata» (così A. Baldassarre, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, II, p. 1499, per il quale in tali casi l'eventuale esperimento di attività istruttoria volta ad acquisire dati statistici o tecnici non pertinenti rispetto all'interpretazione della disposizione impugnata avrebbe avuto l'effetto di incidere esclusivamente sulla «parte inessenziale della motivazione» e, precisamente, «per rendersi esattamente conto della rilevanza sociale che potrebbe assumere la decisione del caso e, se mai, per rafforzare con motivi di ordine «politico» la soluzione da adottare»).

Si tratterebbe, in altre parole, di una forma alternativa e indiretta di legittimazione della decisione presa dalla Corte. Sul punto cfr. anche A. Cerri, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, cit., p. 1341.

¹⁴⁰ Nello stesso senso già G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008, p. 189, per il quale dall'esame della giurisprudenza costituzionale si ha l'impressione che i casi decisi possano raggrupparsi in categorie piuttosto eterogenee, rispetto alle quali l'ascrizione di un caso all'una piuttosto che all'altra può essere compiuta *per praevalentiam*, senza escludere che una medesima pronuncia possa essere inserita in più categorie.

elettroconvulsivante senza approfondire le ragioni scientifiche che, eventualmente, avrebbero militato a favore del divieto precauzionale stabilito dal legislatore regionale: alla Corte è bastato prendere atto che la legge in esame travalicava i confini della competenza legislativa regionale in materia di tutela della salute, e che peraltro era stata approvata senza dar luogo ad una attività istruttoria che dotasse la legge di una parvenza di adeguatezza scientifica.

Nella sentenza n. 114 del 1998, l'elemento scientifico finisce per essere non determinante ai fini dello scrutinio della legittimità costituzionale degli artt. 94 e 95 c.p., in quanto l'individuazione, da parte della giurisprudenza, di criteri capaci di distinguere, sul piano della fenomenologia socio-criminologica, tra le fattispecie di 'ubriachezza abituale' e 'cronica intossicazione da alcool' sollevano la Corte dall'onere di indagare *funditus* la solidità del fondamento scientifico della distinzione tra le due fattispecie che, nella prospettazione del CTU riportata dal giudice remittente, sarebbero scientificamente indistinguibili¹⁴¹.

Nella sentenza n. 221 del 2019, l'argomento in base al quale le scienze psicologiche e pediatriche avrebbero appurato la perfetta idoneità genitoriale delle coppie dello stesso sesso ed escluso che la crescita in un contesto familiare omogenitoriale sia foriero di rischi per la salute dei bambini è recessivo rispetto alla considerazione che, nella disciplina dei rapporti sociali, il legislatore gode di ampia discrezionalità nella scelta degli strumenti ritenuti più idonei ad attuare il principio del superiore interesse del minore, eventualmente riconoscendo e tutelando le relazioni familiari che in via di fatto si siano create, anche al di fuori dei canali espressamente contemplati dalla legge, come è naturale che avvenga in un ordinamento che fa del pluralismo uno dei suoi principi identitari¹⁴².

¹⁴¹ In questa sentenza, inoltre, la Corte predefinisce uno *standard* minimo di indeterminatezza, dato dalla combinazione di dati scientifici e prassi giurisprudenziali, che la norma impugnata deve superare per essere dichiarata incostituzionale. Nel "calcolo" di quello *standard*, inoltre, il dato di scienza viene considerato un elemento necessario ma non sufficiente per l'accoglimento della q.l.c. in quanto le condotte descritte nelle fattispecie criminali vengono costruite sulla base sia di cognizioni scientifiche che di statistiche criminologiche sulla manifestazione del reato.

¹⁴² Anche in questo caso, peraltro, non di mera eventualità si tratta, ma di un preciso dovere che il Parlamento è chiamato ad assolvere in tempi celeri, come ammonito dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 32 e 33 del 2021.

Senza anticipare *in toto* le considerazioni che si faranno a breve, la Consulta – a parere di chi scrive in piena continuità con gli orientamenti del passato – ha da un lato ritenuto che la normativa italiana in materia di PMA non sia illegittima nella parte in cui stabilisce limiti di natura oggettiva e soggettiva

Nei casi esemplificativamente citati, il fattore scientifico viene invocato dai giudici remittenti e dalle parti costituite per portare un argomento forte alla “causa” che propugna la dichiarazione di incostituzionalità della normativa impugnata, perché una legge non in linea con le “oggettive e inconfutabili” verità della scienza e della tecnica è, già di per sé, sospetta d’essere illegittima. Ma un argomento forte per il giudice *a quo* e le parti processuali non necessariamente è tale nell’economia della decisione del Giudice costituzionale, dal momento che la Consulta – al pari di qualunque altro giudice è tenuta a decidere secondo il ‘principio della ragione più liquida’, e deve quindi “economizzare” l’impianto della decisione arrestandosi all’esame delle questioni di rito, laddove queste siano preclusive di un esame nel merito, ovvero limitarsi alla decisione sulle questioni preliminari, laddove queste impongano una decisione di rito (ad esempio, di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore) che fa venir meno la necessità di passare al vaglio le questioni pregiudiziali di merito (è questo il caso, sopra ricordato, della sentenza n. 221 del 2019). Inoltre, vi possono essere casi in cui l’argomento scientifico, pur determinante nella prospettiva del giudice *a quo*, viene ritenuto, allo stato attuale della scienza e della coscienza sociale, non dirimente ad invalidare la legge impugnata, in base alla considerazione di argomenti di merito diversi rispetto a quello tecnico-scientifico (è questo il caso – anch’esso citato sopra – della sentenza n. 114 del 1998).

all’accesso alle procedure di procreazione medicalmente assistita, ma dall’altro ha anche accertato (senza dichiararla in dispositivo) l’insufficienza delle tutele che l’ordinamento (non solo la legge n. 40/2004, ma anche il codice civile, l’ordinamento di stato civile e la normativa di riforma del diritto internazionale privato) predispose a tutela dei minori nati, in Italia e all’estero, in contesti familiari omogenitoriali, censurando in particolare quelle norme (o il diritto vivente) che, facendo una applicazione eccessivamente rigoristica della clausola generale sull’ordine pubblico, impedisce la trascrizione in Italia dei certificati di nascita recanti due genitori dello stesso sesso formati all’estero, o la formazione di un atto di nascita con due madri o due padri per il minore che nasca in Italia, ovvero la mancanza di una forma speciale di adozione piena che riconosca pieni diritti e pari doveri nella relazione figlio-genitore sociale.

La Corte, in sostanza, ritiene che la normativa attuale non ecceda il margine di apprezzamento discrezionale che la Costituzione riconosce al legislatore nella materia familiare, ma stigmatizza la totale mancanza di considerazione delle nuove realtà familiari che, nonostante si siano create al di fuori dei canali legalizzati, devono essere pienamente garantite per rispetto degli articoli 2 e 31 Cost. La mancanza di tali tutele configura un vuoto normativo che è obbligo del legislatore colmare, in tempi celeri e nelle modalità ritenute opportune.

Ciò che interessa, nel contesto del presente paragrafo, è sottolineare la diversità di piani su cui operano le decisioni della Corte: la normativa sulla PMA, che disciplina i momenti antecedenti la nascita del bambino, non è illegittima per il fatto di essere ispirata ad una concezione generale e astratta del superiore interesse del minore, mentre la normativa sullo stato civile è carente perché manca di prevedere le necessarie tutele per salvaguardare l’interesse, concreto attuale e accertato di volta in volta, dei minori che siano nati anche in ipotesi non contemplate dalla legge.

È, invece, innegabile che in altre occasioni il fattore scientifico sia stato centrale per la decisione della q.l.c. e abbia avuto un ruolo di rilievo nella determinazione del ‘verso’ della decisione, portando alla dichiarazione di incostituzionalità della disposizione impugnata. Così, nella sentenza n. 161 del 1985, la considerazione dello stato attuale delle conoscenze scientifiche disponibili sulla ‘sindrome transessuale’ ha giocato un ruolo centrale nell’argomentazione della Corte costituzionale, che lo valorizza al fine di inserire la l. n. 164/1982 nel novero delle misure di attuazione del diritto alla salute (art. 32 Cost.) e confermare, di conseguenza, l’adeguatezza scientifica della previsione legislativa che consente il mutamento di sesso (*rectius*: riassegnazione del genere) a mezzo dell’intervento chirurgico demolitorio-ricostruttivo, riconosciuto dalla scienza medica di allora come l’unico mezzo adeguato a risolvere il disagio delle persone transessuali. Alla stregua di quegli stessi principi – sebbene con esito apparentemente diverso – la Corte costituzionale ha poi confermato, nelle successive sentenze n. 221 del 2015 e n. 180 del 2017, l’adeguatezza scientifica della legge, nella parte in cui si presta ad essere interpretata nel senso di non rendere necessario l’intervento chirurgico per ottenere la rettificazione degli atti di stato civile.

Similmente, lo stato attuale della scienza e della tecnica gioca un ruolo determinante nelle svariate sentenze che hanno progressivamente abbattuto il monopolio radiotelevisivo; nella sentenza n. 559 del 1987, l’utilizzo delle cognizioni dell’arte medica è determinante nella dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma di legge che non include le cure idrotermali tra i trattamenti sanitari per i quali è possibile chiedere i congedi straordinari, essendone appurate le qualità terapeutiche; nelle sentenze n. 438 e 439 del 1995, la considerazione delle conoscenze più recenti attinte dagli studi sull’HIV e sull’AIDS ha svolto un ruolo di primo piano nel far propendere per una decisione di accoglimento delle questioni sulle disposizioni del codice di procedura penale che differivano senza eccezione l’esecuzione della pena in carcere per i condannati sieropositivi e malati di AIDS. Ancora, nella sentenza n. 5 del 2018 la consultazione dei dati statistici sul complessivo livello di copertura vaccinale e degli *standard* elaborati dalle scienze epidemiologiche per conseguire l’immunità di gregge ha rivestito un ruolo

di primaria importanza ai fini dello scrutinio della legittimità del decreto d'urgenza del Governo con cui si è aumentato il numero delle vaccinazioni obbligatorie¹⁴³.

La scienza, in definitiva, non può che avere una funzione parametrica in tutte le ipotesi nelle quali la q.l.c. si colora del riferimento all'art. 32 Cost. Né potrebbe essere diversamente, visto che il diritto alla salute rappresenta un ambito emblematico in cui l'azione degli organi politici è secondaria rispetto all'attività degli ordini professionali e degli organi tecnico-scientifici, i quali rappresentano i veri protagonisti della sua garanzia e attuazione. Non è un caso che proprio in materia di diritto alla salute la Corte costituzionale abbia scritto alcune delle sue pronunce più energiche, inaugurando con la sentenza n. 282 del 2002 quello che è stato riconosciuto come un nuovo corso della giurisprudenza in materia di pratica terapeutica, ove la Corte per la prima volta prospetta un modello di legislazione scientificamente orientato, nel quale il classico processo politico di produzione normativa viene integrato da vincoli procedurali di coinvolgimento di organi tecnici ed esperti (professori universitari, esponenti degli ordini professionali, organi tecnici di natura sia pubblica che privata, membri di comitati per la sperimentazione e l'etica clinica ecc.)¹⁴⁴.

Tra le decisioni ascrivibili a questo filone è, tuttavia, nella sentenza n. 151 del 2009 che la Corte costituzionale afferma a chiare lettere che il legislatore non è legittimato

¹⁴³ Peraltro, in questo specifico caso, la scienza viene in rilievo per la valutazione della legittimità costituzionale di più profili: da un lato, è sulla base delle conoscenze offerte dall'immunologia che la Corte ritiene si debba valutare quale sia il livello di immunizzazione oltre il quale può dirsi garantita la salute collettiva (pari ad almeno il 95% di copertura, col quale viene raggiunta l'immunità di gregge); dall'altro, è alla stregua dei dati statistici ed epidemiologici che la Corte valuta la sussistenza di una situazione di criticità che integri i presupposti di necessità e urgenza di cui all'art. 77 Cost., parametro che in questo caso si lega indissolubilmente all'art. 32 Cost. e all'obbiettivo costituzionale di salvaguardare la salute come «interesse della collettività».

In aggiunta, si consideri che è proprio sulla base delle conoscenze scientifiche acquisite che la Corte valida la decisione governativa di intervenire in un momento temporale anteriore rispetto alla verifica di un'emergenza sanitaria in atto, poiché, stando a quanto evidenziato dalle scienze immunologiche, l'efficacia della campagna di vaccinazione richiede che essa sia attuata prima dello scoppio di una epidemia, con la conseguenza che un livello di copertura inferiore al 95% di vaccinati deve considerarsi già di per sé un rischio attuale per la salute pubblica, e legittima immediatamente l'attivazione preventiva della campagna di vaccinazione.

¹⁴⁴ La questione è particolarmente rilevante nel campo del diritto costituzionale, e si ripropone con riguardo allo scrutinio di tutte le leggi che intervengono a regolare materie scientificamente connotate, la legittimità delle quali dipende in larga misura dal grado di flessibilità con cui la legge si ritrae all'aumento del grado di certezza scientifica. Secondo S. Penasa, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 4/2009, p. 832, il rapporto tra intervento legislativo ed autoregolamentazione scientifica «si muove secondo una progressività crescente di incidenza legislativa connessa al livello di incertezza tecnico-scientifica, in quanto lo spazio occupato dalla legge è destinato a soffrire una compressione direttamente proporzionale allo sviluppo delle acquisizioni tecnico-scientifiche».

a imporre autoritativamente nell'ambito della pratica terapeutica una regola tecnica calata dall'alto, sulla base di apprezzamenti esclusivamente politici, che prescindano totalmente dalla considerazione delle specificità del caso singolo e dei bisogni connessi, espropriando il medico di quel "potere" di valutazione tecnico-scientifica indispensabile a raggiungere lo scopo finale: la restituzione di uno stato di piena salute fisica e psichica al paziente malato.

Ora, alla luce di questa prima rassegna, si deve concludere che il fattore tecnico-scientifico assurge a 'parametro interposto' 1) nei casi in cui sia configurabile una riserva di valutazione tecnica (come nel caso dei medici, o delle autorità di farmacovigilanza); 2) nei casi in cui il fattore scientifico rappresenti un elemento costitutivo della fattispecie normativa (come nel caso del reato di plagio, o delle disposizioni processual-penalistiche sul differimento della pena, o dell'individuazione dei trattamenti sanitari per i quali può essere accordato il congedo straordinario); 3) nei casi in cui la legislazione vada ad impattare su un campo connotato da alta complessità tecnica e scientifica, e l'elemento scientifico si inserisca in un procedimento decisionale caratterizzato dalla c.d. 'discrezionalità mista' (come nel caso in cui si debbano prendere decisioni che riguardano la tutela dell'ambiente o l'opportunità di modulare gli strumenti di attuazione delle politiche di vaccinazione)¹⁴⁵.

In tutti questi casi, il fattore scientifico risulta determinante nella co-produzione della decisione dell'autorità¹⁴⁶, in quanto la valutazione di opportunità degli organi politici viene a dipendere strettamente – sebbene non sempre in termini propriamente pregiudiziali – dal quadro fattuale definito dalle evidenze scientifiche. La mancata considerazione di queste ultime non si traduce automaticamente in un vizio di illegittimità

¹⁴⁵ Rispetto a tale ultimo gruppo di ipotesi, è opportuno fare alcune precisazioni.

La c.d. 'discrezionalità mista' è una forma di discrezionalità nella quale l'elemento tecnico-scientifico e l'elemento politico sono avvinti in maniera così stretta che risulta praticamente impossibile distinguere se una decisione (o un profilo della decisione) sia motivata da ragioni tecniche o di opportunità. Tali due profili si confondono, nel senso che la decisione finale può risultare ad un tempo una valutazione svolta alla stregua di un criterio tecnico ma anche una valutazione di opportunità per la cura dell'interesse pubblico.

Nella prospettazione che si preferisce, tuttavia, si ritiene di dover tenere comunque separati i due profili, i quali dovrebbero pertanto sottostare a regimi giurisdizionali parzialmente differenti, assoggettando il primo ad un controllo di congruità e logicità rispetto alle regole tecniche che informano la materia, il secondo ad un controllo di legittimità graduato secondo il grado di discrezionalità che la norma attributiva di potere lascia all'autorità politica.

¹⁴⁶ L'espressione è di M. Tallachini, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Riv. int. fil. dir.*, n. 2/2012, pp. 313 ss.

del contenuto precettivo della legge (per il cui annullamento è indefettibile l'obbligo di tentare un'interpretazione scientificamente – quindi costituzionalmente – conforme¹⁴⁷); tuttavia, l'assenza di adempimenti istruttori preliminari nel procedimento di formazione dell'atto normativo può costituire un motivo, per il Giudice delle leggi, per nutrire un "ragionevole dubbio" sulla probabile illegittimità della normativa approvata.

La dimensione scientifica e la dimensione politica possono, quindi, essere descritte come un sistema di vasi comunicanti, in cui l'aumento della complessità scientifica è destinato a riverberarsi sul margine di discrezionalità del legislatore, diminuendolo, mentre al contrario un mutamento non significativo (o non sufficientemente maturo) dello stato delle conoscenze scientifiche disponibili non riduce automaticamente il margine di scelta tra soluzioni politiche alternative¹⁴⁸.

10.2 Le questioni scientifiche controverse nel processo costituzionale: sindacato estrinseco o intrinseco?

Nel paragrafo precedente, si è cercato di dimostrare come il fattore tecnico-scientifico non sempre rilevi alla stessa maniera nell'ambito del processo costituzionale, ma abbia un'importanza che varia a seconda di circostanze sia normative che fattuali.

Si può adesso discutere delle tipologie di sindacato impiegate in passato dalla Consulta per scrutinare norme di legge che, vista la natura del loro oggetto, implicassero riferimenti alle cognizioni della scienza e della tecnica. Con ciò non si vuole dire che il legislatore abbia effettivamente attinto al bagaglio di nozioni, tecniche ed esperienze dalle pertinenti discipline specialistiche, ovvero che – qualora lo abbia fatto – abbia poi tenuto conto delle risultanze eventualmente emerse, ma solo precisare che la giuridificazione di un determinato campo dell'azione umana non può avere successo se non rispettando i limiti connaturali dell'oggetto normato.

¹⁴⁷ S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2015, p. 292.

¹⁴⁸ Sul punto si veda ancora S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 318, il quale, sviluppando i principi affermati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 282/2002, ne deriva che «l'ampiezza dello spazio riservato alla scienza risulta pertanto inversamente proporzionale al livello di incertezza scientifica che caratterizza l'oggetto concreto di regolazione, operando l'incertezza medico-scientifica come "valvola di regolazione" del rapporto tra autonomia medico-scientifica ed eteronomia politico-legislativa».

L'analisi compiuta nel capitolo precedente e le considerazioni svolte nei paragrafi che precedono ci hanno portato a considerare ipotesi nelle quali dalla specificità del settore scientifico normato discendono obblighi procedurali in capo al legislatore, e in un numero più ridotto di casi anche obblighi (*rectius*: oneri) di natura sostanziale¹⁴⁹.

Sotto il primo aspetto, la Corte costituzionale ha in diverse occasioni dato al legislatore delle chiare «avvertenze metodologiche»¹⁵⁰ sulle modalità di esercizio della discrezionalità politica quando l'oggetto della regolamentazione legislativa comporti una presa di posizione rispetto a questioni scientificamente controverse, un 'onere procedurale' che vincola il legislatore ad una «compiuta e attendibile ricostruzione dei fatti su cui la disciplina così prodotta è destinata ad incidere»¹⁵¹, preferibilmente mediante la «formalizzazione di spazi e meccanismi procedurali aperti alle competenze e conoscenze tecnico-scientifiche»¹⁵².

Sotto il secondo aspetto, la Corte costituzionale ha altresì riconosciuto l'esistenza di spazi di valutazione riservata a soggetti e organismi dotati di una specifica professionalità tecnico-scientifica (ai quali spetta di esprimere il proprio giudizio con la garanzia di non subire interferenze o imposizioni dettate da considerazioni di carattere politico), inoltre di ipotesi nelle quali vi è un rapporto di logica consequenzialità tra il mutamento registrato a livello tecnico-scientifico e il diritto applicabile (di modo che la soluzione legislativa non può che recepire la soluzione prospettata dal mutamento di paradigma scientifico), ed infine di ipotesi nelle quali lo stato attuale della scienza offre avvisaglie di un mutamento dei presupposti di fatto della legge impugnata che, pur non incidendo direttamente sulla sua validità, può contribuire ad indirizzare gli operatori verso lo sviluppo di prassi applicative adeguate ad esso.

Uno studio delle tipologie di sindacato esperite dalla Corte costituzionale per scrutinare la legittimità del modo in cui il legislatore abbia esercitato il proprio potere di

¹⁴⁹ In mancanza di una norma che imponga esplicitamente di rafforzare l'istruttoria con la previsione di un obbligo di informazione e/o audizione, attuato mediante il coinvolgimento della *expertise* tecnico-scientifica, è improprio discorrere di un 'obbligo'. Si ritiene per converso corretto parlare di 'onere', in quanto tale figura meglio descrive l'ipotesi in cui il mancato svolgimento di adempimenti istruttori preliminari, pur non comportando *ex se* l'incostituzionalità della legge, legittimi la Corte a svolgere un sindacato più penetrante, verificando in sostituzione del Parlamento che la disciplina impugnata sia assistita da un ragionevole fondamento scientifico.

¹⁵⁰ L'espressione è di S. Penasa, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi*, cit. p. 831.

¹⁵¹ Q. Camerlengo, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Ist. Fed.*, n. 5/2002, p. 697.

¹⁵² S. Penasa, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi*, cit. p. 837.

valutazione tecnico-scientifica non può non tener conto della tripartizione ora rammentata. È logico attendersi, allora, che la Corte adotti un metro di valutazione differenziato a seconda che il caso di cui si trova a decidere rientri in una di esse.

In relazione al primo gruppo, in verità, non può nemmeno discutersi di sindacato sulle valutazioni tecniche del legislatore, perché il vizio che inficia l'atto legislativo è di incompetenza assoluta¹⁵³: la Corte censura l'atto o la parte di esso in cui il legislatore abbia imposto in via imperativa una soluzione tecnica in sostituzione degli appositi organi tecnico-scientifici, per cui la sentenza avrà un dispositivo a forma vincolata, nella veste di un accoglimento totale o parziale, da cui segue l'annullamento della disposizione impugnata e la ri-espansione del potere di valutazione tecnica del soggetto usurpato. Paradigmatici in tal senso sono i casi definiti con le sentenze n. 151 del 2009 (sulle modalità di esecuzione del trattamento di PMA, in relazione al numero di embrioni producibili e impiantabili) e, almeno nell'impostazione datane dalla Corte, n. 162 del 2014 (in materia di fecondazione eterologa)¹⁵⁴: in entrambe le decisioni, che concernevano il ruolo del medico nell'attuazione del rapporto di cura con la paziente nell'ambito della procedura di PMA, la Corte costituzionale ha censurato le previsioni legislative impuginate nella parte in cui imponevano agli operatori un certo obbligo di "fare" o "non fare" sulla base di valutazioni non pertinenti da un punto di vista scientifico. L'effetto utile delle decisioni è stato, dunque, di ri-espandere il potere di valutazione tecnico-discrezionale dei medici irragionevolmente compresso dal legislatore¹⁵⁵.

Nel secondo gruppo di ipotesi rientrano quei casi nei quali il fattore scientifico gioca un ruolo immediatamente obbligante per il decisore politico, il quale è tenuto a recepire l'unica soluzione scientificamente corretta (a legislazione invariata) secondo lo

¹⁵³ In questo senso M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, n. 3/2004, pp. 453 ss., in specie p. 456.

¹⁵⁴ Secondo la Corte, infatti, il minore nato da PMA eterologa non nascerebbe gravato da alcun pregiudizio e, in ogni caso, avrebbe a disposizione strumenti efficaci per rimediare al 'senso di vuoto' che eventualmente provasse dalla mancata conoscenza del proprio genitore biologico, mentre al contrario l'assolutezza del divieto di eterologa sarebbe già di per sé causa di pregiudizio per il diritto alla salute e all'autodeterminazione della coppia totalmente sterile. Si badi – lo si fa ancora notare – che la Corte effettua un test di proporzionalità misurando il danno a partire da un confronto col resto dell'ordinamento, citando solo *en passant* le risultanze emerse dal dibattito scientifico.

¹⁵⁵ In questo campo rientrano, inoltre, anche altre decisioni nelle quali la Corte costituzionale abbia riconosciuto (o, in alcune, solo "abbozzato") una competenza esclusiva di valutazione tecnica a favore degli organi specialistici: la sent. n. 185/1998, la sent. n. 282/2002, la sent. n. 274/2014. Esse non vengono citate in corpo di testo perché le vicende trattate in quelle decisioni coinvolgevano altri aspetti di cui la Corte ha tenuto conto nel dispositivo, cercando di bilanciare tutte le istanze interessate.

stato attuale delle conoscenze disponibili ovvero lo *standard* medio ricavabile sulla base del criterio dell'*id quod plerumque accidit*, da cui discendano una o più soluzioni giuridiche che la legge impugnata non può comunque obliterare. In particolare, rientrano in questa categoria tutti quei casi nei quali la legge ponga precisi vincoli di scopo, ma singole sue disposizioni siano afflitte da imperfezioni che ne impediscono il pieno raggiungimento.

A questo gruppo debbono ascriversi la sentenza n. 559 del 1987 (sulla possibilità di congedo straordinario per la somministrazione di trattamenti sanitari con cure idrotermali); la sentenza n. 179 del 1988 (sull'indennizzabilità di malattie professionali non comprese nelle tabelle allegate alle leggi speciali sull'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali); la sentenza n. 270 del 1999 (sulla possibilità di differire il periodo di decorrenza della sospensione obbligatoria da lavoro successivo alla gravidanza); le sentenze n. 3 del 1994 e n. 284 del 1999 (sulla riammissione in servizio del pubblico impiegato dispensato per inabilità al lavoro da infermità); le sentenze n. 438 e n. 439 del 1995 (sul trattamento penitenziario delle persone affette da HIV conclamata o malate di AIDS).

Come si vede, la pleora di casi che rientra in questa seconda categoria è piuttosto variegata¹⁵⁶. Tuttavia, la strategia decisoria adottata dalla Corte è, a conti fatti, molto semplice, in quanto le evidenze scientifico-fattuali si presentano nel giudizio costituzionale chiare e incontroverse, e addirittura il più delle volte appartengono ai fatti

¹⁵⁶ Sempre a questa seconda categoria appartiene tutta quella casistica di sentenze nella quale la Corte costituzionale ha censurato (o, viceversa, salvato) disposizioni di legge che prevedevano condizioni e termini per richiedere l'erogazione di misure assistenziali e di previdenza sociale obiettivamente irragionevoli in rapporto alle conoscenze scientifiche attualmente disponibili sullo sviluppo della causa legittimante. Così, ad esempio, nella sentenza n. 323 del 2008 la Corte ha dichiarato la incostituzionalità della disposizione di legge che faceva decorrere il termine per l'inoltro della domanda di pensione privilegiata (nella specie, cinque anni) dalla data di cessazione del servizio, anziché dal momento della manifestazione della malattia, in quanto non tiene conto della variegata fenomenologia con la quale si sviluppano certe patologie, e dunque trascura di considerare quelle evidenze scientifiche secondo le quali vi sono patologie la cui manifestazione avviene anche a distanza di un lungo periodo di tempo dal momento dell'esposizione alla causa che l'ha provocata.

Per ragioni in parte diverse, ma seguendo lo stesso percorso logico, la Corte ha dichiarato nella sentenza n. 116 del 1969 la illegittimità della normativa per l'assicurazione obbligatoria degli infortuni sul lavoro e delle malattie professionali nella parte in cui prevedeva che l'azione per conseguire la rendita per inabilità permanente si prescriveva nel termine di un anno dal giorno della manifestazione della malattia professionale, in quanto tale termine non terrebbe conto dell'esistenza di malattie professionali per le quali tra il momento dell'insorgenza della malattia con le note della permanenza e della cronicità e l'esistenza di postumi comportanti una inabilità pari al minimo percentuale indennizzabile può passare uno spazio temporale più ampio di quello stabilito per legge.

notori o alla conoscenza comune: che vi siano malattie che rimangono latenti per lungo periodo e manifestano i primi sintomi dopo tanti anni è un fatto oramai acclarato; che l'amianto sia un materiale che provoca serie patologie oncologiche a manifestazione tardiva è un fatto che la scienza ha appurato dalla fine degli anni '80; che i bambini nati prematuri debbano essere tenuti per alcuni mesi in incubatrice prima di essere portati a casa è un fatto indiscusso da quando la medicina ha sviluppato i mezzi necessari alla loro sopravvivenza.

A fronte di una distonia acclarata tra i presupposti scientifici sui quali originariamente si basava la legge e le modificazioni che essi hanno subito nel tempo, la Corte si trova obbligata a pronunciare una sentenza di accoglimento ad effetto manipolativo, essenzialmente con due varianti: qualora la soluzione legislativa sia incontrovertibilmente errata e rispetto ad essa vi sia un'unica alternativa, la sentenza sarà a dispositivo sostitutivo *tout court*; qualora all'unica soluzione di legge corrisponda in realtà una molteplicità di situazioni variamente diversificate, la sentenza sarà di annullamento della disposizione *in parte qua* accompagnata da un'addizione, mediante la quale si conferisce un potere di valutazione per il singolo caso concreto agli organi che, per ragioni di prossimità, siano i più idonei a decidere la misura più opportuna da applicare.

Di primo acchito, si potrebbe pensare che i casi rientranti in questo secondo gruppo siano assimilabili a quelli del primo. Si ritiene, al contrario, che questa conclusione sia errata, poiché mentre nel primo gruppo di ipotesi la Corte riconosce un potere di valutazione tecnica riservata esclusivamente agli esperti del settore, nel secondo gruppo rientrano casi nei quali la Corte, eliminando un automatismo legislativo, non riconosce un potere di apprezzamento tecnico propriamente inteso, ma integra la normativa con un meccanismo di 'delega del bilanciamento in concreto' agli organi amministrativi incaricati di dare attuazione alla legge (l'INPS, il magistrato di sorveglianza, il capo dell'ufficio del personale ecc.)¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Quanto detto presuppone che si tenga distinte le ipotesi di conferimento del potere di valutazione tecnica dalla delega di bilanciamento in concreto. Si ritiene che nella prima ipotesi non si possa propriamente parlare di una delega di bilanciamento, in quanto l'organo tecnico riconosciuto competente a esprimere una valutazione servendosi di standard e cognizioni attinte dalle scienze non giuridiche non compia mai un bilanciamento tra beni e interessi concorrenti, poiché l'esercizio della c.d. 'discrezionalità tecnica' non implica mai il confronto tra più interessi, ma solo un margine di valutazione per l'espressione di un giudizio tecnico cui possono corrispondere più soluzioni parimenti valide, in relazione ad una

Quanto, infine, al terzo gruppo di ipotesi, vi si devono ascrivere quei casi nei quali la valutazione tecnico-discrezionale dell'autorità viene in considerazione nel ragionamento del Giudice delle leggi ma, a prescindere dalla circostanza che sia o no corretta, essa finisce per essere non determinante (anche se non indifferente) ai fini del giudizio sulla legittimità della legge impugnata, la quale viene giudicata conforme o non conforme a Costituzione sulla base di motivazioni diverse dal dato scientifico. In particolare, vi sarebbero giustificazioni politico-discrezionali o di equilibrio tra poteri che impongono alla Corte di rispettare la decisione dell'autorità, laddove essa abbia una giustificazione sufficiente a sorreggere l'impianto precettivo della legge, e anche nell'ipotesi, in cui la legge non reggesse al controllo di ragionevolezza, la Corte ne dichiara la illegittimità per motivazioni diverse dalla sua eventuale inadeguatezza scientifica.

In questa terza categoria di casi rientrano fattispecie assai differenti, le quali hanno un elemento in comune nella combinazione di valutazioni di natura scientifica e di apprezzamenti di carattere politico, o prequalificazioni normative. Il fattore scientifico non è indifferente, poiché le cognizioni offerte dalla scienza e dalla tecnica possono indirizzare gli organi politici verso una soluzione piuttosto che un'altra. Tuttavia, le evidenze tecnico-scientifiche non sono tali da eliminare l'ampio spazio di valutazione politica rimesso al legislatore, o da imporre vincoli univoci di contenuto. In questi casi, la decisione della Corte trova la propria giustificazione più in ragioni di opportunità che di legittimità, vuoi perché si riconosce che la soluzione concretamente adottata, pur non ottimale, rientra nello spettro di decisioni cooptabili in relazione al margine di discrezionalità di cui gode il legislatore, vuoi perché i tempi non sono ancora maturi e la natura delle problematiche affrontate dalla legge richiedono d'essere affrontate – almeno in prima battuta – con gli strumenti della legislazione, e non della giurisdizione.

situazione concreta rispetto alla quale la legge ha già svolto un bilanciamento tra gli interessi coinvolti, ma anche qualora la legge avesse rinunciato a predefinire fissamente in bilanciamento, la delega del potere di bilanciare per il singolo caso concreto viene attribuita ad organi appartenenti al circuito politico-rappresentativo. Sotto questo punto di vista, il bilanciamento è una operazione dai risvolti intrinsecamente politici, implicante scelte di opportunità, tra cui la scelta del diritto o interesse cui dare la prevalenza e la selezione dei criteri di opportunità sulla base dei quali compiere il bilanciamento stesso. Per tali ragioni, ad opinione di chi scrive, il meccanismo della delega di bilanciamento in concreto può essere utilizzato solo quando destinatario del relativo potere è un organo appartenente all'organizzazione dello Stato, dotato di funzioni amministrative in attuazione della norma di legge di conferimento del potere (quindi gli organi della PA e gli appartenenti all'ordine giudiziario).

Vi rientrano quei casi in cui le evidenze tecnico-scientifiche condizionano ma non annullano lo spazio autonomo di valutazione del legislatore. A giudizio di chi scrive, sono da ascrivere a questo gruppo, ad esempio, le sentenze n. 84 del 2016 (in materia di destinazione degli embrioni soprannumerari alla ricerca) e n. 221 del 2019 (sull'accesso alla fecondazione assistita per le coppie formate da due donne). Vi rientrano, inoltre, quei casi connotati da 'discrezionalità mista', ove la valutazione delle evidenze tecnico-scientifiche si combini strettamente con valutazioni di opportunità legate alla scelta dell'opzione preferibile secondo l'apprezzamento politico della maggioranza: a titolo di esempio si può citare, per tutti, la sentenza n. 5 del 2018 (in materia di vaccinazioni obbligatorie). Vi rientrano, infine, quelle ipotesi nelle quali la scienza sia evocata quale titolo giustificativo aggiuntivo, ma l'eventuale incostituzionalità sia motivata da ragioni di ordine sistematico e di coerenza interna al complesso normativo. A titolo di esempio si possono ricordare le sentenze n. 96 del 2015 (in materia di diagnosi genetica pre-impianto sull'embrione) e n. 229 del 2015 (riguardo alla possibilità di selezionare e impiantare nell'utero della donna solo gli embrioni non affetti da malattie geneticamente trasmissibili).

10.2.1 Il sindacato della Corte sulla regolazione di materia scientificamente connotata per il caso di incoerenza sistematico-normativa

L'incostituzionalità delle disposizioni impugnate nelle sentenze n. 96 e n. 229 del 2015 (che, in entrambi i casi, è solo parziale) discende da ragioni di ordine sistematico-normativo, dettate dalla necessità di coordinare due norme che, pur appartenendo ad uno stesso plesso normativo (anche se topograficamente disseminate in atti legislativi differenti), recavano una disciplina incoerente che impediva di dare alla materia una sistemazione razionale. Entrambe queste decisioni sono mosse, infatti, dall'intento di ripristinare la ragionevolezza della legislazione che disciplina i diritti riproduttivi, coordinando la normativa in materia di PMA con quella in materia di IVG, ed eliminando quelle norme che impediscono la realizzazione dei valori espressi nella l. n. 40/2004 e nella l. n. 194/1978¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Entrambe le sentenze riducono, per quanto di necessità, il grado di protezione assicurata all'embrione, dando sostanzialmente ad intendere che la sua tutela è un interesse che, pur meritevole, non può prevalere sulla tutela dei concorrenti diritti e interessi della donna e della coppia (riecheggiando il

Nella sentenza n. 96 del 2015, la primazia degli argomenti di diritto su quelli di scienza è netta. L'irragionevolezza del divieto assoluto di diagnosi genetica preimpianto per le coppie formate da soggetti portatori sani di malattie geneticamente trasmissibili, anche molto gravi, deriva fundamentalmente dal mancato coordinamento con la normativa in materia di IVG, dal momento che la legge sulla PMA impedisce alla radice di avviare una gravidanza in condizioni di sicurezza, impiantando i soli embrioni sani, a fronte del fatto che la seconda rende possibile il ricorso alla procedura abortiva nel caso in cui il feto fosse affetto dalle stesse malattie per le quali la diagnosi genetica è vietata.

In sostanza, l'irragionevolezza del divieto sta nel fatto che esso introduce nell'ordinamento un elemento che rende inutilmente gravoso (e quindi, per ciò stesso, sproporzionato) e pericoloso il tentativo di fecondazione assistita, obbligando a iniziare una gravidanza che poi potrebbe essere abortita, e ciò pur a fronte del fatto che la scienza mette a disposizione uno strumento che permette di prevenire quel pericolo. Circa l'elemento scientifico, tuttavia, la Corte non spende molte parole, da un lato perché è un fatto notorio che una gravidanza rischiosa è meglio non cominciarla piuttosto che interromperla, dall'altro perché è lo stesso ordinamento che riconosce all'embrione una protezione inferiore rispetto ai diritti della donna che si sottopone a PMA¹⁵⁹.

Del pari, e in via logicamente consequenziale rispetto all'esito della sentenza n. 96, nella sentenza n. 229 del 2015 la Corte dichiara l'incostituzionalità della fattispecie penale di selezione degli embrioni, nella parte in cui, nella sua assolutezza, vieta una condotta divenuta lecita a seguito della dichiarazione di illegittimità del divieto assoluto di diagnosi genetica preimpianto.

In queste due ipotesi, la tipologia di scrutinio è molto semplice, a rima obbligata, poiché le disposizioni impugnate vengono censurate nella misura strettamente necessaria a ripristinare la coerenza perduta e la ragionevolezza del bilanciamento tra i diritti della donna e i diritti dell'embrione, e consta più che altro nell'applicazione di regole di coerenza logica e assiologica, assolutamente rispettoso del merito politico, dal momento che il giudizio di valore espresso nella l. n. 194/1978 circa lo statuto normativo

principio, affermato sin dalla sentenza n. 27 del 1975, secondo cui «non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare», secondo quanto affermato in Corte cost., sent. n. 27/1975, punto unico del C.i.D.).

¹⁵⁹ A. D'Aloia, *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015, pp. 997 ss.

dell'embrione viene esteso (o trapiantato) nella l. n. 40/2004. Esso non dà pertanto luogo a particolari problematiche sul piano costituzionalistico.

10.2.2 Il sindacato della Corte sulla discrezionalità del legislatore in caso di materia scientificamente connotata ed eticamente sensibile, in presenza di un conflitto tra più beni costituzionali, sul bilanciamento dei quali manchi una soluzione costituzionalmente vincolata

Discorso diverso vale per il caso della sentenza n. 84 del 2016.

Qua il fattore scientifico viene certamente preso in considerazione dalla Corte, come si evince incidentalmente dall'elenco delle ragioni che militano a favore della eliminazione del divieto di ricerca scientifica sugli embrioni sovranumerari. L'elencazione delle ragioni che, a loro volta, giustificherebbero il mantenimento del divieto basta, tuttavia, alla Corte per prendere atto della mancanza di un consenso sia nella comunità scientifica sia in seno alla società civile in merito all'effettiva entità dei benefici che deriverebbero dalla ricerca sugli embrioni, ciò che la spinge a non approfondire ulteriormente l'argomento. L'alta sensibilità etica della questione appare in definitiva un argomento *tranchant* per arrestare sul nascere una discussione che lambisce pericolosamente il terreno infuocato dello scontro politico, difficile da giudicare con gli strumenti del diritto e pertanto suscettibile d'essere risolto solo per mezzo di una soluzione concordata.

Si è visto, tuttavia, che questa spiegazione appare troppo semplicistica, e nasconde forse una motivazione più razionale, pienamente condivisibile da un punto di vista costituzionalistico. Escluso che il divieto di ricerca sugli embrioni configuri una violazione del diritto alla salute, la questione deve essere risolta esclusivamente sul piano dell'interesse statale all'avanzamento della ricerca scientifica e, più nello specifico, degli obblighi che incombono sulla Repubblica di promuoverne lo sviluppo (artt. 9 e 33 Cost.). A questo proposito, bisogna chiedersi se sia compatibile con tale precetto un'imposizione statale limitatrice di uno specifico indirizzo di ricerca (in prospettiva anche molto promettente), motivata sulla base di valori etici condivisi dalla maggioranza della

società¹⁶⁰, tale da arrecare un freno allo sviluppo della ricerca in quel campo ma non di pregiudicarla irrimediabilmente.

Nel caso della ricerca sugli embrioni, non può dirsi che manchino percorsi alternativi per fare ricerca nel campo delle malattie neurodegenerative senza ricorrere alle cellule staminali embrionali, ad esempio utilizzando la tecnica della regressione delle cellule somatiche adulte fino ad uno stadio prossimo a quello embrionale. Se è pur vero – come è stato fatto notare in dottrina – che ad oggi la tecnica da ultimo citata non vale a garantire la parità dei benefici che si conseguirebbero dalla ricerca con le cellule staminali embrionali, la prospettiva da cui muove la Corte può forse giustificarsi alla luce del fatto che la Costituzione non vieta di porre limiti di ordine etico alla ricerca scientifica, e che a maggior ragione, laddove la scienza non subisca un *vulnus* irreparabile da tale limitazione, la scelta legislativa non può essere censurata come manifestamente irragionevole.

Ma, al di là di ciò, la lunga serie di motivazioni a favore o contro il mantenimento del divieto assoluto evidenzia il labile confine tra le ragioni di merito e quelle di legittimità: la scelta del legislatore può apparire poco opportuna se non addirittura insensata a chi ritiene che la scienza debba essere lasciata libera di progredire in autonomia e contribuire al benessere dell'umanità, ma la stessa scelta rimane legittima se rientra tra le decisioni che la Costituzione lascia astrattamente nella disponibilità del legislatore, espressione di quella insindacabile discrezionalità politica che la Corte è tenuta a rispettare, secondo una piana applicazione della regola (alquanto nebulosa, e della cui "viabilità" taluni dubitano¹⁶¹) di cui all'art. 28 della l. n. 87/1953.

¹⁶⁰ Che poi la maggioranza della popolazione italiana sia contraria alla ricerca sugli embrioni è un dato sul quale si può nutrire più di qualche dubbio. È opinione di chi scrive che la maggior parte degli italiani non conosca le ragioni per le quali la ricerca sugli embrioni è tanto promettente a livello internazionale, né – soprattutto – che conosca i benefici che ne trarrebbero tante famiglie con malati a carico. Si crede, pertanto, che se gli italiani fossero messi a conoscenza delle prospettive di cura e salute che si aprirebbero grazie alla ricerca scientifica non mancherebbero di esprimere in gran massa la loro approvazione a favore dell'eliminazione del divieto attualmente vigente. Si tratta di considerazioni che, tuttavia, non rilevano ai fini del sindacato di costituzionalità: lo stacco esistente tra politica e società civile è un problema strutturale nei sistemi democratico-rappresentativi in cui i canali di comunicazione tra rappresentanti e rappresentati soffrono a causa di meccanismi perversi che impediscono la commutazione tra la sfera sociale e la sfera istituzionale. In un sistema costituzionale che ha chiaramente optato per il modello della democrazia rappresentativa (come, appunto, la Costituzione italiana) è giocoforza che si debba accettare la *fictio iuris* secondo la quale il Parlamento è l'organo rappresentativo del popolo e l'unico soggetto legittimato a rappresentare le istanze provenienti dalla società civile.

¹⁶¹ Cfr. E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, p. 45, il quale dà conto del fatto che per alcuni tale norma sarebbe "nata morta", stante l'intima

Allo stesso tempo, però, la Corte non esclude del tutto la possibilità di ritornare un domani sulla questione, allorché lo sviluppo della scienza a livello internazionale dimostri la sicura utilità della sperimentazione con cellule staminali embrionali per il miglioramento dei trattamenti terapeutici, e la coscienza morale collettiva sia divenuta più propensa ad ammettere tale tipologia di ricerca. In quest'ultimo caso, pur non trattandosi di uno scrutinio di ragionevolezza scientifica propriamente inteso, ci si troverebbe dinanzi ad un controllo di 'manifesta irragionevolezza' dettato anche dallo sviluppo successivo delle conoscenze scientifiche acquisite.

10.2.3 Il sindacato della Corte sulla discrezionalità del legislatore in materia di regolazione dei rapporti familiari, tra valutazione scientifica e coscienza sociale

Discorso analogo vale anche per la sentenza n. 221 del 2019, nella quale il richiamo alle evidenze della scienza permette alla Corte di inquadrare i recenti orientamenti giurisprudenziali favorevoli alla conservazione dello stato civile precostituito e al riconoscimento della rilevanza giuridica della genitorialità sociale nei contesti familiari di nuova generazione, ma non vale (o non è sufficiente) a privare di ragionevolezza la regola legislativa che permette l'accesso alla PMA per le sole coppie eterosessuali. È, infatti, la valutazione della scienza che – non ostando l'orientamento sessuale dei genitori al normale sviluppo della personalità del minore, e riconosciuta, quindi, la meritevolezza e piena idoneità genitoriale delle coppie *same-sex* – ha guidato i giudici nell'intento di garantire una tutela giuridica ai legami familiari omogenitoriali in un quadro normativo carente di strumenti. Questa evoluzione giurisprudenziale, pur positivamente apprezzata dalla Corte, concerne l'impegno dei giudici comuni di non disgregare i nuclei familiari omogenitoriali venutisi a creare in via di fatto, offrendo loro in via pretoria una tutela giuridica, ma non rappresenta un elemento idoneo ad invalidare la scelta legislativa di ispirare la disciplina della PMA *ad instar naturae*, riservandone l'accesso alle sole coppie stabili formate da un uomo e una donna, in un contesto nel quale il minore avrebbe un padre e una madre.

contraddittorietà con la natura stessa del sindacato di costituzionalità, per altri invece sarebbe “nata viva”, ma fin dall'inizio trascurata, per finire poi in desuetudine.

Nel pensiero della Corte, il mero dato di scienza non ha l'attitudine a conformare obbligatoriamente l'ambito dei rapporti familiari e sociali alle sue più recenti acquisizioni, trattandosi di una fenomenologia più complessa, innervata di categorie etico-normative e precomprensioni storico-culturali sul ruolo del padre e della madre nel percorso di crescita del minore.

A questo riguardo, è necessario fare una precisazione, onde chiarire un aspetto che forse non è stato considerato, o non adeguatamente rilevato, da quella dottrina che ha recriminato alla Corte gli effetti potenzialmente discriminatori che la pronuncia provoca ai danni delle coppie omosessuali¹⁶²: la Corte non esprime, infatti, un giudizio di riprovazione rispetto alle famiglie composte da due persone dello stesso sesso, né mette in discussione la loro capacità genitoriale, ma ritiene che la regola legislativa rappresenti l'espressione di un giudizio di valore circa il contenuto da attribuirsi al principio del 'superiore interesse del minore', specificandone il significato in relazione alle "condizioni di partenza" nelle quali il Parlamento, quale organo rappresentante del sentimento comune, ritiene dovrebbe trovarsi ciascun bambino al momento della nascita. Nessun intento discriminatorio, dunque, ma solo la validazione di una scelta che la Costituzione lascia aperta e che il legislatore è legittimato ad esprimere, quale centro catalizzatore della concezione maggioritaria sulle condizioni minime nelle quali si vorrebbe che ciascun bambino venisse a trovarsi al momento della nascita.

Dire in cosa si sostanzi tale concetto è impresa ardua se non impossibile, perché ogni individuo ha una sua idea di famiglia e di quale sia il miglior interesse del nato. Le alternative sarebbero due: o lasciare piena libertà a ciascun individuo di stabilire quale sia la situazione preferibile per la propria prole, oppure stabilire in via generale e astratta una certa concezione dell'interesse del minore, che valga a garantire ad ogni bambino uguali condizioni di partenza e uguali diritti, tra cui quello di avere un padre e una madre. Il legislatore ha optato per questa seconda soluzione: potrà sembrare una concezione discutibile, che singolarmente si può non condividere, e magari contraria al principio del

¹⁶² La quasi totalità della dottrina che ha commentato la sentenza ha rilevato una insanabile discontinuità con le precedenti pronunce della Corte in materia di PMA, in particolare rispetto alla sentenza n. 162/2014: quello che cinque anni prima era stato qualificato come un diritto incoercibile ad autodeterminarsi nella scelta di formare una famiglia con figli assieme al proprio partner assume ora contorni di un diritto condizionato dai limiti che la legge pone di volta in volta, secondo gli apprezzamenti etico-sociali della maggioranza parlamentare che, in un dato momento storico, accoglie una certa concezione del superiore interesse del minore.

pluralismo nella sfera familiare, ma ciò non significa che il Parlamento debba astenersi dal legiferare in tale campo per il sol fatto che vi sia una grande diversità di opinioni, come è inevitabile che accada nel dibattito pubblico.

Nella sua decisione, la Corte ha stabilito che questa opzione non è illegittima, né può considerarsi arbitraria la definizione di uno *standard* minimo che dia sostanza a quel concetto tanto indeterminato quanto ambiguo meglio noto come ‘superiore interesse del minore’, al fine di assicurare ai nuovi nati le medesime condizioni ideali alla nascita nelle quali, secondo lo *standard* medio che risulta dalla coscienza sociale, il cittadino vorrebbe trovarsi nel caso in cui fosse il diretto interessato. La Corte, però, allo stesso tempo, non esclude che quello *standard* possa (e, se del caso, debba) essere cambiato, laddove si assistesse ad un cambiamento dei costumi sociali e del modo di concepire le relazioni familiari che, parallelamente alla maggiore accettazione delle nuove famiglie, rendessero irragionevole l’attuale disciplina.

I motivi fondanti della sentenza n. 221 del 2019 non possono pertanto essere ricercati nel dato di scienza, che di per sé gioca un ruolo relativo (sebbene non indifferente¹⁶³), bensì nella posizione costituzionale riconosciuta al legislatore parlamentare, che in virtù della propria legittimazione democratica è il soggetto più idoneo a disciplinare i rapporti sociali in base ad apprezzamenti politico-discrezionali che tengano conto del sentimento collettivo, e a dare graduale riconoscimento ai nuovi diritti. Se la Corte avesse scavalcato il Parlamento in una materia tanto controversa come quella in discorso si sarebbe prodotto uno “sconfinamento”¹⁶⁴ che avrebbe alterato l’equilibrio tra poteri e, per certi versi, delegittimato la stessa Corte.

¹⁶³ Si deve ricordare, infatti, che il consolidato filone giurisprudenziale che ha supplito alla carenza di tutele a favore delle famiglie omogenitoriali, applicando interpretazioni evolutive della legge sulle adozioni e del T.U. in materia di ordinamento di stato civile, trae il proprio presupposto dall’evidenza secondo la quale la crescita in un contesto familiare omogenitoriale non pregiudica in alcun modo la normale e serena crescita di un minore, assicurando parità di opportunità rispetto ai bambini nati in “ordinarie” famiglie etero. È evidente, infatti, che se il dato scientifico avesse appurato la nocività di tale contesto, la scelta obbligata (anche per i giudici) sarebbe stata di allontanare il minore. Il dato di scienza, se non è bastato a invalidare la norma della legge n. 40/2004 che impedisce l’accesso alla PMA per le coppie *same-sex*, si è rivelato certamente rilevante per spingere la Corte a invocare maggiori tutele per queste famiglie, che esistevano già prima della legge ed esisterebbero anche a prescindere da essa, visto che le consolidate acquisizioni tecniche sviluppate dalla scienza medica e il fenomeno della globalizzazione rendono oramai sempre possibile l’avveramento del proprio progetto genitoriale.

¹⁶⁴ Questa espressione, com’è noto, è stata impiegata da A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, pp. 251 ss. e, in seguito, Id., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 12/2021, pp. 170 ss. per criticare recenti orientamenti o singole decisioni

La disciplina normativa dei rapporti sociali non potrebbe venire sindacata, dunque, sulla scorta del *test* di ‘ragionevolezza scientifica’, ma in base ad un criterio di ‘ragion pratica’, che ha il proprio fondamento nella ragionevolezza del senso comune, nell’idea – discutibile, ma in qualche misura accettabile – secondo cui la cultura e la tradizione possono avere un “peso” nella conformazione giuridica delle strutture sociali, anche a prescindere da cosa ne dica la scienza. La società è, infatti, un corpo complesso, la cui strutturazione è inevitabilmente definita anche dalla cultura, e come i singoli che la compongono sono soggetti alla forgia dell’epoca in cui vivono e delle idee che l’attraversano, così anche la società è soggetta a quel moto di rinnovamento che cambia le sue strutture.

Nell’ideale della Corte, in definitiva, la democrazia costituzionale non può rinunciare a confidare sul fatto che quei cambiamenti culturali si producano spontaneamente nella coscienza sociale, che è il tessuto connettivo che fa degli individui una comunità. L’avveramento dei nuovi diritti, in linea con le ideologie di fondo del *political constitutionalism*, dovrebbe realizzarsi mediante una graduale ma efficace metabolizzazione del cambiamento sociale, e non mediante l’imposizione dall’alto da parte di una limitata schiera di giudici non eletti.

10.2.4 Il sindacato della Corte nelle materie connotate da ‘discrezionalità mista’

L’ultimo gruppo di ipotesi riguarda quei casi che si connotano per la presenza di un duplice profilo di discrezionalità, riguardante tanto il profilo tecnico-scientifico quanto quello politico. Si ha, dunque, a che fare con la c.d. ‘discrezionalità mista’.

A titolo meramente esemplificativo si cita la sentenza n. 5 del 2018, in materia di trattamenti sanitari obbligatori, ambito che si connota non solo per l’ineludibile necessità di ricorrere a valutazioni di carattere scientifico, ma anche perché la scelta degli strumenti di implementazione delle campagne di profilassi vaccinale implica valutazioni di ordine

della Corte costituzionale che sarebbero espressione di un avanzamento incontrollato della giurisdizione di legittimità costituzionale, a danno del lato politico e costituzionalmente libero che, secondo le ideologie del Costituente, spetterebbe al solo legislatore sviluppare con gli strumenti della mediazione parlamentare. Se nel corpo di testo si è impiegato il termine “incriminato” è solo per evidenziare che il confine tra esercizio legittimo ed esercizio abusivo della giurisdizione è molto labile, ma si è dell’idea che, nei casi di cui si è trattato in questo lavoro, tali sconfinamenti non vi siano stati. In replica al primo scritto di Morrone v. R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, pp. 757 ss. e E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ivi*, pp. 777 ss.

politico circa le modalità attraverso le quali bilanciare i diritti e i doveri dei cittadini nel vincolo di solidarietà che lega gli uni agli altri.

L'introduzione di un obbligo di vaccinazione è, in effetti, una imposizione che riduce drasticamente la libertà di autodeterminazione dell'individuo, al quale non si dà alternativa se non di subire le conseguenze negative connesse al rifiuto di sottoporsi al trattamento. L'amministrazione del rapporto tra individuo e autorità è una funzione che non può che competere agli organi della politica, i quali, essendo investiti di un mandato rappresentativo, sono legittimati a prendere le decisioni più opportune nell'interesse della collettività, dovendosi quindi escludere che possa venire ridotta ad una valutazione di pura scienza.

In questa materia, il momento politico e il momento tecnico si saldano in un gioco di reciproco vincolo e contemperamento nella scelta sul se, come e quando intervenire nell'attuazione della campagna vaccinale. Se, infatti, è vero che la garanzia della salute pubblica deve fare i conti con i parametri sulla base dei quali la scienza misura il grado di sicurezza immunologica di un dato contesto sociale e territoriale, è anche vero che l'art. 32 Cost. attribuisce agli organi rappresentativi la competenza esclusiva a introdurre, con lo strumento della legge, un trattamento sanitario obbligatorio. La scienza, in questo senso, apporta un contributo essenziale nella rappresentazione dello stato epidemiologico esistente, dei fattori di rischio registrati e delle possibili soluzioni per farvi fronte, ma la scelta del momento in cui intervenire e la selezione dei mezzi di attuazione dell'obbligo sono decisioni di natura politica, rimesse alla discrezionalità del legislatore, il quale può aderire alle sollecitazioni degli scienziati con soluzioni ad esse più o meno conformi, rimanendo però in ogni caso libero di decidere in autonomia.

Le vaccinazioni – al pari delle decisioni in materia ambientale – rappresentano infatti un terreno accidentato, in cui cognizioni di scienza e valutazioni di carattere politico entrano in un circuito decisionale unitario. Le due specie di valutazioni si accompagnano perpetuamente al variare delle condizioni di fatto, ma in ogni caso il legislatore mantiene un incompressibile spazio di libertà politica, che la Corte può sindacare esclusivamente entro i limiti indicati nella sentenza n. 5 del 2018. Tutte le decisioni coinvolte in questo percorso implicano soluzioni di natura politica, poiché esprimono una certa concezione del rapporto tra autorità e libertà nel bilanciamento tra i diritti dell'individuo e gli interessi della collettività: così è nella scelta se intervenire in

un momento che precede l'emergenza o quando l'emergenza è già in atto, nella scelta del numero di vaccinazioni e nella selezione delle fasce di popolazione interessata, nell'opzione tra obbligo o mera raccomandazione, nella modulazione del grado di afflittività delle sanzioni previste.

Si è comunque dell'opinione che il momento tecnico e il momento politico debbano essere tenuti distinti, e che ciascun elemento debba essere assoggettato ad un proprio regime giurisdizionale. Quanto al primo, si è visto come la Corte, nella sentenza n. 5 del 2018, abbia attratto il controllo sulla valutazione tecnica del legislatore nel controllo sull'esistenza dei presupposti di necessità e urgenza di cui all'art. 77 Cost., con la conseguenza che si è limitata ad esperire un controllo di tipo esterno e debole, di 'mera evidenza', in ordine alla manifesta mancanza dei presupposti dell'obbligo vaccinale o della manifesta irragionevolezza delle sanzioni previste dal decreto-legge. Per quel che attiene, invece, al controllo della Corte sull'esercizio della discrezionalità politica del legislatore, si applica *de plano* la regola di cui all'art. 28 della l. n. 87/1953, che ne sancisce l'insindacabilità, salvo la violazione dei limiti esterni posti dalla Costituzione o dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

10.2.5 Prime conclusioni a proposito del sindacato della Corte costituzionale sulla discrezionalità tecnica del legislatore

Il problema di individuare una tipologia di sindacato sulla discrezionalità tecnica del legislatore risente delle incertezze che già sul piano dogmatico affliggono tale nozione. Senza riprendere le elaborazioni che la dottrina specialistica ne ha fatto, ci si limiterà a svolgere alcune considerazioni di sintesi rispetto a quanto emerso nelle pagine che precedono, e a fare alcune prospettazioni sull'eventualità in cui la Corte si trovasse ad affrontare questioni sulle quali non si è ancora espressa.

Nel paragrafo precedente si è visto che, anche quando la Corte costituzionale rimette in discussione le scelte operate dal Parlamento, solo eccezionalmente si spinge a censurarle sulla base di valutazioni autonome, preferendo ricercare nel complesso del sistema normativo valutazioni preesistenti che esprimano una 'misura assiologica' da assumere a parametro nel sindacare le successive valutazioni discrezionali del potere legislativo. Così, ad esempio, la misura della sacrificabilità dell'embrione deve dedursi dall'opzione assiologica di fondo che presiede al sistema dei diritti riproduttivi, dalla

quale si ricava che la tutela dell'embrione deve essere bilanciata con le posizioni giuridiche facenti capo agli altri soggetti coinvolti (il diritto alla salute riproduttiva della donna e della coppia, il diritto della coppia a formare una famiglia con figli), e all'occorrenza, nella ricostruzione della 'topografia del conflitto', fatta recedere nella misura strettamente indispensabile a non frustrare la realizzazione dei diritti prevalenti. O, ancora, la misura della sacrificabilità del diritto alla salute e dell'interesse alla tutela dell'ambiente deve essere ricavata dai termini nei quali il legislatore abbia fissato il bilanciamento di essi con l'interesse pubblico al mantenimento dei tassi di occupazione e dei livelli di produzione industriale: l'opzione per una soluzione tecnica che non persegua nella maniera scientificamente auspicabile beni di fondamentale importanza come la salute e l'ambiente non determina *per se* l'incostituzionalità della normativa indubbiata, a meno che la sua conformazione normativa non provochi la lesione irreparabile, in contrasto con la Costituzione, del nucleo duro (*Wesensgehalt*) di quel diritto/interesse.

Raramente la Corte si è spinta a sindacare la correttezza tecnica e scientifica delle valutazioni legislative in sé e per sé, procedendo semmai il più delle volte ad eliminare quelle norme che si ponessero in insanabile contrasto con le premesse di fondo dell'intervento normativo, il più delle volte eliminando la regola rigidamente stabilita dalla legge e riconoscendo, mediante riserva, un potere di valutazione tecnica ad organi ed organismi dotati di un'alta qualificazione specialistica.

I casi nei quali la Corte abbia riconosciuto nel merito la totale erroneità o inadeguatezza del presupposto scientifico della legge sono relativamente isolati (si pensi alla sent. n. 559 del 1987 o alla sent. n. 151 del 2009 o alla sent. n. 162 del 2014), e solo in numero ancor più limitato di casi la Corte ha opposto una propria valutazione tecnica alternativa (si pensi, ancora, alla sent. n. 559 del 1987, ma anche alla sent. n. 96 del 1981, sul reato di plagio).

Se, dunque, non sono da escludersi ipotesi nelle quali la Corte costituzionale operi uno scrutinio di tipo intrinseco e diretto, se del caso anche sostitutivo, sulle valutazioni tecniche del legislatore, nondimeno si tratta di casi che è auspicabile rimangano isolati, al fine di limitare le occasioni in cui valutazioni scorrette del Giudice delle leggi determinino ingiustamente l'invalidazione della norma impugnata¹⁶⁵, ed anche per

¹⁶⁵ Sarebbe questo, ad opinione di chi scrive, il caso della sent. n. 83/2015, con la quale la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità della norma tributaria che assoggettava all'imposta aggiuntiva i prodotti

scongiurare che tal tipo di valutazioni debbano svolgersi in una sede processuale poco idonea a tal fine come il processo costituzionale, essendo di gran lunga preferibile che il controllo su tali valutazioni abbia luogo presso le giurisdizioni ordinarie, le quali sono sicuramente meglio equipaggiate per permettere l'acquisizione di tutte le conoscenze utili e la partecipazione delle parti.

Quanto, poi, alle ipotesi connotate da discrezionalità mista, la Corte reputa opportuno l'esperimento di un sindacato di tipo intrinseco e diretto, ma debole e non sostitutivo, per non obliterare quegli spazi di decisione politica che rimettono, in definitiva, agli organi rappresentativi la scelta su come e quando agire¹⁶⁶.

da inalazione non contenenti nicotina. Sia chiaro, non si intende contestare in sé l'esito finale della pronuncia (che, a conti fatti, non sarebbe cambiato, visto che la disposizione doveva ritenersi incostituzionale in relazione al profilo della determinatezza della fattispecie d'imposta, in violazione dell'art. 23 Cost.), ma solo quella parte della motivazione nella quale la Corte dichiara irragionevole la sottoposizione a tassazione dei prodotti da inalazione senza nicotina, al pari dei prodotti contenenti nicotina, sull'assunto che i primi non sarebbero nocivi per la salute umana. A parte il fatto che la discrezionalità del legislatore in materia tributaria non richiede l'ancoraggio del presupposto della tassazione ad alcun criterio di salubrità (dal momento che due prodotti possono venire assoggettati ad un medesimo trattamento tributario sulla base di indici diversi dall'incidenza del loro consumo sulla salute umana), si è visto che l'affermazione della Corte è scorretta da un punto di vista scientifico, perché al contrario molti studi già allora disponibili hanno dimostrato che anche i prodotti da inalazione non contenenti nicotina hanno l'attitudine a provocare infezioni e malattie respiratorie.

¹⁶⁶ Valga per tutti il caso delle vaccinazioni: a prescindere dai dati a disposizione sulla situazione epidemiologica esistente e degli indici a partire dai quali viene raggiunta l'immunità di gregge, la decisione sul se e come agire spetta al legislatore (Parlamento o Governo), ed è insurrogabile da parte di altri organi costituzionali, Corte costituzionale compresa. Qualora la soglia di copertura vaccinale scendesse al di sotto del 95%, se è vero che per la scienza questa situazione configura già una emergenza (perché statisticamente prelude alla formazione dei primi focolai epidemici), la scelta di intervenire o non intervenire implica una valutazione politica in tal senso, che non è di per sé irragionevole sol perché non in linea con il pensiero scientifico (il legislatore può aver scelto di non intervenire perché ha fiducia nel fatto che il calo delle vaccinazioni sia episodico, o perché ritiene che dei focolai isolati non configurino in sé un'emergenza), e la sanzione per l'eventuale erroneità della valutazione legislativa non potrà essere di natura giuridica, ma più probabilmente politica (ad esempio l'approvazione di una mozione di sfiducia nei confronti del Governo, o lo scioglimento delle Camere da parte del Presidente della Repubblica).

L'inerzia legislativa non potrebbe in alcun caso essere sindacata dalla Corte costituzionale, a meno che non si legga il riferimento alla salute come «interesse della collettività» di cui all'art. 32 Cost. come un imperativo di scopo che impone agli organi politici di attivarsi per preservare il contenuto minimo del diritto alla salute individuale, che in questo peculiare caso non è scindibile dalla salute collettiva. Una prospettazione inaccettabile nel nostro ordinamento, rispetto alla quale peraltro viene difficile immaginare un tipo di reazione con la quale la Corte possa sanzionare il Governo o il Parlamento per non aver esercitato le proprie attribuzioni (e, a monte, per la difficoltà di riuscire ad immaginare una via di accesso alla giustizia costituzionale, se non prospettando un'azione diretta sui generis o un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato...).

L'unica soluzione credibile è che la Corte sia chiamata a pronunciarsi nell'ambito di un giudizio in via incidentale o in via principale (com'è avvenuto nel caso della sentenza n. 5 del 2018), e si trovi a giudicare della ragionevolezza e proporzionalità della disciplina concretamente apprestata a livello legislativo. Anche in questo caso, però, non bisogna dimenticare che ad una valutazione di carattere tecnico-scientifico si sovrappone una valutazione di carattere politico corrispondente ad una precisa opzione in ordine sia al livello di rischio accettabile sia al grado di compressione della libertà che la comunità politica

Il sindacato del Giudice costituzionale sulle valutazioni tecniche del legislatore è, quindi, nella prevalenza dei casi di tipo estrinseco, indiretto e non sostitutivo, mentre le isolate ipotesi nelle quali la Corte si spinge ad un sindacato di tipo intrinseco e diretto sono quelle in cui l'erroneità del giudizio tecnico presupposto (originario o sopravvenuto, in forza dei mutamenti che hanno interessato la materia legislativa) è manifesto, vuoi per evidente travisamento dei presupposti di fatto, vuoi per contrasto con la comune esperienza sul campo.

Così non potrebbe non essere, almeno come regola generale. Le prospettive dalle quali dipartono rispettivamente il legislatore e i giudici costituzionali sono infatti diverse: il primo prende in esame il dato fattuale e tecnico per farsi un'idea generale dello stato di cose presente al fine di risolvere problemi pratici che richiedono apprezzamenti e scelte di natura politica, ovvero per fare delle previsioni sugli effetti che avranno a prodursi per ciascuna delle scelte alternative concretamente effettuabili dagli organi di Governo; la seconda, invece, è sempre sollecitata a pronunciarsi su questioni di diritto, per la soluzione delle quali può trovarsi incidentalmente costretta a ripercorrere la valutazione tecnico-scientifica che sia stata assunta dagli organi politici quale premessa per l'adozione di una certa decisione.

Per la Corte non è, tuttavia, necessario essere in presenza di un caso così estremo per trovarsi nella condizione di dover sindacare la correttezza delle premesse tecnico-scientifiche dell'atto legislativo impugnato. Il tracciato lungo il quale si muove la Corte costituzionale deve rimanere ancorato agli argini del diritto, sicché la questione che originariamente era stata oggetto di valutazione politica deve (ri)presentarsi al Giudice delle leggi sotto forma di questione di diritto relativa all'infrazione di un precetto costituzionale che o sia stato direttamente violato o non sia stato adeguatamente attuato dalla legge mediante la tecnica del bilanciamento.

(per il tramite dei propri rappresentanti) è disposta a subire. La decisione se prevedere come obbligatorio ovvero come facoltativo un trattamento vaccinale non si riduce, infatti, ad un mero fatto di scienza, ma è anche (soprattutto) un fatto politico, di governo delle libertà. Sicché il giudizio della Corte non potrebbe che essere carico di deferenza verso la scelta legislativa, limitandosi a censurarla nei soli casi di manifesta irragionevolezza o manifesta mancanza dei presupposti, esercitando – ancora – un sindacato di tipo estrinseco e indiretto, o al massimo di tipo intrinseco debole, ma solo nel caso in cui il travisamento dei fatti si sia tradotto in un vizio della volontà che inficia l'atto normativo per contrarietà allo scopo effettivamente voluto e perseguito.

Anche nelle ipotesi in cui la Corte ritenga di dover fare ricorso ai propri mezzi istruttori, lo scopo deve rimanere pur sempre la salvaguardia dei diritti e dei valori costituzionali, svolgendo una rivalutazione nel merito della valutazione tecnico-scientifico compiuta dal legislatore nei soli casi in cui ciò sia necessario per accertare l'eventuale esistenza di alternative che, ugualmente efficaci per raggiungere lo scopo, siano meno gravose per l'esercizio delle libertà.

11. Considerazioni conclusive sulla discrezionalità del legislatore, tra valutazioni di scienza e valutazioni di opportunità

Le considerazioni finora svolte permettono di trarre alcune conclusioni, seppur non definitive, sulla figura della 'discrezionalità del legislatore' nelle materie a connotazione tecnico-scientifica.

In primo luogo, il rapporto tra legge e Costituzione non può essere equiparato al rapporto tra atto amministrativo e legge, perché mentre l'azione amministrativa non è mai libera e deve necessariamente muoversi nel solco tracciato dalla legge attributiva di potere, l'attività legislativa è originariamente connotata dalla libertà di scegliere i fini del proprio agire, con la conseguenza che ogni ambito materiale non esplicitamente o implicitamente normato dalla Costituzione rientra nel campo della libera discrezionalità del legislatore.

Lungo questa linea di pensiero, seguendo una determinata opzione dogmatica, l'attività legislativa andrebbe a riempire quello spazio lasciato vuoto dalla Carta fondamentale mediante scelte di valore espressive di scopi e obiettivi al cui perseguimento sono tenuti e funzionalmente preposti tutti gli organi dello Stato, compreso l'ordine giudiziario e la stessa Corte costituzionale, salvo che quest'ultima ne ravvisi l'irrimediabile incompatibilità con la Carta. Ciò significa che, rispetto a tutto ciò per cui la Costituzione non dice o prevede, è rimesso alla valutazione degli organi della rappresentanza democratica e specularmente sottratto ad una rivalutazione ad opera della Corte costituzionale.

L'unico limite in tal caso sarebbe dato dal rispetto del canone di coerenza nell'attuazione della normativa in base ai principi che lo stesso legislatore si è dato. In altre parole, nel momento in cui il Parlamento decide di normare una certa materia, è tenuto a dare uno sviluppo coerente all'intero settore della legislazione speciale nel quale

interviene, coordinando il proprio intervento con il resto della legislazione vigente, in modo da non incorrere in contraddizioni che da un lato creino disparità nel trattamento di situazioni simili o indebite assimilazioni tra situazioni diverse, dall'altro pongano difficoltà agli operatori in sede applicativa. In caso contrario, la Corte costituzionale potrebbe sanzionare la decisione del legislatore per irragionevolezza, assumendo l'opzione assiologica di base a parametro di valutazione del complesso normativo nella materia oggetto di giudizio¹⁶⁷.

La copiosa giurisprudenza passata in rassegna nel capitolo terzo ha permesso di evidenziare come la scelta di una tipologia decisoria per il vaglio delle leggi a contenuto scientificamente connotato dipenda da un lato dal livello di complessità della questione stessa, che è direttamente proporzionale al grado di consenso che nella comunità scientifica si è formato sulle evidenze disponibili su un dato fenomeno; dall'altro dal numero dei soggetti e delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, che comporta inevitabilmente anche un aumento della discrezionalità politica del legislatore¹⁶⁸.

12. Esistono degli indici sulla base dei quali la Corte costituzionale può essere indotta a rafforzare il proprio sindacato?

Ci si può ora chiedere se non siano desumibili degli indici in presenza dei quali la Corte sembri maggiormente propensa ad intensificare il proprio sindacato.

Dovrebbe trattarsi di casi in cui la valutazione dei profili tecnico-scientifici tange questioni altamente sensibili per la giurisdizione costituzionale, rispetto alle quali sarebbe inammissibile che la Corte rinunciasse a controllare la correttezza dei presupposti fattuali delle leggi impugnate. Ipotesi che si riducono fondamentalmente a quei casi in cui sono in gioco le attribuzioni degli organi dello Stato ovvero i diritti fondamentali dei cittadini.

¹⁶⁷ Cfr. R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, XXII ed. 2021, p. 522: «La regola di coerenza, implicita nel principio di uguaglianza, potrebbe essere espresso così: il legislatore è libero di scegliere le finalità, il programma, il “principio” da sviluppare con le sue disposizioni (purché non si scontri con altre norme costituzionali “sostanziali”, che sanciscono cioè libertà, diritti, ecc.); 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» (corsivi testuali).

¹⁶⁸ Si tratta di un principio costantemente affermato nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 282 del 2002, ma che era già implicitamente accolto nella giurisprudenza anteriore nella quale si affermava la riserva al legislatore delle operazioni di bilanciamento in caso di conflitto inevitabile tra più diritti e interessi, individuali e collettivi.

Quanto al primo aspetto, ci sembra che la giurisprudenza analizzata nel capitolo terzo dimostri chiaramente come le questioni di costituzionalità a connotazione tecnico-scientifica pongano quasi sempre un problema di attribuzione, inerenti all'individuazione del soggetto competente a prendere una decisione e/o a svolgere una valutazione scientifica per il caso alla mano. Questa giurisprudenza ha già condotto a risultati definitivi, nella parte in cui ha individuato delle 'riserve di valutazione tecnica' in capo agli organismi tecnico-scientifici ufficiali specificamente incaricati di tali compiti o in capo ai medici, e sul punto non sono necessari ulteriori approfondimenti.

Quanto al secondo aspetto, ci pare che l'approccio finora mostrato dalla Corte nel sindacare le valutazioni tecnico-discrezionali del legislatore si caratterizzi per un grado variabile di deferenza, alla quale non è escluso possa seguire un atteggiamento di maggiore attivismo laddove la valutazione legislativa sia accusata di impattare in misura non necessaria i diritti fondamentali sanciti in Costituzione.

Negli ultimi tempi, infatti, la Corte ha in non poche occasioni superato il limite della discrezionalità del legislatore per riaffermare il superiore principio della primazia dei diritti fondamentali. Nella fondamentale sentenza n. 1 del 2014 (con la quale è stata dichiarata la illegittimità della legge elettorale del 2005) si legge che «[i]n ambiti connotati da un'ampia discrezionalità legislativa, quale quello in esame, siffatto scrutinio [di proporzionalità e ragionevolezza] impone a questa Corte di verificare che il bilanciamento degli interessi costituzionalmente rilevanti non sia stato realizzato con modalità tali da determinare il sacrificio o la compressione di uno di essi in misura eccessiva e pertanto incompatibile con il dettato costituzionale»¹⁶⁹.

In questa decisione la Corte ha dunque affermato che l'alta connotazione politica delle valutazioni inerenti la determinazione del contenuto precettivo di una legge non può costituire un limite invalicabile al suo scrutinio, allorché la sua concreta applicazione si risolva nella compromissione irragionevole e sproporzionata dei diritti civili e politici costituzionalmente garantiti. In tali casi la Corte può e deve intervenire per porre rimedio ad una situazione ugualmente incostituzionale.

Lo stesso – si ritiene – vale anche nei casi in cui ad essere sottoposte a scrutinio siano le valutazioni tecniche del legislatore. La superiore esigenza di tutelare i diritti

¹⁶⁹ Corte cost., sent. n. 1/2014, punto 3.1 del C.i.D.

fondamentali dovrebbe far propendere la Corte per un controllo autonomo delle valutazioni tecnico-discrezionali contenute in una legge, non limitandosi ad un sindacato per linee esterne. In particolare, quando la prospettazione svolta dal giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione riesca ad inquadrare la misura della sproporzione con cui la norma impugnata incide sui diritti della persona, la Corte dovrebbe ritenersi pienamente legittimata a conoscere della vicenda controversa, anche mediante lo svolgimento di una autonoma valutazione dei fatti presupposti, quantunque ad alta complessità tecnica e scientifica.

Il limite al sindacato del Giudice delle leggi dovrebbe, in tal caso, essere dato dall'opinabilità della valutazione tecnico-scientifica sulla base della quale gli organi politici si sono determinati in una certa maniera: laddove la valutazione tecnica dell'autorità, pur non coincidendo con la soluzione raggiunta da una istruttoria (eventualmente) disposta dalla Corte, si riveli plausibile e non manifestamente irragionevole, non dovrebbe ritenersi illegittima, né potrebbe essere sostituita da un proprio apprezzamento (nell'ambito del controllo di ragionevolezza/proporzionalità delle misure concretamente impiegate). Sotto questo aspetto, il giudizio sulle leggi non potrebbe che essere incentrato sull'effetto pratico della soluzione tecnica prescelta, sul modo in cui essa impatta sul patrimonio giuridico dell'individuo, assumendo di per sé il giudizio tecnico un ruolo secondario, che viene attratto nel perimetro del giudizio di costituzionalità solo in ragione della sua capacità conformativa sui diritti e le libertà, cioè sulla 'materia costituzionale'¹⁷⁰.

La prospettiva dei diritti legittima la Corte ad andare oltre il percorso logico apparentemente solcato dal legislatore, per spingersi a valutare se la selezione dei criteri tecnici risulti conforme allo *standard* medio praticato nello specifico settore scientifico, se l'eventuale scostamento risulti giustificato rispetto alla vicenda concreta, e se ipoteticamente – all'esito di un giudizio controfattuale – la selezione di altri criteri non

¹⁷⁰ La conclusione non cambia per i casi in cui la Corte si limita a svolgere un controllo di tipo procedurale sul corretto adempimento dei passaggi che singolarmente compongono il procedimento logico di maturazione della decisione, compresa la valutazione tecnico-scientifica. Lo scrutinio di tipo procedurale è, infatti, nient'altro che una modalità alternativa di approcciarsi alla questione scientifica controversa, in cui piuttosto che operare una valutazione autonoma il Giudice delle leggi ripercorre lo stesso percorso logico e argomentativo del legislatore, onde ricercare eventuali incongruenze idonee ad inficiare la razionalità della soluzione tecnica prescelta.

sarebbe stata più idonea a conseguire lo stesso risultato politico, ma meno gravoso per i diritti individuali.

Il punto problematico, tuttavia, sta nel fatto che, spesse volte, la stessa selezione dei criteri tecnici di giudizio configura una decisione che presenta una carica di politicità, che la Consulta non potrebbe censurare se non dimostrando che, a conti fatti, dà luogo ad un bilanciamento che sacrifica in misura ingiustificatamente non necessaria i diritti o interessi dei soggetti coinvolti.

Seguendo la prospettiva dei diritti, la Corte dovrebbe ritenersi autorizzata ad entrare *in medias res* nella valutazione delle scelte politiche del legislatore, anche quando siano l'esito di complesse valutazioni attinte mediante l'utilizzo di criteri tecnico-scientifici che portano a conclusioni incerte o solo opinabili. Ciò non rappresenterebbe una anomalia in un sistema a Costituzione rigida, trattandosi di un'evenienza che, pur divenendo allarmante quando si fa troppo frequente, appartiene alla sua fisiologia, se si pone mente all'insegnamento di quella dottrina che configura la tutela dei diritti fondamentali come un connotato coesistente della forma di Stato democratica, quale forma di organizzazione dei pubblici poteri preordinata alla garanzia dei valori della persona e alla difesa dei suoi diritti inviolabili¹⁷¹.

12.1 A proposito dei 'nuovi diritti', in particolare di quelli che sono il portato della scienza e della tecnica

Il tema del rapporto tra scienza, tecnica e diritto costituzionale viene ad assumere sfumature diverse rispetto alle problematiche tradizionalmente trattate nella riflessione amministrativistica.

Come già si è accennato in più punti di questo lavoro, l'azione amministrativa non solo è circoscritta dalla legge mediante l'elencazione dei settori della vita sociale in cui può svolgersi e dei poteri che le sono assegnati, ma è funzionalizzata al perseguimento dei fini stabiliti dalla politica. Così configurata, l'azione amministrativa si iscrive in un triangolo che ha come vertice lo scopo o gli scopi per la cui realizzazione la legge delega il potere alla PA, mentre alla base vi sono da un lato la tecnica come mezzo e limite dell'intervento pubblico e dall'altro la discrezionalità amministrativa, intesa –

¹⁷¹ L. Carlassare, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, n. 1/1995, pp. 33 ss.

nell'accezione tradizionale – come potere di scelta tra più opzioni legittime e utili in vista della realizzazione dell'interesse pubblico.

In ottica costituzionalistica, la problematica del rapporto tra scienza, tecnica e diritto si sposta dal profilo dell'implementazione della legge a quello dell'attuazione della Costituzione, specialmente della parte relativa ai diritti fondamentali. Le nuove applicazioni tecnologiche messe a disposizione dal progresso scientifico portano all'emersione di nuove istanze di libertà (le quali in verità si configurano, il più delle volte, come l'estensione di diritti già sanciti nel testo costituzionale), che gli individui rivendicano nello spazio pubblico e a cui pretendono che sia riconosciuta una piena tutela.

Il tema dei 'nuovi diritti'¹⁷² non è nuovo nel dibattito costituzionalistico. Com'è noto, la dottrina italiana si è essenzialmente divisa tra chi ritiene che l'art. 2 Cost. rechi una 'norma a fattispecie aperta'¹⁷³, che fa assurgere al rango di diritto costituzionale quelle rivendicazioni che in un dato momento storico si affermino come parte integrante del portato esistenziale dell'individuo, e chi al contrario la concepisce come una 'norma a fattispecie chiusa'¹⁷⁴, che sarebbe riassuntiva del complesso di garanzie fondamentali che l'ordinamento appresta a favore della persona. Non è mancato chi, rifiutando l'una e l'altra concezione, ha sostenuto una tesi intermedia, che vede nell'art. 2 l'affermazione del valore della libertà personale come principio ordinatore alla stregua del quale risolvere nei casi dubbi il conflitto tra individuo e autorità, mediante quella fondamentale integrazione tra Costituzione e società che è garanzia del pluralismo¹⁷⁵.

¹⁷² Tale espressione verrà impiegata nel prosieguo del lavoro per riferirsi, in generale, alle nuove istanze di libertà avanzate dai cittadini sulla scorta delle possibilità dispiegate dalla scienza e dalla tecnica. L'espressione verrà utilizzata in maniera generica nell'accezione normalmente diffusa tra i giuristi, senza tuttavia volere automaticamente riconoscere a tutti i 'nuovi diritti' la portata di un diritto fondamentale. L'utilizzo di tale espressione è, infatti, legato a ragioni di opportunità, al carattere convenzionale del gergo giuridico più che alla adesione, da parte di chi scrive, a tale dottrina. Sul punto si faranno, comunque, le debite precisazioni.

¹⁷³ Tale tesi è stata, in particolare, propugnata da A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, pp. 80 ss.

¹⁷⁴ Tra i principali esponenti di questa corrente basti ricordare, per tutti, A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, pp. 20 ss.

¹⁷⁵ Cfr. F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, pp. 1 ss.

Quanto alla teoria della fattispecie chiusa, Modugno obietta che essa «peccherebbe non solo di angusto formalismo, ma risulterebbe anche condizionata dal pervicace pregiudizio della separazione assoluta tra diritto e società, tra forma e contenuto» (p. 2), ed inoltre non si ravvedrebbe che i diritti inviolabili, in quanto valori, sono «dotati di una straordinaria capacità espansiva, conformemente al principio di eccedenza di contenuto assiologico o della inesauribilità dei valori» (p. 3). Sul fronte opposto, a proposito della teoria della fattispecie aperta, Modugno obietta che essa «trascura l'entità e il significato della enumerazione dei diritti fondamentali, non si dà cura di ricercare il fondamento positivo dei presunti nuovi diritti, fraintende il significato di talune decisioni della Corte costituzionale, invoca fonti di

Nell'epoca della tecno-scienza, quel dibattito si presenta con accenti inediti rispetto al momento storico in cui si è sviluppato. Mentre nei primi decenni la riflessione si era concentrata prevalentemente sui diritti sociali di prestazione, gli ultimi quattro decenni (più precisamente, a partire dalla sentenza n. 161 del 1985 in materia di transessualismo) hanno visto un'esplosione di casi sui diritti di 'quarta generazione', che sono principalmente il portato della scienza e della tecnica.

Mai come di questi tempi scienza e tecnica si configurano come elementi conformativi della libertà del singolo, la quale viene così a protendersi oltre i limiti naturali che per millenni hanno definito lo spazio dell'autodeterminazione individuale. Oggi pretesa sembra sconfinata, priva di limiti che non siano quelli che l'individuo pone per sé stesso, e ogni tentativo di ripristinare i confini viene visto come una indebita intrusione dello Stato nella realizzazione del proprio progetto di vita, di salute, di famiglia, di morte.

Sono queste le nuove pretese che chiedono a forza di vedersi riconosciuto lo *status* di diritti, come tali immediatamente 'giustiziabili', la cui pre-esistenza prescinde dalla formale affermazione da parte della legge, poiché si tratta di diritti che traggono la loro legittimazione non dalla legge dei numeri, ma dal dominio della scienza e della tecnica. Aspirazioni che fino a pochi decenni fa non erano concepibili se non nell'etereo mondo del desiderio, perché la legge della natura poneva un limite invalicabile alla legge dell'uomo: nemmeno si discuteva di un diritto a non nascere se non sani, di un diritto ad avere figli, di un diritto alla rettificazione del genere, di un diritto di morire con dignità, di un diritto all'integrità della linea genetica, di un diritto all'ambiente salubre ecc.

Si tratta di pretese che l'individuo non rivendica più nei confronti dello Stato, dacché scienza e tecnica ne rendono possibile la fruizione grazie alla forza regolatrice della legge del mercato, veicolata dal fenomeno della globalizzazione (dei diritti). Tali nuove aspirazioni sono già tecnicamente possibili, al di là e a prescindere dello Stato: ciò che l'individuo oggi rivendica nei confronti dei poteri pubblici è l'indisturbato esercizio

legittimazione o di produzione vaghe e poco o punto controllabili (diritto naturale, costituzione materiale, coscienza sociale) e giuridicamente di per sé non sempre idonee (atti internazionali), approda al riconoscimento di diritti dai confini, dal contenuto o dalla disciplina assai incerti e opinabili» (p. 3).

di tali nuovi diritti, di cui egli si ritiene titolare senza che si senta tenuto a giustificarne il fondamento¹⁷⁶.

La legge della scienza e della tecnica è, dunque, un fattore di legittimazione esterno alla legge statale ma ad essa complementare: una «delle circostanze e delle limitazioni concretamente sussistenti»¹⁷⁷ di cui bisogna tener conto nella regolazione giuridica della fattispecie, un dato di fatto che dà una nuova configurazione al sistema dei diritti e delle libertà, rispetto a cui non sarebbe ammissibile un comportamento biecamente negazionista da parte del Parlamento. È la Costituzione, infatti, che impone al legislatore di confrontarsi con la realtà sociale, di interrogarla sui suoi bisogni, di comprenderne le istanze, di discuterne le implicazioni e, *last but not least*, di prendere posizione sui grandi argomenti del dibattito pubblico.

In tale nuovo frangente, il compito della legge non è però nemmeno, banalmente, di riconoscere in automatico a tali nuove pretese la consistenza di ‘diritti’. La legge deve prendere atto dei mutamenti che hanno interessato le pratiche sociali per effetto della tecnica, vagliandone attentamente i rischi e i benefici, sia rispetto al singolo sia rispetto alla collettività, e governare la complessità sociale prefigurandosi i conflitti che inevitabilmente insorgeranno da una espansione illimitata delle libertà. È in tale contesto che la legge, atto politico per eccellenza, vittima della crisi della legalità, può e deve riacquistare la propria centralità nell’ordinamento giuridico quale mezzo necessario di regolazione delle nuove istanze, assicurando che il loro esercizio sia rispettoso sia dei diritti dei terzi sia degli interessi della collettività.

L’idea che l’ordinamento statale, nel concorso con i sistemi di protezione sovranazionale, debba perseguire la ‘massima espansione possibile dei diritti’¹⁷⁸ reca una proposta di difficile attuazione da un punto di vista costituzionalistico, poiché, stando i

¹⁷⁶ Sui caratteri dei ‘nuovi diritti’ e sulla loro problematica coesistenza con le tradizionali libertà e con i principi del costituzionalismo v. M. Cartabia, *I “nuovi” diritti*, in *Stato Chiese e Pl. Conf.*, online, 2011.

¹⁷⁷ Corte cost., sent. n. 1130/1988, punto 2 del C.i.D.

¹⁷⁸ Si tratta di una dottrina oggi piuttosto diffusa nella dottrina costituzionalistica italiana (se ne fanno portavoce, in particolare, gli esponenti della Scuola di Messina, tra cui Antonio Ruggeri e Gaetano Silvestri), fatta espressamente propria dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo e da ultimo, sembrerebbe, anche dalla Corte costituzionale italiana. Sul punto vi veda, tra gli altri, G. Silvestri, *L’individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.*, online, 2018, pp. 1 ss.

diritti in rapporto di interazione reciproca, l'espansione di uno di essi non è pensabile si realizzi senza ripercussioni sull'ampiezza di altri diritti e/o interessi ad esso adiacenti¹⁷⁹.

La peculiarità dei nuovi diritti germinati dalle applicazioni della scienza e della tecnica sta proprio nel fatto che essi attribuiscono all'individuo il dominio della propria vita e della propria esistenza senza dover nulla chiedere o attendersi dalla politica. La loro fruizione è istantanea, non necessita di autorizzazioni, licenze o intermediazione alcuna da parte dello Stato: la realizzazione del proprio progetto di vita non interessa apparentemente altri se non il diretto titolare.

Ma, come tutte le apparenze, essa è fallace. Non è sostenibile che il singolo possa pretendere di espandere illimitatamente la propria sfera di autonomia, giustificando come scelte esclusivamente personali decisioni che finiscono per condizionare il destino esistenziale di altri individui, escludendo in principio che lo Stato e la collettività possano imporre dei limiti necessari a preservare le aspettative di chi non può decidere per sé stesso. Ogni questione sui nuovi diritti richiama il problema del bilanciamento tra beni costituzionali in conflitto, che per ciò stesso chiama in campo la responsabilità della politica.

A meno che non si decida di accogliere paradigmi ultra-individualistici che cozzano con la dimensione sociale della nostra Costituzione, la soluzione al problema del conflitto tra valori costituzionali deve necessariamente trovar luogo in un momento di

¹⁷⁹ Si prenda l'esempio del diritto alla genitorialità: le moderne tecniche di fecondazione artificiale rendono possibile la realizzazione del progetto genitoriale anche per soggetti in età avanzata, con la conseguenza che il minore nato in quel contesto familiare avrà dei genitori anziani, con meno energie, con una salute presumibilmente più cagionevole, con i quali in definitiva avrà un rapporto mediamente più breve rispetto allo standard dei propri coetanei i quali siano stati concepiti dai genitori in età fertile. Se da un lato il ricorso alla procreazione artificiale comporta senz'altro l'espansione della libertà di autodeterminazione dell'aspirante genitore, la medesima pratica induce inevitabilmente ad interrogarsi sulle aspettative che il minore può avere nel momento in cui nasce, come ad esempio se possa rivendicare un diritto ad avere un rapporto prolungato con i genitori, o un diritto a godere pienamente della propria gioventù – al pari dei propri coetanei – senza la preoccupazione di doversi prendere cura di genitori anziani e ammalati.

Lo scopo di questa esemplificazione non è moralistico, ma solo chiarificatore rispetto ad un problema che ha senz'altro risvolti giuridici, né si intende esprimere giudizi morali rispetto alle scelte delle persone. Ma il problema è giusto porsi, perché un dibattito incentrato esclusivamente sulla posizione dell'aspirante genitore sarebbe viziato per non aver tenuto conto della posizione degli altri soggetti coinvolti. Non coglie nel segno la critica secondo cui un legislatore che compie questo tipo di valutazioni finisce per imporre per legge un'etica pubblica irrispettosa del pluralismo assiologico: l'esercizio dei diritti non può essere sganciato dall'assunzione delle responsabilità che derivano dalle proprie scelte, e va da sé che se il comportamento di un individuo impatta sul destino di altri individui, esso non può considerarsi il frutto di una scelta esclusivamente privata, per il semplice fatto che ciascuno di noi può trovarsi nella posizione dell'uno o dell'altro.

dibattito e condivisione in sede politica. La verità è che la soluzione a problemi etici ad alta conflittualità sociale non può essere ricercata una volta per tutte con una risposta che valga in ogni tempo e luogo, perché all'opposto si rende indispensabile una continua rimeditazione delle soluzioni transitoriamente escogitate, in parallelo con l'emergere di nuove sensibilità e il cambiamento dei costumi sociali. Proprio perché non vi sarà mai un'unica soluzione che vada bene a tutti – seppur in un contesto che riguarda potenzialmente tutti – è giocoforza concludere che la soluzione dei casi difficili deve essere rimessa alla politica, decisa secondo le regole della democrazia maggioritaria¹⁸⁰.

12.2 Sulle tecniche di riconoscimento dei 'nuovi diritti'. Spunti ricostruttivi per un approccio "costituzionalmente orientato" al problema dell'individuazione dei nuovi diritti a connotazione tecnico-scientifica

È constatazione frequente quella secondo cui non tutto ciò che è tecnicamente possibile assurge al rango di diritto costituzionalmente garantito.

Se questa considerazione è generalmente condivisibile, essa richiede di rispondere preliminarmente alla domanda su quali siano le condizioni in base delle quali una nuova pretesa possa vedersi riconosciuta la consistenza di un nuovo diritto.

Tale non può essere il frutto di considerazioni di mero fatto, ma deve essere l'esito di un giudizio sussuntivo che muova da un'interpretazione sistematica dell'assiologia costituzionale¹⁸¹. In altre parole, un nuovo diritto non è qualcosa che si autolegittima per il sol fatto di essersi sedimentato nella coscienza collettiva, né per il sol fatto che un voto a maggioranza lo abbia riconosciuto come tale: nel primo caso manca un atto formale che riconosca quella pretesa come parte dell'ordinamento, nel secondo vi è un fondamento necessario, ma non sufficiente a integrare quel diritto nel sistema complessivo definito nella Costituzione.

¹⁸⁰ Sembra concorde sul punto anche G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, cit., p. 179, per il quale «una legislazione che intervenga a regolare questioni scientificamente controverse non deve mai porsi come il punto di arrivo del dibattito sociale e politico in materia, ma come stimolo per ulteriori approfondimenti da parte dell'arena pubblica ed anche per completi stravolgimenti della disciplina normativa».

¹⁸¹ Sulla centralità dell'interpretazione costituzionale rispetto al riconoscimento dei nuovi diritti cfr. P. Veronesi, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *BioLaw J.*, n. 2/2018, pp. 77 ss.

Si è dell'opinione che un nuovo diritto possa essere riconosciuto come tale solo se, in rapporto sia ai valori consacrati nella Costituzione sia alla realtà dinamica della società, esso si ponga come attuazione coerente dei valori del sistema e come completamento del progetto costituzionale complessivamente inteso. I nuovi diritti, infatti, non sono automaticamente tali solo perché si affermano come oggetto di pretesa nei confronti del potere pubblico, ma devono rappresentare un logico svolgimento dei valori fondamentali dell'ordinamento, *in primis* del valore della libertà e della dignità della persona, nonché del principio di solidarietà sociale.

A questo proposito, è innegabile che i nuovi approdi della scienza e della tecnica vadano a ridefinire il concetto costituzionale di persona e il significato dei diritti fondamentali. La Costituzione non definisce chi è 'persona' e quali siano le qualità intrinseche che la connotano sul piano del riconoscimento, ma si limita a farne il centro di imputazione di diritti e di doveri che incombono su di essa quale parte di una comunità di individui. La 'persona' costituzionalmente intesa è un'entità morale della quale la Carta fondamentale s'interessa in rapporto soprattutto a quelli che sono i suoi bisogni, le sue vulnerabilità e le sue aspirazioni: non un individuo astrattamente concepito, ma un soggetto calato nel concreto della vita associata¹⁸².

Nel modello costituzionale, la 'persona' non è quindi una figurina costruita su un modello predefinito e immutabile, ma è un costrutto in divenire che, pur avendo il proprio fondamento indefettibile nell'individuo in carne ed ossa, può arricchirsi di nuovi connotati che sono il frutto anche della cultura di un'epoca o della diversa attenzione a profili esistenziali in passato trascurati o, semplicemente, sconosciuti. L'estensione della libertà individuale veicolata dalle nuove acquisizioni tecnico-scientifiche deve considerarsi, in linea di principio, un processo coerente con le linee tracciate dal progetto costituzionale, evidentemente incentrato sulla garanzia dei diritti della persona e finalizzato ad assicurarne la piena capacità di sviluppo secondo le proprie attitudini e aspirazioni. Esso, dunque, non è il sintomo di una deriva, di un allontanamento dal progetto costituzionale, ma ne rappresenta uno svolgimento, a condizione che si pongano

¹⁸² G. D'Amico, *La nascita del biodiritto come prodotto della costituzionalizzazione dell'ordinamento*, in *BioLaw J., Special Issue* n. 2/2019, pp. 173 ss.

le condizioni per coordinare quella libertà con il complessivo quadro dei valori costituzionali¹⁸³.

In quest'ottica, l'art. 2 Cost. concepisce la persona con un soggetto storicamente compiuto, definito sulla base di caratteristiche che lo connotano nella sua irripetibile individualità secondo indici rilevanti sia in rapporto a sé stesso sia rispetto agli altri membri della comunità (sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, secondo il catalogo codificato all'art. 3, co. 1 Cost.), che la Costituzione lascia volutamente ampi e generici, di modo che siano suscettibili di comprendere le nuove dimensioni esistenziali che avessero a scaturire dall'evoluzione della coscienza sociale o dall'evoluzione scientifico-tecnologica. La Costituzione, dunque, non esclude che le nuove estrinsecazioni del personalismo possano ricevere idonee garanzie, le quali piuttosto dovrebbero estendersi in automatico laddove fossero espressive di una 'condizione personale o sociale' che connoti in maniera qualificata la relazione che la persona instaura con sé stessa o con gli altri.

Così, difficilmente potrebbe disconoscersi rilevanza costituzionale ad un aspetto oggi centrale all'autocomprensione dell'individuo come il genere, che – nonostante tale nozione fosse certamente estranea ai Costituenti – si rivela oggi di primaria importanza nel definire l'idea che il singolo ha di sé stesso nel contesto sociale¹⁸⁴.

Parimenti, il diritto di ogni essere umano ad essere rispettato nella propria individualità quale essere unico e irripetibile non può valere come argomento per escludere la legittimità di quegli interventi di manipolazione genetica, che offrano garanzie di sicurezza, esclusivamente mirati a rimuovere una tara ereditaria, i quali, piuttosto, rappresentano un rimedio che sarebbe colpevole non impiegare per assicurare alla vita nascente una concreta ed effettiva possibilità di godere di una qualità di vita

¹⁸³ *Contra* A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale*, cit., pp. 68-69, il quale, paventando una deriva scientista del principio personalista, ha sostenuto che «[n]on è la persona umana designata nella Costituzione a definire il recinto delle libertà fondamentali, ma sono la scienza e la tecnica, con le potenzialità ad esse collegate, a tracciare lo spazio di libertà consentito all'individuo», e che per questa via «non è solo la politica legislativa ad essere limitata [...] ma è l'idea costituzionale di persona ad esserne condizionata, venendo riformulata *more geometrico*, dato che i suoi connotati giuridicamente rilevanti possono venire tracciati sulla base di evidenze scientifiche di volta in volta disponibili».

¹⁸⁴ Con ciò non si vuole sostenere, comunque, che il genere possa considerarsi una caratteristica totalmente alternativa al sesso, né che il suo riconoscimento giuridico possa rimettersi, semplicemente o esclusivamente, ad un atto di volontà del singolo. In questo senso anche C. Pinelli, "*Diritto di essere sé stessi e "pieno sviluppo della persona umana"*", in *Riv. AIC*, n. 4/2021, pp. 308 ss.; in specie pp. 323 ss.

accettabile ed essere messo nella migliore posizione per esercitare, nel pieno possesso delle proprie facoltà, i diritti che la Costituzione riconosce alla persona¹⁸⁵.

Oppure, la difesa del diritto alla vita di ogni individuo non può essere addotto come argomento per negare in assoluto il diritto della persona malata, per la quale non ci siano più prospettive di guarigione, a chiedere d'essere aiutata a morire in una maniera considerata degna: trattandosi di ipotesi nelle quali non v'è alternativa tra la vita e la morte, ma solo tra modalità differenti di morte, l'interesse dell'ordinamento a proteggere la vita biologica dei suoi membri viene meno dinanzi all'aspirazione del malato di vivere gli ultimi momenti della propria esistenza nel rispetto della propria concezione di vita e nella garanzia di un fine-vita sereno e non doloroso¹⁸⁶.

E ancora, a proposito del diritto di diventare genitori e formare una famiglia con figli, non si vede per quale (legittima?) ragione l'ordinamento possa impedire ad un soggetto di realizzarsi come genitore, se ciò costituisce un passaggio fondamentale – come può presumersi senza dover dare ulteriori giustificazione – del percorso esistenziale di un soggetto adulto che vuole assumersi delle responsabilità verso il prossimo, e ciò non pregiudichi in alcun modo le possibilità di benessere e di realizzazione del bambino. La possibilità di crearsi una famiglia, quale centro del cammino esistenziale e affettivo dell'individuo nella condivisione con altri soggetti, intesa nella duplice dimensione orizzontale (riferita al rapporto instaurato da un soggetto con il proprio *partner*) e verticale (relativa al rapporto con le generazioni passate e future), è un diritto fondamentale che lo Stato dovrebbe garantire ad ogni individuo, anche a prescindere da una dimensione di coppia¹⁸⁷. Questa conclusione non contrasterebbe necessariamente con la scelta legislativa di voler assicurare il diritto alla bigenitorialità del nato: la scelta di mettere al mondo un figlio può essere responsabilmente presa anche da due adulti non astretti da alcun vincolo affettivo, dovendosi distinguere tra la relazionalità che lega il

¹⁸⁵ Sul punto I. de Miguel Beriain, L. Mastrangelo, *Cosa c'è di sbagliato nel modificare la linea germinale?*, in *BioLaw J.*, n. 1/2020, pp. 231 ss.

¹⁸⁶ C. Casonato, *La giurisprudenza costituzionale sull'aiuto al suicidio nel prisma del biodiritto, fra conferme e novità*, in *BioLaw J.*, n. 2/2020, pp. 303 ss.

¹⁸⁷ Ciò, tuttavia, non significa – ad opinione di chi scrive – che allo Stato sia in ogni caso precluso di ingerirsi nell'attuazione dei rapporti familiari a mezzo di discipline tese a favorire un certo assetto sociale, a garanzia dei soggetti deboli e vulnerabili. Questa esigenza era stata, al contrario, avvertita dalla Corte costituzionale italiana che, come già ricordato, ha ritenuto costituzionalmente obbligatoria una disciplina di legge che stabilisse un equo bilanciamento tra i diritti dei soggetti coinvolti nelle fattispecie di procreazione medicalmente assistita (è quanto affermato nella sentenza n. 45/2005).

nato ai rispettivi genitori e quella che lega reciprocamente questi ultimi nel loro essere parte della vita del minore¹⁸⁸.

Si ritiene, in definitiva, corretta la tesi che individua nell'ordinamento costituzionale italiano un principio non scritto che riserverebbe al singolo la libertà di autodeterminarsi nella maniera più conforme alla propria personalità e alle proprie aspirazioni, col limite del rispetto dell'uguale diritto alla libertà degli altri e dei principi fondamentali, incombendo semmai sullo Stato l'onere di motivare concretamente sulla consistenza, gravità e necessità delle misure che limitano tale libertà. Una progettualità, tuttavia, che non si riduce ad assoluto volontarismo o ad esasperato individualismo, ma fondata su un confronto dialettico persistente tra la singola persona e la comunità di appartenenza, secondo una dinamica nella quale lo Stato si fa promotore di un'antropologia positiva, attivamente impegnato nell'impresa di fornire ad ogni individuo i mezzi per migliorarsi e perfezionarsi, senza però ridursi a passivo esecutore delle volontà del soggetto.

13. Il dilemma dei 'nuovi diritti' tra principio democratico e difficoltà contro-maggioritaria: chi è il soggetto legittimato a riconoscere un nuovo diritto, e fino a che punto tale organo gode di discrezionalità nel plasmarne il contenuto?

Le questioni di costituzionalità a connotazione tecnico-scientifica hanno più di altre l'attitudine a "scombussolare" l'equilibrio dei poteri in un ordinamento democratico,

¹⁸⁸ In sostanza, si argomenta che l'accesso alla genitorialità dovrebbe essere garantito ad ogni persona a prescindere dal suo coinvolgimento in una coppia o dall'orientamento sessuale, senza con ciò voler affermare che esista un 'diritto alla mono-genitorialità'. Per quanto affermato alla nota precedente, lo Stato è sicuramente legittimato a stabilire le condizioni minime in presenza delle quali il minore dovrebbe venire al mondo: tra queste, prevedere che il bambino non nasca privo di un padre o di una madre. Questa condizione può, tuttavia, essere soddisfatta anche con strumenti diversi dalla riserva alle sole coppie eterosessuali del diritto di accedere alla PMA, consentendo ad esempio ai privati di impegnarsi pattiziamente con un soggetto di sesso diverso nel comune progetto di far nascere, crescere, mantenere, istruire ed educare un bambino. Tale proposta trova, inoltre, riscontro nelle esperienze di alcuni Paesi del Nord Europa, nei quali il *co-parenting* è una realtà diffusa già da diversi anni.

Questa soluzione reca un migliore bilanciamento tra l'aspirazione individuale a diventare genitore e il diritto del bambino di non vedersi privato di una delle due figure genitoriali. Tale soluzione, inoltre, ha il pregio di separare il profilo relativo al legame affettivo tra i genitori da quello relativo alle responsabilità di questi verso il figlio minore. Non è, del resto, un fatto nuovo constatare che, molto spesso, le criticità che affliggono il rapporto tra *partner* al momento della rottura della coppia si ripercuotono sul legame di ciascuno di loro con i minori nati dalla coppia.

dal momento che portano il Giudice costituzionale a concorrere direttamente con il legislatore nella competenza a dare riconoscimento e attuazione ai nuovi diritti¹⁸⁹.

Il giudice remittente, quando solleva q.l.c. di una questione di diritto che chiama in causa la scienza e la tecnica, si appella a queste ultime per dimostrare che dalla società civile si levano nuove rivendicazioni che, a causa sovente della lentezza dei processi di decisione politica, non ricevono compiuta o adeguata disciplina da parte della legge, e sollecita pertanto un intervento riparatore della Corte costituzionale. Per molti aspetti questo atteggiamento non è ingiustificato: da un lato, il ricorso all'incidente di costituzionalità è l'unico mezzo che l'ordinamento attribuisce al giudice per svincolarsi dall'obbligo di soggezione ad una legge che sospetta essere incostituzionale; dall'altro, non esistono mezzi di coordinamento (ad esempio, il *référé législatif*) tramite i quali l'autorità giudiziaria possa sollecitare l'intervento del legislatore per modificare la normativa da applicare alla luce delle più aggiornate acquisizioni scientifiche e tecniche.

I giudici si appellano sempre più spesso al dato di scienza per prospettare l'irragionevolezza della legge. Così facendo, essi rafforzano senz'altro il dialogo con la Consulta, ma mettono in ombra il ruolo del Parlamento.

Il rapporto che è venuto a crearsi tra i giudici comuni e la Corte costituzionale fa temere ad alcuni il rischio che si abusi dell'incidente di costituzionalità, anche perché il costituzionalismo multilivello incoraggia i singoli a ricercare risposte nelle anguste stanze dei tribunali piuttosto che nella pubblica piazza della politica: la strategia più efficace per ottenere ragione – oltre che la più rapida – è sottoporre una domanda apparentemente innocente ad un giudice attento, piuttosto che sussultare stancamente alle orecchie sorde della politica¹⁹⁰.

Le nuove domande rivolte ai giudici sono, però, molto spesso problematiche e abbisognano di risposte politiche, che il legislatore non ha talvolta nemmeno potuto esaminare. Ecco, allora, che si ripresenta un tema classico del dibattito costituzionalistico,

¹⁸⁹ In generale, sul tema, O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., pp. 234 ss.

¹⁹⁰ La questione ha attirato in anni recenti l'attenzione di M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Riv. AIC*, n. 3/2012, in specie pp. 12 ss.; R. Bin, *Il giudice*, in *BioLaw J., Special Issue* n. 2/2019, pp. 187 ss. Con specifico riguardo alle problematiche biogiuridiche v. A. D'Aloia, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *BioLaw J.*, n. 1/2016, pp. 105 ss.

In generale, sul tema, v. V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti di diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, 2015.

in special modo del neo-costituzionalismo post-bellico: chi sia il soggetto investito della competenza a definire il contenuto dei ‘nuovi diritti’ (o comunque delle situazioni soggettive di nuovo conio, comunque le si definisca) nel contesto delle democrazie contemporanee.

Come noto, le democrazie contemporanee si basano da un lato sul principio maggioritario, che impone di risolvere le questioni politicamente controverse con gli strumenti della politica secondo la volontà della maggioranza, dall’altro sulla tutela delle minoranze, che impone di difendere i diritti dei gruppi minoritari o dei singoli individui secondo *standard* costituzionalmente vincolanti. Per molto tempo, fino a qualche decennio fa, il riconoscimento dei nuovi diritti non era prerogativa esclusiva del legislatore¹⁹¹.

Secondo l’impostazione tradizionale, l’atto politico è l’unico mezzo tramite il quale può essere fornita protezione alle nuove istanze sociali, mentre la funzione giudiziaria non potrebbe surrogarsi ad essa, potendo al massimo spingersi a riconoscere una qualche tutela a singoli aspetti costituzionalmente rilevanti, ma non anche a forgiare *ex nihilo* nuovi diritti senza l’intermediazione del Parlamento¹⁹².

In passato, la Corte costituzionale italiana si è prevalentemente attestata su una posizione di *judicial restraint* in tema di nuovi diritti, ma non sono mancati (e, in verità, sono sempre più frequenti) momenti nei quali la Corte ha dato la spinta propulsiva al riconoscimento dei diritti di nuova generazione, con pronunce che se da un lato hanno lasciato al legislatore una certa discrezionalità nel disciplinarne i limiti e le modalità di esercizio, senza però indietreggiare sul loro riconoscimento. In anni recenti, invece, si assiste sempre più di frequente al riconoscimento di nuovi diritti per via giurisprudenziale a mezzo di pronunce della Corte costituzionale (si pensi al riconoscimento del diritto all’aborto, del diritto a formalizzare un’unione civile tra persone dello stesso sesso, del diritto ad una morte dignitosa), oppure mediante la tecnica dell’applicazione diretta della

¹⁹¹ È questa, ad esempio, l’esperienza dei diritti sociali come l’istruzione, la sanità e la previdenza, ma anche di alcuni diritti civili (si ricordi il caso del transessualismo).

¹⁹² Paradigmatica in tal senso la vicenda italiana sull’accesso al matrimonio (e ai diritti da esso nascenti) per le persone omosessuali. come si ricorderà, nella sent. n. 138/2010 la Corte costituzionale ha negato che esista un diritto al matrimonio giustiziabile da parte dei giudici, in assenza di un intervento legislativo che statuisse in merito. Nondimeno, il Giudice delle leggi si era fatto carico di precisare che, in attesa dell’approvazione di una legge, le coppie omosessuali avrebbero nel frattempo potuto immediatamente ottenere tutela giuridica presso le giurisdizioni comuni per il riconoscimento di singoli diritti (tipicamente di assistenza e previdenza).

Costituzione, rispetto a diritti che, pur già presenti nell'ordinamento, avessero contorni indefiniti e una portata incerta (si pensi al diritto di rifiutare o sospendere i trattamenti sanitari)¹⁹³.

Gran parte di questi avanzamenti nella tutela giuridica della persona sono stati attuati grazie all'utilizzo estensivo delle tecniche interpretative, ricercando nelle pieghe dei disposti costituzionali la risposta a istanze di tutela solo recenti. Si è così affermata una immagine "olistica" della Costituzione, come progetto politico proiettato al futuro che impregna di sé ogni ambito materiale della vita quotidiana, suscettibile in quanto tale di fornire soluzioni immediate anche in assenza di una legge.

La penetrazione dei principi costituzionali negli spazi più reconditi dell'azione civile e sociale è senz'altro una logica applicazione della Carta fondamentale come fonte del diritto dotata di immediata precettività, alla cui implementazione è preposto *in primis* il potere legislativo, ma anche il potere giudiziario per le funzioni di propria spettanza. Di talché, ogniquale volta vi fosse una regola o un principio costituzionale sufficientemente preciso e determinato nel contenuto da esprimere un precetto di condotta per un organo dello Stato, non può dubitarsi che questi sia tenuto ad attuarlo per quanto di sua spettanza, tenuto conto del contesto che si è venuto a creare e delle circostanze in presenza delle quali deve svolgere le proprie funzioni¹⁹⁴.

Il meccanismo dell'applicazione diretta della Costituzione è, dunque, un mezzo estremamente efficace per fornire una garanzia a quelle situazioni che il giudice riconosca godere di protezione da parte della Carta fondamentale; tuttavia, non è in grado di sortire gli stessi effetti di un atto di portata generale come la legge, e soprattutto non può obliterare il passaggio politico necessario per la risoluzione delle questioni più controverse connesse alle nuove frontiere dei diritti civili e sociali. Tutti i passi avanti che si sono fatti sulla tutela dei diritti civili in Italia dal caso 'Englaro' ad oggi dimostrano che i diritti riconosciuti per via giurisprudenziale non possono rimanere senza un necessario momento di concretizzazione politica ad opera del Parlamento, il quale, pur

¹⁹³ Il tema è approfondito da E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, n. 2/2008, pp. 269 ss. e da V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, cit., pp. 99 ss. e 173 ss.

¹⁹⁴ Un esaustiva analisi di alcune vicende giudiziarie che hanno visto impegnata la magistratura nella garanzia di nuovi diritti è offerta in G. Sorrenti, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, pp. 59 ss.

parzialmente esautorato e a tratti escluso (o auto-escluso) dal dialogo tra poteri, mantiene un ruolo centrale nell'attuazione dei diritti fondamentali¹⁹⁵.

Sul punto non è possibile dare risposte definitive, potendosi solo constatare che l'evoluzione della forma di Stato attualmente in corso nelle democrazie occidentali non consente di pronosticare come andrà ad assestarsi il rapporto tra legislativo e giudiziario sul tema dei 'nuovi diritti'.

Un dato però è sicuro: la stagione attuale vede il netto protagonismo delle Corti costituzionali e del potere giudiziario piuttosto che del Parlamento.

¹⁹⁵ In questo senso anche V. Baldini, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, cit. pp. 207 ss.

CAPITOLO QUINTO

PROSPETTIVE COMPARATISTICHE DEL SINDACATO
SUI ‘FATTI LEGISLATIVI’

ANALISI COMPARATA DI ALCUNI ORDINAMENTI EUROPEI,
CON PARTICOLARE RIGUARDO AL SISTEMA TEDESCO

SOMMARIO: 1. Introduzione: il controllo sui ‘fatti legislativi’ in ottica comparata. Distinzione tra modelli a scrutinio debole e modelli a scrutinio forte - 2. Il sindacato debole nel controllo sui fatti legislativi: le esperienze del Conseil Constitutionnel e della Corte Europea dei diritti dell’uomo - 3. Il sindacato forte nel controllo sui fatti legislativi: l’esperienza del Bundesverfassungsgericht - 4. Breve digressione: i fatti di scienza nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale - 4.1 Costituzione e sistema dei diritti nella Repubblica Federale Tedesca - 4.2 Il contributo dei fatti di scienza allo sviluppo del progetto costituzionale - 5. Modelli istruttori per il controllo dei fatti legislativi nell’ambito di un giudizio di legittimità costituzionale e la loro combinazione con le tecniche di decisione - 5.1 La ‘soluzione processuale’ (prozessuale Lösung) - 5.2 La ‘soluzione sostanziale’ (materiell-rechtliche Lösung) - 5.3 La ‘soluzione procedurale’ (verfahrensrechtliche Lösung) - 6. I tre livelli d’intensità nel controllo delle valutazioni della politica sui fatti legislativi: ‘controllo di evidenza’, ‘controllo di plausibilità’ e ‘controllo stretto di merito’ nella giurisprudenza costituzionale tedesca - 7. Il controllo sulle prognosi legislative. Presupposti e limiti - 7.1 Un esempio recente di sindacato sulle prognosi legislative: il giudizio di costituzionalità sulla legge per la protezione del clima - 8. La prerogativa d’apprezzamento del legislatore (Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers) nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale - 9. Il Tribunale costituzionale alle prese con le misure anti-CoViD tra incertezza della scienza, bilanciamento degli interessi e valutazione sulle prognosi - 9.1 Le decisioni costituzionali cautelari e la valutazione delle condizioni per la sospensiva in regime di scienza incerta - 9.2 La recente decisione relativa alla “Legge sulla protezione dalle infezioni” nella versione modificata dalla “Quarta legge per la protezione della popolazione in condizione di epidemia” - 10. Sintesi conclusiva. Spunti e suggestioni per il caso italiano

1. Introduzione: il controllo sui ‘fatti legislativi’ in ottica comparata. Distinzione tra modelli a scrutinio debole e modelli a scrutinio forte

Dall’analisi svolta nei capitoli precedenti è emersa una tendenza evolutiva della giustizia costituzionale italiana, in relazione al fatto che oggi la Corte si riserva un più ampio potere di scrutinio delle valutazioni fattuali compiute (o presuppote) dagli organi legislativi al momento dell’approvazione della legge.

Se è vero che, su un piano ideale e a livello di affermazioni di principio, la Consulta si riserva un potere limitato di revisione delle valutazioni svolte dagli organi politici in relazione alla realtà tecnico-scientifica oggetto di apprezzamento, non sono mancate le occasioni nelle quali i giudici costituzionali hanno apertamente messo in discussione l'appropriatezza delle valutazioni tecniche sottese alle decisioni politico-discrezionali del legislatore. La tendenza che va consolidandosi è, piuttosto, nel senso di un rafforzamento del controllo giurisdizionale sulla correttezza dei presupposti di fatto delle leggi, essendo tale operazione preliminare ad una tutela piena ed effettiva dei diritti fondamentali e delle altre situazioni soggettive aventi rango costituzionale.

La tendenza all'espansione del sindacato di costituzionalità è un dato incontrovertibile che si riscontra in larga parte degli ordinamenti europei. Ciò non deve sorprendere, perché nei regimi democratici a Costituzione lunga e rigida la tutela dei diritti fondamentali rappresenta l'aspetto più sintomatico di un sistema di valori nei quali lo Stato e le Istituzioni sono al servizio della persona, e non viceversa. La salvaguardia di quel complesso di valori non solo richiede ma impone che i "garanti delle Costituzioni" abbiano piena cognizione delle circostanze per cui siano state imposte limitazioni all'esercizio dei diritti individuali. Il controllo delle premesse di fatto da cui il legislatore si sia determinato ad una certa scelta politica non costituisce, quindi, un aspetto divergente rispetto alle funzioni rimesse alla giurisdizione costituzionale, ma rientra appieno nel novero delle proprie attribuzioni. Ciò non vuol dire che il potere di accertamento del Giudice costituzionale non incontri alcun limite: nei casi dubbi o perplessi o opinabili la Corte dovrebbe attenersi alla valutazione legislativa, limitandosi a censurarla solo nelle ipotesi di manifesta erroneità, irragionevolezza o implausibilità rispetto al dato fattuale esterno. Ma in tal caso non si tratterebbe di fattispecie incerte, bensì di soluzioni evidentemente errate passibili di una immediata declaratoria di incostituzionalità.

La sovrapposizione – almeno parziale – tra il percorso intellettuale del legislatore e quello della Corte costituzionale consegue al fatto che, nonostante i due organi partano da percorsi intellettivi fondamentalmente diversi (perseguire un'esigenza politica in un caso, vagliare la legittimità di un atto normativo nel secondo), entrambi devono riferirsi, per evidenti ragioni di logica strumentale, ad un medesimo sostrato fattuale: quelli che sono stati definiti 'fatti legislativi'. È a questi cui il legislatore deve fare riferimento quando si appresta ad approvare una normativa di specie (perché su quella realtà intende

incidere, onde conseguire risultati politicamente apprezzabili), e ad essi pure deve attingere la Corte costituzionale quando deve scrutinare la ragionevolezza e proporzionalità delle norme impugnate (controllando che un diritto, interesse o altro valore costituzionale non sia stato compresso in misura non necessaria).

È altrettanto vero che quasi mai i fatti si presentano in una veste oggettiva e autoevidente. Al contrario, l'attività di qualificazione dei fatti presuppone la posizione di premesse interpretative, ciò che rappresenta già, in un certo senso, una scelta di rilievo latamente politico¹. Sembra di potersi convenire sull'affermazione secondo cui non si danno ricostruzioni fattuali che prescindano da apprezzamenti di valore dell'operatore giuridico o politico². La valutazione di un determinato "fatto" (nell'accezione che se ne è data nel secondo capitolo) dipende in maniera determinante dal punto di osservazione e dalla prospettiva entro la quale si inquadra il fenomeno osservato, rientrando nella libertà d'azione degli organi politici.

Bisogna d'altro canto considerare che, al di là delle ipotesi nelle quali la Costituzione prevede norme facoltizzanti, vi sono numerose altre norme imperative che vincolano gli organi destinatari al raggiungimento di determinati obiettivi, al conseguimento di certi risultati pratici. Tra questi, secondo una idea oggi largamente accreditata anche nella dottrina italiana, vi è la tutela effettiva dei diritti fondamentali, i

¹ Ad esempio, assumere la formazione di isolati focolai epidemici sul territorio nazionale come un fatto grave che integra il presupposto di necessità e urgenza per l'emanazione di un decreto-legge è una valutazione che rinvia ad una concezione standard di 'salute pubblica', a sua volta ancorata a valutazioni di opportunità dipendenti da una lettura combinata dei dati relativi alla pericolosità del virus, alla diffusività del contagio, alla disponibilità di mezzi per l'assistenza sanitaria ecc. Nella prospettiva del Giudice costituzionale (sulla base anche dei dati offerti dalla scienza), il presupposto di necessità e urgenza può senz'altro considerarsi integrato, mentre il Governo può dal canto suo giungere alla conclusione che la presenza di isolati focolai dislocati in alcune zone del Paese non rappresenti, sulla base di una visione panoptica delle risultanze disponibili, un fatto "sufficientemente grave" da richiedere un proprio intervento d'urgenza.

Una situazione come quella appena esposta mostra chiaramente la peculiare modalità con la quale elementi di fatto ed elementi di diritto si combinano nella struttura della fattispecie normativa: la disposizione di cui all'art. 77, co. 2 Cost. reca, all'evidenza, una norma facoltizzante, che legittima il Governo ad emanare un atto legislativo non parlamentare qualora ricorrano «casi straordinari di necessità e di urgenza», senza però che tale presupposto assurga ad un dovere per l'Esecutivo. A fronte di una situazione siffatta, la funzione della Corte costituzionale si limita a verificare che il presupposto legittimante non sia manifestamente carente (integrandosi in tal caso una violazione diretta dell'art. 77 Cost.), mentre per il resto rimane nella discrezionalità politica del Governo decidere se intervenire o meno in via d'urgenza. Tale decisione può dipendere, oltre che dalle sollecitazioni provenienti dal mondo della scienza e della società civile, anche da altri fattori, come ad esempio la percezione dell'emergenza da parte dei membri dell'Esecutivo o l'opportunità politica di non perdere consensi nella maggioranza parlamentare.

² Cfr. J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, Baden-Baden, 2020, p. 183.

quali, a prescindere dalla loro espressa previsione o dalla loro deduzione in virtù di una lettura combinata delle disposizioni costituzionali, si presentano come principi a struttura aperta che si integrano reciprocamente e si concretizzano nella specificità dei contesti in cui trovano applicazione³.

Nelle ipotesi in cui la Costituzione indichi degli scopi al cui raggiungimento siano tenuti il potere legislativo ed esecutivo, sussistono limiti costituzionali intrinseci alle modalità di attuazione del bilanciamento (si pensi al limite del ‘contenuto essenziale’ di un diritto o delle ‘caratteristiche essenziali e necessarie’ di un istituto giuridico), e l’azione legislativa presenta un carattere di doverosità sul cui adempimento il Giudice delle leggi è sicuramente legittimato ad esercitare un controllo incisivo. In situazioni nelle quali la Carta fondamentale funzionalizzi l’azione pubblica alla stregua di precisi vincoli di scopo, gli organi politici hanno un margine d’azione relativamente limitato, poiché la libertà di cui generalmente godono incontra uno specifico limite nel dovere di prendere in esame tutti gli elementi in fatto rilevanti della vicenda normata e di dare a ciascuno di essi il giusto peso al fine addivenire ad una definizione equilibrata del regime normativo applicabile. In tali casi, non è implausibile che il controllo della Corte costituzionale possa giungere ad una completa riconsiderazione e/o rivalutazione dei fatti legislativi, vagliando le alternative concretamente prospettabili e, eventualmente, la possibilità di optare per soluzioni meno pregiudizievoli delle posizioni giuridiche individuali.

Sebbene la Corte costituzionale italiana abbia progressivamente rafforzato il proprio sindacato sulle valutazioni legislative, rimane tuttora poco chiaro quando e in base a quali criteri ci si debba attendere da parte sua l’applicazione di un sindacato di *strict scrutiny*⁴. In particolare, manca nella giurisprudenza costituzionale italiana la

³ È la posizione notoriamente sostenuta da R. Bin. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, pp. 11 ss.

⁴ Nel lessico del diritto costituzionale americano, lo *strict scrutiny* indica l’esperimento da parte della Corte suprema di un sindacato molto incisivo sulle scelte legislative, che, in quanto incidenti su diritti e libertà garantite a livello costituzionale, sono sospette di essere illegittime. In particolare, lo scrutinio della Corte suprema si svolge tra due estremi che sono il *rational basis test*, che è la forma più blanda del bilanciamento e si ha quando il giudice costituzionale si limita a controllare che il legislatore abbia stabilito un legame ragionevole tra i mezzi utilizzati e il fine legittimo perseguito, e lo *strict scrutiny*, che ha luogo quando in gioco vi è un diritto fondamentale o si tratta di una disciplina discriminatoria, quindi quando vi è un interesse o valore considerato irresistibile o inderogabile. Tra questi due estremi, la Corte suprema è andata sviluppando altri due *test*: l’*intermediate test*, che si ha quando ad essere coinvolto sia un interesse o valore importante ma considerato non fondamentale o inderogabile, ed il *congruence or proportionality test*, che rappresenta la forma più rigorosa del bilanciamento e che mira a verificare che vi sia corrispondenza tra lo scopo avuto di mira e i mezzi impiegati per perseguirlo.

codificazione di una tipologia di sindacato sulle prognosi legislative, che – proprio in ragione della sempre maggiore complessità scientifico-tecnologica che connota la nostra epoca – saranno più frequentemente oggetto di controllo da parte della Corte.

Nel presente capitolo si faranno alcune considerazioni di diritto comparato sull'interazione tra fatti tecnico-scientifici e sindacato di costituzionalità e/o convenzionalità. A tal fine, si passeranno brevemente in rassegna le esperienze del *Conseil Constitutionnel* francese, della Corte Europea dei diritti dell'uomo e del *Bundesverfassungsgericht*: mentre alle prime due si accennerà solo in maniera cursoria, l'ordinamento tedesco sarà oggetto di più attenta considerazione.

Nell'ambito delle tematiche trattate in questo lavoro, l'opzione per questi ordinamenti giova a distinguere tra due macro-categorie di modelli nel trattamento giurisdizionale dei fatti extra-giuridici, in particolare fatti tecnico-scientifici: da un lato il modello deferente a sindacato debole ed esterno, dall'altro il modello a sindacato forte e intrinseco. Mentre le esperienze francese e convenzionale rientrano tendenzialmente nel modello debole, l'esperienza tedesca viene solitamente associata al modello forte.

Si tiene a precisare che tale distinzione viene proposta sulla base di un dato meramente statistico, e a scopi più che altro classificatori, senza che si voglia con ciò minimizzare le ragioni assai più complesse che contribuiscono a determinare il modo di essere di ciascun sistema di giustizia costituzionale. Il dato sul quale si invita a riflettere è che il Tribunale di Karlsruhe, a differenza di altre Corti europee, tende a non arrestarsi dinanzi alla constatazione che il legislatore gode, nella materia interessata, di un'ampia discrezionalità politica, ma si è sforzato di elaborare una scala graduata di tipologie di sindacato ad intensità crescente sulle valutazioni legislative (comprese le prognosi), la cui applicazione in concreto dipende da indici che, considerati complessivamente, danno una misura al potere di apprezzamento del legislatore.

Il Tribunale costituzionale federale tedesco si connota, del resto, non solo per avere acquisito un ruolo di primaria importanza nel dialogo tra Corti in Europa, ma anche per essere un esempio emblematico di giurisdizione costituzionale che non esita a

In merito cfr., *inter alia*, A. Baldassarre, *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale*, Modena, 2020, p. 22, per il quale «determinanti per l'adozione di una modalità di bilanciamento o di un'altra sono il livello assiologico riconosciuto al valore costituzionale invocato a giustificazione del limite legislativo gravante sul diritto o sulla libertà dell'individuo oppure, quando tale livello è pari, la relazione di proporzionalità sussistente tra i due valori coinvolti dalla legge».

sostituire i propri apprezzamenti a quelli del legislatore laddove questi si palesino inadeguati ad offrire una protezione piena dei diritti e delle libertà costituzionali⁵.

Si vedrà, peraltro, che anche nei casi in cui il Tribunale giunga a sostituire la propria valutazione a quella del legislatore, la sua opera non sia quasi mai risolutiva e necessita di essere attuata a mezzo di una successiva iniziativa del Parlamento, con il rimpiazzo delle leggi nulle in quanto illegittime, ovvero con la riforma delle leggi incompatibili con la Legge fondamentale in quanto non pienamente soddisfattive dei canoni da essa espressi. Accade così spesso che, nei casi in cui il Tribunale riconosca l'incostituzionalità di una disposizione di legge ma una pronuncia di nullità sia inopportuna, la decisione rechi un dispositivo di incompatibilità accompagnato dall'indicazione di un obbligo di 'miglioramento' (*Nachbesserungspflicht*), che rappresenta la sanzione giurisdizionale di un dovere che discende direttamente dalla Costituzione: quello di dare compiuta attuazione ai valori costituzionali⁶.

In ottica comparata, l'importanza dell'ordinamento tedesco si coglie proprio quando si analizza la vasta gamma di tecniche decisorie e di strumenti di coordinamento che il Tribunale di Karlsruhe ha elaborato in via pretoria (spesso con soluzioni successivamente recepite a livello legislativo) per attuare, nella sinergia di un rapporto paritetico col Parlamento, il disegno costituzionale.

Nel solco di un percorso giurisprudenziale che ha sviluppato un'ermeneutica dei rapporti tra diritto costituzionale e diritto legislativo sensibilmente differente rispetto alle coeve esperienze del continente europeo⁷, il Tribunale costituzionale federale ha posto i presupposti per un dialogo destinato a non esaurirsi con i poteri Legislativo e Esecutivo, senza arrestarsi (a differenza di quanto fa la maggior parte delle Corti costituzionali

⁵ Per un bilancio sugli aspetti rilevanti e i nodi critici dell'attività del *Bundesverfassungsgericht* nei primi sessant'anni di attività v. M. Jestaedt, O. Lepsius, C. Möllers, C. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, 2011.

⁶ Sul dovere di riformare la legislazione riconosciuta incompatibile con la Costituzione si veda, in generale, C. Mayer, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Baden-Baden, 1996, *passim*.

⁷ Ci si riferisce, in particolare, alla tendenza del Tribunale costituzionale federale di interpretare il testo della Legge fondamentale in modo da attribuirgli un valore quanto più vincolante rispetto all'attività degli organi politici. In tal modo, i margini di libertà della politica si restringono fino ad essere – in alcuni casi – eliminati, e una parte sempre più consistente dell'azione politica viene attratta nell'oggetto del giudizio costituzionale. Sul fenomeno della *Juridifizierung der Politik* (detta anche *Verrechtlichung der Politik*), che in una certa misura è speculare alla *Politisierung der Verfassungsjustiz*, v. D. Grimm, *Verfassungsrechtlicher Konsens und politische Polarisierung in der Bundesrepublik Deutschland*, in P. Haungs (a cura di), *Verfassung und politisches System*, Stuttgart, 1984, pp. 35 ss.

europee) di fronte all'ammissione che il legislatore gode, nella materia controversa, di ampi spazi di valutazione (*Beurteilungsspielraum*) e discrezionalità (*Gestaltungsspielraum*)⁸, ma sforzandosi anche di definirne l'ampiezza in rapporto ai confini esterni della propria giurisdizione.

Lo stesso Tribunale ha, inoltre, precisato i presupposti e i limiti entro i quali è ammissibile il proprio sindacato sulle prognosi legislative. Quest'ultimo assume contorni particolarmente interessanti nello scrutinio sulle leggi a contenuto scientificamente connotato, nel quale la valutazione degli effetti che presumibilmente la legge produrrà in futuro si basa sull'applicazione di *standard* e metodi propri delle scienze coinvolte. In questi termini, il controllo sulla ragionevolezza delle previsioni legislative corrisponde ad un controllo sulla corretta applicazione dei criteri tecnici sviluppati dalla comunità scientifica di riferimento, che risultano determinanti nell'ambito del giudizio di costituzionalità ai fini della valutazione di congruità nel rapporto mezzi-fini, e della loro necessità e proporzionalità nel porre limiti al libero esercizio dei diritti fondamentali.

2. *Il sindacato debole nel controllo sui fatti legislativi: le esperienze del Conseil Constitutionnel e della Corte Europea dei diritti dell'uomo*

L'adozione di un approccio mite o debole nel sindacato sui fatti legislativi – e sui fatti di scienza in particolare – da parte delle Corti supreme nazionali o sovranazionali potrebbe considerarsi una propensione naturale di tali giurisdizioni, le quali sono di regola competenti a decidere questioni di mera legittimità. È, inoltre, frequente da parte loro il riconoscimento di una prerogativa d'apprezzamento a favore dei Parlamenti nazionali, i quali, in ragione della loro diretta legittimazione democratica, si trovano – almeno *in thesi* – nella posizione più indicata per conoscere i fatti della vita e i bisogni dei propri concittadini, e sono quindi i soggetti *best-placed* per prendere la decisione più opportuna e dare risposta a quei bisogni.

Le ragioni per le quali le corti o tribunali si attengono ad un atteggiamento di c.d. *self-restraint* sono diverse, e variano a seconda della posizione ordinamentale della giurisdizione interessata o dalla tradizione giuridico-culturale di un Paese. A ciò bisogna aggiungere che, al di là delle classificazioni che possono essere proposte a livello teorico,

⁸ In generale, sulla distinzione concettuale tra tali formule, v. J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, cit., pp. 152 ss.

non bisogna dimenticare che esse sono idonee a descrivere la realtà storica solo in linea generale e a costo di qualche semplificazione. Non esistono sistemi di giustizia costituzionale assolutamente conformi ai modelli elaborati dagli studiosi: il carattere deferente o interventista di una giurisdizione dipende in larga misura anche dalla specificità dei casi ad essa sottoposti, che possono suggerire l'opportunità di un esame più penetrante della normativa impugnata anche in relazione ai suoi presupposti fattuali. Pertanto, l'individuazione dei limiti assoluti ai poteri delle Corti costituzionali è, in definitiva, rimessa al loro prudente apprezzamento.

In Francia, il *Conseil Constitutionnel* ha sempre cercato di legittimarsi rimarcando la fondamentale differenza che intercorre tra il proprio potere di apprezzamento e quello del legislatore⁹. A distanza di decenni dalla sua istituzione, il Consiglio pare tuttora dover fornire le ragioni che giustificano il proprio operato nel circuito di difesa della democrazia costituzionale, ricordando che esso non agisce in sostituzione del Parlamento ma a margine di esso¹⁰. Le valutazioni compiute da quest'ultimo sono assistite da una presunzione di correttezza che porta il *Conseil* a censurarle solo nel caso in cui siano manifestamente erranee in relazione ai parametri costituzionali, o manifestamente inadeguate in relazione agli obiettivi di cui intendeva farsi carico.

È così frequente trovare disseminate nella giurisprudenza costituzionale francese affermazioni come «il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause l'appréciation par le législateur» e che, nel governare il conflitto tra plurime esigenze costituzionali, «il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre

⁹ Sul difficile percorso di nascita ed evoluzione del sistema di giustizia costituzionale francese (non a caso ascritto al “modello politico”) v. S. Benvenuti, *La via francese alla giustizia costituzionale. Ideologia, politica e «dialogo» tra Corti*, Napoli, 2016, pp. 6 ss.; M. Cavino, *Lezioni di giustizia costituzionale francese*, Napoli, 2014, pp. 9 ss.; M. Calamo Specchia, *Il Conseil Constitutionnel e lo sviluppo della giustizia costituzionale in Francia*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, pp. 175 ss.; L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, 2015, pp. 30 ss.; Id., *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, pp. 30 ss.

¹⁰ In proposito si veda l'efficace esposizione di G. Bergougnous, *Le Conseil constitutionnel et le législateur*, in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, Dossier: le Conseil constitutionnel e le Parlement*, quaderno n. 38, 2013, disponibile sul sito istituzionale del *Conseil Constitutionnel*.

l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis»¹¹.

In molti casi, la correttezza della valutazione compiuta dal legislatore nell'esercizio della funzione normativa viene assunta dal Consiglio costituzionale senza intraprendere un vaglio puntuale delle ragioni sostanziali addotte a sostegno dell'adeguatezza scientifica della legge. Se questo atteggiamento appare, almeno in una certa misura, giustificato dal fatto che in Francia il procedimento legislativo in materia di bioetica si giova di una pluralità di canali istruttori che vede la consultazione, sia preventiva che successiva, di organi e organismi esperti, oltre che il coinvolgimento della società civile per la discussione sulle questioni più divisive¹², ciò non toglie che tali adempimenti non garantiscono necessariamente che il dibattito parlamentare tragga profitto, o che le singole misure previste siano adottate sulla scorta dei dati e delle informazioni acquisite.

A meno che la valutazione tecnico-scientifica non si presenti manifestamente erronea o inadeguata, il *Conseil* sembra dunque escludere che rientri tra le proprie attribuzioni di compiere valutazioni di qualsiasi genere sul merito scientifico delle leggi di cui si trova a giudicare.

Si pensi, a titolo d'esempio, alla decisione con la quale il *Conseil constitutionnel* ha dichiarato legittima, in termini molto fugaci e senza approfondire tanto la questione, la norma del *Code de la santé publique* (art. L 1241-1, co. 4, così come modificato dalla loi n° 2011-814 del luglio 2011 di riforma della legge relativa alla bioetica) di consentire il prelievo e la conservazione delle cellule staminali dal cordone ombelicale o dalla placenta solo in presenza di una «nécessité thérapeutique avérée et dûment justifiée lors du prélèvement», escludendo per contro tutte le altre utilizzazioni ritenute non efficaci o appropriate. In tal modo, il *Conseil* ha validato la scelta del legislatore francese di ammettere il prelievo, la conservazione e l'utilizzo delle cellule ematopoietiche del cordone ombelicale e della placenta per uso allogenic (la cui appropriatezza terapeutica

¹¹ Si veda, da ultimo, la Décision n° 2022-835 DC (*Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*), sull'introduzione del *passé vaccinal* per la limitazione degli spostamenti per il permanere della crisi sanitaria da covid-19.

¹² Per una completa analisi di questi strumenti, che vanno dall'attribuzione di poteri consultivi e autorizzatori all'*Agence de la biomédecine* all'indizione degli *États généraux de la bioéthique*, si rinvia a S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015, pp. 150 ss.

è oggi incontestata) ed eventualmente per uso dedicato (vale a dire a beneficio di un parente, generalmente un fratello o una sorella, che presenti una patologia in atto per la quale sia indicato un trattamento con cellule staminali ematopoietiche), con esclusione in generale dell'uso autologo (che prevede la conservazione del materiale cordonale o placentale in previsione dell'utilizzo di eventuali future necessità terapeutiche del neonato, non presenti e non ipotizzabili al momento della nascita, rispetto alla quale manca un'evidenza scientifica che attesti la sua utilità al pari delle altre due modalità descritte), salvo autorizzazione¹³.

Il Consiglio costituzionale non approfondisce la questione del fondamento scientifico della norma, della razionalità del divieto di utilizzo delle cellule staminali ombelicali o placentali al di fuori delle ipotesi espressamente indicate. L'esame dell'aspetto tecnico-scientifico avrebbe dovuto considerarsi pregiudiziale rispetto alla questione "prettamente costituzionale" del vaglio circa la razionalità dei limiti imposti all'utilizzazione di tali cellule, nonché del rispetto del principio di non discriminazione nell'accesso alle terapie per i soggetti esclusi (ad es. lo stesso neonato o altri parenti nati sani, che un domani ne dovessero avere bisogno), eppure il Consiglio liquida la questione come un problema di apprezzamento riservato al legislatore, insindacabile a meno che non si riveli manifestamente arbitrario¹⁴.

¹³ Il prelievo di cellule ematopoietiche del sangue cordonale o placentare veniva dunque consentito solo per fini terapeutici o scientifici, in vista di un dono anonimo e gratuito, dietro espressione di un consenso scritto e adeguatamente informato della gestante, preceduta da una completa informativa sull'utilizzazione di tali cellule. L'uso autologo o dedicato veniva consentito, dunque, solo in via eccezionale, laddove nel neonato o in un parente stretto fosse in atto fin dalla nascita una patologia per la quale fosse indicato l'utilizzo di tali cellule.

Sui differenti usi che si possono fare delle cellule staminali estratte dal cordone ombelicale e dalla placenta del neonato v. D. Paris, *La disciplina del prelievo e dell'uso del cordone ombelicale al vaglio del Conseil constitutionnel. Brevi osservazioni a margine della décision n. 2012-249 QPC*, in *Riv. AIC*, n. 3/2012, pp. 2 ss.

¹⁴ CC, *Décision n° 2012-249 QPC (Société Cryo-Save France [Prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta])*, § 8: «Considérant, en deuxième lieu, qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur [...] a estimé qu'en l'absence d'une telle nécessité, les greffes dans le cadre familial de ces cellules ne présentaient pas d'avantage thérapeutique avéré par rapport aux autres greffes ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances et des techniques, les dispositions ainsi prises par le législateur; que, par suite, l'impossibilité de procéder à un prélèvement de cellules du sang de cordon ou placentaire ou de cellules du cordon ou du placenta aux seules fins de conservation par la personne pour un éventuel usage ultérieur notamment dans le cadre familial sans qu'une nécessité thérapeutique lors du prélèvement ne le justifie ne saurait être regardée comme portant atteinte à la protection de la santé telle qu'elle est garantie par le Préambule de 1946». Sul punto v. S. Penasa, *Le "scientific questions" nella dinamica tra*

Del pari, in una decisione di pochi anni fa avente ad oggetto l'introduzione dell'obbligo di vaccinazione antitetanica, antidifterica e antipoliomelitica, il *Conseil* ha ribadito di non essere competente a «remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé»¹⁵.

L'aspetto interessante di questa pronuncia è che il Consiglio costituzionale non solo rinnega la propria competenza a controllare il fondamento scientifico della disciplina legislativa, ma omette di svolgere un controllo sulla proporzionalità del mezzo impiegato (l'obbligo vaccinale) in relazione allo scopo perseguito, quasi che il riconoscimento di una competenza in tal senso in capo al legislatore comporti un regime d'immunità rispetto al successivo controllo giurisdizionale¹⁶. L'esercizio del potere di imposizione dell'obbligo da parte del legislatore francese viene, nondimeno, considerato ragionevole, perché la legge impugnata, oltre ad esse mossa dal legittimo scopo di prevenire la diffusione di malattie molto gravi e contagiose, ha lasciato al Ministro della Sanità la discrezionalità di differenziare, nel tempo e nello spazio, le modalità di attuazione della campagna vaccinale, conferendogli anche «le pouvoir de suspendre par décret chacune de ces obligations de vaccination, pour tout ou partie de la population, afin de tenir compte de la situation épidémiologique et des connaissances médicales et scientifiques»¹⁷.

Il riconoscimento di un ampio potere di apprezzamento al legislatore risulta invece più facilmente giustificabile laddove vengano in gioco complesse valutazioni di ordine tecnico-scientifico o economico-sociale, rispetto alle quali si danno più ampi margini di opinabilità e un controllo in merito alla loro appropriatezza sconterebbe il rischio di una sostituzione non assistita dalla necessità di preservare la legittimità della legge impugnata. Trattandosi di ipotesi rispetto alle quali l'oggettività del metodo scientifico non conduce

discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali, in *BioLaw J.*, n. 1/2016, p. 64.

¹⁵ CC, Décision n° 2015-458 QPC (*Obligation de vaccination*), § 10.

¹⁶ Si noti che, rispetto al tema delle vaccinazioni obbligatorie, la Corte costituzionale italiana non ha invece mai negato di poter svolgere un controllo di congruità sul rapporto mezzi-fini nell'attuazione dello scopo legislativo perseguito.

¹⁷ CC, Décision n° 2015-458 QPC (*Obligation de vaccination*), § 9.

Come si ricorderà, la previsione di simile meccanismo aveva indotto anche la Corte costituzionale italiana a ritenere legittimo il decreto 'Lorenzin' (sentenza n. 5/2018).

ad un'unica scelta corretta, l'opzione per una di esse si giustifica in virtù di giudizi di valore che riflettono quella che, tra i plurimi scenari ipotizzabili in condizioni di scienza incerta, la maggioranza ritiene preferibile.

In tali casi, il *self-restraint* del Giudice costituzionale si giustifica proprio in ragione della legittimazione dell'organo (il Parlamento) titolato ad esprimere un'opzione di valore, non scientificamente obbligata, che impatta sulla vita della comunità nel suo complesso. In questi casi, il dato meramente scientifico si lega a considerazioni in ordine a cosa "appare" opportuno fare: in un contesto in un cui l'opinabilità del dato di scienza apre ad una pluralità di scenari, l'impossibilità di individuare un'unica soluzione corretta lascia libero il legislatore di colmare tale incertezza applicando propri metri di valore, rappresentativi della propensione al rischio della maggioranza dei cittadini. Così, di recente, nell'ambito delle decisioni aventi ad oggetto la proroga dello stato di emergenza sanitaria, il Giudice costituzionale francese ha statuito che «il n'appartient pas au Conseil constitutionnel [...] de remettre en cause l'appréciation par le législateur de ce risque, dès lors que, comme c'est le cas en l'espèce, cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente»¹⁸.

Se si passa ad analizzare le modalità di controllo esperite dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo sulle valutazioni di fatto dei legislatori nazionali, è dato riscontrare, in maniera simile a quanto accade nell'esperienza francese, un atteggiamento di sostanziale *self-restraint*, basato però su ragioni fondamentalmente diverse.

In quanto 'giurisdizione senza Stato', la cui funzione è di decidere su vicende individuali slegate da considerazioni di carattere ordinamentale sul rapporto tra poteri dello Stato (in ciò si coglie una differenza fondamentale rispetto alle Corti costituzionali),

¹⁸ CC, Décision n. 2021-828 DC (*Loi portant diverses dispositions de vigilance sanitaire*), § 15.

Sempre in relazione al persistente stato di crisi sanitaria, in una decisione di poco precedente sulla proroga della gestione emergenziale nei territori d'Oltremare, il *Conseil* aveva riconosciuto che tale decisione, adottata «au regard des données scientifiques disponibles sur la situation sanitaire des territoires [...] compte tenu des capacités hospitalières de ces territoires et de la couverture vaccinale de leur population», non poteva considerarsi inadeguata, essendo tra l'altro corroborata da un parere conforme del *comité de scientifiques* previsto dal codice della sanità pubblica (CC, Décision n. 2021-824 DC (*Loi relative à la gestion de la crise sanitaire*), § 22). Cfr. già CC, Décision n° 2021-819 DC (*Loi relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*), § 8, nella quale il *Conseil Constitutionnel* nega di poter sostituire una propria valutazione a quella del legislatore «dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente»; CC, Décision n° 2020-808 DC (*Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire*), § 6; CC, Décision n° 2020-803 DC (*Loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*), § 13.

la Corte EDU concentra la propria analisi sulla giustizia del caso concreto, andando a controllare che le autorità dei Paesi aderenti alla Convenzione abbiano preso in considerazione e tenuto conto di tutti gli elementi pertinenti alla risoluzione del conflitto. Tra di essi vi è senz'altro il riferimento allo stato attuale delle conoscenze scientifiche e delle aggiornate capacità tecniche, le quali potrebbero rendere possibile un esercizio meno gravoso dei diritti e delle libertà garantite dalla Convenzione.

In quest'ottica, il mancato adeguamento della legislazione statale alle evidenze scientifiche più recenti potrebbe integrare una interferenza illegittima nel godimento del diritto alla salute e del diritto alla vita privata e familiare. La Corte di Strasburgo concepisce i diritti fondamentali consacrati nella Convenzione europea come un corpo in evoluzione, che si estende a mano a mano che l'evoluzione della scienza e della coscienza sociale dei popoli europei portino ad annettere ai diritti tradizionali profili nuovi che prima fossero sconosciuti o semplicemente non considerati¹⁹.

A questo riguardo, il fattore scientifico è un elemento di conformazione certamente rilevante, ma non autosufficiente, e ciò perché non ogni nuova facoltà resa possibile dalla scienza assurge al rango di nuovo diritto, se prima non si sedimenta nella coscienza sociale di una comunità di diritto. Così, ad esempio, nel caso *S. H. e altri c. Austria*, concernente il diritto di accedere alla procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, la Corte Europea ammoniva che in un settore così delicato, che tange la vita privata delle persone, i legislatori nazionali devono procedere «taking into account the dynamic developments in science and society»²⁰.

¹⁹ La stessa Corte Europea dei diritti dell'uomo, a partire dal caso *Tyrer v. United Kingdom*, ric. n. 5856/72, sentenza del 25 aprile 1978, § 31, ha stabilito che la Convenzione fosse un «living instrument which [...] must be interpreted in the light of present-day conditions», con la conseguenza che l'interpretazione del documento convenzionale dovesse svolgersi tenendo conto di tutto il complesso di mutamenti che interessano, sul piano extra-giuridico, la dinamica dei rapporti sociali. Sulla dottrina del «living instrument approach» nell'interpretazione della CEDU v. G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007.

²⁰ Corte EDU (Grande Camera), sent. *S. H. e altri c. Austria*, ric. n. 57813/00, § 117, specificando poco dopo (§ 118) che «this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States».

Solo l'anno precedente, la Prima Sezione della Corte EDU aveva al contrario ritenuto che un divieto legislativo assoluto di donare gameti (sia maschili che femminili) da utilizzare nelle procedure di PMA *in vitro* violasse il diritto alla parità di trattamento in relazione al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 14 + art. 8 CEDU). Nel pensiero della Prima Sezione, il diritto di cui all'art. 8 della CEDU doveva interpretarsi nell'estensione resa possibile dalle nuove tecniche di procreazione che rendono possibile il concepimento al di fuori del corpo femminile. Questo fatto scientifico avrebbe comportato la necessità di dar luogo ad un nuovo bilanciamento tra il diritto dei membri della coppia di diventare genitori

Scienza e società non sono, infatti, dimensioni assolutamente distinte e impermeabili, bensì – entro una certa misura – comunicabili, al punto che mutamenti di prospettiva registrati a livello scientifico possono favorire una evoluzione del sentire sociale e dei costumi all’interno di una società, facendo insorgere nuovi bisogni, domande di protezione e interventi a tutela.

La natura *science-related* di una materia comporta per il legislatore l’obbligo di tenere sotto controllo gli sviluppi più recenti della scienza, interrogandosi se la legge coinvolta sia ancora assistita da un fondamento scientifico adeguato, e se l’eventuale mutamento della scienza non offra l’opportunità per rispondere più efficacemente ai bisogni dei propri cittadini, nel rispetto della sensibilità etica di ciascuna società. Lo sviluppo scientifico-tecnologico pone, quindi, delle sfide che chiamano in causa prima di tutto i Parlamenti nazionali, le cui valutazioni in fatto non formano l’oggetto diretto del controllo della Corte EDU, ma solo il risultato concreto cui la normativa contestata conduce nel contesto della sua applicazione ai singoli casi della vita. Le questioni di convenzionalità che traggono spunto da problematiche legate all’evoluzione scientifica vengono quindi risolte dalla Corte EDU – proprio perché la scienza nella maggior parte dei casi in grado di offrire risposte univoche – ricorrendo alla dottrina del ‘*margin of appreciation*’, in base alla quale viene riconosciuto agli Stati membri della Convenzione la libertà di decidere, secondo il proprio prudente apprezzamento, quali soluzioni adottare per dare risposta ai problemi irrisolti del progresso scientifico-

e il diritto del nascituro a nascere nella propria famiglia biologica e a conoscere le proprie origini. Pertanto, non riscontrando ragioni insormontabili che impediscano di allentare la tutela della posizione giuridica del nascituro rispetto al diritto alla genitorialità (intimamente connesso al diritto al rispetto della vita privata e familiare), la Prima Sezione della Corte EDU aveva, con sentenza del 1 aprile 2010, condannato l’Austria.

Questa prima sentenza era stata aspramente criticata da una parte della dottrina, secondo la quale il fatto di aver incentrato la decisione sul parametro dell’art. 14, in combinazione con l’art. 8, avrebbe impedito alla Corte di compiere uno scrutinio rigoroso di proporzionalità. Secondo questa dottrina, infatti, nei termini esposti la Corte ha fondato la propria decisione sulla scorta di un mero raffronto tra la posizione delle coppie che per procreare non necessitano della donazione di gameti esterni e la posizione delle coppie che, al contrario, avrebbero necessariamente dovuto ricorrere ad un terzo donatore, facendone un problema di uguaglianza di trattamento; al contrario, attenendosi rigorosamente al parametro dell’art. 8 CEDU, la questione avrebbe dovuto essere impostata come un problema di bilanciamento i diritti del nascituro e i diritti dei membri della coppia. Sul punto si vedano i commenti di A. Osti, *Il caso S.H. e altri c. Austria: il diritto (di coppia?) a procreare e la fecondazione eterologa*, in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, pp. 13 ss. e C. Grabenwarter, *Vita privata, fecondazione in vitro e «margin of appreciation» degli stati membri*, *ivi*, pp. 29 ss.

tecnologico, optando per quella che risulti più adeguata rispetto alla sensibilità etica e culturale di ciascuna società²¹.

Come già ampiamente evidenziato nei capitoli precedenti, le questioni scientifiche controverse pongono il decisore politico di fronte ad alternative tra le quali non può instaurarsi un rapporto di “veritabilità” (di assoluta correttezza o assoluta erroneità), ma implicano bensì una scelta orientata secondo parametri di preferenza che rispecchiano valori di natura etica o apprezzamenti di natura politica, che solo i legislatori nazionali sono legittimati ad esprimere. In tale contesto, non rientra tra le attribuzioni della Corte di sostituire il proprio apprezzamento a quello delle competenti autorità nazionali nella ricerca della soluzione più desiderabile. La Corte di Strasburgo è, a tale riguardo, costante nell’affermare che «the solutions reached by the legislature are not beyond its scrutiny», perché il suo compito è «to examine carefully the arguments taken into consideration during the legislative process and leading to the choices that have been made by the legislature and to determine whether a fair balance has been struck between the competing interests of the State and those directly affected by those legislative choices»²².

Tuttavia, anche quando la Corte nega che vi sia stata una violazione della Convenzione da parte di uno Stato in ragione del margine di apprezzamento di cui gode in un ambito scientificamente controverso, essa non esclude che, pur a fronte della persistente incertezza scientifica, la scelta legislativa nazionale possa in un secondo momento rivelarsi inadeguata rispetto ad una coscienza sociale che, a livello transnazionale, sia evoluta nel senso di ammettere (e richiedere) soluzioni normative di segno diverso, sempre comunque entro il perimetro di quanto scientificamente

²¹ Il margine di apprezzamento di cui gli Stati godono nella regolazione delle varie materie non è, per costante affermazione della Corte, predeterminabile in astratto, ma sulla base del concorso di una serie di indici che, in un certo momento storico e dell’importanza degli interessi coinvolti, possono determinare la maggiore o minore ampiezza del margine di apprezzamento. In generale, la Corte EDU è solita affermare che «where a particularly important facet of an individual’s existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted», mentre « where, however, there is no consensus within the member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider» (cfr. *Evans c. Regno Unito*, ric. n., 6339/05, § 77; *X, Y e Z c. Regno Unito*, ric. n. 75/1995/581/667, § 44; *Fretté c. Francia*, ric. n. 36515/97, § 41; *Christine Goodwin c. Regno Unito*, Grande Camera, ric. n. 28957/95, § 85; *A B e C c. Irlanda*, ric. n. 25579/05, § 232).

Sulla dottrina del ‘margine di apprezzamento’ si veda, in generale, P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 149 ss.

²² Corte EDU (Grande Camera), sent. *S. H. e altri c. Austria*, cit., § 97.

ammissibile²³. In particolare, è noto che l'ampiezza del margine di apprezzamento è inversamente proporzionale al *consensus* che è venuto a crearsi nelle altre società europee su specifiche tematiche (anche di ambito scientifico) oggetto di discussione: può accadere che la natura controversa di una questione non osti alla maturazione di un consenso trasversale che individui una tra le plurime soluzioni come la più adeguata a rispondere alle esigenze delle società europee. In tal caso, la non definitività del dibattito scientifico non preclude alla Corte di pronunciare una sentenza di condanna verso uno Stato membro la cui legislazione sia rimasta ancorata a posizioni considerate non più in linea con i valori della maggioranza delle società europee.

La dottrina del margine d'apprezzamento si atteggia, così, a strumento ultimo di delimitazione delle competenze tra potere legislativo nazionale e giurisdizione sovranazionale nel trattamento giuridico dei casi dubbi o perplessi, svolgendo una funzione assimilabile a quella che nel dibattito costituzionalistico americano è affidato alla dottrina della *political question*, nonostante i confini del margine d'apprezzamento siano ben più labili a causa della persistente ridefinizione della loro portata per il congiunto operare del criterio del *consensus* tra gli Stati membri della Convenzione²⁴.

In questo modo, le ragioni che spingono il *Conseil constitutionnel* e la Corte europea dei diritti dell'uomo a non rivedere nel merito la fondatezza scientifica delle leggi convergono verso il riconoscimento della posizione preferenziale dei Parlamenti nel compimenti di tal genere di valutazioni, con la precisazione che la Corte europea non

²³ In tal senso si veda, ancora, Corte EDU (Grande Camera), sent. *S. H. e altri c. Austria*, cit., § 84, ove si legge che «From the material at the Court's disposal, it appears that since the Constitutional Court's decision in the present case many developments in medical science have taken place to which a number of Contracting States have responded in their legislation. Such changes might therefore have repercussions on the Court's assessment of the facts.»

²⁴ Se la dottrina del margine d'apprezzamento viene impiegata dalla Corte EDU quando manca un consenso a livello statale o nelle sedi scientifiche sulle risposte da dare a "problemi difficili" per riconoscere agli Stati la libertà di decidere quale soluzione adottare, la dottrina del *consensus* serve alla stessa Corte per limitare tale discrezionalità, obbligando uno Stato membro ad adeguare la propria legislazione ad uno standard convergente con quello affermatosi nella maggior parte dei Paesi aderenti alla Convenzione. Rimangono a tutt'oggi non chiari i criteri in base ai quali la Corte Europea riscontri la formazione di un *consensus* (se essi siano di natura quantitativa o qualitativa). Inoltre, la teoria del *consensus* non manca ancora oggi di sollevare critiche sulla sua legittimità, trattandosi di un grimaldello creato in via pretoria dalla stessa Corte di Strasburgo in deroga alle regole consolidate del diritto internazionale pattizio. Sul punto v. S. Penasa, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, in *Forum di Quad. cost.*, 3 aprile 2013, pp. 8 ss.

esclude di poter svolgere un controllo di proporzionalità delle discipline nazionali, pur se adottate in un contesto di scienza incerta.

3. *Il sindacato forte nel controllo sui fatti legislativi: l'esperienza del Bundesverfassungsgericht*

Il problema del controllo giurisdizionale sui fatti legislativi nel diritto tedesco ha attirato l'attenzione della dottrina già da tempi remoti.

Risale al 1971 la pubblicazione della monografia di Klaus Jürgen Philippi dedicata al tema degli accertamenti di fatto compiuti dal Tribunale costituzionale federale²⁵, nella quale l'autore si cimenta in un'analisi sistematica delle metodologie impiegate dai Giudici di Karlsruhe nei primi vent'anni di attività per ricostruire i presupposti extra-giuridici delle leggi sottoposte al loro esame ovvero per vagliare la correttezza delle prognosi legislative. Solo un anno prima, il deputato della CDU Hans Dichgangs aveva presentato al Bundestag la proposta di introdurre un articolo 26a nella legge sul funzionamento del Tribunale costituzionale (BVerfGG) per vincolare il Tribunale agli accertamenti fattuali compiuti dal Parlamento in sede di procedimento legislativo²⁶.

Da allora, la dottrina tedesca si è interrogata ciclicamente sul tema, incoraggiata da una giurisprudenza in continua – anche se non lineare – evoluzione e dai toni progressivamente più conflittuali che essa ha assunto nei confronti del potere legislativo²⁷. Recentemente, il dibattito si è arricchito di due contributi monografici che, pur se con finalità parzialmente diverse e con prospettive non coincidenti, sono incentrate sull'analisi comparata dei moduli e delle strategie decisorie impiegate rispettivamente dal Tribunale costituzionale federale e dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel

²⁵ K. J. Philippi, *Tatsachenfestellungen des Bundesverfassungsgerichts, Ein Beitrag zu rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlichen Entscheidungen*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1971.

²⁶ Sul punto v. W. K. Geck, *Vorwort*, in K. J. Philippi, *Tatsachenfestellungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., pp. V ss.

²⁷ *Ex multis* cfr. W. Kluth, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, in NJW, 1999, pp. 3513 ss.; F. Ossenbühl, *Die Kontrolle von Tatsachenfestellungen durch das Bundesverfassungsgericht*, in C. Starck (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, pp. 458 ss.; B.-O. Bryde, *Tatsachenfestellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in P. Badura, H. Dreier (a cura di), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, 2001, pp. 533 ss.

controllo sui fatti assunti, presupposti o prognosticati dal legislatore nazionale e sovranazionale²⁸.

Nell'ordinamento tedesco, la problematica del controllo giurisdizionale sui fatti legislativi si inserisce in una tradizione giuridica nella quale l'accertamento delle componenti extra-normative, preliminare all'attuazione e/o applicazione di una norma, è considerata un'operazione che fa parte del processo di interpretazione²⁹, e viene dunque fatto pienamente rientrare tra le attribuzioni del giudice³⁰. In questa prospettiva, la ricostruzione della realtà estrinseca alla quale accede la disciplina normativa rappresenta un momento preliminare indispensabile per interpretare la disposizione di legge da un punto di vista che tenga conto delle varie dimensioni nelle quali la norma esplica i propri effetti nell'ordinamento, vagliandone la congruità (passata, contestuale o futura) alla sua base fattuale, la sua efficacia a perseguire lo scopo per il quale è stata introdotta, la sua coerenza rispetto al complesso normativo nel quale si inserisce e, in definitiva, la complessiva legittimità dell'azione pubblica nell'esercizio delle proprie funzioni.

Oltre alla fortunata formula di *legislative facts*, elaborata da Davis e impiegata a volte anche dallo stesso Tribunale costituzionale³¹, nella letteratura tedesca si parla di

²⁸ Il riferimento è a J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, Tübingen, 2020 e C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen und ihre Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, 2021.

Ai fini della presente trattazione, ci si concentrerà esclusivamente sull'analisi dell'esperienza teutonica. Evidentemente, entrambi i lavori citati assumono ad oggetto della comparazione l'esperienza di una Corte sovranazionale che, in quanto preposta alla vigilanza dell'uniforme interpretazione e applicazione del diritto europeo, svolge una funzione sia nomofilattica che di salvaguardia dell'integrità oggettiva dell'ordinamento nel suo complesso. Una funzione che, a più riprese, è stata additata come «paracostituzionale», che si avvicina di molto alle funzioni attribuite alle Corti costituzionali nazionali. Questa particolarità non vale tuttavia ad elidere ogni e qualsivoglia differenza rispetto alle giurisdizioni costituzionali propriamente dette: i poteri della Corte di Giustizia risentono dell'assetto istituzionale dell'Unione Europea, che non è uno Stato ma un'associazione di Stati (*Staatenverbund*), a sovranità derivata e organizzata in maniera tale non da essere sostitutiva degli Stati nazionali, bensì ad essi complementare. Ciò comporta che la Corte di Giustizia non gode della stessa libertà che si riservano le Corti costituzionali nazionali nell'ampliare e/o rimodulare il proprio sindacato laddove ne avvertano la necessità sulla base del caso concreto che si trovino di volta in volta davanti.

²⁹ G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino, 2002, p. 387; sul punto, con riguardo al dibattito sviluppatosi nella dottrina amministrativa tedesca sui «concetti giuridici indeterminati» (*unbestimmte Rechtsbegriffe*) v. D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, pp. 7 ss.

³⁰ Cfr. J. Bethge, *Der Sachverhalt*, cit., p. 35; C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., p. 24.

³¹ Cfr. BVerfGE 77, 360 (362).

*generelle Tatsachen*³² o *abstrahierte Sachverhalte*³³, per sottolineare che si tratta di fatti riferentisi a fattispecie generali e astratte, non a vicende individuali e concrete³⁴.

Di recente si è proposto di distinguere concettualmente tra i fatti legislativi dalla prospettiva del legislatore (*Tatsachenfragen*) e i fatti legislativi dalla prospettiva del Tribunale costituzionale (*Sachverhalt der Normenkontrolle*): mentre i primi comprendono tutti gli elementi fattuali che delineano lo spettro prescrittivo e di efficacia della legge, i secondi si identificano solo con quei fatti che concretamente rilevano nel giudizio dinanzi al Tribunale costituzionale per dirimere una questione riguardante la legittimità costituzionale di una legge³⁵. La seconda categoria di fatti legislativi è, dunque, un sotto-insieme della prima, corrispondente a quel bacino di fatti, vicende e questioni che ruotano attorno allo specifico frammento della fattispecie a partire dal quale il giudice *a quo* imposta la questione da rimettere al Tribunale costituzionale (*Wirklichkeitsausschnitt*)³⁶. Tali fatti non corrispondono solo a quelli che si presentavano al legislatore durante il procedimento di approvazione della legge, ma comprendono anche i fatti sopravvenuti di portata generale che condizionino l'operatività o, comunque, siano espressione della sua forza conformativa.

³² K. J. Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., p. 7; F. Ossenbühl, *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen*, cit., p. 466; B.-O. Bryde, *Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit*, cit., p. 533; C. Bickenbach, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, Tübingen, 2014, p. 482.

³³ H. P. Bull, *Tatsachenfeststellungen und Prognosen im verfassungsgerichtlichen Verfahren*, in W. Ewer, U. Ramsauer, M. Reese, R. Rubel, *Methodik – Ordnung – Umwelt. Festschrift für Koch*, Berlin, 2014, p. 30.

³⁴ Con ciò non bisogna dimenticare, comunque, che in molte occasioni i fatti legislativi generali si identificano con un aspetto della vicenda individuale oggetto di accertamento e valutazione da parte del giudice in un processo di diritto comune. Si pensi, ad esempio, ad un processo di protezione internazionale in cui debba essere dimostrato che un richiedente asilo proviene da un Paese nel quale è in corso una guerra civile o una guerriglia armata o sia perseguitato per ragioni legate al suo credo confessionale, alla sua militanza politica o ad una sua condizione personale: in questo caso, lo stato di fatto del Paese di provenienza del richiedente asilo rappresenta un fatto generale che il legislatore (e, in caso, il Costituente) ha assunto a fondamento del diritto all'asilo politico dello straniero che volesse accedere al territorio nazionale, ma allo stesso tempo viene a formare oggetto di accertamento da parte del giudice nella controversia inerente l'accertamento di tale *status* in capo a un individuo specificamente individuato. Discorso simile vale anche per i processi concernenti la violazione delle regole di concorrenza: costruendo le fattispecie di «posizione dominante» e di «intesa restrittiva della concorrenza», il legislatore (nazionale ed europeo) assume a presupposto della norma determinate condizioni di mercato, astrattamente generalizzabili, le quali tuttavia devono essere fatte oggetto di accertamento specifico da parte degli operatori incaricati dell'applicazione della norma. È evidente, dunque, che nel processo instaurato davanti ad un giudice l'accertamento della violazione anticoncorrenziale si identifica con la verifica dello stato del mercato rilevante. Cfr. J. Bethge, *Der Sachverhalt*, cit., pp. 21 ss.

³⁵ J. Bethge, *Der Sachverhalt*, cit., p. 35.

³⁶ J. Bethge, *Der Sachverhalt*, cit., p. 36.

In dottrina, nondimeno, si utilizza generalmente la categoria delle *Tatsachenfragen* per designare tutti i fatti generali, svincolati da una vicenda specifica, che giocano un ruolo nell'esistenza della legge, dal momento della sua formazione alle successive vicende che la riguardano, senza ulteriori specificazioni. Già da questa distinzione, tuttavia, è dato cogliere un aspetto che connota problematicamente la funzione di controllo del Tribunale costituzionale sui *legislative facts*: al di là dell'opinione che il Tribunale formalmente accolga sulla natura del proprio sindacato e sui limiti che esso incontra nel riesame delle valutazioni in fatto compiute dal legislatore, è innegabile la posizione privilegiata dalla quale il Giudice costituzionale fissa il punto d'osservazione per verificare la legittimità della norma impugnata, che in quanto temporalmente posteriore all'entrata in vigore della legge (salva l'ipotesi dell'*abstrakte Normenkontrolle*) si giova degli effetti da essa *medio tempore* prodotti e dell'eventuale modifica dei presupposti fattuali sulla base dei quali era stata ideata.

In altre parole, ciò che prima poteva essere preconizzato solo come ipotesi nell'ambito di un giudizio prognostico di verifica dell'evento si presenta, al cospetto del Giudice costituzionale, nella veste di un fatto verificato di fronte al quale non può chiudere gli occhi per mero ossequio verso la valutazione del legislatore. Di solito, tuttavia, il Tribunale si astiene dalla tentazione di sanzionare direttamente una legge sulla sola base di elementi che erano sconosciuti al legislatore al momento in cui l'ha approvata, distinguendo sul punto tra il profilo della legittimità della previsione e quello della sua erroneità: la legittimità di un atto normativo dipende dal fatto che riposi su una valutazione prognostica robusta sul piano logico, mentre la circostanza che poi non si avveri non dovrebbe inficiarne *ab origine* la base giuridica³⁷.

Del resto, come in tutti i sistemi di giustizia costituzionale, anche il Tribunale di Karlsruhe si confronta costantemente con la questione delle modalità con le quali dovrebbe fisiologicamente rapportarsi agli altri organi costituzionali, interrogandosi sui limiti che incontra il proprio sindacato sui fatti che abbiano formato oggetto di apprezzamento in sede di procedimento legislativo. Chiaramente, la delimitazione degli argini entro i quali deve contenersi la funzione di controllo della costituzionalità delle leggi pone uno specifico problema di competenza in rapporto al sistema della forma di

³⁷ C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., p. .

governo, vista l'attitudine a invadere la sfera di attribuzioni degli altri poteri con i quali il *Bundesverfassungsgericht* si relaziona³⁸.

Sul punto si ritornerà nel prosieguo della presente trattazione³⁹.

Se, in linea di principio, viene tuttora ampiamente utilizzata la distinzione tra potere di accertamento dei fatti (*Tatsachenermittlung*) e potere di valutazione dei fatti (*Tatsachenfeststellung*), non sussistendo dubbi sul fatto che rientri tra le facoltà del potere giudiziario avere una cognizione chiara ed esaustiva dei fatti che sottostanno alla vicenda trattata, mentre è cosa ben più problematica che un giudice sostituisca una propria valutazione agli apprezzamenti di fatto compiuti in sede politica⁴⁰, la linearità della distinzione si fa, tuttavia, meno limpida all'atto pratico, perché – come più volte ribadito nella presente trattazione – non si dà alcun accertamento che prescindia dalle valutazioni subiettive di chi lo compia. Se “valutare” significa esprimere un giudizio di relazione quale misura di adeguamento ad un “dover essere” positivamente stabilito, la valutazione dei fatti svolta dal legislatore incorpora anche un apprezzamento politico (insindacabile da parte del giudice) sul valore da assegnare a ciascun elemento nel complesso dei fatti costitutivi della fattispecie, in misura variabilmente dipendente dall'intensità del vincolo che astringe il Parlamento nella scelta circa le modalità di esercizio del potere⁴¹.

La costruzione delle fattispecie normative prende parte dall'assemblaggio di fatti generali individuati sulla base di criteri di selezione delle caratteristiche rilevanti a cui riconnettere la produzione di determinati effetti giuridici. A tal proposito non può negarsi la fitta trama di rapporti in cui valutazioni tecniche ed apprezzamenti politici si

³⁸ Sul punto v., in generale, K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, 12. Aufl. 2021, pp. 396 ss. e pp. 408 ss.; J. Masing, *Das Bundesverfassungsgericht*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K. F. Gärditz, *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, München, 2021, pp. 981 ss. e spec. pp. 1029 ss.

³⁹ Cfr. *Infra*, parr. 8 e 10.

⁴⁰ F. Ossenbühl, *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen*, cit., p. 475; C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., p. 215.

⁴¹ C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., pp. 200 ss. e pp. 215 ss., il quale tiene distinta la questione dell'ampiezza del potere di valutazione del BVerfG (che corrisponde ad una questione di competenza, inerente all'oggetto del processo costituzionale e, quindi, ai suoi limiti esterni) e la questione dell'incisività del suo sindacato (che rimanda specularmente al problema della discrezionalità del legislatore). È evidente, peraltro, che non è possibile tracciare una netta cesura tra tali due aspetti, atteso che l'applicazione di uno standard di giudizio troppo severo in una fattispecie rispetto alla quale la norma costituzionale lascia margini d'azione relativamente elastici si rifletterebbe in un'invasione di competenza a detrimento delle attribuzioni di altro organo costituzionale. Sulla questione si tornerà *infra*, § 8 del presente capitolo.

intrecciano in maniera spesso inestricabile. La posizione critica del Giudice costituzionale si riflette nella difficoltà di sanzionare le scelte politiche della maggioranza sulla base della loro presunta inconferenza rispetto al dato tecnico-scientifico, laddove sarebbe proprio la non definitività (o non univocità) del dato di scienza a legittimare scelte di valore non implausibili sul piano del diritto costituzionale sostanziale.

L'interprete della legge non è, infatti, richiesto di compiere un accertamento meramente passivo, ma di accertare i fatti applicando i criteri e gli standard positivizzati dal legislatore nella fattispecie. Questi sono l'espressione della "misura" dell'importanza che il legislatore attribuisce a ciascuno dei beni giuridici in conflitto nella formula del bilanciamento sancita nella legge.

Così, ad esempio, accertare in concreto se vi sia stata una violazione del diritto alla salute non è operazione che possa prescindere dall'applicazione del metro di giudizio con il quale il legislatore ha attribuito un certo "peso" al diritto in questione nel bilanciamento con altri beni costituzionali⁴². L'interprete sarà perciò tenuto ad applicare quel metro di valutazione, il quale solo nel caso in cui sia riconosciuto lesivo dello *standard* minimo garantito a livello costituzionale (*Wesensgehalt*) potrà essere dichiarato incostituzionale dal *Bundesverfassungsgericht*, all'esito di un giudizio comparativo nel quale risulti che il bilanciamento legislativo sia irrispettoso dello *standard* minimo indicato dalla Costituzione⁴³.

⁴² Si veda ad esempio quanto affermato in BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*), § 172; BVerfGE 121, 317 (*Rauchverbot in Gaststätten*), §§ 129 ss.

⁴³ Si veda al riguardo l'importante decisione BVerfGE 121, 317 (*Rauchverbot in Gaststätten*), cit., con la quale il Tribunale costituzionale federale ha dichiarato incompatibile con la Costituzione una legge del Baden-Württemberg che vietava, in via generale, di fumare nei ristoranti e nelle altre strutture ricettive, tranne nel caso in cui gli ambienti fossero stati sufficientemente ampi da distinguere tra una zona fumatori e una zona non fumatori. I giudici del primo Senato hanno affermato l'incostituzionalità della legge, sull'assunto principalmente che fosse discriminatoria nei confronti delle piccole attività, le quali, non disponendo di una superficie sufficiente a dividere tra i due ambienti, sarebbero state costrette a chiudere. In particolare, la maggioranza sosteneva che, essendo previste deroghe significative a favore della ristorazione in tenda, i ristoranti all'aperto e l'industria dei viaggi, il legislatore non avesse perseguito una tutela assoluta e incondizionata della salute, ma solo una tutela relativa, per cui si trattava di stabilire se il legislatore avesse applicato il medesimo metro di valore nel differenziare il regime tra le varie attività. La risposta negativa della maggioranza è stata, tuttavia, oggetto di severe critiche nelle opinioni dissenzienti dei giudici Bryde e Masing, per i quali il Senato avrebbe indebitamente sostituito – dietro lo scudo del controllo formale di proporzionalità – le proprie scelte di valore a quelle espresse dal legislatore. Sul punto si tornerà *ultra*. Similmente si veda anche 1 BvR 2656/18 (*Klimaschutz*), spec. § 152, in cui il Tribunale costituzionale, pur riconoscendo al legislatore una certa discrezionalità nel modo in cui affrontare i rischi (sulla base di una propria percezione del pericolo) e sulla scelta delle misure per contrastarli, si riserva comunque la facoltà di sindacare le decisioni legislative se evidentemente inidonee ad assicurare un grado

Se e nella misura in cui la legge, quale prodotto della valutazione del legislatore, impatti sui diritti fondamentali o contravvenga a precisi obblighi sanciti nel *Grundgesetz*, il potere di valutazione del Tribunale costituzionale si ri-esponde fino a prefigurare soluzioni alternative, in ipotesi meno onerose, rispetto a quella prescelta dal legislatore. Anche quando il *Bundesverfassungsgericht* riconosce che la Costituzione lascia al legislatore, in linea di principio, un ampio spazio di valutazione politico-discrezionale, nelle sue diverse articolazioni (*Beurteilungs-, Einschätzungs-, Wertungs-, Entscheidungs-, Prognosen- und Gestaltungsspielraum*), esso tende quasi sempre a indagare l'astratta praticabilità di soluzioni alternative che, all'atto pratico, rechino minor pregiudizio all'esercizio dei diritti fondamentali⁴⁴.

La speciale responsabilità costituzionale che incombe sul Tribunale costituzionale nella sua funzione di difensore dei valori fondamentali dell'ordinamento (tra cui anche, se non soprattutto, i diritti della persona) comporta non solo che il suo sindacato sia coestensivo rispetto al complesso di fatti e valutazioni che accompagnano le decisioni del legislatore, ma presuppone al contrario che esso si spinga a considerare tutte le alternative disponibili, "misurando" l'impatto di ciascuna sulle posizioni dei singoli⁴⁵. Rinunciando

di protezione del clima che assicuri alle generazioni future la possibilità di godere degli stessi diritti della presente e delle passate generazioni.

⁴⁴ Cfr., ad esempio, quanto affermato in BVerfGE 43, 291 (347) (*Parkstudium*), ove il Tribunale sancisce che, nel caso in cui il legislatore si trovi a prendere decisioni in mancanza di una base empirica certa, gli spetta «ein gewisser eigenverantwortlicher Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum», perché, come ribadito in BVerfGE 49, 89 (131) (*Kalkar*), in condizioni di tal fatta è «in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, in Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen». Sul punto v. H. A. Stuttmann, *Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit und verfassungsgerichtliche Kontrolle. Die bundesverfassungsgerichtliche Kompetenz zur Überprüfung des einem Gesetz zugrundeliegenden Sachverhaltes am Beispiel des Erforderlichkeitsgrundsatzes*, Köln, 2014, pp. 46 ss.

⁴⁵ Si veda, emblematicamente, quanto affermato in BVerfGE 7, 377 (410-411) (*Apotheken-Urteil*), § 87-88: «Dem Gericht ist der Schutz der Grundrechte gegenüber dem Gesetzgeber übertragen. Wenn sich aus der Auslegung eines Grundrechts Grenzen für den Gesetzgeber ergeben, muß das Gericht ihre Einhaltung überwachen können; es darf sich dieser Aufgabe nicht entziehen, wenn anders es nicht die Grundrechte praktisch zum guten Teil entwerten und seiner ihm vom Grundgesetz zugewiesenen Funktion ihren eigentlichen Sinn nehmen will. Die in diesem Zusammenhang oft aufgestellte Forderung, zwischen mehreren gleichgeeigneten Mitteln müsse der Gesetzgeber frei wählen können, würde das besondere hier in Frage stehende Problem verfehlen. Sie hat den (normalen) Fall eines Grundrechts im Auge, das in sich keine abgestuften Schutzbereiche enthält (wie etwa in BVerfGE 2, 266). Hier ist der Gesetzgeber allerdings in der Wahl zwischen mehreren gleichgeeigneten gesetzlichen Maßnahmen - innerhalb bestimmter Grenzen - frei, weil sie alle dasselbe Grundrecht in seinem einheitlichen, nicht in sich gestuften Gehalt treffen. Wenn es sich aber um ein Grundrecht handelt, das in sich Bereiche schwächeren und stärkeren Freiheitsschutzes enthält, dann muß jedenfalls verfassungsgerichtlich nachprüfbar sein, ob die Voraussetzungen für eine Regelung auf der Stufe vorliegen, wo die Freiheit am stärksten geschützt ist; mit anderen Worten, es muß geprüft werden können, ob gesetzliche Maßnahmen auf den vorausliegenden Stufen nicht ausgereicht hätten, ob also der tatsächliche Eingriff "zwingend geboten" war. Wollte man dem Gesetzgeber auch die

a svolgere questo scrutinio, il Tribunale costituzionale diventerebbe un contro-potere inefficace⁴⁶.

Accade sovente, pertanto, che alle affermazioni di principio seguano pronte smentite da parte del Giudice costituzionale tedesco. Tale atteggiamento risulta pienamente giustificato se si considera la difficoltà di elaborare in termini generali criteri vevoli per ogni caso e circostanza⁴⁷. Così come non è possibile scrivere leggi che tengano conto delle infinite variabili del reale, del pari è arduo attendersi che una Corte costituzionale, quale organo di chiusura del sistema, si vincoli ai propri precedenti senza tenere conto delle specificità di casi inediti che dovessero giungere al suo esame.

La specialità della giustizia costituzionale si caratterizza, infatti, proprio per la sua attitudine para-legislativa, che porta il Giudice costituzionale a porsi in termini quasi concorrenziali rispetto agli organi della rappresentanza politica.

Ciò premesso, si tratta di vedere quali strumenti il Tribunale costituzionale abbia sviluppato per vagliare la correttezza del percorso logico solcato dal legislatore per maturare una certa decisione e, se del caso, acquisire le informazioni necessarie a prospettare un percorso alternativo idoneo a perseguire il medesimo obiettivo politico con mezzi meno invasivi.

4. Breve digressione: i fatti di scienza nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale

Sebbene il *Bundesverfassungsgericht* non possa vantare una giurisprudenza sui fatti di scienza parificabile, per ricchezza di spunti, a quella della Corte costituzionale italiana (la quale, anche in ragione di peculiari vicende mass-mediatiche che ruotano intorno al complicato e non sempre pacifico rapporto tra informazione scientifica e

freie Wahl zwischen "gleichgeeigneten Mitteln" lassen, die verschiedenen Stufen angehören, so könnte das praktisch dazu führen, daß gerade die das Grundrecht am stärksten beschränkenden Eingriffe, die wegen ihrer drastischen Wirkung zur Erreichung des erstrebten Zieles besonders geeignet sind, am häufigsten gewählt würden und dann ungeprüft hingenommen werden müßten. Ein wirksamer Schutz gerade des Freiheitsbereiches, den Art. 12 Abs. 1 GG am nachhaltigsten schützen will, wäre dann nicht mehr gewährleistet.».

⁴⁶ In generale, sulla specifica competenza del *Bundesverfassungsgericht* nella difesa dei diritti fondamentali, si veda R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordnet Freiheit*, Tübingen, 2003, in particolare pp. 227 ss.

⁴⁷ Cfr. F. Ossenbühl, *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen*, cit., p. 481, per il quale la misura dell'intensità del controllo giurisdizionale nei campi connotati da ampia discrezionalità politica rimane in prevalenza «unreflektiert und deshalb vage».

opinione pubblica in Italia, può considerarsi un osservatore privilegiato di tali problematiche), le imponenti decisioni rese dal Tribunale di Karlsruhe contengono non pochi *obiter dicta* che assegnano ai fatti di scienza un ruolo indiscutibilmente di primo piano nell'attuazione del progetto costituzionale, che vale a specificare tanto i profili evolutivi dei diritti fondamentali quanto gli obblighi che il *Grundgesetz* fa discendere sul legislatore.

Ci si deve, a questo proposito, soffermare un momento sulla differente prospettiva con la quale le due Corti si avvicinano all'interpretazione della Costituzione, da cui dipende anche la diversità degli esiti cui giungono in ordine alla questione della discrezionalità del legislatore.

4.1 Costituzione e sistema dei diritti nella Repubblica Federale Tedesca

Come noto, la Corte costituzionale italiana ha imboccato un percorso teorico nel quale è dato riscontrarsi una tendenziale separazione tra «legalità costituzionale» e «legalità legale»⁴⁸, a cui segue il principio secondo cui gli spazi non coperti dalla prima debbono farsi rientrare nel terreno di libera elezione del legislatore⁴⁹, rispetto al quale non si danno obblighi di attuazione positivi ulteriori se non quelli connessi al rispetto dei principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità⁵⁰.

Lungo un percorso sensibilmente diverso si è, invece, inoltrato il Tribunale costituzionale federale, il quale, sin dai primi anni dalla sua istituzione, ha preso a concepire la Legge fondamentale alla stregua di un programma la cui attuazione non solo abbisogna, ma richiede un'opera di positivo compimento da parte del Parlamento e degli altri poteri dello Stato. In tal modo si realizza la piena funzionalizzazione del potere

⁴⁸ Ne accenna F. Saitto, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in G. Repetto, F. Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, cit., pp. 43 ss., spec. pp. 80 ss.

⁴⁹ Cfr. A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, p. 84, per il quale vi è discrezionalità del legislatore in «materie e fattispecie non regolate da disposizioni o norme costituzionali la cui disciplina è conseguentemente rimessa al legislatore [...] al quale corrisponde un'attività legislativa insuscettibile di essere assoggettata a controllo di legittimità per mancanza di norme costituzionali utilizzabili come parametro e rispetto alla quale può ipotizzarsi soltanto un sindacato di merito peraltro non consentito alla Corte costituzionale»; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 159, per il quale la discrezionalità legislativa deve farsi corrispondere ad «uno spazio vuoto di diritto costituzionale», che appunto per ciò non tollera intrusioni da parte della Corte.

⁵⁰ Sul punto si rinvia alle considerazioni già svolte nel cap. IV, par. 10.

pubblico all'implementazione del progetto costituzionale e alla continua attualizzazione dei diritti fondamentali, considerati come imperativi di valore la cui tutela e garanzia costituisce un preciso obbligo costituzionale⁵¹. Alla stregua di questa concezione, non sarebbe allora possibile parlare di uno spazio libero lasciato alla totale discrezionalità del legislatore, dal momento che il complesso di attività a questo riferibili si atteggia in ogni caso a modalità di attuazione delle norme costituzionali⁵², che in determinati casi assurgono financo a obblighi positivi di prestazione. Il sistema costituzionale viene così concepito non come mera positivizzazione di precetti, di natura prevalentemente formale o procedurale, finalizzati a organizzare la composizione del conflitto tra attori politici, ma come tavola obiettiva di valori (*objektive Werteordnung*)⁵³ che irradia di sé ogni ambito o materia incidente sull'organizzazione della vita individuale e collettiva⁵⁴.

In questo contesto, che vede l'ordinamento giuridico come un sistema in continua evoluzione che si adegua – o deve adeguarsi – ai mutamenti intervenuti, in varie forme,

⁵¹ Cfr. 1 BvR 2656/18 (*Klimaschutzgesetz*), § 152, dove il Tribunale costituzionale parla di «significato oggettivo dei diritti fondamentali» (*objektive Bedeutung der Grundrechte*).

⁵² Sul punto si veda, a titolo di esempio, di recente, G. Repetto, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in G. Repetto, F. Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020, pp. 37-38, il quale parla di «progressiva riduzione dello spazio discrezionale a disposizione del legislatore per il perseguimento di una politica costituzionale libera da rigidi corsetti fissati dai giudici di Karlsruhe», quale Tribunale che è giunto a «porre sotto tutela sia il circuito della giurisdizione che quello della politica eliminando la necessaria esistenza di momenti e sedi di scarto tra diritto e politica e di pluralismo politico-istituzionale».

⁵³ Sul punto v. H. D. Jarass, *Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. Objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *AöR*, 110, 1985, pp. 363 ss.

Su questo punto, che vede le norme sui diritti fondamentali come un complesso obiettivo di valori, cfr. BVerfGE 7, 198 (*Lüth*); BVerfGE 35, 79 (*Hochschulurteil*); BVerfGE 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch D*), in particolare § 148, ove si legge che «Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts enthalten die Grundrechtsnormen nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern sie verkörpern zugleich eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt und Richtlinien und Impulse für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gibt». Sul punto cfr. G. Delledonne, *Bilanciamenti e interpretazioni conformi nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco*, in G. Repetto, F. Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, cit., pp. 141 ss.

Nella dottrina tedesca cfr. P. Badura, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes*, München, 7. Aufl. 2018, pp. 97 ss.; T. Kingreen, R. Poscher, *Grundrechte. Staatsrecht II*, München, 37. Aufl. 2021, pp. 84 ss.; U. Batts, A. Edenharter, *Einführung in das Verfassungsrecht. Staatsorganisationsrecht und Grundrechte*, München, 7. Aufl. 2021, pp. 313 ss.; U. Volkmann, *Allgemeine Grundrechtslehren*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K. F. Gärditz, *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, München, 2021, pp. 1051 ss. e spec. pp. 1082 ss.

⁵⁴ Sull'importanza di questa concezione del ruolo precettivo della Costituzione e del suo ruolo chiave rispetto alla scelta di introdurre lo strumento del ricorso diretto (*Verfassungsbeschwerde*) a tutela dei diritti fondamentali si veda, per tutti, F. Saitto, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, cit., pp. 59 ss.

nella vita associata della comunità statale, il Tribunale costituzionale è chiamato incessantemente a confrontarsi con le dinamiche del mondo reale, incoraggiato in questo dalla possibilità per il comune cittadino di esperire un mezzo d'azione immediato (il ricorso diretto) per l'accesso alla giustizia costituzionale che si caratterizza per essere funzionalmente teso a vagliare le concrete modalità con le quali la legge incide sui diritti e le libertà del singolo, piuttosto che la mera conformità del dato di legge alle norme costituzionali⁵⁵.

I fatti di scienza si inseriscono pienamente in questa dinamica, condizionando sia il grado di attuazione dei diritti costituzionali sia il numero degli obblighi che ricadono sul legislatore nella sua qualità di soggetto istituzionalmente responsabile della loro difesa, attuazione e massima espansione.

A tale riguardo, bisogna peraltro precisare che su queste due dimensioni non può costruirsi una rigida dicotomia, essendo al contrario principio consolidato nella giurisprudenza costituzionale tedesca l'assunto secondo cui tutti i diritti fondamentali hanno un contenuto che non si riduce alla mera astensione, da parte dello Stato o dei privati, alla commissione di atti suscettibili di pregiudicarli, ma si estende fino a richiedere obbligatoriamente un ventaglio di interventi positivi dell'autorità al fine di proteggerne il contenuto essenziale⁵⁶ o ad agevolarne l'esercizio⁵⁷. La creazione di un

⁵⁵ Su questo aspetto, che evidenzia la complementarietà della *Normenkontrolle* (*abstrakte o konkrete*) e della *Verfassungsbeschwerde*, si rinvia ai citati contributi di G. Repetto, *Il controllo di costituzionalità delle leggi*, cit., pp. 23 ss. e F. Saitto, *Il ricorso individuale diretto*, cit., pp. 60 ss. e, più oltre, p. 83, ove l'autore conclude che con il ricorso diretto si è forgiato «un potere di controllo sul grado di attuazione della Costituzione che pone saldamente il *BVerfG* al vertice di un sistema che punta al continuo inveramento dei *Grundrechte* e più in generale del dettato costituzionale».

⁵⁶ Sulla *Wesensgehaltsgarantie* la dottrina è notoriamente inflazionata. Sul tema si rinvia ai lavori monografici di P. Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, München, 1983; C. Drews, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG*, Baden-Baden, 2005; M. Mayer, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie. Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*, Baden-Baden, 2005.

⁵⁷ Con l'entrata in vigore della Legge fondamentale, la dottrina tedesca tendeva a dividere i diritti fondamentali in tre categorie: diritti di difesa (*Abwehrrechte*), diritti di prestazione (*Leistungsrechte*) e diritti di partecipazione (*Mitwirkungsrechte*). I diritti di difesa vengono, inoltre, solitamente distinti tra diritti di libertà (*Freiheitsrechte*) e diritti dell'uguaglianza (*Gleichheitsrechte*). In generale, sulla dogmatica dei diritti fondamentali, v. R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, cit., pp. 15 ss. e pp. 107 ss.; C. Bumke, A. Voßkuhle, *German Constitutional Law. Introduction, cases, and principles*, Oxford, 2019, pp. 33 ss.

La giurisprudenza del Tribunale costituzionale ha progressivamente abbandonato la distinzione tra diritti negativi e diritti positivi, poiché l'effettività dei primi richiede pur sempre una garanzia di difesa da parte dello Stato. Cfr., a titolo di esempio, quanto statuito nella sentenza BVerfGE 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*), con la quale i giudici di Karlsruhe hanno dichiarato la nullità della legge di riforma della disciplina dell'aborto (sostanzialmente depenalizzandola nelle prime 12 settimane di

sistema efficace di tutela dei diritti fondamentali e la scelta degli strumenti che meglio si prestino a darvi corpo comporta che il legislatore debba addentrarsi nella realtà economica, sociale, scientifica o tecnologica nella quale è calato l'oggetto rispetto al quale si pone un obbligo di protezione da parte sua. Trascurando di compiere questo accertamento, il legislatore abdica alla propria funzione e si espone al rischio che la disciplina colà apprestata non assicuri una protezione sufficiente al diritto o interesse coinvolto (*Untermaßverbot*)⁵⁸.

Già da queste prime considerazioni (necessariamente incomplete) sono distinguibili gli assi portanti del modello tedesco di *constitutional adjudication*, con importantissimi risvolti sia sul piano istituzionale che su quello dei *Grundrechte*. Diritti e doveri rappresentano, nella prospettiva costituzionalistica, due facce della stessa medaglia, e costituiscono la sintesi di una complessa trama di rapporti tra il singolo individuo e l'autorità pubblica. È, infatti, un principio consolidato del costituzionalismo contemporaneo che la funzione della moderna compagine statale non si limita alla cura dell'interesse pubblico mediante l'emanazione di regole utili a prevenire il conflitto tra attori sociali, ma comprende anche l'adozione delle misure necessarie a garantire una protezione efficace dei diritti delle persone da gravi aggressioni provenienti dall'esterno, prescindendo dal fatto che si tratti di poteri pubblici o privati⁵⁹.

V'è, in ogni caso, da rammentare che l'evoluzione dei diritti o la creazione di nuovi doveri costituisce un'operazione tecnico-sistematica che si snoda comunque lungo

gravidanza), sostenendo che in capo allo Stato vi è un mandato costituzionale di tutelare la vita prenatale mediante la previsione di sanzioni di natura penale. Il diritto alla vita dell'embrione è, infatti, un valore oggettivo dell'ordinamento, che lo Stato deve tutelare anche contro la volontà di colei che lo porta in grembo (il diritto alla vita prevale sul diritto all'autodeterminazione della donna incinta). L'alto rango di cui gode il diritto alla vita nell'architettura costituzionale impone, inoltre, a detta dei giudici, che ad esso sia garantita una protezione presidiata dagli strumenti più incisivi di cui dispone il potere pubblico (il ricorso allo strumento penalistico rappresenta, dunque, un *quid* costituzionalmente necessario). Sul punto, con riferimento alla vicenda tedesca, si rinvia a M. D'Amico, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994, pp. 4 ss. e (sulla funzione del diritto penale nella difesa del diritto alla vita del nascituro) pp. 70 ss.

La teoria secondo la quale tutti i diritti (anche quelli "classici" di libertà) hanno un costo per l'apparato pubblico, che deve garantire i presupposti per la loro difesa dall'interferenza di altri, è stata in tempi recenti recepita anche in Italia, ad esempio da R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, XX ed. 2019, p. 523.

⁵⁸ Su cui v. O. Klein, *Das Untermaßverbot: über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung*, in *Juristische Schulung*, n. 11/2006, pp. 960 ss.

⁵⁹ Questa concezione è più marcata nell'ordinamento tedesco, che concepisce i diritti fondamentali come imperativi di valore dotati di un significato oggettivo, che è precisa funzione dei poteri pubblici difendere da ogni tipo di azione idonea a lederli. Sul punto v. R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte*, cit., pp. 180 ss. e pp. 203 ss.

il percorso segnato dal diritto positivo. Fondamentale, a riguardo, è il ruolo svolto dall'art. 2 GG, che nell'essenzialità dei suoi due commi (in particolare del primo comma, in combinato disposto con l'art. 1, co. 1 GG) ha costituito una base giuridica 'a fattispecie aperta' (usando il lessico in voga presso la dottrina italiana) dalla quale il *Bundesverfassungsgericht* ha preso spesso le mosse per specificare i diritti e i doveri delle parti coinvolte in vicende concrete di cui si sia trovato a giudicare, enunciando principi di diritto valevoli per tutto il complesso normativo. Il *Bundesverfassungsgericht* ha precisato che la clausola generale di cui all'art. 2, co. 2, prima parte GG incorpora un «generale dovere di protezione da parte dello Stato per la vita e l'incolumità personale» (*eine allgemeine staatliche Schutzpflicht für das Leben und die körperliche Unversehrtheit*) di ciascun individuo, cui corrisponde non solo un «diritto soggettivo di difesa contro le violazioni commesse dallo Stato» (*subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe*), ma anche un «dovere dello Stato di porsi a difesa e sostegno dei beni della vita e dell'incolumità fisica e di difenderli dalle aggressioni illegittime da parte di altri» (*die staatliche Pflicht ein, sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit zu stellen und sie vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren*)⁶⁰.

Peraltro, se già l'art. 2, co. 1 GG costituisce *per se* una norma a valenza generale idonea fungere immediatamente da base giuridica per l'individuazione di nuovi diritti per il cittadino o di nuovi obblighi per lo Stato, tale catalogo può essere ulteriormente arricchito grazie al combinato disposto con altre disposizioni del testo costituzionale o dei trattati internazionali ai quali abbia aderito la Germania⁶¹.

È questo, ad esempio, il caso dell'art. 20a GG che, introdotto nel 1994 e successivamente integrato nel 2002 (introducendo una previsione dedicata alla tutela degli animali)⁶², rappresenta la base costituzionale per vincolare il legislatore tedesco a

⁶⁰ *Ex multis* v. BVerfGE 142, 313 (337); BVerfGE 115, 320 (346); BVerfGE 90, 145 (195); 46, 160 (164); BVerfGE 39, 1 (42).

⁶¹ Sulla centralità della clausola generale *ex art. 2, co. 1 GG* nella sistematica dei diritti fondamentali della Costituzione della Repubblica Federale Tedesca v. U. Battis, A. Edenharter, *Einführung in das Verfassungsrecht*, cit., pp. 319 ss.; C. Bumke, A. Voßkuhle, *German Constitutional Law*, cit., pp. 101 ss.; C. Gröpl, K. Windthorst, C. von Coelln, *Studienkommentar GG*, München, 4. Aufl. 2020, pp. 61 ss.

⁶² In commento v. H. Schulze-Fielitz, *Art. 20a*, in H. Dreier, *GG Kommentar*, Tübingen, 3. Aufl. 2015, pp. 308 ss.; A. Epiney, *Art. 20a*, in H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar*, Band II, München, 7. Aufl. 2018, pp. 173 ss.; C. Gröpl, K. Windthorst, C. von Coelln, *Studienkommentar GG*, cit., pp. 389 ss.

perseguire politiche pubbliche ispirate alla tutela dell'ambiente e alla protezione degli animali. Nella sentenza sulla tutela del clima del marzo 2021 (alla quale si farà più volte riferimento in queste pagine), il Tribunale costituzionale ha precisato che la disposizione di cui all'art. 20a GG è un precetto il cui contenuto va determinato in stretta correlazione con gli impegni cui la Germania abbia aderito a livello internazionale⁶³. La ragione di ciò sta nella natura stessa dell'interesse che si pretende di tutelare mediante la previsione di un dovere costituzionale di protezione: trattandosi di un bene comune all'intera umanità, avente un'estensione che va oltre i confini nazionali dello Stato, la messa in atto di strategie per la sua tutela implica inevitabilmente un'attività di pianificazione coordinata sul piano internazionale che vede nella Repubblica Federale una protagonista impegnata in prima linea nella ricerca di soluzioni che possano trovare riscontro nell'impegno dei *partner* internazionali. Di tal guisa, i trattati in materia ambientale conclusi dalla Germania assumono il valore di parametro interposto che concretizzano il dovere di cui all'art. 20a GG.

4.2 Il contributo dei fatti di scienza allo sviluppo del progetto costituzionale

Alla luce di quanto detto, si può adesso passare brevemente in rassegna alcune significative pronunce dalle quali emerge il carattere conformativo dei fatti di scienza rispetto alle potenzialità insite nei principi costituzionali. Le nuove possibilità svelate dalla scienza e dalla tecnica definiscono le modalità e i limiti entro i quali i precetti contenuti in Costituzione possono – quando non debbano – inverarsi, ridefinendo l'equilibrio dei rapporti tra privato cittadino e autorità pubblica o anche solo tra privati.

La capacità conformativa dei fatti di scienza nella costruzione del sistema di diritti/doveri archetipicamente delineato nella Legge fondamentale si inserisce comunque sempre in una dialettica che vede coinvolti dal lato attivo l'individuo e dal lato passivo il potere pubblico. Ciascun riconoscimento di un nuovo diritto (o di un aspetto di nuovo conio di un diritto esistente) a favore dell'individuo ha il proprio referente dal lato passivo nel dovere dello Stato di garantire ad esso una protezione adeguata, pena il rischio di essere “messo in mora” dal Tribunale costituzionale per violazione dell'*Untermaßverbot*.

⁶³ Cfr. BVerfG - 1 BvR 2656/18 -, ora BVerfGE 157, 30 (*Klimaschutz*).

È, allora, forse più agevole partire dall'analisi dalla costruzione degli obblighi di protezione che incombono sullo Stato per descrivere l'interazione dei fatti di scienza con i precetti costituzionali.

Fin dalla sentenza sulla centrale nucleare di Kalkar⁶⁴, il Tribunale costituzionale ha formalmente riconosciuto che il superiore dovere di protezione dei diritti fondamentali come la vita e la salute umana impone allo Stato di adottare tutte le precauzioni necessarie a evitare che lo svolgimento di attività pericolose comprometta i valori posti all'apice del *Grundgesetz*. Qualunque attività pubblica, oltre che naturalmente rivolta a perseguire l'interesse comune, deve svolgersi nel rispetto del principio di precauzione, da cui discende il dovere per lo Stato e le sue articolazioni di optare per le soluzioni che, su un piano prognostico-comparativo, esponano gli individui al minore rischio possibile di veder pregiudicata la propria vita e la propria salute⁶⁵. Ciò, ovviamente, non comporta che la Costituzione vieti l'intrapresa di qualunque attività potenzialmente rischiosa (cosa che sarebbe impossibile, visto che tutte le attività umane comportano un margine di rischio)⁶⁶, ma impone quantomeno che l'autorità pubblica si appresti ad agire in maniera consapevole e informata, dopo aver acquisito tutti gli elementi utili a scegliere, tra le alternative disponibili, quella meno rischiosa.

Un aspetto degno di nota in tale pronuncia è l'accento che i giudici di Karlsruhe pongono sulla disposizione di legge (art. 7, co. 2, n. 3 AtomG) che prevede la possibilità

⁶⁴ BVerfGE 49, 89 (*Kalkar I*).

⁶⁵ Cfr. BVerfGE 49, 89 (*Kalkar I*), § 110, ove il Tribunale costituzionale nega che dia luogo a problematiche costituzionali il fatto che la legge devolva all'Esecutivo del potere discrezionale di rilasciare autorizzazioni in deroga per la costruzione di nuove centrali o l'ampliamento delle precedenti all'esito di una valutazione che non escluda la permanenza di un margine di rischio. Nel successivo § 111, lo stesso Tribunale precisa che il riconoscimento di un tale potere di valutazione tecnica, basato sulle condizioni ambientali, tecnologiche e di lavoro specificamente individuate, si rivela anche opportuno all'atto pratico, dal momento che «la valutazione di un rischio concreto va compiuta esclusivamente tenendo conto delle interdipendenze causali tra tutti i fattori di rischio e delle precauzioni che possono adottarsi per contenerli; grazie infatti allo sviluppo tecnologico, ad esempio con l'introduzione di varie e diversificate misure di contenimento tra loro indipendenti e il monitoraggio costante di un fattore di rischio relativamente stabile, possono cambiare di volta in volta le ponderazioni dei singoli fattori».

⁶⁶ Cfr. BVerfGE 49, 89 (*Kalkar I*), § 117: «Vom Gesetzgeber im Hinblick auf seine Schutzpflicht eine Regelung zu fordern, die mit absoluter Sicherheit Grundrechtsgefährdungen ausschließt, die aus der Zulassung technischer Anlagen und ihrem Betrieb möglicherweise entstehen können, hieße die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen und würde weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen. Für die Gestaltung der Sozialordnung muß es insoweit bei Abschätzungen anhand praktischer Vernunft bewenden.». Sull'importanza di questa sentenza per il diritto costituzionale tedesco, e sulle sue implicazioni per il sistema di protezione dei diritti della persona, si rinvia al fondamentale lavoro di D. Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionenschutzrechtliche Ausformung*, Berlin, 1985, pp. 91 ss.

di costruire centrali nucleari e metterle in funzione solo dietro rilascio di provvedimenti autorizzatori individuali, condizionati – tra gli altri requisiti – all’impegno dell’impresa istante di adottare ogni precauzione necessaria «secondo lo stato attuale delle conoscenze scientifiche e della migliore tecnologia disponibile» (*nach dem Stand von Wissenschaft und Technik*). Si tratta di una clausola che, sebbene di per sé appaia come un vincolo che il legislatore impone agli organi esecutivi al fine di evitare disastri nucleari, nella sentenza appare quasi un *quid* costituzionalmente necessario, che ribadisce l’esistenza nella Legge fondamentale di un dovere implicito di agire prudenzialmente nello svolgimento di attività pericolose⁶⁷.

Similmente, nella sentenza con la quale il Tribunale costituzionale ha vagliato la legittimità della legge tedesca sulla disciplina degli OGM, viene ribadito che i principi di precauzione e di prevenzione sono imperativi di rango costituzionale che il legislatore è tenuto ad applicare in tutte le occasioni nelle quali sia richiesto un bilanciamento tra interessi contrapposti, portandola in definitiva ad optare per la soluzione che offra le migliori garanzie rispetto alla preservazione dei valori fondamentali della persona umana, in relazione ai quali la libertà della scienza e della ricerca scientifica risultano recessivi⁶⁸.

Nella sentenza sulla tutela del clima del marzo 2021, il primo Senato del *Bundesverfassungsgericht* ha inoltre precisato che il dovere di protezione dello Stato verso la vita e l’incolumità degli individui si riferisce sia ai cittadini di oggi che alle generazioni future, con la conseguenza che incombe immediatamente sulle istituzioni un dovere di perseguire politiche pubbliche volte a preservare le condizioni ambientali necessarie a garantire ai cittadini del domani le stesse opportunità di vita (e di qualità della vita) di cui hanno goduto le precedenti⁶⁹. Questo implica la selezione di strutture tecnologiche che siano utilmente in grado di favorire la ‘transizione ecologica’, e

⁶⁷ Al § 107 della decisione viene precisato che la persistente incertezza sulla percentuale di rischio calcolata dovrebbe condurre ad una decisione di rigetto dell’autorizzazione solo laddove non sia ancora tecnicamente possibile disporre di una tecnologia sufficientemente avanzata che consenta la messa in sicurezza degli impianti. L’utilizzo di un concetto giuridico indeterminato come «stato della scienza e della tecnica» rappresenta quindi – al contrario di quanto sosteneva il tribunale remittente della causa principale – una tecnica corretta di normazione, in quanto da un lato permette al potere legislativo di stabilire in via generale i principi fondamentali cui dovranno attenersi le autorità amministrative al momento in cui saranno richieste di emanare le autorizzazioni individuali, dall’altro lascia a queste ultime uno spazio di valutazione e manovra dipendente dalle concrete circostanze nelle quali si troveranno ad operare.

⁶⁸ Cfr. BVerfGE 128, 1 (*Gentechnikgesetz*).

⁶⁹ Com’era peraltro già stato chiaramente affermato da autorevole dottrina. Cfr. D. Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, cit., pp. 102 ss.

soprattutto un onere per il legislatore di “misurare” l’impatto ambientale delle proprie decisioni, basandosi su dati scientifici affidabili e aggiornati. Nella sentenza si scrive espressamente che dalla disposizione dell’art. 20a GG discende un ‘dovere permanente’ (*eine permanente Pflicht*) di «adattare il diritto dell’ambiente ai più recenti sviluppi e alle nuove conoscenze scientifiche» (*das Umweltrecht den neuesten Entwicklungen und Erkenntnissen in der Wissenschaft anzupassen*)⁷⁰.

In materia di ricovero coatto in ospedale psichiatrico, il Tribunale costituzionale ha affermato che la legittimità della misura dipende strettamente dalla sua necessità, idoneità e adeguatezza allo scopo di proteggere il singolo e la collettività dai rischi provocati da una patologia psichica, qualunque essa sia, sulla base di un costante monitoraggio compiuto alla stregua dei parametri sviluppati dalla comunità scientifica internazionale, tenuto conto dei nuovi approcci adottati nel trattamento di tali disturbi. In questi termini, sul legislatore incombe un obbligo di prevedere per legge un meccanismo di revisione periodica dello stato di salute della persona internata, stabilendo l’immediata sospensione della misura nel caso in cui la persona sia in grado di rientrare nel pieno godimento della propria libertà⁷¹.

E, ancora, l’imposizione da parte dell’autorità pubblica di un trattamento sanitario obbligatorio per gli infermi di mente può considerarsi una scelta legittima solo a condizione che lo stato di salute dell’infermo sia oggetto di costante monitoraggio da parte di personale specializzato nella patologia da cui è affetto, in applicazione di *standard* medici affidabili, e deve immediatamente essere interrotto nel caso in cui fosse provato che l’interessato ha riacquisito una condizione di salute che gli permette di autodeterminarsi, prendendo scelte responsabili nel proprio interesse, senza costituire un pericolo per l’incolumità altrui⁷².

⁷⁰ Cfr. 1 BvR 2656/18 (*Klimaschutzgesetz*), § 212, ove si richiama il principio già affermato nella sentenza sulla centrale di Kalkar.

⁷¹ Cfr. BVerfGE 134, 33 (*Therapieunterbringungsgesetz*), in particolare § 120, ove si chiarisce ulteriormente che la nozione di ‘disturbo mentale’ è un concetto giuridico indeterminato che va specificato con il riferimento ai sistemi di classificazione diagnostica: «der juristische Begriff der psychischen Störung nach § 1 Abs. 1 ThUG sich zwar an die in der Psychiatrie genutzten Diagnoseklassifikationssysteme anlehnt»; cfr. anche § 122, dove il Tribunale ricorda che, ai sensi della legge, l’operatore incaricato dell’esecuzione della legge può disporre il ricovero obbligatorio solo se vi è un nesso causale scientificamente accertato tra il disagio psichico e il rischio di commissione di atti violenti.

⁷² Cfr. BVerfGE 128, 282 (*Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug*), § 66, ove si condiziona espressamente la legittimità della misura ad un onere di valutazione e monitoraggio costante ad opera di un

Prendendo ora in esame il catalogo dei diritti fondamentali incisi dallo sviluppo scientifico e tecnologico, sembra utile partire, in parallelo con le suggestioni offerte dal caso italiano, proprio dal trattamento giuridico del transessualismo. Nella prima sentenza dedicata al tema (risalente al 1978)⁷³, il primo Senato del BVerfG ha ritenuto che l'esame della questione sulla mancata previsione, da parte della legge sull'ordinamento di stato civile (*Personenstandgesetz*), della possibilità per l'ufficiale di stato civile di rettificare l'attribuzione di genere della persona la cui transessualità fosse stata clinicamente accertata, presupponesse la ricognizione dello stato attuale delle conoscenze scientifiche disponibili. Nel fare ciò, il Tribunale ha preso atto che la ricerca medica permetteva di confutare la rigidità del dualismo di genere e di affermare l'esistenza, piuttosto, di una pluralità di varianti sessuali intermedie le cui cause sono da ricercare nell'interazione tra fattori genetici e fattori di natura socio-culturale e ambientale. A fronte di una realtà assai più complessa di quella tramandataci dalla tradizione (alla quale si conforma la legge sullo stato civile), il primo Senato riconosce l'esistenza di un diritto alla rettificazione per il transessuale che sia stato assegnato alla nascita ad un genere che non gli appartiene, un diritto di sicuro fondamento costituzionale, che discende dal combinato disposto dell'art. 2, co. 1 e 1, co. 1 GG, quale logica continuazione e lineare sviluppo del diritto all'integrità fisica e morale e al pieno sviluppo della propria personalità. Evidente è il ruolo giocato dalla scienza medica nella determinazione del 'verso' della decisione nel senso dell'accoglimento: le nuove conoscenze scientifiche disponibili sui processi di sviluppo della psicosessualità e sui processi di differenziazione sessuale hanno certamente contribuito a far luce su uno dei grandi arcani sul genere umano, indirizzando i giudizi

medico: «Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit unabdingbar ist die Anordnung und Überwachung einer medikamentösen Zwangsbehandlung durch einen Arzt».

Più di recente si veda anche BVerfGE 142, 313 (*Zwangsbehandlung*), in particolare § 73: «Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschuldete verfassungsrechtliche Pflicht, unter eng begrenzten Voraussetzungen Schutzmaßnahmen bis hin zu medizinischen Zwangsbehandlungen für bestimmte unter Betreuung stehende Menschen vorzusehen, folgt aus deren spezifischer Hilfsbedürftigkeit. Wenn sie krankheitsbedingt nicht in der Lage sind, in eigener Sache die medizinische Notwendigkeit einer Untersuchung oder Heilmaßnahme zu erkennen oder danach zu handeln, sind sie insofern schutzlos und hilfsbedürftig, als sie Gefährdungen von Leib und Leben ausgeliefert sind, ohne selbst für ihren Schutz sorgen zu können. Die staatliche Gemeinschaft darf den hilflosen Menschen nicht einfach sich selbst überlassen.».

⁷³ BVerfGE 49, 286 (*Transsexuelle I*). Le sentenze in materia di transessualismo sono numerose: cfr. BVerfGE 60, 123 (*Junge Transsexuelle*), BVerfGE 88, 87 (*Transsexuelle II*), BVerfGE 115, 1 (*Transsexuelle III*), BVerfGE 116, 243 (*Transsexuelle IV*), BVerfGE 121, 175 (*Transsexuelle V*).

verso una lettura estensiva dei diritti della personalità che tenesse conto anche degli aspetti ignoti della natura umana.

Del resto, sembra muoversi esattamente in questa direzione la decisione del dicembre 2018 sul c.d. ‘terzo sesso’ (*drittes Geschlecht*), con la quale il primo Senato del BVerfG ha dichiarato incompatibile con la Costituzione le norme della legge sull’ordinamento di stato civile che consentivano unicamente di registrare un soggetto come di sesso maschile o femminile, mentre permettevano alle persone intersessuali solo di lasciare la casella scoperta. Nella decisione, il Senato si richiama espressamente ai principi di diritto affermati nella prima sentenza sul transessualismo, escludendo peraltro che l’esigenza là riconosciuta di permettere la rettificazione avesse comportato la costituzionalizzazione del binarismo di genere. Al contrario, il fatto indiscusso (e scientificamente provato) che vi sia una percentuale minoritaria ma non trascurabile (circa 1 su 500) di soggetti con un corredo cromosomico misto fa incombere immediatamente sullo Stato un dovere di protezione – e prima ancora di riconoscimento – a che sia assicurato a tali individui un trattamento giuridico rispettoso dei principi costituzionali di dignità, libertà ed uguaglianza⁷⁴.

Sicché, il dato scientifico, pur provvisorio e non definitivo (che allo stato rimane incapace di determinare quanti varianti sessuali esistano e che interazione esse abbiano con il genere) è sufficiente ad imporre allo Stato un obbligo, che si estrinseca nel dovere di dare pieno riconoscimento alle persone intersessuali, le quali, versando in una condizione insuscettibile di venire incasellata nella dicotomia maschile/femminile, hanno il diritto di vedersi riconosciuto uno *status* civile autonomo e differente.

I fatti di scienza sono, quindi, un fattore caratterizzante dell’esperienza costituzionale, che contribuisce alla sua evoluzione e rende necessaria la ricerca di nuovi equilibri a livello legislativo, per implementare le norme costituzionali alla luce delle novità che la scienza e la tecnica portano a galla⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. BVerfGE 147, 1 (*Geschlechtsidentität*). Il dato propriamente scientifico fa, in verità, solo una breve comparsa nella sentenza, mentre gran parte dell’argomentazione è dedicata alle ragioni prettamente giuridiche che impongono un dovere costituzionale di introdurre una terza opzione di genere. Purtuttavia, tale diritto ha come antecedente logico necessario l’accertamento dell’esistenza “in natura” di soggetti il cui corredo cromosomico determina lo sviluppo di organi sia maschili che femminili. In assenza di questo dato verrebbe a mancare il presupposto fattuale da cui sorge la pretesa al riconoscimento di fronte alla legge.

⁷⁵ Senza dimenticare, peraltro, che non sempre il dato scientifico ha giocato a favore dei diritti. Nella prima sentenza con la quale il Tribunale costituzionale ha scrutinato il noto paragrafo 175 dello

5. *Modelli istruttori per il controllo dei fatti legislativi nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale e la loro combinazione con le tecniche di decisione*

Il problema del controllo della correttezza e consistenza dei fatti legislativi presupposti, acquisiti o impiegati dal decisore politico può essere scandagliato passando in rassegna i modelli istruttori che il Tribunale costituzionale tedesco impiega nell'ambito dei procedimenti che hanno luogo innanzi ad esso.

L'interazione tra fatto e norma nel processo costituzionale passa attraverso il filtro delle vicende concrete che determinano la causa del contenzioso. Risalendo dai fatti individuali ai fatti generali, i soggetti del processo (le parti costituite e i giudici costituzionali) allargano il perimetro della cognizione ad elementi di fatto e valutazioni che esorbitano dalla vicenda conflittuale storicamente avverata.

L'estensione dell'oggetto della cognizione può avvenire o grazie al contributo delle parti costituite o a mezzo di una iniziativa officiosa del Tribunale costituzionale, che in virtù del principio inquisitorio (*Amtsermittlungsgrundsatz*) può praticamente disporre tutti gli incumbenti che ritenga necessari per decidere la questione di legittimità sollevata. Se sul piano del diritto positivo non sussistono limiti alle modalità con le quali il Tribunale di Karlsruhe possa disporre dei propri poteri istruttori, all'atto pratico esso ne ha modulato l'utilizzo a seconda del tipo di procedimento con cui è stato adito e dell'oggetto della rivendicazione di parte.

Infatti, premesso che l'indagine sui presupposti di fatto è passaggio preliminare indispensabile alla definizione *in iure* della controversia giurisdizionale, la decisione di procedere ad un approfondimento istruttorio officioso dipende strettamente anche dal metro di giudizio che il *Bundesverfassungsgericht* ritiene di dover applicare nel caso di specie, e quindi dal grado di discrezionalità che il *Grundgesetz* riconosce al legislatore. Non si tratta di un rapporto biunivoco, atteso che tra il profilo relativo all'oggetto del

Strafgesetzbuch (che criminalizzava l'attività sessuale tra persone di sesso maschile), le ampie risultanze istruttorie raccolte nel corso del procedimento (tra le quali figuravano pareri e rapporti provenienti da istituzioni scientifiche riconosciute di livello nazionale e internazionale) sono state determinanti nel far ritenere ai giudici che l'omosessualità maschile fosse non solo un comportamento deviante e pericoloso per la società (da cui viene fatto discendere, addirittura, un dovere di repressione assistito dallo strumento penale), ma anche diverso sul piano scientifico e fenomenologico rispetto all'omosessualità femminile. Cfr. BVerfGE 6, 389 (*Homosexuelle*), in particolare i paragrafi 46-105, nei quali vengono puntualmente riportati i dati raccolti dagli Istituti di ricerca interpellati e le opinioni espresse dai terzi esperti (*Sachverständige*) sul fenomeno dell'omosessualità nella società contemporanea.

processo costituzionale e quello relativo alle modalità di esercizio della funzione si pone la questione circa la legittimazione del Tribunale federale, di rimediare con gli strumenti della giurisdizione ai vizi di una legge (o alla sua mancanza) che impatti sulla ‘materia costituzionale’.

In relazione a questi profili, il Tribunale di Karlsruhe ha sviluppato essenzialmente tre tipologie di moduli decisori, a ciascuno dei quali corrisponde un determinato impiego dei propri poteri officiosi, in stretta combinazione con la tecnica prescelta per la definizione nel merito della questione di legittimità sottoposta al suo scrutinio.

La dottrina più recente distingue tra ‘soluzione processuale’, ‘soluzione sostanziale’ e ‘soluzione procedurale’, a seconda che il Tribunale federale decida la controversia costituzionale sulla base di una regola di diritto processuale (ad es. sulla base della regola del riparto dell’onere della prova), ovvero facendo rigorosa applicazione di una disposizione di diritto costituzionale sostanziale (la quale, se interpretata alla luce delle condizioni di fatto accertate, porta all’individuazione di una regola applicabile nell’unica maniera possibile), ovvero controllando che la norma di legge sia legittima non tanto nel merito della sua disciplina sostanziale (cosa impossibile, dal momento che dall’interazione tra dettato costituzionale e materia normata non sarebbe individuabile un’unica soluzione possibile), ma vagliando la ragionevolezza dei singoli passaggi della catena procedurale che ha portato alla positivizzazione della norma nella sua versione finale.

Rispetto a questi tre modelli, che attengono alle modalità con le quali il Tribunale costituzionale attinge ai fatti legislativi, non bisogna dimenticare che il potere di dare una valutazione diversa ad un fatto che ha formato oggetto di apprezzamento da parte del legislatore dipende strettamente della “vicinanza” del Giudice costituzionale alla questione di fatto controversa: almeno in linea di principio, il Tribunale è anche giudice del fatto nei casi in cui è adito in prima istanza (come nei giudizi astratti e nei giudizi per conflitti di attribuzione) ovvero con ricorso diretto, mentre diverso è il discorso nelle ipotesi in cui viene adito su sollecitazione dei giudici comuni (nei ricorsi incidentali concreti). È stato lo stesso *Bundesverfassungsgericht* a suggerire questo “riparto di competenze” tra il suo scrutinio e quello dei giudici inferiori, nelle quali si riserva la definizione delle sole questioni di “diritto costituzionale specifico” (*spezifisches*

Verfassungsrecht) e rimette qualunque altra questione sull'interpretazione e/o applicazione del diritto comune ai giudici del processo principale (*einfaches Recht*)⁷⁶.

5.1 La 'soluzione processuale' (*prozessuale Lösung*)

Vi sono settori rispetto ai quali la funzione del Tribunale si caratterizza per avere prevalentemente natura arbitrale, con la conseguenza che l'accesso del fatto nel processo costituzionale sarà affidato generalmente ad una logica ispirata al principio dispositivo, che vede le parti in causa responsabili in via esclusiva dell'organizzazione della propria difesa mediante produzione degli elementi necessari a salvaguardare le proprie attribuzioni. Questo modello, che prende il nome di 'soluzione processuale' (*prozessuale Lösung*), si presta a venire impiegato prevalentemente nei processi di natura soggettiva, nei quali è interesse delle parti produrre in giudizio tutti gli elementi probatori utili a difendere le proprie posizioni giuridiche dalle aggressioni altrui, cui segue il dovere in capo al giudice di decidere la controversia in base al principio dispositivo (astenendosi, dunque, dalla tentazione di "soccorrere" l'una o l'altra parte disponendo eventuali integrazioni istruttorie) e alla regola di ripartizione dell'onere della prova. Come noto, tale modello vede soccombere la parte che non sia in grado di fornire la prova completa e convincente delle proprie allegazioni.

Il presupposto di tale modello è duplice: esso si basa sull'assunto che le parti processuali si identifichino con i soggetti portatori degli interessi protetti dalla norma costituzionale di cui si lamenta la violazione (ciò che implica, quindi, un numero limitato di enti o individui chiamati a prendere parte alla vicenda processuale)⁷⁷, e che dispongano dei mezzi di cognizione necessari a provare i fatti da loro allegati. Ciò, peraltro, non esclude che il giudice possa disporre d'ufficio l'integrazione dell'istruttoria allorché constati che la parte allegante non disponga materialmente di tali mezzi e sia necessario chiederne l'esibizione all'altra parte o a terzi soggetti.

È, d'altronde, evidente come tale modello probatorio mal si concili con il processo costituzionale, che ha per oggetto la difesa della legalità costituzionale quale valore

⁷⁶ Sulla controversa distinzione tra *einfaches Recht* e *spezifisches Verfassungsrecht* v. H.-J. Papier, „*Spezifisches Verfassungsrecht*“ und „*einfaches Recht*“ als *Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts*, in C. Starck (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I, Tübingen, 1976, pp. 433 ss.

⁷⁷ J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, cit., p. 83.

oggettivo svincolato dagli interessi di parte⁷⁸. L'utilizzazione di un modello probatorio basato sul principio dispositivo risulta residuale in un ordinamento a Costituzione rigida, nel quale i valori costituzionali costituiscono beni indisponibili perfino da parte dei loro titolari, trattandosi dell'esercizio di funzioni sovrane che hanno un preciso carattere di doverosità. Così, ad esempio, potrebbe prospettarsi l'utilizzo di tale modello nell'ambito dei procedimenti per conflitto di attribuzione tra organi costituzionali o nei conflitti tra *Bund* e *Länder* o anche nei procedimenti aventi ad oggetto l'accertamento della colpevole inerzia di uno degli organi costituzionali (instaurato sia mediante ricorso per conflitto intersoggettivo tra organi o enti, sia mediante ricorso diretto da parte di singoli parlamentari o di singoli cittadini), nei quali il profilo soggettivo del contenzioso si riflette nel riconoscimento di uno specifico onere di prova in capo a chi ricorre a difesa delle proprie posizioni⁷⁹.

⁷⁸ J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, cit., p. 84.

⁷⁹ Anche nelle ipotesi rientranti in questo primo modello, tuttavia, il *Bundesverfassungsgericht* ha recentemente intensificato il proprio sindacato sulle valutazioni tecniche sottese alle decisioni o ai comportamenti degli organi politici. Nella sentenza del 5 maggio 2020, successiva alla decisione sul caso *Weiss* della Corte di Giustizia, il Secondo Senato del Tribunale costituzionale ha stigmatizzato l'inerzia del Governo e del Parlamento federali nel contrastare in via di annullamento le singole decisioni della BCE riguardanti l'avvio del programma di acquisto di titoli di Stato denominato PSPP (*Public Sector Purchase Program*), affermando che tale programma di investimenti esorbitasse la materia (oggetto di specifica attribuzione all'UE, come richiesto dal *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung*) della politica monetaria, sconfinando nel campo della politica economica. In tal modo il Tribunale costituzionale ha sostituito il proprio apprezzamento a quello degli organi politici, i quali, astenendosi dall'impugnare gli atti della BCE, hanno evidentemente ritenuto che quell'azione non ledesse le loro attribuzioni e appartenesse, pertanto, alle funzioni istituzionalmente conferite all'autorità monetaria sovranazionale. Se da un lato tale conclusione è l'esito di un peculiare percorso giurisprudenziale che, sulla base di una interpretazione sistematica degli artt. 1, co. 1, 38, co. 1 e 79, co. 3 GG, ha condotto il Tribunale costituzionale a configurare un obbligo di protezione della sovranità nazionale dagli atti *ultra vires* posti in essere dalle Istituzioni comunitarie quale controcanto del «diritto alla democrazia» (*Grundrecht auf Demokratie*) di cui è titolare il singolo cittadino (che lo legittima, per ciò solo, a ricorrere in *Verfassungsbeschwerde* avverso l'inerzia degli organi rappresentativi), non può dall'altro non notarsi in questa sede come il Tribunale abbia finito per assumere, a mezzo di una interpretazione stringente del dettato costituzionale, un ruolo tutorio verso la politica in un ambito generalmente sottratto a vincoli giuridici sostanziali.

In commento alla sentenza v. L. Violini, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: percorsi e dilemmi della sentenza sulla politica monetaria europea*, in *Quad. cost.*, n. 2/2020, pp. 425 ss.; P. Faraguna, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, *ivi*, pp. 429 ss.; G. Boggero, *Il Bundesverfassungsgericht esige un sindacato pieno nei confronti degli atti della BCE*, in *Quad. cost.*, n. 3/2020, pp. 619 ss.

5.2 La 'soluzione sostanziale' (*materiell-rechtliche Lösung*)

Per le ragioni anzidette, la 'soluzione processuale' risulta recessiva nel processo costituzionale, per cui vale la pena di concentrare l'analisi sugli altri due modelli cui ricorre il *Bundesverfassungsgericht* quando si trova a decidere di questioni che implicano un diretto confronto con i fatti che sostanziano le fattispecie legislative.

Tra questi, il primo modello prende il nome di 'soluzione giuridico-sostanziale' (*materiell-rechtliche Lösung*) e s'impunta su una cognizione piena e completa che porta, di fatto, a sovrapporre procedimento legislativo e processo costituzionale. Quando decide secondo tale modello, il Tribunale costituzionale procede sempre ad acquisire tutti gli elementi probatori utili a far luce sui profili rilevanti per lo scrutinio di legittimità della norma impugnata, disponendo all'occorrenza ordinanze istruttorie volte a integrare, mediante il coinvolgimento di soggetti terzi (il più delle volte esperti del settore, ma anche Istituti e Amministrazioni pubbliche dotate di funzioni certificative, consultive o di regolazione), il materiale istruttorio offerto dalle parti intervenienti, in modo da essere messo nella posizione di poter compiere valutazioni, se del caso, alternative a quelle del legislatore. In tal modo, il Giudice costituzionale esercita un potere di cognizione e di valutazione che gli consente non solo di vagliare la legittimità della legge impugnata, ma anche di comparare le modalità con le quali la legge concretizza la regola costituzionale, esercitando un sindacato di *strict scrutiny* che non lesina a censurare la soluzione legislativa se non si riveli essere quella che attua il migliore bilanciamento tra i valori in gioco⁸⁰.

Questo modello trova applicazione in relazione a determinati parametri costituzionali, rivelatori di criteri sostanziali (anche impliciti) che vincolano il legislatore nella scelta delle modalità con le quali deve darne attuazione. Sicché, nonostante la norma costituzionale sembri lasciare indeterminati taluni aspetti della fattispecie, che quindi sarebbero suscettibili di venire specificati facendo una scelta entro uno spettro variabile di alternative, in realtà il Tribunale costituzionale riduce le soluzioni eligibili a due o poco più, se non addirittura all'unica da ritenersi corretta. La reciproca comunicazione tra norma astratta e fattispecie concreta agisce in modo tale che l'originaria incertezza sulla regola di comportamento venga specificata nell'unica possibilità praticabile, che il

⁸⁰ Cfr. J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, cit., p. 111, il quale evidenzia come questa tipologia di sindacato giochi un ruolo decisivo nell'ambito del controllo di proporzionalità.

legislatore è tenuto a recepire come se fosse costituzionalmente imposta. La diversa scelta eventualmente fatta dal legislatore rende la legge illegittima, sicché il Tribunale costituzionale può senz'altro intervenire immediatamente a sostituire l'unica soluzione corretta, senza attendere un'iniziativa in tal senso del Parlamento.

Il presupposto del modello giuridico-sostanziale è che la norma costituzionale applicabile sia autosufficiente sul piano materiale, che indichi cioè quale “peso” debba in astratto essere attribuito a ciascuno dei beni giuridici in conflitto nella formula del bilanciamento, sempre comunque tenendo conto delle circostanze di fatto che ne condizionano l'attuazione. Essendo il “peso” degli interessi costituzionalmente tutelati già predeterminato a livello costituzionale, il legislatore non gode della discrezionalità di scegliere tra soluzioni differenti, frutto della prospettazione di più alternative nelle quali il valore concretamente attribuito a ciascun bene è univocamente definito dalla combinazione tra la norma applicabile e le concrete circostanze di fatto.

Nell'ambito del modello giuridico-sostanziale, i presupposti in fatto di una decisione non vengono considerati né il risultato di un accertamento processuale condotto alla stregua dell'onere della prova (come nella soluzione processuale), né come il risultato di una decisione assunta nell'ambito del procedimento legislativo⁸¹. Quest'ultimo viene trattato in sede giurisdizionale come un processo motivatorio avente natura deduttiva (*deduktives Begründungsverfahren*), del quale il Giudice costituzionale può conoscere senza limiti, dal momento che Parlamento e Tribunale si trovano ad operare alla stregua di un medesimo parametro sostanziale, che non giustifica, in linea di principio, esiti divergenti.

La specificità di questo modello porta ad una giuridicizzazione estrema della decisione politica, la quale viene ad identificarsi con l'unica soluzione ricavata applicando correttamente la formula del bilanciamento. Il suo ambito di applicazione copre tutte le norme costituzionali sufficientemente precise, che abbiano quale loro unica condizione applicativa il raffronto con le concrete circostanze del caso, e si estende, tra le altre, alle fattispecie nelle quali sussistano lacune nella conoscenza delle circostanze di

⁸¹ J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, cit., p. 111: «Mit der materiell-rechtlichen Lösung behandeln Gerichte die Tatsachengrundlage ihrer Entscheidung weder als Ergebnis des eigenen Verfahrens (prozessuale Lösung) noch als Ergebnis der gesetzgeberischen Entscheidung (Verfahrenskontrolle)».

fatto necessarie ad esprimere un giudizio sufficientemente sicuro circa la soluzione migliore da applicare nello specifico.

In particolare, se il valore dei beni in conflitto viene già stabilito a livello costituzionale, l'aspetto controverso sta nel trattamento giuridico da riservare all'incertezza epistemico-cognitiva. Inoltre, non bisogna dimenticare che ad essere incerte possono essere tanto la premessa minore della fattispecie normativa (i presupposti oggettivi alla cui verifica segue la produzione di effetti giuridici) quanto gli effetti che produrrà nella realtà sociale una certa soluzione legislativa.

E, tuttavia, la mancanza di conoscenze sufficienti in ordine ai presupposti fattuali della decisione pubblica non si traduce nella rinuncia a svolgere uno scrutinio sulla correttezza del ragionamento logico che ha portato alla sua adozione. La presenza di dubbi e incertezze nella ricostruzione del dato fattuale non è, quindi, un elemento che basti al Tribunale costituzionale per liquidare la questione come un problema di competenza rimesso all'esclusivo apprezzamento del legislatore. Piuttosto, l'incertezza viene ad essere un elemento cui deve essere riconosciuto uno specifico "peso" nella formula del bilanciamento, condizionando la scelta per un atteggiamento di tipo interventista piuttosto che per un atteggiamento ispirato a cautela.

Come è intuibile, siffatto modello rischia di oscurare le componenti politiche degli apprezzamenti svolti dal legislatore nella valutazione dei rischi legati ad un'attività normativa intrapresa in condizioni di incertezza. Il problema sta nella difficoltà di ridurre la scelta legislativa ad un mero ragionamento logico-deduttivo, dietro la cui veste formalmente rassicurante si cela una illegittima invasione delle competenze delle istituzioni rappresentative.

L'esempio archetipico che porta la dottrina in relazione a questo modello è la sentenza del 2006⁸² con la quale il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato la incostituzionalità della "Legge sulla sicurezza aerea"⁸³, che rappresentava la risposta tedesca al rischio di attacchi terroristici a seguito degli attentati dell'11 settembre 2001. La fattispecie legislativa contemplava la facoltà di esercitare un potere in presenza di condizioni (inevitabilmente) incerte, in quanto nessuno può avere la certezza che il

⁸² BVerfGE 115, 118 (*Luftsicherheitsgesetz*).

⁸³ *Luftsicherheitsgesetz* (*LuftSiG*), legge dell'11 gennaio 2005, pubblicata in BGBl. I S. 78.

dirottamento di un velivolo possa essere diretto ad attaccare presidi civili⁸⁴: ciò sottende un giudizio probabilistico che spetta al Ministro incaricato sulla base di una valutazione delle circostanze del caso concreto. La scelta legislativa era il frutto di un bilanciamento tra il valore della vita dei soggetti coinvolti (terroristi, passeggeri e potenziali bersagli civili) e il valore della pubblica sicurezza. La censura del Tribunale costituzionale si basa sull'applicazione piana della soluzione materiale-sostanziale, in quanto il fondamentale valore della vita viene sottratto al bilanciamento, conformemente al principio fondamentale della dignità umana sancito all'art. 1 GG. Il principio di intangibilità della dignità umana elimina, dunque, l'apparente discrezionalità del legislatore nella scelta tra le alternative astrattamente possibili su come affrontare un attacco terroristico, perché il "peso" che quel principio attribuisce alla vita umana colma fino all'esaurimento il margine di scelta determinato dall'incertezza, determinando la illegittimità di qualunque soluzione che sacrifichi la vita delle persone in mancanza di certezza circa la verifica di un danno maggiore⁸⁵.

Al di là di casi isolati come quello appena analizzato, la soluzione materiale-sostanziale non è praticabile quando il margine di scelta determinato dall'incertezza non è colmabile per via interpretativa perché la norma costituzionale non offre uno *standard* di protezione definito in termini inequivoci, di modo che la determinazione del valore da attribuirgli nella formula del bilanciamento debba essere rimessa al legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità. Si tratta di casi, accomunati da una condizione di incertezza epistemica, per i quali la Legge fondamentale rimette al Parlamento il compito di integrare il parametro costituzionale con lo strumento della legge.

⁸⁴ La legge impugnata prevedeva che, nel caso in cui un aereo, mentre si trovasse sopra i cieli della Germania, venisse dirottato da terroristi al fine di colpire determinati bersagli e provocare vittime tra i civili, il Ministro della difesa fosse autorizzato ad ordinarne la distruzione (di fatto, condannando a morte tutti i passeggeri presenti a bordo, non solo i terroristi) pur di prevenire un evento catastrofico a danno della popolazione civile.

⁸⁵ Un'analisi delle interpretazioni dottrinali sul "peso" da attribuire all'incertezza epistemica nella formula del bilanciamento e dei diversi esiti cui pervengono rispetto al margine d'azione che lasciano al legislatore è offerta da J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, cit., pp. 115 ss.

5.3 La 'soluzione procedurale' (*verfahrenrechtliche Lösung*)

Il terzo e ultimo modello processuale che impiega il *Bundesverfassungsgericht* per controllare la valutazione dei presupposti fattuali delle leggi compiuta dal Parlamento corrisponde a quella che è stata definita 'soluzione procedurale' (*verfahrenrechtliche Lösung*), in base alla quale il Tribunale vaglia la costituzionalità delle leggi partendo da un controllo sulle modalità con le quali i fatti legislativi sono stati acquisiti e ponderati all'interno del procedimento legislativo (*Ablauf des inneren Gesetzgebungsverfahrens*). In base a questo modello, il Tribunale di Karlsruhe non procede a svolgere un accertamento istruttorio autonomo endo-processuale, ma concentra la propria attenzione esclusivamente sui lavori parlamentari, passando in rassegna i singoli passaggi del procedimento di formazione della legge al fine di far emergere le motivazioni sostanziali che avrebbero spinto ad approvare la legge impugnata. Il fine di questa tipologia di scrutinio è di controllare la legittimità della soluzione legislativa guardando da "dentro" il procedimento di cui costituisce l'esito, senza dover ricercare – almeno in ipotesi – altro materiale da integrare ai fini del controllo di merito della costituzionalità della legge⁸⁶.

Con ciò non si vuole designare un controllo ancorato a parametri esclusivamente procedurali (il sindacato di costituzionalità rimane in ogni caso un controllo di tipo sostanziale), ma solo delimitare la portata dell'accertamento sui fatti legislativi, confinandolo al materiale che è stato fatto oggetto di valutazione da parte del legislatore⁸⁷. Ciò significa che la *Sachverhaltsermittlung* rimane prerogativa del legislatore, ma se nel giudizio di costituzionalità viene riscontrato che all'interno del procedimento di approvazione del progetto legislativo sono stati saltati alcuni passaggi ovvero si sono trascurati di considerare alcuni aspetti in fatto determinanti nella "pesatura" degli interessi in gioco, il Tribunale costituzionale potrà invalidare la legge⁸⁸.

⁸⁶ J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, cit., pp. 143 ss.

⁸⁷ Almeno nelle intenzioni, il controllo di tipo procedurale doveva mirare proprio ad allentare il rigore con cui il Tribunale costituzionale vagliava le valutazioni in fatto del legislatore, spingendosi talora a sostituire i propri apprezzamenti a quelli dell'organo democraticamente eletto, che in ipotesi dovrebbe trovarsi nella posizione migliore per conoscere la realtà tecnico-scientifica ed economico-sociale. Nei fatti, tuttavia, solo apparentemente tale modello ha spostato il vaglio di costituzionalità su un controllo indiretto basato sull'applicazione di criteri secondari mirati non a controllare direttamente il contenuto della legge, ma la razionalità del procedimento che sta a monte della decisione finale, perché in verità questa variazione comporta che il Tribunale si "immischi" nei lavori parlamentari, sindacando il modo con cui le Commissioni e i singoli parlamentari esercitano le loro attribuzioni. Ciò inevitabilmente aumenta la conflittualità piuttosto che dimunuirlo.

⁸⁸ J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, cit., p. 147.

Si tratta – come è intuibile – di un modello di controllo che, se da un lato, pone il Giudice costituzionale e il legislatore su un piano di quasi-parità in relazione alla realtà esterna alla legge (il Tribunale si affida alle risultanze istruttorie raccolte dal legislatore, riconoscendo implicitamente la posizione privilegiata di questo col “fatto”, il che almeno in parte scongiura il rischio che diventi un “super-legislatore”), dall’altro non manca di dare l’impressione che i giudici di Karlsruhe vogliano depotenziare le prerogative parlamentari: ammettere, infatti, che il Giudice delle leggi possa sindacare le modalità di svolgimento dei lavori parlamentari significa che il Parlamento non è più il *dominus* esclusivo della propria procedura, ciò che sostanzialmente corrisponde ad una perdita di autonomia e indipendenza nella gestione del proprio lavoro⁸⁹.

Coloro che contestano una simile trasformazione del giudizio costituzionalità temono, in particolare, che la “giuridicizzazione” (*Verrechtlichung*) del processo politico porti progressivamente alla snaturalizzazione delle dinamiche proprie della contrattazione tra le forze politiche, e determini una sconfinata intrusione dei giudici nel procedimento di formazione della volontà parlamentare, che, in quanto esercizio di una funzione democraticamente legittimata, è per definizione ‘libera nei contenuti’ (*inhaltsoffene Willensbildung*). Ammettere che il Tribunale costituzionale possa svolgere un controllo così pervasivo dei vari passaggi interni al procedimento legislativo significa riconoscere l’esistenza di regole sul “corretto” esercizio della funzione parlamentare, e correlativamente dedurre obblighi di procedura che il legislatore deve rispettare⁹⁰. Polemicamente Klaus Schlaich si scagliò contro questa giurisprudenza accusandola di avere di fatto introdotto una ‘legge sul procedimento amministrativo di legislazione’ (*Gesetzgebungsverfahrensverfahrensgesetz*)⁹¹.

Anche la soluzione procedurale non è, in verità, molto battuta nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, e si confonde spesso con altri moduli decisorii⁹² dai quali, tuttavia, si differenzia concettualmente e strumentalmente: ricorrendo alla tecnica del controllo sul procedimento di formazione dell’atto, il Tribunale non rinnega la propria

⁸⁹ Ph. Dann, *Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität*, in *Der Staat*, vol. 49, 2010, pp. 630 ss., in specie pp. 640 ss.

⁹⁰ Ph. Dann, *Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität*, cit., p. 647.

⁹¹ K. Schlaich, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, in *VVDStRL*, 1981, pp. 99 ss., spec. p. 109 (lo spunto è tratto da J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, cit., p. 148).

⁹² Come quello della «prerogativa di apprezzamento», su cui v. *infra*, § 8.

competenza a conoscere pienamente degli accertamenti e/o valutazioni del legislatore, ma preferisce non spingersi – almeno in principio – oltre quanto questi abbia maneggiato nel corso dei lavori svolti nelle stanze del potere⁹³.

L'utilità di questa tecnica di controllo si scorge in quelle ipotesi nelle quali il Tribunale costituzionale si trova a giudicare di leggi aventi un oggetto particolarmente complesso, che implichi il possesso di sofisticate conoscenze scientifiche o l'utilizzo di criteri tecnici i cui esiti siano di difficile contestazione o revisione da parte di un giudice. Da qui la preferenza per un tipo di controllo che s'impunti sul vaglio non tanto della decisione in sé e per sé presa, quanto sui singoli passaggi logici che, nella loro razionale concatenazione, sono presidio della ragionevolezza nel merito della valutazione finale⁹⁴.

Non è un caso che la sentenza più importante assunta all'esito di uno scrutinio di tipo procedurale sia la decisione nota come *Hartz-IV*⁹⁵, mediante la quale il Tribunale costituzionale ha dichiarato incompatibile con il *Grundgesetz* la legge di riforma delle prestazioni assistenziali a favore dei disoccupati e dei bisognosi. In questa sentenza il Tribunale, sulla base dei lavori preparatori della legge e degli indici presi in considerazione ai fini del calcolo del minimo esistenziale, ha riconosciuto un vizio del procedimento legislativo nel fatto che alcuni criteri di calcolo del minimo vitale impiegati negli studi di settore degli Istituti pubblici coinvolti e dei terzi esperti consultati erano stati cambiati, nella fase di discussione presso le commissioni parlamentari, senza tuttavia fornire una giustificazione razionale del nuovo criterio di calcolo. Secondo il Tribunale, tale modificazione doveva considerarsi illegittima e arbitraria, perché avrebbe deviato lo scopo della legge fin dalla sua approvazione, fornendo un aiuto economico inferiore a ciò di cui necessita un individuo per provvedere ai propri bisogni (tenuto conto delle sue specifiche esigenze individuali)⁹⁶.

⁹³ A. Steinbach, *Gesetzgebung und Empirie*, in *Der Staat*, vol. 54, 2015, pp. 267 ss.

⁹⁴ J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, cit., pp. 153 ss.

⁹⁵ BVerfGE 125, 175 (*Hartz-IV*), nel giudizio di costituzionalità del “Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt”.

⁹⁶ Un esempio è dato dal criterio di calcolo del minimo esistenziale per le persone adulte: la legge impugnata prevedeva un criterio di calcolo basato sulla rivalutazione del minimo tariffario calibrato sulla perdita di potere d'acquisto dei salari, ma questo criterio si basa su un calcolo meramente astratto che non vale necessariamente ad assicurare ad un indigente le risorse per provvedere ai propri bisogni quotidiani.

Un altro esempio è dato dal calcolo del minimo vitale per i minori: la legge impugnata prevedeva che il minimo da assicurare a ciascun bambino fosse calcolato in percentuale sul minimo esistenziale di un adulto, e tuttavia il Tribunale censura questo criterio di calcolo, perché meramente astratto e ipotetico, basandosi sulla erronea supposizione secondo cui un minore è un “piccolo adulto”.

6. *I tre livelli d'intensità nel controllo delle valutazioni della politica sui fatti legislativi: 'controllo di evidenza', 'controllo di plausibilità' e 'controllo stretto di merito' nella giurisprudenza costituzionale tedesca*

La dottrina tedesca sull'interpretazione della Costituzione, caratterizzata dall'attitudine ad espandere la portata dei precetti costituzionali in tutte le loro potenziali dimensioni, lasciando una libertà solo residuale alla politica, ha portato il Tribunale a elaborare una scala triadica di scrutinio per il controllo delle scelte legislative, cui corrispondono tre diversi gradi d'intensità nel vaglio della appropriatezza e/o correttezza delle valutazioni discrezionali compiute dagli organi politici.

Ad un primo livello corrisponde il controllo di evidenza (*Evidenzkontrolle*), in base al quale il Tribunale si limita a verificare che la valutazione legislativa non sia manifestamente errata (*offensichtlich fehlsam*) o manifestamente irragionevole rispetto alle premesse sulle quali essa si fonda.

Ad un secondo livello corrisponde il controllo di plausibilità (*Vertretbarkeitskontrolle*), a mezzo del quale il Tribunale si spinge a vagliare che l'intervento legislativo sia ispirato da un fine legittimo e le condizioni per raggiungerlo siano state poste in base a premesse che appaiano corrette e ragionevolmente tese al raggiungimento dello scopo.

Il terzo e ultimo livello corrisponde al c.d. controllo intrinseco di merito (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*), che il Tribunale si riserva di impiegare laddove la valutazione legislativa, pur connotata da un certo grado di politicità, vada ad impattare sui diritti e le libertà fondamentali della persona, ovvero nei casi in cui vi sia una norma costituzionale che funzionalizzi in termini rigorosi l'attività legislativa rispetto ai modi della sua attuazione.

Si tratta di tre tipologie di controllo delle valutazioni in fatto del legislatore di cui la giurisprudenza tedesca fa uso da diversi decenni, senza che abbia provveduto a darvi una compiuta definizione⁹⁷. La dottrina in genere concorda sul fatto che statisticamente

In questa sentenza il Tribunale di Karlsruhe afferma a chiare lettere che le scelte legislative devono basarsi su idonee giustificazioni fattuali, ciò che impone di fondare le proprie decisioni su dati attendibili e verificati. Cfr. in particolare BVerfGE 125, 175 (*Hartz-IV*), §§ 139 ss. e §§ 161 ss.

⁹⁷ Su ciascuno di essi si vedano S. Ruf, *Die legislative Prognose. Verfassungsrechtliche Prognosepflicht im Rationalitätskonzept des Grundgesetzes*, Tübingen, 2021, pp. 142 ss.; H. A. Stuttmann, *Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*, cit., pp. 50 ss.; K. Meßerschmidt, *Gesetzgebungsermessen*, Baden-Baden, 2000, pp. 1045 ss.

il controllo di evidenza abbia luogo prevalentemente nei settori della regolamentazione economica e sociale, così come il controllo più intenso abbia un terreno privilegiato nel settore dei diritti fondamentali, mentre il controllo di plausibilità o verosimiglianza venga riservato a quei settori nei quali siano coinvolte valutazioni ad alta complessità tecnica o scientifica che, a parte l'ipotesi nella quale esse si rivelino totalmente destituite di fondamento, lascerebbero aperto uno spazio per ulteriori valutazioni politiche⁹⁸. In ogni caso, non è affatto chiara quale sia la linea portante della distinzione tra il controllo di evidenza e il controllo di plausibilità⁹⁹, atteso che anche in questa seconda ipotesi il Tribunale si limita, nella maggior parte dei casi, a verificare che il legislatore non abbia 'manifestamente esorbitato' (*eindeutig überschreitet*) dal raggio delle possibili alternative tra le quali poteva scegliere¹⁰⁰.

Nonostante il richiamo alla triade appena esposta sia costante nella giurisprudenza di entrambi i Senati, non sono mancati arresti nei quali il Tribunale si è parzialmente discostato da questa concettualizzazione. Da quest'ultimo punto di vista, vi sono alcune pronunce nelle quali il Tribunale non distingue chiaramente tra le varie forme di sindacato, ma svolge generalmente uno scrutinio di *Vertretbarkeit*, salvo poi modulare le modalità del controllo in base alla specificità del singolo caso di specie¹⁰¹. Sotto altro aspetto, vi sono pronunce più recenti nelle quali alle "classiche" tre forme di sindacato se ne aggiunge una quarta, che – a quanto sembra – dovrebbe corrispondere ad un sindacato a metà tra l'*Evidenzkontrolle* e la *Vertretbarkeitskontrolle*; tuttavia, si tratta di voci solo sporadiche che non si sono consolidate nella giurisprudenza successiva¹⁰².

Fin dalla sentenza sulla c.d. 'co-decisione' (*Mitbestimmung*)¹⁰³ – nella quale per la prima volta il Tribunale costituzionale ha prefigurato la possibilità di variare l'incisività del proprio sindacato (*Kontrolldichte* o *Kontrollintensität*) secondo una scala crescente – è stato precisato che l'opzione per una piuttosto che per un'altra tipologia di controllo

⁹⁸ H. A. Stuttmann, *Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*, cit., pp. 73 ss.

⁹⁹ S. Ruf, *Die legislative Prognose*, cit., pp. 154-155.

¹⁰⁰ H. A. Stuttmann, *Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*, cit., p. 138; S. Ruf, *Die legislative Prognose*, cit., p. 147.

¹⁰¹ Questo il giudizio di S. Ruf, *Die legislative Prognose*, cit., p. 147, la quale porta ad esempio la seconda sentenza in materia di aborto. Cfr. BVerfGE 88, 203 (262), in particolare § 187.

¹⁰² È questa l'opinione di S. Ruf, *Die legislative Prognose*, cit., p. 147.

¹⁰³ BVerfGE 36, 1 (*Mitbestimmung*), avente ad oggetto una legge mediante la quale il Parlamento tedesco aveva previsto forme e istituti di partecipazione diretta dei lavoratori agli organi di amministrazione delle imprese e alla formazione delle decisioni fondamentali che le investono.

dipende da una varietà di elementi di natura sia normativa che empirica, quali 1) la specificità del settore normativo interessato, 2) la possibilità di esprimere un giudizio sufficientemente sicuro, 3) l'importanza dei beni giuridici coinvolti¹⁰⁴.

Non si tratta di parametri conchiusi che per sé presi siano sufficienti a orientare immediatamente il Tribunale nella scelta per uno piuttosto che per un altro tipo di controllo, ma vanno necessariamente integrati dall'attenta considerazione sia della vicenda individuale (*besondere Entscheidungssituation*) sia della particolare struttura decisoria di cui il Tribunale abbia intenzione di fare uso (*besondere Entscheidungsstruktur*)¹⁰⁵. Sotto il primo aspetto, è innegabile – e lo si è visto più volte nel corso di questo lavoro – che le specificità del caso singolo finiscono inevitabilmente per influenzare (anche solo per via indiretta) le stesse modalità con le quali viene trattato e deciso dal tribunale competente, offrendo al giudice una particolare visuale a partire dalla quale questi si accosta alla dimensione sociale in cui si radica la norma impugnata. Sotto altro aspetto, non bisogna dimenticare che alcuni *pattern* decisori (si pensi, emblematicamente, al bilanciamento degli interessi) operano precisamente attraverso la creazione giurisprudenziale di una 'regola del caso', in base alla quale, sfruttando le caratteristiche di una vicenda concreta, si stabilisce un assetto di interessi che si assume valevole anche per la generalità di ipotesi che si verificheranno in futuro¹⁰⁶.

Quello che è importante evidenziare in questa sede è il fatto che le componenti fattuali delle valutazioni legislative vengono normalmente trattate nella giurisprudenza tedesca alla stregua di elementi normativi sui quali il Giudice costituzionale ha (tendenzialmente) una cognizione ad ampio spettro. In questi termini, le clausole generali e i concetti giuridici indeterminati vengono intesi dal Tribunale quali enti normativi che, pur nella "maggiore indeterminatezza" che li contraddistingue rispetto ad altre norme giuridiche, delineano comunque i limiti esterni entro i quali può e deve essere esercitato il potere di concretizzazione dell'autorità delegata. La norma giuridica, infatti, nel riconoscere al legislatore uno spazio di valutazione e apprezzamento intrinsecamente

¹⁰⁴ *Ex multis* cfr. BVerfGE 73, 40; BVerfGE 77, 170; BVerfGE 88, 203; BVerfGE 90, 145; BVerfGE 99, 367; BVerfGE 109, 133; BVerfGE 117, 163; BVerfGE 121, 317, BVerfGE 123, 186; BVerfGE 150, 1.

¹⁰⁵ G. F. Schuppert, *Self-restraints der Rechtsprechung – Überlegungen zur Kontrolldichte in der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in *DVBl.*, 1198, pp. 1191 ss., spec. p. 1194.

¹⁰⁶ C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., pp. 199 ss. e pp. 208 ss.

funzionale alla specificazione del suo contenuto precettivo in relazione a contesti “aperti”, rinvia a *standard* di ordine etico-sociale, politico-economico o tecnico-scientifico i quali, in combinazione con la disposizione che li prevede e con il complesso normativo nel quale vengono evocati, definiscono sia i limiti funzionali all’esercizio del potere di apprezzamento, nonché i limiti esterni alla propria competenza.

Mentre questa seconda ipotesi configura un caso di valutazione manifestamente erronea o abnorme, che esorbita i limiti conferiti all’autorità nella formazione del relativo giudizio, e quindi sicuramente censurabile dal giudice di legittimità, la violazione dei limiti funzionali incontra il limite della plausibilità o dell’opinabilità della valutazione legislativa, per lo scrutinio della quale vale nei casi dubbi la presunzione della sua correttezza, in ragione della maggiore disponibilità di strumenti cognitivi del legislativo rispetto al giurisdizionale¹⁰⁷.

Bisogna, inoltre, precisare che la scelta per un sindacato di tipo forte piuttosto che per un sindacato di tipo debole caratterizza tutti gli stadi del controllo di proporzionalità, e può pertanto riferirsi sia al vaglio sulla necessità della misura, sia quello della sua idoneità, sia fine quello della sua adeguatezza (o proporzionalità *stricto sensu*). L’opzione per un controllo di plausibilità non esclude, poi, che il Tribunale possa spingersi fino al punto di sconfessare nel merito l’opportunità della valutazione correlata alla scelta legislativa impugnata¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Sulla scorta di questa constatazione, è frequente che le Corti costituzionali si arroccino dietro la generica affermazione della propria incompetenza a rimettere in discussione la valutazione legislativa, la quale peraltro viene sovente considerata una attribuzione non vincolata, che la Costituzione attribuisce ad un organo proprio in virtù della sua maggiore vicinanza alla fattispecie normata. Non così, invece, il Tribunale costituzionale federale, il quale tende in ogni caso a giuridicizzare le fattispecie aperte ponendo ulteriori limiti alla politica.

Il punto di vista del Tribunale di Karlsruhe è, sotto questo aspetto, opposto a quello della Corte costituzionale italiana: esso parte dal presupposto secondo cui, in linea di principio, non vi sono aspetti della legge (nemmeno singoli passaggi del procedimento legislativo) che sfuggono al controllo di costituzionalità, e che eventuali eccezioni possono – e debbono – farsi caso per caso, al momento in cui il Tribunale riscontri la presenza di spazi di valutazione riservati o profili di discrezionalità politica rispetto ai quali la Costituzione non imponga scelte vincolate nel merito.

¹⁰⁸ A titolo esemplificativo può citarsi la sentenza dell’aiuto al suicidio del 26 febbraio 2020. Al netto di una questione che presentava diversi profili problematici, tanto in ordine alla possibilità di derivare dal testo costituzionale un ‘diritto alla morte autodeterminata’ quanto in ordine all’efficacia delle misure predisposte a tutela del valore della vita e al contrasto al fenomeno della normalizzazione del suicidio (tenuto conto inoltre della lettura non univoca dei dati disponibili sulle esperienze di altri Paesi), il Tribunale di Karlsruhe ha da un lato ritenuto di potersi spingere solo fino ad un controllo c.d. di plausibilità (*Vertretbarkeitskontrolle*), ma dall’altro non ha mancato di bocciare in pieno (financo nel merito) l’efficacia di un divieto di aiuto al suicidio fondato esclusivamente sulla minaccia della sanzione penale, trascurando del tutto il profilo relativo all’informazione e all’assistenza sociale per la persona in preda alla volontà

Questa tendenza è indicativa di una certa concezione della responsabilità costituzionale degli organi rappresentativi, i quali se da un lato godono della libertà di prendere decisioni tendenzialmente non vincolate nel merito, dall'altro sono gravati da un obbligo di coerenza rispetto alle finalità che essi stessi si sono posti, verificando le condizioni di pratica attuabilità delle proprie politiche e di intervenire a correggere quanto prima gli elementi distorsivi che ostano alla piena funzionalità del modello adottato.

La conclusione cui si giunge da queste brevi considerazioni è che il legislatore gode di (una relativamente ampia) discrezionalità nel momento iniziale in cui deve optare per uno tra i diversi modelli che astrattamente si danno per conseguire lo scopo per la cui attuazione si è assunto la responsabilità politica in sede elettorale, mentre al contrario gode di una discrezionalità solo relativa rispetto alla scelta circa le modalità con le quali intende perseguirlo. In relazione a questa seconda fase della progettazione politica, il legislatore deve comunque ritenersi vincolato ai canoni di razionalità pratica, ciò che implica un onere di attenta considerazione delle condizioni in presenza delle quali può realizzarsi la linea politica prescelta (*Sachgerechtigkeit*). Ciò comporta l'onere di ricostruire in maniera fedele il dato fattuale di partenza, che è una pre-condizione per la

suicidaria. In questo caso, il Tribunale prima riconosce la legittimità e la efficacia del divieto penale rispetto allo scopo di proteggere la vita e l'incolumità delle persone deboli e vulnerabili (le quali potrebbero essere facilmente indotte a togliersi la vita su suggestione o inganno di altri soggetti interessati alla loro morte), ma successivamente nega che un divieto di tal fatta superi il vaglio di adeguatezza nel perseguimento dello scopo legislativo, richiamandosi sul punto alle evidenze prodotte in udienza dai terzi esperti sui dati presi a prestito dalle esperienze di altri Paesi che hanno legalizzato l'aiuto al suicidio.

L'aspetto rilevante della pronuncia – per quel che rileva in questa sede – è il fatto che la pur dichiarata deferenza verso la discrezionalità del legislatore nella materia penale svanisce nelle pieghe di un controllo di plausibilità/ragionevolezza che ha per oggetto una valutazione prognostica rispetto alla quale, comunque, non si sarebbe potuto disporre dei dati scientifici e delle rilevazioni statistiche necessarie per poter esprimere un giudizio sufficientemente sicuro sugli effetti della normativa impugnata. Cfr. S. Ruf, *Die legislative Prognose*, cit., pp. 166 ss.

Nondimeno, l'alto rango dei valori in gioco (il diritto all'autodeterminazione della persona, il dovere dello Stato di difendere il bene della vita umana) ha fatto propendere per un sindacato forte che si pone al limite tra un controllo di plausibilità e un controllo di merito: il Tribunale giunge a negare addirittura l'efficacia e l'utilità di un generico divieto di assistenza al suicidio, il quale piuttosto che contribuire alla difesa della vita sortisce l'effetto opposto, spingendo le persone gravemente e irreversibilmente malate a suicidarsi prima del tempo per non rischiare di perdere la capacità di attuare da sé la decisione di morire ed essere costretti ad una vita di sofferenze.

Come si vede, un controllo che in ipotesi dovrebbe considerarsi deferente rispetto alla discrezionalità del legislatore nei fatti giunge ad essere allo stesso modo pervasivo e a limitare in maniera anche molto severa la possibilità di scelta del Parlamento sulle modalità di attuazione di una certa linea politica.

scelta dei mezzi più adeguati a modificare nel senso auspicato la realtà sulla quale si vuole incidere (*Realitätsgerechtigkeit*)¹⁰⁹.

7. *Il controllo sulle prognosi legislative. Presupposti e limiti*

La peculiarità del sistema tedesco consiste nella tendenza ad attrarre sistematicamente le prognosi legislative al sindacato di costituzionalità.

Nella giurisprudenza di altri Paesi, le prognosi del legislatore vengono considerate il frutto di una valutazione riservata al Parlamento, quale fatto che propriamente non attiene ad un accadimento già avverato ma che costituisce l'oggetto di una previsione su un fatto che presumibilmente si realizzerà in futuro. Si tratta di una valutazione che pertiene inevitabilmente alla discrezionalità programmatica del legislatore (*Gestaltungsspielraum*), vale a dire alla capacità di questi di intervenire sulla realtà presente ponendo le condizioni affinché nel tempo a venire si realizzino i progetti politici che egli abbia in serbo di concretizzare.

Bisogna, tuttavia, tenere distinti il profilo relativo alla valutazione prognostica su un fatto che si presume si realizzerà allo stato delle condizioni attualmente esistenti e il profilo relativo alla selezione, predisposizione e messa in opera degli strumenti più opportuni per favorire uno sviluppo degli eventi futuri in linea con le aspettative politiche. Mentre il primo aspetto deve in qualche misura essere controllabile dal Giudice costituzionale, il secondo attiene ad un complesso di valutazioni tipicamente riservate agli organi della rappresentanza e – almeno di norma – insindacabili in sede di controllo di costituzionalità¹¹⁰.

La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* è costante nel riconoscere al legislatore uno spazio di valutazione prognostica (*Prognosenspielraum*) piuttosto ampio, per ragioni che vanno dalla sua legittimazione democratica alla disponibilità di una maggiore quantità e qualità di strumenti per conoscere gli elementi di fatto utili ai fini del giudizio prognostico. Questo non significa, tuttavia, che un controllo della prognosi legislativa sia totalmente escluso; al contrario, rientra sicuramente tra le attribuzioni del

¹⁰⁹ G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 397 ss.

¹¹⁰ H. A. Stuttmann, *Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*, cit., pp. 114 ss.; C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., pp. 245 ss.

Tribunale controllare che la valutazione legislativa sia stata eseguita in maniera razionale¹¹¹, raccogliendo tutti i dati a disposizione, utilizzando metodi di analisi adeguati allo specifico campo materiale d'indagine e facendone un uso congruente nel procedimento di formazione della prognosi¹¹².

Il controllo del Tribunale di Karlsruhe si estende a ciascuno di questi tre passaggi, secondo la stessa scala di intensità alla quale si è accennato nel paragrafo che precede. Il grado di incisività nel controllo sulla prognosi legislativa dipenderà, quindi, dalla specificità della materia, dalla possibilità di esprimere un giudizio sufficientemente sicuro e dal grado di importanza dei beni giuridici sui quali l'azione pubblica andrà ad impattare.

Dal momento che la giurisdizione del Tribunale costituzionale attiene – di norma – alla legittimità e non al merito della legge, il controllo sulle prognosi deve limitarsi ad una valutazione di astratta compatibilità degli effetti che prevedibilmente la legge produrrà con le norme della Legge fondamentale: tale giudizio dovrà concentrarsi sulla astratta idoneità della norma impugnata a sortire effetti costituzionalmente legittimi, sul piano della logica e della razionalità pratica.

Ciò comporta che la previsione legislativa potrà essere dichiarata non conforme a Costituzione solo quando essa si presenti manifestamente errata o manifestamente irragionevole sulla base di un utilizzo razionale degli elementi istruttori disponibili al momento in cui è stata fatta la previsione¹¹³. Trattandosi di un campo di valutazioni tipicamente riservato all'apprezzamento del legislatore, il Giudice costituzionale non è legittimato – almeno *in thesi* – a sostituirsi agli organi democraticamente legittimati, le cui valutazioni potranno anche essere opinabili o non ottimali nel merito, ma se rispondono ad uno *standard* minimo di razionalità devono essere rispettate¹¹⁴.

Dello stesso avviso è anche la dottrina maggioritaria, per la quale il giudizio sulla legittimità costituzionale delle prognosi legislative deve attenersi ad un controllo *ex ante*,

¹¹¹ G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 388.

¹¹² C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., pp. 248 ss.; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., pp. 387 ss.; H. A. Stuttmann, *Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*, cit., pp. 132 ss.

¹¹³ C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., p. 250; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 390; H. A. Stuttmann, *Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*, cit., p. 149.

¹¹⁴ G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., p. 390; H. A. Stuttmann, *Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*, cit., p. 146.

che si stende lungo il tragitto definito dal procedimento intellettuale compiuto dal legislatore al momento della formazione dell'atto normativo, sulla base quindi dello stato delle conoscenze disponibili in quel momento storico¹¹⁵.

Un'altra parte della dottrina sottolinea, invece, l'utilità di un sindacato giurisdizionale sulle prognosi che tenga conto anche degli sviluppi successivi, siano essi dipendenti dall'entrata in vigore della normativa impugnata ovvero si configurino come una variabile indipendente che va ad incidere sulla complessiva operatività della legge. Secondo questa dottrina, il giudizio costituzionale non dovrebbe rimanere insensibile al bagaglio di conoscenze ed esperienze che si sono accumulate nel momento successivo all'entrata in vigore della legge, anche al fine di sollecitare un intervento migliorativo del legislatore che riallinei la disciplina vigente ai valori costituzionali¹¹⁶. Un controllo *ex post* dovrebbe quindi trovare luogo nelle ipotesi in cui la prognosi legislativa si sia rivelata radicalmente sbagliata, ovvero lo sviluppo successivo degli eventi abbia addotto elementi nuovi che fanno presumere che la legge, sebbene non ancora incostituzionale, potrebbe diventarla in breve tempo¹¹⁷.

Diverso è, tuttavia, l'esito del giudizio di costituzionalità nei due casi: qualora la prognosi legislativa si riveli manifestamente sbagliata o irragionevole in rapporto alle premesse in fatto considerate dal legislatore durante il procedimento legislativo, l'esito sarà una decisione di nullità (*Nichtigkeit*) con pieno effetto retroattivo, salvo che il Tribunale non ne limiti l'efficacia *pro futuro* per non provocare vuoti normativi che, sul piano dei principi, sarebbero ancora più incostituzionali¹¹⁸; al contrario, nel caso in cui il Tribunale svolga un controllo esteso alla considerazione degli sviluppi successivi, e quindi anche di elementi non noti al legislatore, normalmente l'esito sarà una pronuncia di incompatibilità (*Unvereinbarkeitserklärung*) con invito al legislatore a riformare la disciplina in vigore introducendo correttivi che tengano conto del nuovo dato di fatto¹¹⁹. In tale seconda ipotesi, sebbene la legge impugnata rimanga formalmente in vigore, il

¹¹⁵ Lo stato della dottrina tedesca sul punto è riassunto da C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., pp. 262 ss.

¹¹⁶ C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., p. 264.

¹¹⁷ C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., p. 265.

¹¹⁸ Cfr. K. Schlaich, S. Kortioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 323 ss.

¹¹⁹ K. Schlaich, S. Kortioth, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 330 ss.; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., pp. 212 ss.; C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., p. 265; H. A. Stuttmann, *Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*, cit., pp. 154 ss.

Giudice costituzionale viene a riconoscerne la non conformità a Costituzione: normalmente, essa continua ad essere vincolante per gli organi delegati alla sua applicazione, nelle more di un intervento del legislatore, ma vi possono essere ipotesi nelle quali il Tribunale dia indicazioni ai giudici comuni e alla PA su come interpretare la legge alla luce del *dictum* costituzionale, oppure anche ipotesi nelle quali il Tribunale pone una disciplina applicabile in via transitoria, in sostituzione di quella che è stata accertata come illegittima nell'attesa che ne venga approvata una nuova¹²⁰.

Un sindacato sulle prognosi che tenga conto di elementi che non potevano essere conosciuti dal legislatore consiste, però, a sua volta di un'altra prognosi, in base alla quale è dato prevedere che la legislazione vigente continuerà a produrre effetti incostituzionali, in ragione degli sviluppi che si sono succeduti, anche in futuro, di talché sussiste la necessità di intervenire per operare un congruo adattamento allo stato delle evidenze disponibili. Non si tratta, quindi, di un giudizio di mera legittimità (*Rechtmäßigkeit*) ma anche, almeno sotto un certo punto di vista, di idoneità rispetto allo scopo (*Zweckmäßigkeit*). La circostanza che la legge sia stata interessata da vicende in origine non considerate comporta che il compito di modificarla non possa che spettare al legislatore, il quale, nell'esercizio della propria discrezionalità, può decidere o di emendare la legge per renderla idonea al raggiungimento degli scopi originariamente previsti, oppure può optare per un radicale superamento dell'impostazione iniziale e stabilire nuovi scopi, a meno che non si versi in una ipotesi in cui lo scopo sia stabilito direttamente dalla Costituzione e la legge si ponga come mezzo necessario di attuazione indisponibile al legislatore ordinario.

In ogni caso, si tratta di vizi rispetto ai quali il Tribunale di Karlsruhe non possiede gli strumenti per porvi rimedio in via definitiva, ragione per cui la decisione costituzionale viene normalmente corredata da un invito al legislatore (*Appellentscheidung*) con l'indicazione dei punti della normativa che presentano maggiori criticità o di specifici aspetti della realtà sociale e/o tecnico-scientifica da riconsiderare¹²¹.

¹²⁰ G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., pp. 192 ss.; C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen*, cit., p. 265.

¹²¹ K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, cit., pp. 348 ss.; G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., pp. 265 ss.; H. A. Stuttmann, *Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*, cit., pp. 155 ss.

È dunque dallo stesso ‘corpo vivente’ del sistema costituzionale che discendono in capo al legislatore obblighi di supervisione sulla permanente congruità della legislazione vigente al contesto materiale nel quale si cala (*Beobachtungspflicht*), nonché l’obbligo di apportarvi le migliorie necessarie a implementare quei principi in una maniera che sia maggiormente compatibile con la Legge fondamentale (*Nachbesserungspflicht*)¹²². Ciò vale a maggior ragione per i settori della vita incisi dall’evoluzione scientifica e tecnologica, i quali come noto sono quelli più esposti a rapidi mutamenti di paradigma¹²³.

7.1 Un esempio recente di sindacato sulle prognosi legislative: il giudizio di costituzionalità sulla legge per la protezione del clima

Gli aspetti sul rapporto tra scienza e diritto sviluppati dalla giurisprudenza costituzionale tedesca sono stati recentemente compendati in una decisione destinata a influenzare profondamente il futuro del contenzioso in materia ambientale, con portata estesa all’intero continente europeo.

Ci si riferisce alla decisione del 24 marzo 2021 del primo Senato del Tribunale costituzionale¹²⁴, nel giudizio vertente su quattro ricorsi diretti volti a contestare l’inadempimento, da parte del legislatore, del dovere costituzionale di tutelare l’ambiente e le risorse naturali – e, mediatamente, il diritto alla vita e all’integrità fisica delle generazioni future – in relazione all’insufficienza delle misure predisposte dalla “Legge federale per la protezione del clima”¹²⁵ per raggiungere l’obiettivo di valore costituzionale della neutralità climatica in maniera seria e ragionevole¹²⁶.

La legge impugnata, nel recepire l’Accordo di Parigi del 2015, prevede che lo Stato si impegni a ridurre progressivamente le emissioni di gas serra del 55% entro il 2030, mantenendo la temperatura ad un livello medio globale inferiore ai 2°C rispetto ai

¹²² G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, cit., pp. 297 ss.; H. A. Stuttmann, *Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*, cit., pp. 154 ss.

¹²³ Sul punto cfr. D. Murswiek, *Die staatliche Verantwortung*, cit., pp. 184 ss.

¹²⁴ BVerfG - 1 BvR 2656/18 - (*Klimaschutz*).

¹²⁵ *Bundes-Klimaschutzgesetz* (KSG), legge approvata dal Parlamento federale il 12 dicembre 2019, pubblicata in *Bundesgesetzblatt I*, S. 2513.

¹²⁶ Nonostante l’oggetto delle doglianze dei ricorrenti fosse in primo luogo la legge sulla protezione del clima, alcuni di essi (soprattutto minorenni) contestavano la persistente inerzia del legislatore (ben prima dell’approvazione della legge sul clima) nell’attuare politiche di riduzione delle emissioni inquinanti che garantissero un giusto equilibrio tra generazioni nella sopportazione dei costi in termini di perdita delle libertà.

livelli pre-industriali, e preferibilmente ad un livello pari a 1,5°C, che costituisce la soglia ideale individuata dalla comunità scientifica per mantenere in futuro le condizioni di abitabilità sulla Terra. Secondo i ricorrenti (tra i quali figuravano anche minori e cittadini del Nepal e del Bangladesh), la decisione di ridurre i gas serra di una misura inferiore a quella considerata ideale integrava una immediata violazione del dovere di protezione di cui all'art. 20a GG, suscettibile di venire rimediata in via sostitutiva con una decisione del Tribunale.

La risposta del *Bundesverfassungsgericht* è ampia e articolata, e merita di essere analizzata per singoli passaggi.

Innanzitutto, il Tribunale ribadisce che la clausola di cui all'art. 20a GG è una norma immediatamente giustiziabile e fonte di obbligazioni dirette per lo Stato¹²⁷. L'oggetto della norma, che crea una obbligazione pubblicistica in capo alle istituzioni statali ad adottare le misure necessarie a preservare le risorse naturali e gli ecosistemi, si pone a presidio anche delle condizioni che permettono ad ogni uomo di vivere una vita in salute e sicurezza, per cui riguarda indirettamente anche il diritto alla vita e all'integrità fisica, a fronte del quale incombe sullo Stato un dovere di protezione dalle aggressioni che possano provenire dagli attori pubblici o dagli operatori privati.

A quest'ultimo riguardo, il Tribunale ricorda come i diritti fondamentali si connotino sia per una dimensione soggettiva (corrispondente alla concreta possibilità di godimento ed esercizio da parte di chi ne è titolare¹²⁸) sia per una dimensione oggettiva (corrispondente al nucleo intangibile oggetto della protezione dello Stato). Escluso che vi sia stata una violazione del diritto alla vita e all'integrità fisica dei ricorrenti, per

¹²⁷ Cfr. BVerfG - 1 BvR 2656/18 - (*Klimaschutz*), § 197 e ss., ove il Tribunale afferma da un lato che la disposizione costituzionale non è autosufficiente ma rinvia necessariamente alla sua implementazione ad opera del legislatore ordinario, dall'altro, però, che essa non è priva di un contenuto precettivo minimo controllabile in sede giurisdizionale, con la sanzione delle eventuali omissioni di cui si siano resi responsabili il Parlamento e il Governo. Il Tribunale afferma, infatti, che la natura del bene protetto dalla norma comporta che la sua protezione possa essere adeguatamente perseguita solo mediante la cooperazione tra Stati a livello internazionale. Da ciò inevitabilmente consegue che l'attuazione della norma costituzionale vede coinvolto non solo il Parlamento, ma anche il Governo federale nella sua qualità di organo responsabile dei rapporti internazionali e a concludere accordi con gli altri Stati per la realizzazione di obiettivi comuni, come è avvenuto con l'Accordo di Parigi sul clima del 2015.

¹²⁸ La possibilità di esercitare i propri diritti è una facoltà di cui sono attualmente titolari solo le persone viventi. Nella sentenza, tuttavia, il Tribunale costituzionale federale afferma che esiste un'aspettativa costituzionalmente tutelata delle generazioni future di avere le stesse possibilità di godimento delle generazioni passate. La diffusività di tale diritto/interesse costituzionale importa, dunque, un'anticipazione prospettica della legittimazione a ricorrere a favore delle giovani generazioni.

mancanza del requisito dell'attualità del pericolo (permangono, infatti, le condizioni per vivere in un ambiente adatto alla vita dell'uomo sulla Terra), il Tribunale ritiene che allo stato non vi sia stata una violazione del dovere di protezione (*Schutzpflicht*) da parte della Repubblica Federale Tedesca. Tale scenario è configurabile solo laddove lo Stato non abbia assolutamente adottato alcuna misura in tal senso (*Schutzvorkehrung*), ovvero che le misure previste siano evidentemente inadeguate o totalmente insufficienti (*offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich*) a perseguire lo scopo, ovvero ancora che tali misure, pur idonee, si arrestino ad uno stadio molto inferiore allo scopo avuto di mira (*erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben*)¹²⁹.

Nel merito, i giudici di Karlsruhe rigettano le domande dei ricorrenti, sostenendo che la soglia dell'1,5°C non possa considerarsi costituzionalmente imposta: da un lato, lo stato attuale delle conoscenze scientifiche non permette di concludere che la soglia dell'1,5°C debba considerarsi assolutamente necessaria per garantire il mantenimento di condizioni climatiche adeguate alla vita umana; dall'altro, in conseguenza di ciò, deve riconoscersi che il legislatore goda di un margine discrezionale sufficientemente esteso nella scelta circa le politiche da attuare in concreto per implementare gli obblighi discendenti dall'art. 20a GG. Tale discrezionalità comprende anche la possibilità di optare per una soglia di emissioni inferiore a quella ideale, se assistita da misure idonee a garantire in maniera adeguata l'obiettivo di valore costituzionale della conservazione delle condizioni climatiche necessarie per la vita dell'uomo. Il fatto che la legge impegni le istituzioni a raggiungere un risultato non ottimale non la rende automaticamente incostituzionale, poiché il *Grundgesetz* non vincola affatto ad adottare la soluzione scientificamente migliore, tenuto conto che tale scelta non pregiudica i diritti delle generazioni future nella loro dimensione oggettiva, dato che il legislatore tedesco ha previsto sia 'misure di contrasto' (*Gegensatzmaßnahmen*) che 'misure di adattamento' (*Anpassungsmaßnahmen*) al riscaldamento globale il cui effetto combinato vale ad assicurare complessivamente buone condizioni di vita anche nel tempo a venire¹³⁰.

¹²⁹ BVerfG - 1 BvR 2656/18 - (*Klimaschutz*), § 152. La giurisprudenza è costante nel limitare il sindacato giurisdizionale sulla violazione degli obblighi positivi di protezione dello Stato alle figure appena esposte. Cfr. *ex multis* BVerfGE 56, 54 (80); BVerfGE 77, 170 (215); BVerfGE 92, 96 (46); BVerfGE 125, 39 (78); BVerfGE 142, 313 (338).

¹³⁰ BVerfG - 1 BvR 2656/18 - (*Klimaschutz*), § 164. Mentre le misure di contrasto consistono in azioni direttamente volte a ridurre il surriscaldamento globale attraverso il contenimento delle emissioni inquinanti, le misure di adattamento corrispondono a tutta una serie di interventi funzionali a permettere la

I giudici sono dunque fermi nell'escludere che vi sia una violazione attuale e concreta dei diritti fondamentali protetti dal *Grundgesetz*, anche perché i *reports* delle agenzie e degli istituti specializzati nella protezione dell'ambiente non danno risultati univoci nel calcolo delle riduzioni che prospettivamente si riusciranno ad ottenere grazie alle misure imposte dalla legge¹³¹.

Il Tribunale ritiene, però, che il legislatore federale abbia violato i diritti di una parte dei ricorrenti (tutti minorenni al momento della presentazione del ricorso), nella parte in cui non ha previsto una distribuzione equa delle emissioni residue tra il periodo precedente il 2030 e il periodo successivo, con la conseguenza di porre a carico delle generazioni future un onere più gravoso di riconversione e adattamento nel caso in cui gli obiettivi a breve termine della legge non venissero raggiunti. Se, infatti, il Giudice costituzionale non ha nulla da obiettare riguardo alla idoneità e adeguatezza delle misure poste in atto, nondimeno rileva una distribuzione non proporzionata degli oneri nell'attuazione delle politiche a protezione del clima tra la generazione presente e quelle a venire.

In particolare, il Parlamento tedesco delegato "in bianco" al Governo federale di quantificare, a partire dal 2025, le quote di emissioni consentite per il periodo successivo al 2030, senza ulteriori specificazioni. La genericità di tale obbligo violerebbe il principio di legalità in senso sostanziale, perché così facendo il Parlamento rimette al Governo la determinazione in concreto delle quote di emissioni consumabili, senza che l'attribuzione di questo potere sia assistita dall'indicazione di indici più precisi, idonei a far sì che l'azione dell'Esecutivo sia rispettosa del principio di proporzionalità nella distribuzione degli oneri tra le presenti e le future generazioni. Per assolvere a tale compito, è infatti necessario far luogo ad una programmazione legislativa più puntuale, che individui specificamente gli obiettivi da raggiungere entro una finestra temporale definita, rimettendo al Governo la sola scelta dei mezzi attraverso cui raggiungerli. Non bisogna

convivenza dell'uomo con le conseguenze del cambiamento climatico, oppure misure che, sebbene non valgano a contrastarlo, permettono di prevenire catastrofi dall'alto costo umano. Tra le misure di adattamento possono citarsi: l'adozione di strumenti di pianificazione urbanistica *eco-friendly*, la realizzazione all'interno delle città di aree verdi, la creazione di "corridoi di aria fresca" all'interno dei quartieri, l'installazione di valvole di riflusso lungo gli argini dei fiumi, la riconversione del sistema fognario.

¹³¹ Si rinvia, per l'esposizione del materiale istruttorio prodotto dai terzi esperti e presentato all'udienza pubblica, ai §§ 158 ss. della sentenza.

dimenticare, infatti, che la Costituzione fa incombere l'obbligo di preservare il clima e gli *habitat* naturali sul Parlamento, cioè sull'organo direttamente rappresentativo del popolo. Così, del resto, non potrebbe non essere, visto che questo genere di decisioni coinvolge valutazioni che impattano sulle libertà (soprattutto economiche) dei cittadini di oggi e del domani, che in quanto tale non potrebbe essere “scaricata” sull'Esecutivo.

Ciò precisato, il Tribunale riafferma che «la Costituzione obbliga, in presenza di determinate condizioni, a preservare nel tempo le libertà fondamentali e a distribuire proporzionalmente tra le varie generazioni le *chances* di esercitarle. In quanto garanzia di libertà dotata di una dimensione intertemporale, i diritti fondamentali assicurano che i ricorrenti non debbano sopportare unilateralmente il peso del differimento dell'obbligo di ridurre i gas serra stabilito all'art. 20a GG»¹³².

Il passaggio appena citato è capitale nell'economia della decisione e nell'ambito del discorso che si sta svolgendo in queste pagine. La centralità del dato scientifico viene testimoniata dal fatto che la “misura” della sostenibilità dei diritti fondamentali viene calcolata in base alla quantificazione dei limiti al godimento delle libertà che le generazioni presenti e future dovranno sopportare per ottemperare all'obbligo costituzionale di conservazione del clima. Tale calcolo, effettuato alla stregua delle conoscenze scientifiche e delle capacità tecnologiche attualmente disponibili (o di cui presumibilmente si disporrà), permette al Tribunale di scrutinare la proporzionalità delle misure adottate dal legislatore tedesco.

Secondo il Tribunale costituzionale, la legge impugnata viola il diritto all'uguaglianza delle generazioni future, in quanto differisce ingiustificatamente l'onere di ridurre in misura sufficiente le emissioni inquinanti, facendo incombere un peso prospetticamente maggiore sulle generazioni che vivranno negli anni successivi al 2030, le quali si troveranno costrette a limitare le proprie libertà in termini ben più restrittivi rispetto a quanto viene attualmente richiesto alle generazioni presenti. Nelle parole del Tribunale, «le normative che ora consentono le emissioni di CO₂ giustificano una minaccia legale irreversibile alla libertà futura, perché con ogni quantità di CO₂ consentita oggi si riduce irreversibilmente il *budget* di emissioni residue permesso dalla Costituzione per l'esercizio in futuro delle libertà che comportano emissioni di CO₂. [...]»

¹³² BVerfG - 1 BvR 2656/18 - (*Klimaschutz*), § 183.

Il rapido consumo del *budget* di CO₂ fino al 2030 aumenta il rischio di gravi perdite di libertà, perché riduce i tempi per lo sviluppo tecnico e sociale grazie al quale sarà possibile adeguare il proprio stile di vita a comportamenti rispettosi della neutralità climatica. Quanto minore è il *budget* rimanente e alto il livello delle emissioni, tanto minore sarà il tempo a disposizione per attuare gli adattamenti necessari. Tuttavia, quanto meno si possa fare affidamento su tali sviluppi, in maniera tanto più incisiva verranno colpiti i futuri titolari dei diritti in virtù delle misure costituzionalmente necessarie a limitare le emissioni di CO₂»¹³³.

Lo scrutinio sulla proporzionalità delle misure legislative di differimento degli oneri di riduzione delle emissioni inquinanti si basa, pertanto, su una valutazione prognostica che non può prescindere dalla quantificazione del *budget* residuo a disposizione delle generazioni future per adeguare in maniera progressiva il proprio stile di vita agli *standard* necessari a conservare le condizioni climatiche che rendono vivibile il clima. Sul punto così si esprime il Tribunale: «I diritti fondamentali obbligano il legislatore a progettare le riduzioni delle emissioni di CO₂ costituzionalmente richieste dall'art. 20a della Legge fondamentale fino alla neutralità climatica in modo tale che la perdita di libertà associata sia ancora ragionevole nonostante l'aumento dei requisiti di protezione del clima e l'onere di riduzione delle emissioni non siano distribuiti nel tempo a tutto discapito delle generazioni future. [...] Dal principio di proporzionalità deriva che ad una generazione non deve essere consentito di utilizzare gran parte del bilancio di CO₂ con un onere di riduzione relativamente lieve se, contestualmente, viene imposto alle generazioni successive un onere di riduzione radicale – che i ricorrenti descrivono come un “freno d'emergenza” – e la loro vita sarebbe soggetta ad una grave privazione di libertà. È vero che gravi perdite di libertà possono risultare proporzionate e giustificate anche in futuro per proteggere il clima. [...] Tuttavia, proprio perché gli oneri all'esercizio delle libertà future vengono stabiliti a monte dalla regolamentazione attualmente vigente, l'incisione sulla libertà futura deve essere proporzionale nella prospettiva che abbiamo noi nell'attuale momento storico, quando cioè la rotta può ancora essere modificata»¹³⁴.

Da quanto esposto emergono, allora, due indicazioni che rappresentano, ad un tempo, canoni di giudizio per decidere le questioni di costituzionalità sollevate e obblighi

¹³³ BVerfG - 1 BvR 2656/18 - (*Klimaschutz*), § 186.

¹³⁴ BVerfG - 1 BvR 2656/18 - (*Klimaschutz*), § 192.

di adeguamento per il legislatore: 1) se il rischio di peggioramento delle condizioni climatiche è alto nonostante le misure predisposte dalla legge, devono essere adottate misure precauzionali che migliorino le prospettive di tutela del clima; 2) nell'adempiere a questo compito, il legislatore deve distribuire equamente tra le generazioni presenti e future gli oneri di rientro quantificati in una perdita proporzionale nel godimento delle libertà¹³⁵.

Tale assunto è l'esito di una valutazione prognostica effettuata da riconosciute istituzioni scientifiche di livello nazionale e internazionale (come l'IPCC e il UNFCCC), in posizione di indipendenza e terzietà rispetto alle parti interessate. L'esito cui danno luogo tali valutazioni restituisce la gravità del pericolo che minaccia l'integrità dell'ecosistema come valore costituzionale oggettivo che è compito dello Stato proteggere, nell'interesse sia delle generazioni presenti che di quelle future.

In tale contesto, la norma che si ricava dall'art. 20a GG vincola il Parlamento ad adeguare la legislazione ordinaria alle risultanze scientifiche più aggiornate, sulla base delle quali deve essere calcolata la cifra dell'adeguatezza delle misure messe in campo per contrastare il surriscaldamento climatico. In altre parole, la prognosi legislativa, per avere un fondamento scientifico razionale, deve fondarsi sulla previa quantificazione della temperatura desiderabile per garantire la transazione ecologica, calcolando la misura delle emissioni rimanenti per ciascuno Stato, sulla base dei modelli statistici e di calcolo elaborati dalle istituzioni scientifiche¹³⁶. Essendo questa operazione parte del

¹³⁵ Cfr. BVerfG - 1 BvR 2656/18 - (*Klimaschutz*), § 194: « Muss demnach eine zu kurzfristige und damit einseitige Verteilung von Freiheit und Reduktionslasten zulasten der Zukunft verhindert werden, verlangt das hier, dass das knappe CO₂-Restbudget hinreichend schonend aufgezehrt und so Zeit gewonnen wird, rechtzeitig erforderliche Transformationen einzuleiten, welche die Freiheitseinbußen durch die verfassungsrechtlich unausweichliche Reduktion von CO₂-Emissionen und CO₂-relevantem Freiheitsgebrauch lindern, indem sie CO₂-neutrale Verhaltensalternativen verfügbar machen. [...] Lässt sich angesichts der vielfältigen Ungewissheit, wie groß das verbleibende CO₂-Budget künftig tatsächlich sein wird (unten § 220 ff.), nicht mit Sicherheit feststellen oder ausschließen, dass es zu solchen aus heutiger Sicht unzumutbaren Freiheitseinbußen kommen muss, können heute aber doch Maßnahmen geboten sein, die ein solches Risiko wenigstens begrenzen. Nehmen Vorschriften ein Risiko erheblicher Grundrechtsbeeinträchtigung in Kauf, können die Grundrechte je nach der Art und Schwere der Folgen gebieten, rechtliche Regelungen so auszugestalten, dass auch die Gefahr von Grundrechtsverletzungen eingedämmt bleibt (grundlegend BVerfGE 49, 89 <141 f.>). Ohnehin schützt das Verhältnismäßigkeitsgebot nicht erst vor absoluter Unzumutbarkeit, sondern gebietet auch zuvor schon einen schonenden Umgang mit grundrechtlich geschützter Freiheit. Danach kann der Gesetzgeber hier verpflichtet sein, vorausschauend Vorkehrungen zur grundrechtsschonenden Bewältigung der nach 2030 drohenden Reduktionslast zu treffen (unten § 244 ff.).».

¹³⁶ In particolare, al paragrafo 211 (e successivi) della decisione vengono passati in rassegna i modelli elaborati dall'IPCC, elaborando diversi scenari di rischio a seconda che la temperatura media desiderata sia pari a 2°C o a 1,5°C.

procedimento logico di quantificazione degli oneri costituzionali incombenti sul legislatore, il Tribunale può e deve controllare la correttezza della tecniche di calcolo in concreto utilizzate¹³⁷.

Questi ultimi sono strumenti che, per quanto affidabili, evidentemente non possono offrire risultati definitivi e inattaccabili. A ciò si aggiunga, inoltre, che la Costituzione non indica alcun modello specifico per calcolare la quota di emissioni rimanenti per i cittadini tedeschi. Per questa ragione, al legislatore non può che essere riconosciuto un elevato potere di apprezzamento e valutazione, al quale corrisponde anche una certa discrezionalità sulla selezione degli strumenti e delle azioni da mettere in campo per far fronte al problema del surriscaldamento climatico.

Discrezionalità che, in ogni caso, non è illimitata. Innanzitutto, il *modus operandi* del legislatore può essere vagliato alla luce del dovere di diligenza (*Sorgfaltspflicht*) discendente dall'art. 20a GG, che spiega – come più volte ricordato – un'efficacia immediatamente precettiva per tutti gli organi costituzionali, *in primis* legislativi e amministrativi. In base a questo principio, il Parlamento è tenuto a tenere anticipatamente in conto il rischio di 'danni gravi e irreparabili' che avrebbero luogo nel caso in cui fossero rinviate le misure di prevenzione, e in ogni caso anche del margine d'errore intrinseco a ciascun modello, ciò che impone di optare per quello che offra migliori garanzie per la tutela del valore protetto. In secondo luogo, l'alto rango costituzionale di quest'ultimo deve orientare il legislatore a prediligere interventi immediatamente efficaci, che non scommettano irrealisticamente sulle possibilità di recupero future, sicché nella legge devono essere espressamente specificati gli obiettivi da perseguire nel breve termine, individuando da subito gli strumenti con i quali intende raggiungerli¹³⁸.

In relazione a quest'ultimo aspetto, la legge sulla protezione del clima risulta deficitaria, in quanto la strategia di pianificazione adottata dal legislatore tedesco fa

¹³⁷ Il Tribunale costituzionale tedesco si è fatto carico di controllare, in alcune isolate occasioni (cfr. BVerfGE 125, 175 (226); BVerfGE 137, 34 (75)) che le stime utilizzate dagli organi legislativi si basino su cifre comprensibili e voci di calcolo conclusive. Si tratta di un giudizio che non può che giovare dei metodi e delle cognizioni proprie delle discipline extra-giuridiche interpellate, alle quali il Tribunale ha accesso a mezzo degli importanti strumenti istruttori a disposizione.

¹³⁸ BVerfG - 1 BvR 2656/18 - (*Klimaschutz*), § 252. L'obbligo dello Stato di apprestare strumenti tecnologicamente efficaci al perseguimento dello scopo legislativo (su cui v. BVerfGE 118, 79 (119)) implica a sua volta un obbligo (che acquista di riflesso valore costituzionale) di aggiornare gli standard in uso. L'urgenza del provvedere giustificerebbe un intervento sostitutivo del Governo mediante l'esercizio del potere di ordinanza (sul punto v. § 260 della sentenza sulla conservazione del clima).

affidamento solo sulla riduzione delle emissioni di CO₂, ma tralascia di considerare gli altri fattori d'inquinamento che potrebbero realisticamente impedire il raggiungimento della neutralità ambientale entro il 2030.

La legge dovrà, quindi, essere integrata in relazione a questo aspetto. Essa rimane per il resto pienamente valida ed efficace, essendo il dispositivo della decisione non di nullità (questa legge, essendo un mezzo indispensabile per l'attuazione della norma di cui all'art. 20a GG, rappresenta un minimo costituzionalmente necessario alla sua concretizzazione) ma di mera incompatibilità, con riserva di ulteriore applicazione, salvo il dovere del Parlamento di provvedere entro il 31 dicembre 2022 ad adeguarne i contenuti conformemente ai criteri enunciati.

8. *La prerogativa d'apprezzamento del legislatore (Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers) nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale*

Discorrere di una prerogativa di apprezzamento riservata al legislatore significa porre un problema di competenza in ordine a quale sia l'organo costituzionalmente legittimato a compiere un certo apprezzamento o a prendere una decisione in specifici contesti nei quali si imponga una valutazione di opportunità su come affrontare o risolvere i nodi critici da essi nascenti. Il problema della prerogativa d'apprezzamento si differenzia quindi dalla distinta ma connessa questione dell'incisività del sindacato giurisdizionale, e sollecita l'interrogativo sui limiti entro i quali sia ammissibile che una decisione debba essere riservata ad un soggetto istituzionale piuttosto che ad un altro, e per quali ragioni. Si tratta, inoltre, di una tecnica argomentativa alla quale il Tribunale costituzionale federale (al pari di altre Corti costituzionali europee) ricorre per sostenere la propria limitata capacità di cognizione rispetto alla questione portata alla sua attenzione.

L'espressione, coniata da Rüdiger Breuer nell'ambito dei suoi studi su natura e struttura del giudizio di prognosi nelle decisioni pubbliche¹³⁹ e fatta propria dallo stesso Tribunale federale¹⁴⁰, si confonde concettualmente con lo «spazio di valutazione e prognosi» (*Beurteilungs- und Prognosenspielraum*) che in genere spetta al legislatore in virtù della propria legittimazione democratica, mentre si differenzia più nettamente dalla

¹³⁹ R. Breuer, *Legislative und administrative Prognosentscheidungen*, in *Der Staat*, 1977, pp. 21 ss.

¹⁴⁰ A partire da BVerfGE 77, 84 (*Arbeitnehmerüberlassung*).

figura della discrezionalità del legislatore nelle scelte alle quali dare la priorità nell'agenda politica e alle modalità della loro attuazione (*Handlungs- oder Gestaltungsspielraum*).

Il Tribunale federale utilizza queste espressioni in un'accezione sostanzialmente identica¹⁴¹, in quanto pur sempre collegate alla macro-categoria della «discrezionalità del legislatore» (*Gesetzgebungsermessen*)¹⁴². Sul piano teorico è comunque meglio tenere distinte le due figure, stando la prima a connotare le valutazioni di fatto e prognostiche che fungono da premessa o conseguenza dell'azione politica, la seconda invece uno spazio libero o tendenzialmente non vincolato nelle modalità operative dalla Costituzione¹⁴³.

La prerogativa di apprezzamento ha fatto la sua prima comparsa nel panorama giurisprudenziale nella sentenza sulla 'co-decisione' (*Mitbestimmung*) del 1979. Come noto, la legge impugnata aveva introdotto meccanismi di partecipazione diretta dei lavoratori alle decisioni sul governo delle imprese presso le quali erano impiegati, creando a tal fine organismi collegiali composti per metà dai dirigenti e per metà dai lavoratori. Secondo gli imprenditori ricorrenti, la normativa impugnata non solo ledeva il loro diritto di organizzare liberamente l'attività d'impresa e il loro diritto di proprietà, ma avrebbe potenzialmente recato grave danno alla gestione e stabilità dell'impresa (*Funktionsfähigkeit*), pregiudicando anche la sua capacità di rendimento sul mercato (*Gesamtwirtschaft*)¹⁴⁴.

Trattandosi di una questione molto complessa sul piano sia tecnico che giuridico, che implicava una conoscenza approfondita sia dei meccanismi di funzionamento del mercato sia delle dinamiche interne alle attività imprenditoriali, e che in definitiva si risolveva in un controllo sulla correttezza della prognosi legislativa circa la "migliore gestione" che il modello compartecipativo avrebbe prodotto sulle imprese, il primo Senato ha ritenuto prima di tutto di dover limitare il proprio sindacato ad un controllo di plausibilità della valutazione legislativa, e in secondo luogo di attenersi ai soli elementi

¹⁴¹ J. Bethge, *Der Sachverhalt*, cit., p. 184.

¹⁴² C. Bickenbach, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, cit., pp. 128 ss.; K. Meßerschmidt, *Gesetzgebungsermessen*, cit., pp. 948 ss.

¹⁴³ Cfr. ancora C. Bickenbach, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, cit., pp. 232 ss. e 345 ss., il quale distingue tra il concetto di «prerogativa di apprezzamento» (*Einschätzungsprärogative*) e «margine di apprezzamento» (*Einschätzungsspielraum*).

¹⁴⁴ BVerfGE 50, 290 (*Mitbestimmung*).

istruttori raccolti e presi in considerazione nel corso del procedimento legislativo. Questa soluzione pareva il giusto temperamento tra un inammissibile diniego di giurisdizione a favore dell'onnipotenza del legislatore e una – altrettanto inammissibile – invasione di campo nelle attribuzioni degli organi rappresentativi¹⁴⁵.

In particolare, il Tribunale ha ritenuto che in un campo peculiare come l'economia, dominato da dinamiche in parte indipendenti dall'azione dei poteri pubblici e, quindi, sotto molti aspetti imprevedibile, fosse difficile trovare elementi sicuri sulla cui base affermare la illegittimità di una norma per l'evidente scorrettezza della previsione su cui poggia (nella specie, la previsione che la partecipazione dei lavoratori al governo dell'azienda avrà un impatto negativo sulla sua gestione)¹⁴⁶.

Per tali ragioni, secondo il Tribunale, il controllo di plausibilità doveva svolgersi nelle modalità di un controllo procedurale o semi-procedurale, scrutinando la costituzionalità della legge volgendo lo sguardo ai singoli passaggi nei quali si è scandito il procedimento di formazione dell'atto legislativo. Tale scrutinio si estende a controllare che siano state esaurite le fonti di conoscenza attingibili, che la valutazione legislativa del materiale raccolto sia fedele e ragionevole in confronto alle risultanze fattuali emerse ed infine che tale apprezzamento comprenda anche una valutazione prognostico-probabilistica sugli effetti che la normativa produrrà nel tempo della propria vigenza.

¹⁴⁵ J. Bethge, *Der Sachverhalt*, cit., p. 186 definisce questa soluzione un «Mittelweg zwischen Kontrollverzicht und prohibitiver Kontrolle». Similmente anche F. Ossenbühl, *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen*, cit., pp. 496 ss.

¹⁴⁶ Cfr. BVerfGE 50, 290 (331-332): «Wie sich das Mitbestimmungsgesetz in seinem dargelegten rechtlichen Inhalt in der Zukunft auswirken wird, ist ungewiß. Darin tritt der Grundtatbestand jeder Prognose zutage, deren Unsicherheit um so größer wird, je weiterreichend und komplexer die Zusammenhänge sind, auf die sie sich bezieht. Im Fall der Mitbestimmung gehören zu den Faktoren, die diese Unsicherheit begründen, vor allem die Bedingungen für eine Kooperation in den einzelnen Unternehmen. Diese kann das Gesetz nur institutionell ermöglichen und anregen, nicht aber herstellen, obwohl es auf sie entscheidend ankommt: Besteht auf beiden Seiten die Bereitschaft zu loyaler Zusammenarbeit, so wird die Mitbestimmung der Arbeitnehmer sich anders auswirken, als wenn die Atmosphäre im Unternehmen von gegenseitigem Mißtrauen oder gar Feindschaft beherrscht ist. Es kann auch von Bedeutung sein, ob außerhalb der Unternehmen die Bereitschaft besteht, die Mitbestimmung in ihrer derzeitigen Gestalt im Interesse der Unternehmen und der ganzen Volkswirtschaft zu bejahen. Die Skala der Unsicherheitsfaktoren reicht bis hin zu den gesamtwirtschaftlichen Zukunftsbedingungen, unter denen das Gesetz seine normierende Kraft entfalten soll: Wie sich die im Gesetz vorgesehene erweiterte Mitbestimmung unter veränderten Voraussetzungen, etwa denjenigen einer Verknappung der Ressourcen, neuer Technologien, geringeren oder gar sinkenden Wachstums, internationaler und supranationaler Verflechtungen und Abhängigkeiten, aber auch eines Wandels der gesellschaftlichen Anschauungen auswirken wird, ist heute nicht abzusehen. Zutreffend ist daher den zahlreichen Prognosen über die Auswirkungen einer erweiterten Mitbestimmung die Unmöglichkeit einer gesicherten Gesamtprognose entgegeng gehalten worden».

Secondo il Tribunale, il rispetto di questi passaggi – che corrispondono a singoli ‘requisiti del procedimento’ (*Anforderungen des Verfahrens*) –, se condotto in maniera sufficientemente adeguata, contribuisce anche alla ragionevolezza sostanziale della decisione (*Voraussetzung inhaltlicher Vertretbarkeit*)¹⁴⁷.

Il controllo svolto dal Tribunale costituzionale nella sentenza sopracitata pare quindi avvicinarsi molto ad un vaglio di tipo procedurale, in cui la legittimità della normativa viene scrutinata a partire da un controllo sulla ragionevole scansione e concatenazione degli adempimenti logico-preliminari lungo i quali matura la determinazione in concreto del suo contenuto prescrittivo. Nei casi in cui viene invocata la prerogativa d’apprezzamento, il controllo del Giudice costituzionale si estende solo a verificare che il procedimento legislativo abbia seguito tutti i passaggi necessari perché si addivenga alla formazione di una decisione razionale, fugando il dubbio che sia il frutto di una scelta arbitraria.

Alcuni autori hanno ritenuto che il modo di procedere del Tribunale nel caso sulla ‘co-decisione’ configuri un controllo *tout court* di tipo procedurale. Questa idea è stata recentemente contestata da chi fa notare che, a dispetto di quanto normalmente avviene nel modello procedurale, il primo Senato, pur in mancanza di alcuni elementi di conoscenza, dovuti fondamentalmente alla difficoltà di esprimere un giudizio prognostico sicuro, non ha escluso la possibilità di intensificare il proprio sindacato laddove la scelta legislativa non fosse l’esito di un apprezzamento specifico delle evidenze raccolte¹⁴⁸.

La dottrina più autorevole ha invece ritenuto che la sentenza introduca un modello di tipo compensatorio e a sindacato variabile. In questo senso rileva l’opinione di Klaus Meßerschmidt, per il quale il Tribunale avrebbe individuato delle materie rispetto alle quali la valutazione dei casi dubbi o perplessi compete, in linea di principio, al legislatore, con la possibilità per il Tribunale di operare un sindacato di mera evidenza o non arbitrarietà, salva però la possibilità per questo di intensificare il proprio scrutinio nelle ipotesi in cui il legislatore non si fosse fatto carico di verificare, attivando i propri canali istruttori, le condizioni di fatto della fattispecie da regolare. Nel pensiero di Meßerschmidt, in altre parole, la prerogativa d’apprezzamento non configura di per sé il riconoscimento di una competenza esclusiva a favore del legislatore nella valutazione

¹⁴⁷ BVerfGE 50, 290 (333).

¹⁴⁸ In questo senso J. Bethge, *Der Sachverhalt*, cit., p. 189.

delle fattispecie dubbie, ma solo una tecnica argomentativa per mezzo della quale il Tribunale rinuncia a operare un sindacato incisivo sulle scelte compiute nell'atto impugnato laddove il legislatore avesse maturato il proprio apprezzamento dopo avere effettivamente esercitato i propri poteri istruttori. Per i casi nei quali, invece, il legislatore non si fosse curato di sfruttare gli strumenti istruttori a sua disposizione per corroborare il fondamento razionale della propria decisione, Meßerschmidt ammette la possibilità che il sindacato del Tribunale possa ri-espandersi fino a soglie molto alte di incisività (*vollständige Kognition und Bewertung durch das Bundesverfassungsgericht*)¹⁴⁹.

Su una posizione non dissimile, pur non sovrapponibile alla tesi di Meßerschmidt, è quella di Christian Bickenbach, il quale allo stesso modo intende la prerogativa di apprezzamento come una riserva preferenziale, pur non esclusiva, agli organi della rappresentanza politica della competenza ad esprimere una valutazione di opportunità sulle fattispecie complesse. Tale riserva non costituisce una fuga rispetto alla giurisdizione, ma solo il riconoscimento della posizione privilegiata del potere legislativo a conoscere certi fatti e a valutare certe situazioni rispetto al potere giurisdizionale. Nel caso in cui, però, il legislativo esercitasse le proprie attribuzioni mancando di attendere a

¹⁴⁹ K. Meßerschmidt, *Gesetzgebungsermessen*, cit., pp. 875 ss.

Non sono, peraltro, del tutto chiare le modalità con le quali, avendo il legislatore rinunciato ad esercitare le proprie prerogative nell'apprezzamento delle fattispecie dubbie, il Tribunale dovrebbe sindacarle.

Le alternative sono due: o il Tribunale attiva i propri poteri istruttori per accertare lo stato di fatto nella quale si cala la disciplina di legge, oppure si astiene a sua volta e lascia che siano le parti costituite a produrre elementi utili per decidere la questione. Nel primo caso all'inerzia del legislatore seguirebbe un controllo di tipo materiale-sostanziale da parte del Tribunale, nel secondo invece darebbe adito ad un controllo basato sulla soluzione processuale. La risposta alla domanda su come comportarsi nei casi dubbi, quando il legislatore abbia rinunciato a compiere un proprio apprezzamento, non è indifferente rispetto nella prospettiva teorica della prerogativa di apprezzamento. Non si vede per quale ragione possa continuare a parlarsi di una "prerogativa" riservata al legislatore se poi, stante la mancata attivazione di quest'ultimo, il Tribunale dovrebbe agevolmente provvedervi in sua vece: verrebbe in altre parole meno il presupposto che rende tale competenza una prerogativa del potere legislativo.

Più accettabile sembra, invece, la possibilità per il Tribunale di decidere la questione sottopostagli deferendo alle parti l'onere di provare gli elementi di fatto che contraddicono la valutazione legislativa: in tal caso, il Tribunale non si sostituisce al legislatore nella valutazione dei presupposti della legge, ma si riserva comunque la possibilità di sindacare l'atto normativo sulla base degli elementi prodotti dalle parti costituite (poteri pubblici o parti private), ulteriori rispetto a quelli che hanno formato oggetto di discussione nel procedimento legislativo, decidendo poi se salvarlo o censurarlo. La soluzione processuale è quella che meglio si presta a salvaguardare la prerogativa d'apprezzamento del legislatore, poiché il Tribunale, riservandosi di decidere la questione di costituzionalità esclusivamente sulla sola base degli elementi prodotti dalle parti, permette allo stesso legislatore (per il tramite dell'Avvocatura dello Stato) di difendere la propria decisione, adducendo ulteriori prove idonee a sostegno della sua bontà.

Sul punto, sembrerebbe che il pensiero dello stesso Meßerschmidt sia progressivamente mutato, passando da un'iniziale posizione a favore del sindacato sostanziale-sostitutivo alla soluzione processuale. In proposito cfr. J. Bethge, *Der Sachverhalt*, cit., p. 192.

quegli oneri procedurali che presiedono alla formazione razionale della decisione, dovrebbe ritenersi pienamente ammissibile il “soccorso istruttorio” che si concretizza nella intensificazione del sindacato del *Bundesverfassungsgericht*, che peraltro di norma potrà concludersi – giusta il carattere tipicamente riservato della valutazione – con la sola sanzione della incompatibilità, eventualmente corredata dall’indicazione dei principi cui attenersi nella progettazione politica futura nella materia della legge impugnata¹⁵⁰.

Bickenbach, in particolare, giustifica questo *tandem* tra poteri sul presupposto della reciproca complementarietà tra il legislativo e il giudiziario nell’attuazione della Costituzione e dei valori costituzionali, e in special modo per la comune finalizzazione del procedimento legislativo e di quello giurisdizionale rispetto alla concretizzazione dei diritti fondamentali (*Grundrechtskonkretisierung*)¹⁵¹. Mossi da tale comune scopo, il procedimento legislativo e il processo giurisdizionale si inseriscono in una linea continua, in cui le vicende dell’uno influenzano l’andamento dell’altro e si compensano, venendo i *deficit* del primo colmati grazie all’attività di verifica del percorso logico-razionale svolta nel secondo. Rispetto alla teoria di Meßerschmidt, in sostanza, quella di Bickenbach si caratterizza per porre l’accento sulla correlazione che esiste tra il criterio del controllo (*Kontrollmaßstab*) e l’incisività del sindacato compiuto dal Tribunale (*Kontrolldichte*)¹⁵².

Dalla giurisprudenza costituzionale e dalle due posizioni appena esposte emerge, comunque, un dato caratterizzante: quando il Tribunale ritiene che la vicenda sottopostagli presenti un margine considerevole di incertezza e tanga questioni altamente complesse sul piano scientifico, economico e sociale, esso si limita a verificare la completezza dell’istruttoria svolta nel corso del procedimento legislativo e, invece di contrapporre una propria istruttoria alternativa, verifica che l’opzione normativa espressa nella legge si basi su un apprezzamento non implausibile della evidenze raccolte. Laddove tale esito appaia il frutto di un apprezzamento ponderato sulle risultanze raccolte, il Tribunale valida l’opzione legislativa e si astiene dal rimettere in discussione la valutazione dei profili dubbi.

Sul punto, attenendosi allo specifico ambito considerato in questo studio, si possono citare due esempi.

¹⁵⁰ C. Bickenbach, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, cit., pp. 436 ss.

¹⁵¹ C. Bickenbach, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, cit., pp. 491 ss.

¹⁵² J. Bethge, *Der Sachverhalt*, cit., p. 194.

Il primo riguarda la sentenza con la quale il Tribunale costituzionale ha dichiarato conforme a Costituzione le fattispecie penali che criminalizzano la produzione, lavorazione, vendita e consumo di cannabis, con la sola esclusione delle ipotesi specificamente contemplate dalla legge, e comunque previo rilascio di apposita autorizzazione¹⁵³. Il tribunale rimettente sosteneva da un lato che la libertà di fare uso di droghe fosse compreso nel diritto di ciascun individuo ad autodeterminarsi secondo le proprie preferenze e inclinazioni, dall'altro che un divieto assoluto riservasse irragionevolmente lo stesso trattamento penale al consumo di grandi o modiche quantità e che fosse stato sconfessato dagli ultimi dati scientifici, che dimostrerebbero l'effetto tutto sommato moderato che l'uso della cannabis provoca nei consumatori¹⁵⁴.

Il Tribunale costituzionale, dal canto suo, afferma di non essere competente a rimettere in discussione le valutazioni del legislatore, al quale spetta una ampia discrezionalità nella scelta delle modalità con cui attuare i programmi di difesa sociale, anche mediante l'utilizzo della sanzione penale. Il fulcro di tali programmi ruota attorno al concetto di 'salute' e di 'sicurezza pubblica' che il legislatore si è imposto nella determinazione delle linee di fondo cui ispirare la propria azione politica, in principio insindacabile da parte del Tribunale¹⁵⁵.

Se la scelta del modello da adottare rientra nella prerogativa del legislatore¹⁵⁶, nondimeno sussiste per il Tribunale la possibilità di controllare, entro una certa misura, che la sua implementazione avvenga in maniera complessivamente efficace e si mantenga

¹⁵³ BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*).

¹⁵⁴ Ai paragrafi nn. 31 ss. della parte in fatto della sentenza sono riassunte le varie argomentazioni sulla base delle quali il tribunale remittente argomenta l'irragionevolezza della soluzione legislativa, facendo leva essenzialmente sui seguenti punti: 1) non è dimostrato che il consumo di cannabis provochi danni fisici di rilevante portata; 2) se anche fosse, non è dimostrato che il consumo di cannabis sia più pericoloso del consumo di altri prodotti di cui, invece, la legge permette la vendita e il consumo, come il tabacco o l'alcool, che al contrario è ampiamente dimostrato (anzi, notorio) che provocano statisticamente un danno grave alla salute che provoca ogni anno milioni di morti; 3) gli studi scientifici hanno solo messo in evidenza una lieve correlazione tra il consumo del narcotico e una leggera dipendenza psicologica, ma non hanno permesso di stabilire che la c.d. 'sindrome amotivazionale' sia una conseguenza specifica del consumo di cannabis.

¹⁵⁵ BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*), § 126: «Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage im einzelnen verbindlich festzulegen. Das Bundesverfassungsgericht kann dessen Entscheidung nicht darauf prüfen, ob er die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat; es hat lediglich darüber zu wachen, daß die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht».

¹⁵⁶ Figura che viene espressamente evocata al § 153.

congrua nel confronto con i dati offerti dalle esperienze di altri Paesi¹⁵⁷. Nel vagliare l'efficacia della strategia prescelta dal legislatore tedesco, il Tribunale ritiene di doversi attenere ad uno scrutinio di plausibilità, condotto ripercorrendo le tappe che hanno portato all'approvazione della legge, concludendo in definitiva che la soluzione legislativa non fosse implausibile e che non si prestasse, almeno al momento della decisione, a censura.

Infatti, rispetto alla scelta di incriminare lo spaccio e il consumo di cannabis, il Tribunale prende atto che gli studi scientifici analizzati nel corso dell'*iter* parlamentare e i rapporti prodotti in udienza dai terzi esperti non forniscono una indicazione univoca sulla maggior efficacia della depenalizzazione rispetto ad una politica di stampo repressivo. Inoltre, anche ad ammettere che la cannabis sia una droga dagli effetti moderati, che non danno luogo a manifestazioni immediatamente contrarie all'ordine pubblico, nondimeno bisogna tener conto che alcuni degli studi consultati abbiano evidenziato come il consumo di marijuana abbia un "effetto di spinta" al consumo di altre droghe più pesanti¹⁵⁸.

Da questa constatazione derivano conseguenze pregnanti nella valutazione di ciascuno dei tre (quattro) passaggi che compongono il *test* di proporzionalità.

La legittimità dello scopo perseguito non necessita d'essere dimostrata: la scelta di punire penalmente l'uso e il consumo di droga è espressione del fatto che la società considera tali comportamenti un pericolo al mantenimento dell'ordine nella comunità, ai quali viene riconnesso un disvalore di tale portata da meritare l'irrogazione della sanzione penale. Sul punto non spetta al Tribunale stabilire se il rischio percepito corrisponda ad un reale pericolo per il bene individuale e collettivo, non essendo precluso al legislatore di introdurre fattispecie di 'reato astratto' che stabiliscano una soglia anticipata di protezione del bene giuridico¹⁵⁹.

L'utilizzo dello strumento penale costituirebbe inoltre un mezzo necessario al raggiungimento dello scopo di protezione: a fronte dell'alto rango dei beni giuridici

¹⁵⁷ BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*), § 177. Essendo la legislazione penale uno strumento che limita fortemente la libertà di autodeterminarsi del singolo, incombe sul Parlamento un dovere costituzionale di monitorare l'efficacia del divieto a perseguire gli obiettivi di difesa sociale che hanno indotto a legiferare in tal senso. Ciò comporta che si debba periodicamente comparare i dati rilevati a livello nazionale, ma anche confrontarli con i dati disponibili sulle esperienze di altri Paesi che adottassero modelli differenti di intervento sociale (ad esempio, la depenalizzazione o la legalizzazione in luogo dell'incriminazione).

¹⁵⁸ BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*), § 150.

¹⁵⁹ BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*), § 154.

protetti, e in considerazione delle persistenti incertezze che sussistono in merito alla possibilità di ritenere più efficaci i modelli permissivi, la valutazione legislativa circa la necessità di punire penalmente il consumo e la diffusione delle sostanze stupefacenti viene giudicata non implausibile¹⁶⁰.

Stesso discorso vale anche con riguardo al giudizio di idoneità: se lo scopo avuto di mira, conformemente al concetto di ‘salute’ stabilito dal legislatore, è di proteggere la società dai rischi del consumo di droga, non può dubitarsi che un divieto generale penalmente presidiato (salvo le eccezioni specificamente previste) costituisca un valido deterrente per i potenziali trasgressori. Inoltre, le difficoltà che si hanno nell’interpretazione dei dati offerti dalle esperienze straniere impediscono di affermare in maniera sufficientemente sicura che un modello variamente permissivo sia più efficace a raggiungere lo scopo rispetto al modello repressivo¹⁶¹.

Infine, secondo i giudici di Karlsruhe le misure adottate sono rispettose anche del principio di adeguatezza (proporzionalità in senso stretto), in quanto perseguono lo scopo legislativo con mezzi che limitano la libertà individuale nella misura plausibilmente più ragionevole a salvaguardare gli interessi costituzionali protetti. Se da un lato, infatti, non si dispone di una base conoscitiva assolutamente certa che permetta di affermare la sicura preferibilità di tale modello rispetto agli altri, dall’altro non è affatto implausibile che il legislatore abbia scelto di preservare l’integrità di quei beni con lo strumento della criminalizzazione, considerato il loro alto rango costituzionale. Le norme impugnate sono giudicate rispettose del principio di adeguatezza anche in virtù di alcuni accorgimenti processuali, che da un lato lasciano libere le procure distrettuali di non esercitare l’azione penale nelle ipotesi considerate irrilevanti o non gravi in rapporto al disvalore della condotta, dall’altro consentono al giudice di variare la sanzione da irrogare sulla base delle circostanze del caso concreto¹⁶².

Il secondo esempio riguarda invece la decisione con la quale il *Bundesverfassungsgericht* ha dichiarato la conformità a Costituzione della legge federale¹⁶³ che vietava l’importazione e l’allevamento sul territorio nazionale di

¹⁶⁰ BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*), § 158.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² BVerfGE 90, 145 (*Cannabis*), § 166 ss.

¹⁶³ *Gesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde*, del 12 aprile 2001, pubblicata in BGBl. I S. 530.

determinate razze di cani¹⁶⁴ che, secondo la valutazione legislativa, dovevano considerarsi altamente pericolose per l'incolumità dei singoli, in quanto di natura più aggressiva rispetto alla media delle altre razze canine¹⁶⁵.

Il parametro suppostamente violato era l'art. 12 GG¹⁶⁶ (che sancisce il diritto dell'individuo di scegliere ed esercitare liberamente la propria professione, senza dover subire intrusioni ingiustificate da parte dell'autorità statale) in combinato disposto con l'art. 14 GG (sulla tutela del diritto di proprietà). Al pari della vicenda sulla criminalizzazione del consumo di cannabis, anche in questo caso si trattava di verificare l'efficacia della soluzione normativa in relazione al perseguimento degli obiettivi di sicurezza pubblica che il legislatore si era prefissato, e sempre in un contesto di scienza incerta, a fronte del fatto che ad oggi non è ancora nota quale sia la causa principale della maggiore aggressività di alcune specie di cani, e in quale misura ciò sia da imputare al corredo genetico della razza¹⁶⁷.

Anche in questa ipotesi, il Tribunale costituzionale riconosce che il legislatore tedesco gode di un potere di apprezzamento e valutazione relativamente elevato, trattandosi di un campo nel quale vengono in gioco diversi diritti di rango costituzionale, sui quali incombe un pericolo di cui non è ben chiara la causa. Ciò implica un allentamento del rigore del *test* di proporzionalità, che nella combinazione di quei due dati induce ad optare per l'applicazione di uno scrutinio di plausibilità. Il Tribunale, infatti, ribadisce che non ha alcun potere di rimettere in discussione le valutazioni legislative allorché manchino elementi sufficienti a ribaltare l'esito della valutazione legislativa¹⁶⁸. Basta solo che questa sia fondata su una giustificazione ragionevole e sia

¹⁶⁴ Si trattava delle razze Pit Bull Terrier, American Staffordshire Terrier, Staffordshire Bull Terrier e Bull Terrier e i loro incroci.

¹⁶⁵ BVerfGE 110, 141 (*Kampfhunde*).

¹⁶⁶ Si noti che il parametro invocato è uno tra quelli invocati nella sentenza sulla co-decisione del 1979. Ciò rendeva molto probabile l'applicazione degli stessi *standard* di giudizio elaborati in quella occasione per sindacare le scelte del legislatore nella materia economico-sociale.

¹⁶⁷ Gli studi scientifici allora disponibili erano concordi, infatti, nel ritenere che le cause del comportamento aggressivo di questi cani avesse una pluralità di cause, legate in parte al corredo ereditario in parte all'educazione loro impartitagli nel corso dell'allevamento, mentre erano assai più divisi nello stabilire in quale percentuale la concausa genetica fosse da ritenere determinante nell'insorgenza del comportamento aggressivo. Cfr. BVerfGE 110, 141 (*Kampfhunde*), § 35.

¹⁶⁸ Il Tribunale cita testualmente sia i rapporti e le dichiarazioni rese dai terzi esperti in udienza, sia le principali pubblicazioni scientifiche alle quali hanno attinto gli stessi esperti. Nel corso dell'udienza pubblica avevano preso la parola esperti dell'Istituto zoologico dell'Università di Bonn, della Commissione per il benessere degli animali costituita presso il Ministero federale per la protezione dei consumatori, l'alimentazione e l'agricoltura e l'Associazione per i cani tedeschi.

plausibile in relazione agli elementi istruttori raccolti¹⁶⁹. A quest'ultimo riguardo, i giudici di Karlsruhe limitano il proprio sindacato in punto di valutazione delle prove ad un controllo logico di coerenza tra le evidenze del materiale istruttorio e la decisione legislativa¹⁷⁰.

Il criterio di giudizio sulla base del quale deve essere valutata la legittimità del divieto è, dunque, la plausibilità della valutazione legislativa secondo cui il rischio di aggressioni può essere prevenuto solo a mezzo di un divieto totale di importazione e allevamento di tali razze. Secondo il Tribunale, «il grado di probabilità richiesto per l'assunzione del pericolo dipende dalla propensione legale al rischio e dal tipo di danno da temere». A questo riguardo, «in ragione della grande importanza attribuita alla tutela della vita e della salute umana nel sistema dei valori della Legge fondamentale [...], e tenendo conto delle gravi conseguenze che provocano i morsi di questi cani – ciò che rappresenta il contesto fattuale generale, assieme alle contrastanti opinioni presenti nella letteratura scientifica – bisogna concludere che vi fosse una base sufficiente a giustificare un atteggiamento cautelativo volto a prevenire il verificarsi di eventi avversi provocati dai cani delle razze suddette»¹⁷¹.

Secondo il Tribunale, dunque, la combinazione di questi dati (incertezza del dato scientifico e alto rango dei beni giuridici coinvolti) giustificava un atteggiamento ispirato a cautela, sotto tutti e tre i profili del *test* di proporzionalità. Il divieto legislativo viene, infatti, giudicato come una misura necessaria per proteggere l'incolumità degli individui dal rischio di aggressione violenta¹⁷², idonea a perseguire lo *standard* di protezione

¹⁶⁹ BVerfGE 110, 141 (*Kampfhunde*), § 66: «Bei der Einschätzung von Gefahren, die der Allgemeinheit drohen, und bei der Beurteilung der Maßnahmen, die der Verhütung und Bewältigung dieser Gefahren dienen sollen, ist der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers erst überschritten, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben können». Conformemente BVerfGE 30, 292 (317); BVerfGE 37, 1 (20); BVerfGE 77, 84 (106).

¹⁷⁰ Fondamentali, nel caso di specie, sono state le informazioni statistiche comunicate al Bundestag dal Ministero degli interni, Ministero dell'alimentazione, agricoltura e foreste, dalla Conferenza tedesca delle città e dai governi di alcuni *Länder*, dalle quali risultava che i cani delle specie vietate erano coinvolti in una notevole percentuale di aggressioni ai danni di persone fisiche, e che in moltissimi casi hanno provocato lesioni gravi se non addirittura mortali. I dati sono ampiamente analizzati ai paragrafi 75 ss. della parte in diritto della sentenza.

¹⁷¹ BVerfGE 110, 141 (*Kampfhunde*), § 79.

¹⁷² BVerfGE 110, 141 (*Kampfhunde*), § 84. Sul punto il Tribunale respinge l'eccezione proposta da alcuni dei ricorrenti, secondo cui il divieto di importazione non poteva considerarsi, per la sua radicalità, un mezzo necessario a raggiungere lo scopo, potendosi ricorrere anche all'utilizzo di test comportamentali effettuati alla frontiera, prima dell'introduzione del cane nel territorio dello Stato. Secondo il Tribunale, infatti, tale tecnica vale a certificare la reazione dell'animale solo nello specifico momento in cui vi viene

desiderato¹⁷³ e adeguata a bilanciare i diritti coinvolti¹⁷⁴: da un lato il diritto all'integrità fisica del singolo individuo, dall'altro il diritto al libero svolgimento della propria professione (nella specie: allevamento e/o commercio di cani di razza). In relazione a quest'ultimo aspetto si conclude infatti che il danno arrecato ai professionisti che lavorano con i cani è minore rispetto al maggiore beneficio guadagnato dalla collettività in termini di sicurezza.

Su queste basi, inoltre, viene affermato che le disposizioni impugnate sono rispettose del principio di uguaglianza, in quanto hanno ragionevolmente differenziato il trattamento giuridico riservato ai cani che, sulla base delle risultanze istruttorie, il legislatore ha giudicato particolarmente pericolose e il trattamento giuridico dei cani appartenenti ad altre razze. Sul punto v'è da notare che, se da un lato non è possibile affermare con assoluta certezza se la causa di tale diversità debba essere ricercata nell'asserita componente genetica, dall'altro il prudente apprezzamento del legislatore (giudicato non implausibile dal Tribunale) va a colmare la parziale mancanza di conoscenze scientifiche circa la causa della supposta maggiore pericolosità (riscontrata sul piano statistico) delle razze canine individuate¹⁷⁵.

Vale la pena notare che anche in questo caso il Tribunale non manca di invitare il legislatore a tenere monitorate le risultanze statistiche e scientifiche, dalle quali potrebbe emergere l'opportunità di un ripensamento del sistema attualmente in vigore. Nel caso in cui i nuovi dati concordassero sul fatto di dover attribuire un peso minore alla componente genetica, dimostrando invece la rilevanza della componente educativa, ad uno scrutinio severo di proporzionalità potrebbe (il che non vuol dire che debba necessariamente avvenire) risultare necessaria l'adozione di nuove misure che, parimenti idonee allo scopo, avessero un effetto meno afflittivo per la libertà d'impresa, come ad esempio l'introduzione, accanto ad un divieto generale, di un meccanismo di autorizzazione condizionato all'impegno dell'allevatore o del proprietario del cane a impartirgli un'istruzione che agevoli la sua convivenza con l'uomo¹⁷⁶.

sottoposto (magari sotto l'effetto di un farmaco precedentemente somministratogli), ma non è idoneo ad assicurare che in situazioni simili la sua reazione sarà la stessa.

¹⁷³ BVerfGE 110, 141 (*Kampfhunde*), § 81.

¹⁷⁴ BVerfGE 110, 141 (*Kampfhunde*), § 85.

¹⁷⁵ BVerfGE 110, 141 (*Kampfhunde*), §§ 94-97.

¹⁷⁶ BVerfGE 110, 141 (*Kampfhunde*), § 67 e § 88. Sul punto la giurisprudenza del Tribunale costituzionale è solida: cfr., *ex multis*, BVerfGE 25, 1 (12); BVerfGE 49, 89 (130); 95, 267 (314).

In conclusione, l'aspetto rilevante delle pronunce analizzate è la tendenza del Tribunale ad allentare la scure del controllo di proporzionalità nei casi caratterizzati da scienza incerta o mancanza di concordanza dei dati disponibili, in particolare nelle materie che tangono aspetti problematici di natura epistemica (oltre che economica e sociale). In simili ipotesi, in cui la complessità delle questioni trattate impedisce la formazione di un giudizio sufficientemente sicuro e, quindi, l'applicazione di un controllo intensivo sulle valutazioni legislative, il Tribunale ritiene di dover fare un passo indietro e attenersi agli apprezzamenti compiuti dai rappresentanti del popolo, i quali per la loro estrazione democratica possono considerarsi ben più "vicini" ai problemi di cui si fanno portavoce.

9. *Il Tribunale costituzionale alle prese con le misure anti-CoViD tra incertezza scientifica, bilanciamento degli interessi e valutazione sulle prognosi*

Un ultimo riferimento, per quanto fugace e necessariamente incompleto, deve farsi alle non poche pronunce nelle quali il Tribunale si è trovato a giudicare della legittimità costituzionale delle misure poste in essere in questi due anni di pandemia per arrestare l'avanzata del coronavirus.

Due circostanze hanno fatto sì che il Tribunale di Karlsruhe fosse tra le prime Corti d'Europa ad affrontare il problema delle politiche governative di contenimento dei contagi: la possibilità di esperire ricorso costituzionale diretto e una competenza giurisdizionale non limitata al vaglio dei soli atti legislativi, ma estesa a qualunque atto, fatto o comportamento idoneo ad impattare sui diritti fondamentali¹⁷⁷.

L'emergenza sanitaria ha, inoltre, certamente messo a dura prova le istituzioni, imponendo di fatto una sospensione temporanea della normale dinamica dei rapporti tra Parlamento e Governo, la concentrazione dei poteri direttivi in capo a quest'ultimo e la

¹⁷⁷ La crisi pandemica ha costretto anche la Germania a prevedere forti limitazioni all'esercizio dei diritti fondamentali, *in primis* alla libertà di circolazione e al diritto al libero esercizio della professione, oltre che ovviamente al diritto all'istruzione e a tutti i diritti di partecipazione sociale che tutelano l'individuo nella sua relazione con gli altri (*Teilhaberechte*). Tra questi, ad essere colpiti sono stati anche i diritti della famiglia, della sfera più intima nella quale si estrinseca la personalità individuale, che nella Costituzione federale gode di una «speciale protezione» (*besonderen Schutz*) (art. 6 GG). Si può dunque comprendere come mai le restrizioni introdotte dal Governo a livello federale e dai *Länder* a livello regionale abbiano suscitato reazioni molto critiche da parte della popolazione e dai gruppi organizzati, in un contesto nel quale – vale la pena di ricordare – non si è mai giunti a imporre la chiusura totale delle attività economiche, né un generale e assoluto divieto di uscire di casa (*lockdown*).

prevalenza della componente decisionistica su quella democratica, salvo in ogni caso il controllo esercitato dal Parlamento sull'esercizio dei poteri delegati. Questa circostanza rafforzava il dubbio che le misure di contenimento fossero state prese nella soverchia necessità di circoscrivere gli effetti dell'emergenza, trascurando o comunque mettendo in secondo piano le esigenze connesse alla tutela dei diritti fondamentali. Il che rendeva, più che in tempi ordinari, necessario un Giudice costituzionale attento a verificare che non fossero stati superati i limiti del 'divieto di eccedenza'.

L'emergenza da CoViD-19 ha finito per impattare anche sul giudizio costituzionale. Mai prima di allora il Tribunale di Karlsruhe si è trovato a giudicare di atti normativi così recenti (i primi ricorsi sono stati depositati già dopo i primi due mesi di restrizioni¹⁷⁸), basati su una valutazione legislativa prognostica sulla possibile evoluzione di una crisi sanitaria dai risvolti inediti, in un contesto di notevole incertezza scientifica che rendeva assai remota la possibilità di esprimere un giudizio sufficientemente sicuro.

L'analisi delle decisioni del Tribunale federale sulle misure di contenimento della pandemia da CoViD-19 offre l'occasione per riflettere sia sulla valutazione dei presupposti per la concessione di misure cautelari in contesti di scienza incerta, sia sul ruolo giocato dal principio di proporzionalità nello scrutinio di atti normativi adottati in regime di emergenza.

9.1 Le decisioni costituzionali cautelari e la valutazione delle condizioni per la sospensiva in regime di scienza incerta

In relazione alla richiesta di misure cautelari¹⁷⁹, numerose sono le ordinanze rese dal Tribunale nei primi mesi di pandemia. Esse avevano ad oggetto soprattutto le norme

¹⁷⁸ Un accenno alle primissime decisioni rese dal BVerfG sulle misure di contrasto alla pandemia è svolto in G. Battistella, *Stato di necessità e bilanciamenti costituzionali: sulla proporzionalità delle misure di contrasto al CoViD-19*, in *BioLaw J., Special Issue* n. 1/2020, pp. 153 ss.

¹⁷⁹ Ai sensi dell'art. 32, co. 1 del BVerfGG, ciascun Senato può rilasciare su richiesta una ordinanza cautelare «per evitare gravi svantaggi, per contrastare un pericolo imminente o qualora ciò si imponga per altro motivo urgente nell'interesse pubblico» (zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist). La giurisprudenza ha chiarito che la misura cautelare può essere concessa solo qualora il ricorso introduttivo non sia manifestamente inammissibile o manifestamente infondato (cfr. BVerfGE 7, 357 (371); BVerfGE 134, 138 (140)). Nel caso in cui si tratti di una richiesta cautelare avanzata contro la decisione di rigetto dell'appello cautelare pronunciata dal Tribunale amministrativo federale, in pendenza della causa principale, alle due condizioni previste dalla legge se ne aggiungono altre due, vale a dire il rischio che nell'attesa della definizione della causa principale venga vanificata la tutela dei diritti

emergenziali che limitavano la libertà di circolazione e di riunione, oltre che in generale la libertà innominata della persona di prendere parte alla vita sociale come aspetto essenziale della propria personalità. Secondo i ricorrenti, le misure imposte dalle autorità locali erano illegittime per violazione del ‘divieto di eccedenza’ (*Übermaßverbot*), contestando la mancanza di necessità e, in ogni caso, di proporzionalità nella misura della limitazione delle libertà costituzionalmente garantite.

L’aspetto interessante delle pronunce cautelari del Tribunale sta nel fatto che, in condizioni di scienza incerta, l’esame comparativo del “peso” avuto dagli interessi contrapposti nella soluzione legislativa viene condotto in ogni caso secondo i canoni propri del controllo di proporzionalità, scandito in ciascuno dei tre *step* di cui si è detto (necessarietà, idoneità, adeguatezza). La circostanza che le misure impugnate fossero state prese in una situazione di emergenza non ha influito sulla qualità del controllo del Tribunale, il quale, pur tenendo conto delle enormi incertezze che impedivano la formazione di un giudizio di previsione sufficientemente affidabile, non si è mai tirato indietro dall’onere di valutare la gravità del peso sofferto da ciascun interesse nell’ipotesi in cui la misura cautelare fosse stata concessa. In altre parole, il giudizio volto a valutare la fondatezza della richiesta di sospensione cautelare viene condotto alla stregua di un giudizio ipotetico di previsione sulla gravità del danno che soffrirebbe l’interesse, protetto in via prevalente dall’atto legislativo o amministrativo, in rapporto al beneficio guadagnato dal singolo e dalla collettività qualora la misura cautelare fosse concessa¹⁸⁰.

Il Tribunale applica, quindi, un giudizio ipotetico-comparativo di quantificazione dei rischi e dei benefici potenzialmente conseguibili nel caso in cui la domanda cautelare venisse accolta. La richiesta dovrà ritenersi fondata nel solo caso in cui la concessione della sospensiva rechi un bilancio positivo nel rapporto tra guadagno di libertà e perdita di salute pubblica e non pregiudichi in maniera eccessivamente negativa l’interesse

fondamentali e l’alta probabilità di successo di un ricorso costituzionale avverso la decisione del giudice amministrativo (si veda sul punto BVerfGE 111, 147 (153)).

¹⁸⁰ Tra i molti provvedimenti cautelari emanati dal *Bundesverfassungsgericht* durante la fase pandemica, in senso uniforme ai principi ora espressi, v. decreto del 27 aprile 2020 - 1 BvQ 37/20 -, § 27; decreto del 29 aprile 2020 - 1 BvQ 44/20 -, § 7; decreto del 19 maggio 2020 - 2 BvR 483/20 -, § 8; decreto del 23 ottobre 2020 1 BvQ 120/20, § 8; decreto del 14 ottobre 2020 - 1 BvQ 37/20 -, § 4; decreto del 2 luglio 2020 - 1 BvQ 73/20 -, § 1; decreto del 27 giugno 2020 - 1 BvQ 74/20 -, § 2; decreto del 18 giugno 2020 - 1 BvQ 69/20 -, § 11; decreto dell’11 giugno 2020 - 1 BvQ 66/20 -, § 2; decreto del 31 maggio 2020 - 1 BvQ 63/20 -, § 8; decreto del 27 maggio 2020 - 1 BvQ 53/20 -, § unico; decreto del 16 maggio 2020 - 1 BvQ 55/20 -, § 2 (già prima v. decreto del 24 maggio 2018 - 1 BvQ 18/18 -, § 5).

contrapposto. Qualora, invece, la concessione della sospensiva si risolvesse in una sostanziale perdita di utilità nel bilanciamento tra interesse pubblico e diritti dei privati, la domanda dovrà essere respinta. In ciò si riflette la caratterizzazione pubblicistica del giudizio cautelare dinanzi al Tribunale costituzionale, che deve essere parametrato non isolatamente alla pretesa della parte che ha presentato ricorso, ma al complesso degli interessi protetti unitariamente considerati¹⁸¹.

Come si vede, il giudizio comparativo funzionale alla concessione della sospensiva riflette un controllo, oltre che di necessità e idoneità, anche di stretta proporzionalità. Ciò è dovuto al fatto che l'alto rango che è riservato ai *Grundrechte* nella sistematica della Legge fondamentale comporta che il loro sacrificio possa giustificarsi nella misura minima indispensabile a conseguire il risultato auspicato. A tal fine, è inevitabile che si svolga una comparazione tra i diversi scenari che si verificherebbero sul piano causale qualora si adottasse una delle alternative disponibili.

Siffatto giudizio comparativo deve dunque essere svolto in ogni caso, anche nei contesti di scienza incerta. Nondimeno, per non frustrare il perseguimento del legittimo scopo legislativo ed evitare il rischio che possa essere arrecato pregiudizio ai valori fondamentali coinvolti, il provvedimento di sospensiva potrà essere concesso solo a condizione che il beneficio a favore di un diritto sia altamente probabile e il rischio di danno grave a detrimento dell'altro sia relativamente poco probabile o ragionevolmente contenuto.

Tale ponderazione delle conseguenze (*Folgenabwägung*) consente al Tribunale di ribaltare in sede cautelare (e in ogni caso solo in via provvisoria) la valutazione legislativa¹⁸². Tuttavia, il criterio operativo che legittima a sospendere il provvedimento impugnato, stabilendo provvisoriamente un bilanciamento diverso da quello contestato, richiede un grado di probabilità maggiore rispetto a quello assunto dal legislatore al momento in cui si è attivato. In questi termini, potrebbe riconoscersi il riflesso della prerogativa di apprezzamento del legislatore, che in virtù della sua investitura

¹⁸¹ La giurisprudenza sul punto è solida: cfr. BVerfGE 131, 47 (55); BVerfGE 132, 195 (232); BVerfGE 111, 147 (153).

¹⁸² Sulla *Folgenabwägung* cfr. E. Benda, E. Klein, O. Klein, *Verfassungsprozessrecht*, cit., pp. 615 ss.

democratica è, per così dire, “scusato” se nel disciplinare fattispecie altamente incerte sbaglia a soppesare il livello di rischio accettato¹⁸³.

9.2 La recente decisione relativa alla “Legge sulla protezione dalle infezioni” nella versione modificata dalla “Quarta legge per la protezione della popolazione in caso di epidemia”

Un altro provvedimento che rileva in questa sede, anche perché costituisce una *summa* degli argomenti trattati nel capitolo (le tecniche decisorie impiegate dal *Bundesverfassungsgericht* per decidere questioni scientifiche controverse), è l'imponente sentenza del 19 novembre 2021 relativa alla “Legge federale per il contrasto alle malattie infettive”¹⁸⁴, per come modificata dalla “Quarta legge per la protezione della popolazione in caso di epidemia”¹⁸⁵. Essa è la prima decisione di merito sulla legge federale per la gestione della pandemia, e rappresenta un modello per i futuri giudizi che avranno ad oggetto il governo dell'emergenza (non solo sanitaria)¹⁸⁶.

La motivazione in diritto della sentenza prende le mosse dalla ricostruzione della difficile contingenza determinata dalla pandemia sull'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali, ricordando in particolare come la libertà di muoversi e di intrattenere relazioni personali con familiari, amici e colleghi sia un aspetto fondamentale del diritto al libero sviluppo della propria personalità (art. 2, co. 1 GG). Le restrizioni imposte alla libertà di frequentare altre persone, sia al chiuso che all'aperto, rappresentano un fattore di rischio per ogni individuo, che si ripercuote soprattutto su coloro che vivono da soli, aggravando il loro isolamento sociale e il senso di solitudine, ma anche sui membri delle famiglie che vivono in case separate (indipendentemente dalla motivazione che abbia determinato tale stato). L'alto valore che la Costituzione riserva a questi diritti comporta che lo scrutinio sulla proporzionalità delle misure di distanziamento sociale debba essere

¹⁸³ Per le critiche al modello del bilanciamento delle conseguenze v. E. Benda, E. Klein, O. Klein, *Verfassungsprozessrecht*, cit., pp. 619 ss.

¹⁸⁴ *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG)*, legge del 20 luglio 2000, pubblicata in *Bundesgesetzblatt I S. 1045*.

¹⁸⁵ *Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite*, legge del 22 aprile 2021, pubblicata in *Bundesgesetzblatt I S. 802*.

¹⁸⁶ BVerfG - 1 BvR 781/21 – (*Bundesnotbremse*).

condotto alla stregua di un criterio rigoroso, controllando che le limitazioni imposte non abbiano sacrificato in misura non necessaria le posizioni dei singoli¹⁸⁷.

Ciò premesso, il Tribunale ricorda altresì che la valutazione delle restrizioni imposte dal potere pubblico all'esercizio delle libertà costituzionali deve svolgersi tenendo conto della specificità del contesto fattuale nel quale i diritti individuali e gli interessi collettivi vengono a collimare e necessitano di venire ricomposti. Ciò comporta la necessità di tenere adeguatamente in conto come l'emergenza epidemiologica vada ad incidere sui diritti della persona, impedendo la loro reciproca integrazione e mettendo a serio rischio l'incolumità di alcuni di essi. La verifica della legittimità delle misure adottate deve essere condotta sulla base di un giudizio di congruità svolto alla stregua di parametri tecnico-scientifici, ciò che presuppone la conoscenza di specifiche informazioni sulla pandemia: dalle modalità di propagazione del virus alle relazioni di causa-effetto nell'insorgenza della malattia, dall'efficacia dei mezzi di protezione alle previsioni sulla possibile evoluzione della pandemia e sulla pericolosità delle varianti¹⁸⁸.

L'oggetto del sindacato del Giudice costituzionale non può limitarsi, pertanto, alla valutazione legislativa secondo cui la pandemia configura una situazione di pericolo, ma si estende anche a verificare l'attendibilità dei presupposti sulla cui base è giunto a tale conclusione (*Gegenstand verfassungsgerichtlicher Überprüfung ist also sowohl die Einschätzung des Gesetzgebers zum Vorliegen einer solchen Gefahrenlage als auch die Zuverlässigkeit der Grundlagen, aus denen er diese abgeleitet hat oder ableiten durfte*)¹⁸⁹. Compiuta questa valutazione, la positiva verifica della sussistenza di una situazione di pericolo ha importanti riflessi sulle modalità di scrutinio della legge impugnata, oltre che sul piano del sistema delle fonti e delle tecniche di normazione.

In primo luogo, il Tribunale di Karlsruhe approva pienamente la scelta legislativa di distribuire tra la fonte primaria e la fonte secondaria le competenze normative nella gestione dell'emergenza, definendo a livello legislativo i valori-soglia associati alle misure restrittive da applicarsi nel caso del loro superamento e riservando, invece, alla funzione amministrativa l'emanazione dei provvedimenti di mutamento del regime

¹⁸⁷ BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 108 ss.

¹⁸⁸ BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), §§ 150 ss.

¹⁸⁹ BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 170.

applicabile sulla base del cambiamento registrato nella contingenza epidemiologica¹⁹⁰. Tale strategia di governo dell'emergenza, infatti, oltre che a garantire una distribuzione più adeguata dei poteri tra centro e periferia e a permettere una gestione unitaria pur nella differenziazione delle misure adottate, ha il pregio di far sì che le eventuali controversie siano devolute alla giurisdizione loro propria, cioè al giudice amministrativo (scongiurando il rischio che il Tribunale costituzionale federale venga sobbarcato di migliaia di ricorsi diretti¹⁹¹).

In secondo luogo, il Tribunale valida la scelta di scrivere la legge con una trama aperta, facendo uso di concetti giuridici indeterminati che favoriscono la comunicazione tra diritto e scienza e la rigenerazione del tessuto normativo mediante il riferimento allo stato attuale della discussione scientifica. L'utilizzo dei concetti giuridici indeterminati conferisce all'atto impugnato quella strutturale flessibilità che lo mantiene funzionale a servire agli scopi cui la Costituzione vincola i poteri pubblici¹⁹². Lungi dall'essere il veicolo per la fuga da responsabilità o per delegare "in bianco" l'esercizio di poteri sovrani agli organi tecnico-scientifici, i concetti giuridici indeterminati hanno invece una funzione di cerniera nel raccordo tra il dato normativo e il dato tecnico-scientifico, la cui utilità non è tanto, o non solo, l'aumento della capacità di manovra degli organi responsabili dell'attuazione della legge, ma piuttosto la positivizzazione dell'obbligo di darvi esecuzione applicando regole e *standards* propri delle scienze extra-giuridiche¹⁹³.

¹⁹⁰ BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), §§ 142 ss.

¹⁹¹ Uno dei presupposti processuali del ricorso diretto è, infatti, l'aver previamente esaurito le vie di ricorso ordinarie, coltivando l'impugnazione del provvedimento presso i tribunali ordinari (principio di sussidiarietà del ricorso diretto). L'onere di adire previamente la giustizia ordinaria comporta per un verso che i soggetti lesi potrebbero già vedere soddisfatte le loro ragioni senza arrivare al Tribunale costituzionale; per un altro verso, il previo passaggio per le sedi giurisdizionali comuni fa sì che il Tribunale di Karlsruhe non conosca dell'eventuale controversia come giudice del fatto, ma come giudice dell'impugnazione, di modo che la parte in fatto della vicenda processuale rimarrà tendenzialmente immutata, salvo il caso in cui i giudici inferiori siano incorsi in vizi censurabili dall'istanza superiore. È stato già ricordato, infatti, che il Tribunale costituzionale federale modula il proprio potere di revisione dei "fatti" del processo a seconda che si atteggi a giudice di prima istanza o a giudice dell'impugnazione. Il che, sul piano degli adempimenti probatori, si traduce in un notevole risparmio di attività per il Giudice costituzionale.

¹⁹² BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 156: «Müsste er jeden Straftatbestand stets bis ins Letzte ausführen, anstatt sich auf die wesentlichen Bestimmungen über Voraussetzungen, Art und Maß der Strafe zu beschränken, bestünde die Gefahr, dass die Gesetze zu starr und kasuistisch würden und dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden könnten».

¹⁹³ Cfr. BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), §156, ove il Tribunale sembra affermare che l'impiego di concetti giuridici indeterminati non solo costituisce una tecnica normale di normazione, ma in certi contesti addirittura necessaria, perché altrimenti la legge sarebbe strutturalmente inadatta a servire agli scopi per i quali è stata approvata. La mancanza delle clausole-valvola (*Ventilklausel*) comporterebbe la pietrificazione della legge ad un dato di fatto fotografato in un'istantanea che, tuttavia,

In terzo luogo, a rafforzare positivamente la legittimità della legge impugnata sta il fatto che essa non impone d'imperio un unico e indifferenziato regime giuridico esteso a tutto il territorio nazionale, ma contempla vari scenari a diverso impatto epidemiologico, a ciascuno dei quali corrisponde un regime di restrizioni, sulla base dei dati rilevati e resi pubblici dall'Istituto Robert Koch. A quest'ultimo la legge ha istituzionalmente assegnato il compito di accertare l'evoluzione della pandemia e la sua variazione a livello territoriale¹⁹⁴, pubblicando settimanalmente i dati aggiornati sul proprio sito web, al fine di permettere il cambio di regime nell'applicazione delle restrizioni da parte delle autorità amministrative locali¹⁹⁵.

A tale ultimo proposito, i terzi esperti (*Sachverständige*) sentiti durante l'udienza pubblica hanno reputato adeguato il criterio di variazione settimanale¹⁹⁶ nel calcolo dell'incidenza della pandemia sul numero totale dei positivi, dei ricoverati e dei morti, trattandosi di una finestra temporale di durata medio-breve che permette di fotografare in maniera sufficientemente precisa l'evoluzione del coronavirus nelle varie zone del Paese, tenendo conto dei lievi scostamenti di calcolo dovuti al ritardo nella comunicazione dei dati¹⁹⁷.

Sulla scorta di queste considerazioni generali, il Tribunale passa quindi all'esame nel merito della proporzionalità delle misure emergenziali.

Nessun dubbio sussiste in merito alla legittimità dello scopo perseguito dalla legge con l'imposizione di restrizioni alla libertà di circolazione e alla libertà di incontrarsi con altri individui, anche appartenenti alla propria famiglia. La necessità di dover far fronte ad una situazione di emergenza sanitaria di origine epidemica rende senz'altro legittima l'adozione delle misure più idonee ad arrestare la diffusione del virus tra la popolazione.

non esaurisce i mille volti di una realtà che cambia in continuazione, con l'alta probabilità che la legge possa divenire rapidamente inadeguata a causa dell'incongruità della fattispecie normativa con la realtà di fatto.

¹⁹⁴ Cfr. art. 4, co. 1 della "Legge federale per il contrasto alle malattie infettive" (prime tre frasi): «Das Robert Koch-Institut ist die nationale Behörde zur Vorbeugung übertragbarer Krankheiten sowie zur frühzeitigen Erkennung und Verhinderung der Weiterverbreitung von Infektionen. Dies schließt die Entwicklung und Durchführung epidemiologischer und laborgestützter Analysen sowie Forschung zu Ursache, Diagnostik und Prävention übertragbarer Krankheiten ein. Es arbeitet mit den jeweils zuständigen Bundesbehörden, den zuständigen Landesbehörden, den nationalen Referenzzentren, weiteren wissenschaftlichen Einrichtungen und Fachgesellschaften zusammen.».

¹⁹⁵ Art. 28, co. 1, n. 2 della "Legge federale per il contrasto alle malattie infettive".

¹⁹⁶ Art. 28, co. 1, prima parte, n. 1 della "Legge federale per il contrasto alle malattie infettive".

¹⁹⁷ BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 199.

Se a tale scopo è necessario limitare i contatti tra soggetti che non vivono sotto lo stesso tetto, tale misura deve reputarsi legittima anche se imposta ai membri della propria famiglia non conviventi, essendo indifferente il fatto che tra di essi intercorrano rapporti affettivi o familiari, di fatto o di diritto, protetti dall'ordinamento. Bisogna inoltre considerare che la legge impugnata non persegue il solo scopo di tutelare la salute individuale e collettiva, ma anche di salvaguardare le tenuta dei sistemi sanitari regionali, già sottoposti ad un forte *stress* a causa dello scoppio (non previsto) della pandemia e in alcuni casi già carenti di posti letto¹⁹⁸.

Anche sotto il profilo della loro necessarietà, non sussistono dubbi sul fatto che la diminuzione dei contatti tra non conviventi sia l'unica misura di cui si dispone(va) per evitare la trasmissione del virus e impedire l'insorgenza della malattia da Sars-CoV-2. La situazione è parzialmente cambiata dopo che i primi vaccini sono stati prodotti e messi in vendita, ma non può dubitarsi che l'unica misura a disposizione per contenere i contagi nel periodo cui si riferiscono i ricorsi diretti (aprile-giugno 2021) fosse la prevenzione basata sulla diminuzione dei contatti con altri soggetti¹⁹⁹.

Le misure impuginate sono anche idonee al raggiungimento dello scopo avuto di mira, alla luce delle conoscenze scientifiche allora disponibili. Come già ricordato, le epidemie si connotano per essere situazioni di rischio sanitario nelle quali la trasmissione dell'agente patogeno avviene tramite il contatto tra almeno due persone. Essendo il Sars-CoV-2 un virus che si trasmette per via aerea, la prevenzione del rischio di contagio non può essere realizzato se non evitando i contatti non strettamente necessari²⁰⁰.

Infine, le restrizioni vengono giudicate legittime anche all'esito del controllo di adeguatezza, o proporzionalità in senso stretto. Se è vero, per un verso, che i divieti creano grave disagio alle persone, in una fase storica in cui vi è a maggior ragione bisogno di ricevere sostegno e solidarietà da parenti e amici, limitando in misura molto grave il

¹⁹⁸ BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 167 ss. La legittimità dello scopo perseguito mediante l'imposizione delle surrichiamate misure trova conferma nel dibattito parlamentare sul disegno di legge: da questi emerge chiaramente che i riflessi sulla salute individuale erano l'effetto indiretto degli obblighi inerenti alla limitazione degli spostamenti, mentre la finalità principale era la tutela della salute pubblica e dell'integrità del servizio sanitario (§§ 174 ss.). Questo particolare è molto importante nella prospettiva del Tribunale costituzionale, perché, se lo scopo "nascosto" dei provvedimenti impugnati fosse stato di introdurre per via surrettizia un obbligo di tenersi in salute, il giudizio del Tribunale avrebbe assunto ben altro tono.

¹⁹⁹ BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 167 ss.

²⁰⁰ BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 181 ss.

diritto di ciascun individuo di intrattenere rapporti con la propria famiglia, è anche vero, per un altro, che la stessa legge ha previsto delle eccezioni ragionevoli che attutiscono in parte la severità delle restrizioni, e che valgono nel complesso a rendere adeguato e proporzionale il regime emergenziale²⁰¹.

La persistente legittimità della legge viene affermata anche rispetto alla norma che mantiene fermo il dovere di rispettare le misure di protezione individuale sia per gli immunizzati che per i non vaccinati all'aperto, da un lato perché le conoscenze scientifiche disponibili sui nuovi vaccini non consentivano di prevedere quanto sarebbe durata l'immunità da vaccinazione, dall'altro perché non era dato sapere come sarebbe evoluta l'epidemia, quanto sarebbe rimasto ancora in circolazione il virus Sars-CoV-2, quante nuove varianti si sarebbero presentate o se l'epidemia sarebbe diventata stagionale. L'insieme di queste circostanze rendeva inoppugnabile la scelta legislativa di mantenere a scopo cautelativo le restrizioni all'aperto per tutti²⁰².

Ora, senza ripercorrere tutti i passaggi della motivazione in diritto della decisione, giova soffermarsi su tre di essi che affrontano di petto alcune questioni che hanno formato oggetto di discussione nel presente capitolo: questioni rispetto alle quali i due Senati non hanno sempre avuto posizioni allineate, ma che nella decisione ora analizzata ricevono conferme esplicite, indicando la via che probabilmente il Tribunale percorrerà nei futuri giudizi su questioni ad alta complessità scientifica in condizioni di incertezza epistemica.

Prima di tutto, è evidente che il vaglio sulla ragionevolezza della disciplina impugnata è stato condotto alla stregua di un controllo di tipo procedurale: il Tribunale dedica numerosi paragrafi della decisione ai singoli passaggi in cui si è articolato l'*iter* parlamentare della legge, dalla fase dell'istruttoria alla fase di discussione fino all'approvazione definitiva²⁰³. In tale contesto, viene particolarmente valorizzato il fatto che fossero state preventivamente acquisite diverse fonti specialistiche, sia nella forma di pareri, *reports* e analisi statistiche pubblicate da istituzioni pubbliche indipendenti, sia

²⁰¹ BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 188 ss. Così, ad esempio, è sempre stato concesso al genitore *single* incontrare i figli minori non conviventi, e ai coniugi o fidanzati non residenti nella stessa abitazione è stato in ogni caso permesso di vedersi sia in luogo chiuso che all'aperto, e ancora era consentito di recarsi presso un altro nucleo di persone appartenenti alla propria cerchia familiare fino ad un massimo di quattro persone, esclusi i figli minori a carico.

²⁰² BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 211 e ss.

²⁰³ I dati raccolti in occasione del procedimento legislativo vengono puntualmente passati in rassegna dal Tribunale, che vi dedica una ventina di paragrafi (§§ 174 ss., ma anche §§ 199 ss.).

nella forma di audizioni di esperti della materia e funzionari specializzati²⁰⁴. Secondo il Tribunale è, inoltre, degno di nota che il materiale istruttorio sia stato ampiamente discusso da parte delle commissioni e dei singoli parlamentari, in una fase del procedimento di produzione normativa nella quale si dispone sempre della possibilità di convocare altri esperti per chiarire gli eventuali dubbi irrisolti²⁰⁵.

In secondo luogo, il Tribunale prende una posizione netta sull'estensione del proprio sindacato sulle prognosi legislative, la legittimità delle quali deve essere vagliata avendo riguardo solo agli elementi di fatto conosciuti o conoscibili dal legislatore al momento in cui ha approvato la legge impugnata, sulla base di un controllo *ex ante* di plausibilità²⁰⁶. In questo senso, le nuove conoscenze scientifiche acquisite durante il processo costituzionale non valgono ad invalidare l'atto legislativo per il sol fatto che l'originario giudizio prognostico abbia dato luogo ad una previsione poi rivelatasi (totalmente o parzialmente) sbagliata, in quanto basata su attese poi non concretizzatesi²⁰⁷. Piuttosto, l'evoluzione delle conoscenze scientifiche disponibili può

²⁰⁴ L'appropriatezza dell'istruttoria parlamentare è stata confermata anche dai terzi esperti sentiti durante l'udienza di trattazione presso il Tribunale costituzionale federale, i quali, chiamati a riferire sugli ultimi dati disponibili sull'evoluzione della pandemia, hanno attestato la ragionevolezza delle scelte legislative in relazione alle evidenze scientifiche allora disponibili (pur al netto di una situazione di persistente incertezza).

²⁰⁵ BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 181-182.

²⁰⁶ BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 186: «Liegen der gesetzlichen Regelung prognostische Entscheidungen zugrunde, kann die Eignung nicht nach der tatsächlichen späteren Entwicklung, sondern lediglich danach beurteilt werden, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, dass die Maßnahme zur Erreichung des gesetzten Ziels geeignet, ob seine Prognose also sachgerecht und vertretbar war. Erweist sich eine Prognose nachträglich als unrichtig, stellt dies jedenfalls die ursprüngliche Eignung des Gesetzes nicht in Frage».

Al di là del profilo della legittimità della prognosi legislativa, il Tribunale dà conto che, all'esito dei dati forniti dai terzi esperti e delle conoscenze scientifiche sulla modalità di trasmissione del virus, la "Legge sulla protezione dalle infezioni" si rivela pienamente legittima anche sotto questo aspetto della prognosi, visto che le misure di contenimento sociale e di protezione individuale continuano a rimanere valide pur nell'evolvere della pandemia, anche in considerazione del fatto che la strutturale flessibilità della trama normativa ha permesso alle autorità locali di rimodulare progressivamente la risposta dell'ordinamento in parallelo con l'evoluzione degli scenari epidemiologici scientificamente accertati. Proprio tale meccanismo mantiene la legge adeguata allo scopo per cui è stata approvata anche nel tempo a venire, e non pone il problema del suo aggiornamento (cfr. § 193).

²⁰⁷ BVerfG - 1 BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 186: «Liegen der gesetzlichen Regelung prognostische Entscheidungen zugrunde, kann die Eignung nicht nach der tatsächlichen späteren Entwicklung, sondern lediglich danach beurteilt werden, ob der Gesetzgeber aus seiner Sicht davon ausgehen durfte, dass die Maßnahme zur Erreichung des gesetzten Ziels geeignet, ob seine Prognose also sachgerecht und vertretbar war. Erweist sich eine Prognose nachträglich als unrichtig, stellt dies jedenfalls die ursprüngliche Eignung des Gesetzes nicht in Frage».

Al di là del profilo della legittimità della prognosi legislativa, il Tribunale dà conto che, all'esito dei dati forniti dai terzi esperti e delle conoscenze scientifiche sulla modalità di trasmissione del virus, la "Legge sulla protezione dalle infezioni" si rivela pienamente legittima anche sotto questo aspetto della

determinare la incostituzionalità sopravvenuta della legge, ciò che fa incombere sul legislatore l'onere di modificarla per tempo²⁰⁸.

L'ultimo aspetto rilevante è, infine, che, a differenza dell'atteggiamento serbato dai giudici in altri Paesi europei (tra cui l'Italia), a volte fin troppo clementi nel validare le misure emergenziali, il Tribunale costituzionale federale non ha rinunciato a svolgere un controllo di stretta proporzionalità sulle misure adottate dal Governo nemmeno in un contesto di crisi pandemica.

Con questa sentenza, quindi, il Tribunale federale di Karlsruhe conferma il carattere peculiare della *Verfassungsgerichtsbarkeit* in Germania, come vero e proprio contropotere che fa sentire con forza il proprio peso politico, vigilando attentamente sull'operato degli altri organi costituzionali e controllando che non esorbitino dalle rispettive prerogative.

10. Sintesi conclusiva. Spunti e suggestioni per il caso italiano

La comparazione con la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sul trattamento dei fatti legislativi ha permesso di evidenziare le potenzialità insite in un sistema di giustizia costituzionale poco avvezzo a mostrare deferenza verso la politica²⁰⁹. Il vantaggio di avere un giudice che esercita un controllo forte sulle valutazioni della politica è doppio, e consiste da un lato nell'aumento della razionalità delle decisioni degli organi legislativi, i quali, a fronte del rischio di essere delegittimati dal Giudice costituzionale, si sentono motivati a decidere in maniera informata e responsabile, dopo avere approfonditamente analizzato i presupposti fattuali delle leggi che intendono

prognosi, visto che le misure di contenimento sociale e di protezione individuale continuano a rimanere valide pur nell'evolvere della pandemia, anche in considerazione del fatto che la strutturale flessibilità della trama normativa ha permesso alle autorità locali di rimodulare progressivamente la risposta dell'ordinamento in parallelo con l'evoluzione degli scenari epidemiologici scientificamente accertati. Proprio tale meccanismo mantiene la legge adeguata allo scopo per cui è stata approvata anche nel tempo a venire, e non pone il problema del suo aggiornamento (cfr. § 193).

²⁰⁸ BVerfG - I BvR 781/21 - (*Bundesnotbremse*), § 189.

²⁰⁹ Del resto, nella letteratura tedesca non si è propriamente mai sviluppato un dibattito sulla *political question doctrine*, e in fin dei conti la realtà di un giudice costituzionale che tiene a briglie strette la politica è un fatto che non desta particolare scalpore e che viene largamente accettato nell'organizzazione istituzionale di quel Paese. Non può, peraltro, nemmeno dirsi che ciò sia avvenuto in Italia, dove al di là della lettera dell'art. 28 della l. n. 87/1953 e dell'invito rivolto dalla dottrina alla Corte costituzionale a tenere un atteggiamento prudente, non si è mai sviluppato un dibattito approfondito sui rapporti tra politica e giurisdizione. L'unica eccezione può essere considerato il lavoro di C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991. Di recente il tema è stato affrontato in maniera organica da C. Drigo, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016.

approvare; dall'altro, in un sistema più efficace di difesa dei diritti fondamentali, portando così a compimento la promessa più ambiziosa del neo-costituzionalismo.

Si è visto che la garanzia della protezione piena dei diritti presuppone una Corte costituzionale che “osa” entrare nel terreno della politica, ragionando come ragionano i parlamentari quando votano, addentrandosi nel cuore della società civile e dei suoi problemi, risolvendoli pragmaticamente. Questo, nondimeno, non significa che ai giudici costituzionali debba ritenersi tutto consentito: nonostante la parziale sovrapposizione tra il ragionamento politico e il ragionamento giuridico, i quali si pongono su una linea di continuità che li porta a condividere alcuni momenti di valutazione, essi divergono perché prendono due direzioni distinte. Inoltre, non bisogna dimenticare che anche il neo-costituzionalismo non può prescindere dal principio maggioritario, che rimette la scelta delle decisioni da prendere nell'interesse della collettività intera alla maggioranza, anche nel caso in cui la valutazione investa profili di notevole incertezza e purché ciò avvenga sulla scorta di una giustificazione valida. La valutazione della maggioranza, anche se non condivisa da tutti i componenti della comunità e seppur sotto certi aspetti opinabile, deve essere rispettata proprio in virtù dell'investitura popolare dell'organo che l'ha presa, in tutti i casi in cui la Carta fondamentale non esaurisca gli spazi di valutazione politica e non imponga un'unica soluzione per una questione controversa.

La ‘difficoltà contro-maggioritaria’ si radica nel dilemma delle democrazie post-belliche di conciliare questi due aspetti del costituzionalismo contemporaneo: difendere la supremazia della Costituzione e i diritti delle minoranze da un lato, preservare il carattere democratico dell'ordinamento e quindi il principio maggioritario dall'altro.

Sotto il primo aspetto, le esperienze di giustizia costituzionale europee e, in generale, della *Western Legal Tradition* paiono convergere nella direzione di un rafforzamento dei poteri delle Corti costituzionali, contribuendo a segnare la distanza che le separa dalle giurisdizioni comuni. Si è definitivamente compreso che il controllo di costituzionalità non servirebbe a granché se non avesse anche un effetto politico: non basta che le Corti costituzionali “accertino”, ma è necessario altresì che “facciano”, non devono cioè limitarsi ad una funzione meramente dichiarativa o negativa, ma devono – nei limiti in cui ciò non traligni in uno spodestamento della funzione legislativa – cercare di rimediare ai vizi della legge con gli strumenti a loro disposizione: interpretando,

manipolando, combinando il testo della legge²¹⁰, in una maniera affatto diversa da come fa il Parlamento, non cioè libera nei fini, ma appunto vincolata all'unico fine, sancito dalla Costituzione, di ristabilire la legalità (costituzionale) violata, rimanendo però entro i confini della linea politica prescelta al momento del confezionamento della legge.

Questo *trend* è chiaramente visibile in quasi tutte le esperienze di giustizia costituzionale, ove le Corti hanno sviluppato in via pretoria nuove tecniche decisorie proprio per dare compiuta risposta alla crescente “domanda” di giustizia costituzionale e adeguare il proprio ruolo in un sistema politico-istituzionale sensibilmente mutato rispetto al modello costituzionale originario²¹¹.

Ora, la scelta di concentrare la comparazione sul sistema tedesco si giustifica proprio in virtù della tendenza appena descritta: se una migliore garanzia dei diritti implica un esame più accurato delle valutazioni in fatto del legislatore, è inevitabile rivolgere l'attenzione alle esperienze straniere nelle quali il processo di intensificazione del sindacato si sia già compiuto, sì da valutare le potenzialità e i rischi che tale evoluzione comporta nel complessivo sistema della forma di governo.

²¹⁰ Il riferimento è a C. Panzera, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013.

²¹¹ La “naturale” creatività delle Corti costituzionali è un fenomeno che in anni recenti sta attirando molta attenzione negli studi della dottrina. Tra i molti si veda, in via generale, L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, cit., pp. 179 ss.; Id., *Sistemi di giustizia costituzionale*, cit., pp. 175 ss., il quale attesta che praticamente tutti i sistemi di giustizia costituzionale si sono dotati, a prescindere dal modello di appartenenza e dalla loro previsione in una disposizione di legge, costituzionale o ordinaria, di sentenze “parziali”, “interpretative”, “additive”, “manipolative”, “ottative”, “monitorie”, “di meccanismo”, “di principio”.

Questo è visibile anche rispetto ad una Corte dal carattere ancora relativamente eccentrico come il Consiglio costituzionale: cfr. M. Cavino, *Lezioni di giustizia costituzionale francese*, cit., pp. 79 ss. e 86 ss. e M. Calamo Specchia, *La giustizia costituzionale in Francia*, cit., pp. 220 ss.

Nell'ambito del continente europeo, il cambiamento più significativo – nonostante si sia ancora lontani dalle coeve esperienze europee – si è registrato proprio in Francia, dove il *Conseil constitutionnel* si è progressivamente ritagliato un ruolo sempre più impegnato nella tutela dei diritti, con ciò superando il modello originario disegnato dalla Costituzione della Quinta Repubblica che, in lume del contesto ideologico che dominava la cultura giuridico-politica francese, vedeva nel potere rappresentativo del popolo la migliore garanzia dei diritti dell'individuo e il naturale argine alla “*judiciarisation*” della società (l'espressione è ripresa dal discorso pronunciato dal Presidente Nicolas Sarkozy il 12 luglio 2007 a Epinal, il quale, dopo avere espresso ampio favore per l'introduzione di un giudizio in via incidentale per adire il Consiglio costituzionale, si è successivamente mostrato più perplesso a causa dell'effetto potenzialmente espansivo che tale scelta poteva avere sull'indipendenza della politica; un estratto del discorso è riportato da M. Cavino, *Lezioni di giustizia costituzionale francese*, cit., p. 90, nt. 25). Sul punto si veda anche S. Benvenuti, *La via francese alla giustizia costituzionale*, cit., pp. 188 ss.

Sulla evoluzione del *Conseil constitutionnel* come giudice garante dei diritti si veda, in particolare, M. Cavino, *Lezioni di giustizia costituzionale francese*, cit., pp. 47 ss. e S. Benvenuti, *La via francese alla giustizia costituzionale*, cit., pp. 95 ss.

Nei termini descritti, la giustizia costituzionale nostrana sta evolvendo in una direzione che l'avvicina all'esperienza tedesca: la Corte costituzionale, infatti, pur rimanendo formalmente legata alle originarie concezioni dei Costituenti circa le proprie funzioni e i limiti al proprio sindacato, ha nel frattempo contribuito attivamente, tra le pieghe delle proprie decisioni, a ritagliarsi una veste parzialmente diversa da quella che risulta dalla lettera del testo costituzionale. Così, essa ha dapprima elaborato tecniche di decisione diverse dalla pura alternativa tra rigetto e accoglimento (si pensi alla vasta gamma di decisioni manipolative), e in seguito ha cominciato ad atteggiarsi ad organo *lato sensu* propositivo che si affianca al Parlamento nei processi di normazione (le vicende sui nuovi diritti, dal matrimonio omosessuale alla morte dignitosa, lo dimostrano ampiamente).

In quasi settant'anni di attività, la Corte costituzionale ha svolto una fondamentale funzione di epurazione dell'ordinamento dalle reliquie dell'autoritarismo fascista e, almeno a partire dagli anni '80 del secolo scorso, ha assunto una indiscutibile funzione di garanzia dei diritti fondamentali, cosa nient'affatto scontata se si pone mente all'originario intento dei Costituenti e alla lettera dell'art. 134 Cost.²¹². L'autorevolezza oggi acquistata dalla Corte costituzionale nell'opinione pubblica italiana ha consolidato la sua centralità nel sistema della forma di governo, rendendo di fatto impossibile un ritorno al modello originariamente definito nel Titolo VI della seconda parte della Costituzione.

Nel corso degli ultimi decenni, è dato cogliere un mutamento sensibile nello stile argomentativo delle sentenze della Corte costituzionale, che si presentano oggi più articolate nella parte in fatto e più approfondite in quella in diritto. La Consulta ha quindi scavalcato quel recinto che confinava il suo sindacato nell'angusto territorio delle norme e si è addentrata nel terreno dell'economia politica, delle relazioni sociali e della scienza. Lo sguardo della Corte non è più rivolto solo alle norme, ma si estende a ciò che sta dietro e oltre le norme.

Un ulteriore dato che avvicina la Corte costituzionale italiana al *modus operandi* del Tribunale costituzionale tedesco è il fatto che oggi si trova sempre più di frequente a

²¹² Sul punto, *ex multis*, v. M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, n. 2/2006, pp. 1643 ss., in specie pp. 1663 ss.; R. Bin, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Riv. AIC*, n. 4/2018, pp. 633 ss.

operare nuovi bilanciamenti, a “mettere in discussione” il compromesso cui era giunto il legislatore nel mediare tra i vari interessi confliggenti: ciò comporta inevitabilmente un maggiore attrito con le forze politiche e l'accusa di travalicare i confini della propria funzione. In particolare, una Corte costituzionale che compie nuovi bilanciamenti assurge a “legislatore positivo”, il quale però è investito di una responsabilità forse maggiore del Parlamento, proprio perché, mancando di legittimazione democratica, non può permettersi di sbagliare, e deve dunque offrire la garanzia di un'alternativa credibile al bilanciamento legislativo, ricostruendo la ‘topografia del conflitto’ in maniera quanto più completa e accurata.

In tutti i casi nei quali la Corte scompagina il bilanciamento originariamente stabilito dal legislatore è, quindi, auspicabile un maggiore uso dei poteri istruttori, affidando la ricostruzione dei contesti tecnicamente e scientificamente complessi ad organi di riconosciuta esperienza e professionalità. La riforma delle *Norme Integrative* del gennaio 2020 rende oggi possibile tale auspicio²¹³.

Se c'è un aspetto sul quale, dal mio punto di vista, la comparazione con l'ordinamento tedesco ha da insegnare qualcosa è il rigore con cui il Tribunale federale ha condotto lo scrutinio di proporzionalità nel giudicare delle misure emergenziali. Sul punto non si possono fare facili paragoni, perché la Corte costituzionale italiana dispone di un canale d'accesso molto più stretto e, com'è noto, l'oggetto del suo scrutinio si limita esclusivamente agli atti aventi forza di legge, mentre il Tribunale federale tedesco può essere adito in via diretta e può esprimersi su tutti i provvedimenti emanati da un'autorità pubblica (legislativa, amministrativa e giudiziaria). Non si intende, pertanto, contestare una mancanza imputabile alla Corte costituzionale (inesistente), quanto piuttosto auspicare una maggiore penetrazione della cultura costituzionale nello stile decisorio dei nostri giudici amministrativi.

²¹³ L'avvicinamento al modello tedesco si scorge anche sotto altri aspetti, che denotano la volontà della Corte di “lanciare segnali” e rafforzare la propria autorevolezza all'esterno: si pensi alle varie iniziative tese a far conoscere la Corte all'esterno del Palazzo della Consulta (come il “Viaggio in Italia”, nei suoi vari appuntamenti nelle scuole e nelle carceri), all'anticipazione delle proprie decisioni più importanti mediante la pubblicazione sul proprio sito web di comunicati stampa, e anche alla traduzione in lingua inglese delle decisioni destinate ad avere un impatto internazionale. Sul punto, di recente, v. G. Bergonzini, *Una Corte costituzionale aperta? Comunicazione partecipazione contraddittorio*, Napoli, 2021, in specie pp. 139 ss.

Un dato che salta immediatamente all'occhio del comparatista è la differente incisività – forse frutto di una diversa cultura giuridica – con cui i giudici italiani e quelli tedeschi hanno vagliato la legittimità delle misure restrittive anti-coronavirus. Il giudice amministrativo italiano (ma il discorso vale, *mutatis mutandis*, anche per il giudice ordinario) non sembra superare i primi due stadi del vaglio di proporzionalità (verifica della legittimità dello scopo e della necessità delle restrizioni, che vengono date quasi per scontate), mentre il controllo di idoneità viene compiuto in linea meramente astratta, senza verificare la reale utilità (o maggiore utilità) delle singole misure nel concreto delle singole situazioni di pericolo. È, invece, praticamente inesistente il controllo di adeguatezza/proporzionalità in senso stretto, che avrebbe richiesto un esame più accurato delle condizioni di fatto e delle conoscenze scientifiche disponibili sulla natura del virus, sulle modalità di trasmissione e sulle mutazioni da esso subite²¹⁴.

È noto che, soprattutto in situazioni caratterizzate da estrema precarietà e urgenza, la necessità di provvedere in tempi rapidi a tutela dell'interesse pubblico induce sovente i giudici a convalidare le decisioni dei poteri pubblici senza indugiare troppo in un controllo troppo spinto sulla proporzionalità delle restrizioni ai diritti fondamentali. È un atteggiamento non estraneo nemmeno alle Corti costituzionali, le quali talvolta hanno chiuso un occhio di fronte di un legislatore che ha ecceduto nella misura pur di non ostacolare le politiche volte al ripristino della normalità. Si tratta, per certi versi, di un *self-restraint* al quale i giudici costituzionali si attengono nella consapevolezza del peso

²¹⁴ Nella giurisprudenza amministrativa che si è espressa sulle misure di contrasto alla pandemia è frequente trovare statuizioni dal seguente tenore: «nel bilanciamento tra gli interessi coinvolti dalla presente vicenda - pur tutti costituzionalmente rilevanti e legati a diritti fondamentali - deve ritenersi assolutamente prevalente la tutela della salute pubblica e, in particolare, degli utenti della sanità pubblica e privata specialmente “delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili (per l'esistenza di pregresse morbidità, anche gravi, come i tumori o le cardiopatie, o per l'avanzato stato di età), che sono bisognosi di cura ed assistenza, spesso urgenti, e proprio per questo sono di frequente o di continuo a contatto con il personale sanitario o sociosanitario nei luoghi di cura e assistenza” (Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)» (Cons. St., sez. III, decreto 29 novembre 2021, n. 6379). Analogamente cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, ordinanza 11 novembre 2021, n. 6098; Cons. St., sez. III, decreto 22 febbraio 2021, n. 884; Tar Lazio, sez. II, ordinanza 4 giugno 2020, n. 4160.

A prescindere dalla correttezza nel merito della pronuncia, ciò che si contesta è il *modus ratiocinandi* che sta a fondo di tale modo di decidere: è ovvio – direi addirittura scontato – che nei momenti di emergenza debba essere data la precedenza all'interesse pubblico, che riguarda tutti e non il singolo. Tuttavia, anche le ragioni dell'interesse pubblico non possono giustificare restrizioni irragionevoli, perché sproporzionate, della libertà individuale. Per controllare se sia stato superato tale limite, sarebbe stato necessario valutare la necessità dei singoli mezzi ai dati offerti dai *reports* redatti dagli organismi pubblici della sanità, nazionali e internazionali, e pubblicati sui rispettivi siti internet. Ciò che, invece, i nostri giudici hanno nella maggioranza dei casi (vi sono anche alcune eccezioni) mancato di fare.

politico delle proprie decisioni, le quali, nelle situazioni critiche, possono essere più d'impaccio che d'aiuto nel superare le criticità contingenti.

Allo stesso tempo, però, un atteggiamento eccessivamente condiscendente verso gli organi politici (dei quali le Corti costituzionali dovrebbero essere i “controllori”) rischia di sminuire il senso della giustizia costituzionale come giurisdizione delle libertà. Difendere i diritti dell'individuo dagli eccessi del potere sovrano significa, infatti, rivendicare la piena precettività delle norme sui diritti fondamentali, dalle quali discendono imperativi d'azione immediatamente vincolanti per il Parlamento e per il Governo, tali dovendo rimanere anche nei momenti di emergenza.

L'atteggiamento segnalato non può non destare preoccupazione sul piano costituzionalistico, in una forma di Stato in cui la precettività dei diritti è un principio (espressione del *favor libertatis*) che vincola senza eccezioni la pubblica autorità all'adozione dei mezzi strettamente indispensabili alla garanzia delle ragioni imperative di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, valutando in concreto che ciascuno di essi sia proporzionato e si risolva in un beneficio effettivamente indispensabile per il bene comune. Durante la pandemia, invece, il giudice amministrativo italiano ha mostrato eccessiva deferenza verso l'autorità, e la motivazione delle sue decisioni presenta un'evidente carenza nella valutazione dell'adeguatezza dei provvedimenti impugnati²¹⁵.

²¹⁵ Ad esempio, se il divieto di svolgere riunioni in un luogo pubblico in periodo di piena pandemia poteva senz'altro giustificarsi allo scopo di prevenire il rischio di contagio e dare la percezione della gravità del pericolo per l'incolumità pubblica (con ciò assolvendo anche ad una funzione *lato sensu* “educativa” verso la cittadinanza), si stenta a comprendere la necessità di un divieto assoluto, insuscettibile di venire derogato nemmeno per piccole manifestazioni organizzate per protesta contro le misure governative, con numero limitato di partecipanti, nel rispetto di regole prestabilite e concordate al fine di garantire la sicurezza dell'evento. Bisogna, a mio avviso, considerare che nel limitare la libertà di riunione non si tratta, puramente e semplicemente, di dare la prevalenza all'incolumità pubblica rispetto alla libertà negativa di riunirsi e manifestare le proprie idee, ma si impedisce l'esternazione del dissenso e la formazione di un'opinione pubblica plurale. Un corretto bilanciamento avrebbe dovuto tener conto, *last but not least*, anche di tale valore, soprattutto in considerazione del suo essere costitutivo del carattere democratico di un ordinamento.

Allo stesso modo, un divieto assoluto di uscire di casa pare inconcepibile nel contesto di una democrazia costituzionale, in cui il perseguimento dell'interesse pubblico non si giustifica mai al prezzo del totale sacrificio delle minime istanze di libertà individuale. Piuttosto, un ordinamento democratico dovrebbe reagire all'emergenza abbinando restrizioni imperative con il riconoscimento di un margine di attuazione demandato all'autonomia e responsabilità del singolo. Una politica mirata al contenimento del virus mediante l'introduzione di un divieto assoluto di uscire di casa (escluse le limitatissime ipotesi legate ai bisogni di prima necessità) è, inoltre, tutto orientato alla tutela della salute in senso meramente fisico, trascurando le gravi conseguenze che ciò avrebbe avuto in termini di salute psichica.

Ora, tralasciando i numerosi (s)bilanciamenti attuati soprattutto nel primo anno di pandemia, l'auspicio è che in futuro si tenga conto degli sbagli del passato e che ci sia maggiore consapevolezza dei danni duraturi che possono provocare decisioni prese in preda al flusso emotivo dell'emergenza.

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Tecnica, scienza e diritto nella giurisprudenza costituzionale comparata, con particolare riguardo al ruolo della Corte nel sistema della forma di governo – 2. Un uso oculato del canone della ragionevolezza scientifica: il giusto posto della scienza nel sindacato sulla discrezionalità del legislatore – 3. Un altro problema all’orizzonte: l’uso del termine ‘razza’ in Costituzione – 4. Problematiche attualissime sulla gestione dell’emergenza sanitaria da Co-ViD-19, e una notazione sugli obblighi di vaccinazione

1. Tecnica, scienza e diritto nella giurisprudenza costituzionale comparata, con particolare riguardo al ruolo della Corte nel sistema della forma di governo

Qualunque discorso giuridico sul rapporto tra diritto e scienza non può non tener conto della provvisorietà della conoscenza umana e del fatto che la ‘scienza’ – ma il discorso vale per ciascuna scienza – è in continua evoluzione. È opinione oggi generalmente riconosciuta che la scienza non sia in grado di stabilire verità indiscutibili, e se è anche vero che certe acquisizioni sembrano essersi consolidate nel discorso degli scienziati, il suo scopo non è di fornire certezze rassicuranti che valgano a rincuorare gli animi di chi deve prendere decisioni “difficili”.

Il fatto che la conoscenza scientifica non si sottragga a diverse prese di posizione nella comunità scientifica non contraddice l’assunto che si tratti di una conoscenza oggettiva, fondata su un metodo rigoroso che filtra le componenti personalistiche ed emotive che rischiano di offuscare la validità dei suoi risultati.

Per quanto provvisorio, il sapere scientifico rimane un dato di fatto che vincola le tecniche di normazione e ne condiziona l’efficacia.

Diritto e scienza sono, infatti, due dimensioni che si condizionano reciprocamente: il diritto regola e limita le facoltà di esercizio della scienza, mentre la scienza dal canto suo pone le condizioni e determina gli strumenti per mezzo dei quali perseguire gli scopi del diritto.

Una buona tecnica di normazione dovrebbe assicurare la costante e reciproca comunicazione tra queste due dimensioni. L’atto normativo non deve quindi essere ingessato con definizioni, norme tecniche o *standard* fissi la cui rapida obsolescenza

possa un domani determinare la sua invalidazione per incongruità rispetto alle più recenti evidenze scientifiche.

Sul piano più propriamente costituzionalistico, si è visto, però, che la scienza e la tecnica condizionano gli atti normativi in misura differente, dovendosi avere riguardo alla specificità di ciascuna materia su cui insista la legge impugnata. Il grado di attinenza con la scienza sarà, dunque, molto alto in materie quali la regolamentazione della pratica medica e dell'immissione in commercio e utilizzo di nuovi farmaci, sarà al contrario relativamente basso, anche se non del tutto indifferente, in materie nelle quali si faccia questione di disciplinare alcuni aspetti della produzione economica o di regolare le relazioni sociali tra individui.

Il "peso" della scienza varia, inoltre, a seconda del grado di incisività con cui l'autorità pubblica limita la libertà individuale, nel bilanciamento con gli eventuali interessi concorrenti: così si è visto che il giudizio della scienza ha giocato un ruolo di primissimo ordine nella declaratoria d'illegittimità delle disposizioni di legge che incidevano sulla libertà personale (es. il reato di plagio) o che limitavano la libertà di cura (es. le modalità di esecuzione di alcuni trattamenti di PMA) o che pregiudicavano un diritto costituzionale (es. il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro dopo la dispensa per malattia), mentre è stato marginale o sicuramente non determinante in fattispecie coinvolgenti altre libertà (es. la disciplina sulla panificazione in orari notturni, o la libertà di ricerca scientifica con cellule staminali embrionali).

Nel solco di queste considerazioni, l'analisi della giurisprudenza costituzionale ha evidenziato l'opportunità di distinguere tra casi nei quali il giudizio di scienza rileva ed è determinante per la definizione della questione di costituzionalità e casi nei quali le valutazioni scientifiche, pur rilevanti, non siano determinanti ai fini dello scrutinio sulla legittimità dell'atto impugnato.

Come si è avvertito, il richiamo al dato scientifico è un argomento autorevole cui i giudici *a quibus* e le parti costituite o intervenute nel giudizio costituzionale si appellano al fine di corroborare la bontà delle proprie argomentazioni. Nondimeno, non è detto che tale sarà necessariamente la prospettiva del Giudice costituzionale.

È, del resto, nell'ordine delle cose che la prospettiva del giudice rimettente e quella del Giudice delle leggi possano differire nella configurazione dei termini in base ai quali la questione di costituzionalità viene impostata e decisa. Il giudice *a quo* è, in un

certo qual modo, “interessato” a far dichiarare incostituzionale una norma limitatrice di posizione che egli ascriva al novero dei diritti o interessi costituzionalmente garantiti. Il modo in cui questi concepisce la questione è necessariamente influenzato – se non altro per la “vicinanza” alla vicenda da cui origina – dalla gravità del peso con cui la norma di legge incide sulla situazione personale dei soggetti coinvolti. La prospettiva dalla quale il giudice comune si appropria alla questione non è, puramente e semplicemente, la legittimità della norma sul piano costituzionale, quanto l’ingiustizia del caso concreto per come si palesa nella causa di cui si trova a decidere¹.

Diversamente, il Giudice costituzionale vaglia la legittimità della norma impugnata da una doppia prospettiva che tiene conto sia delle istanze di giustizia sollevate dal caso concreto, sia del margine di discrezionalità che la norma costituzionale riserva al legislatore nella disciplina della materia.

La Corte costituzionale è infatti un organo che per la sua natura anfibia deve tener conto tanto delle ragioni della giustizia quanto delle ragioni della politica. Il suo ruolo in un sistema democratico è sia di far rispettare la Carta come atto giuridico di portata precettiva, sia di moderare il processo politico favorendo la formazione di decisioni democraticamente concordate. Per tale ragione, i casi in cui il Giudice delle leggi sostituisce il proprio apprezzamento al Parlamento dovrebbero essere eccezionali o, in ogni caso, confinati a ipotesi residuali.

Il doppio ruolo della Corte costituzionale, quale garante dei diritti e mediatrice dei conflitti, pone la necessità di trovare un giusto equilibrio tra le sue due anime, quella politica e quella giurisdizionale. Ciò significa che essa dovrebbe fare un uso oculato delle proprie tecniche di decisione, orientando l’attività degli organi politici secondo modalità collaborative e indirizzandoli verso soluzioni quanto più rispettose dei principi e dei diritti fondamentali, senza però ostacolare le dinamiche pattizie e compromissorie proprie della democrazia parlamentare.

Si è visto, in particolare nel terzo e quarto capitolo, come la Corte costituzionale abbia fatto uso di un ampio strumentario di tecniche decisorie per ristabilire quella

¹ Non diversamente da quanto fa la Corte Europea dei diritti dell’uomo, la quale – come si è ricordato – è costante nell’affermare che il suo scrutinio si estende a considerare se, nel singolo caso di specie, un diritto protetto nella Convenzione sia stato violato e se l’azione o l’omissione dello Stato rientri in una delle eccezioni previste dalla stessa Convenzione, e se sia giustificata per il perseguimento del legittimo obiettivo avuto di mira.

proficua comunicazione tra diritto e scienza che dovrebbe ordinariamente presiedere alla regolamentazione di materie aventi una intrinseca connotazione scientifica.

Si è visto, inoltre, che l'opzione per una tipologia di decisione piuttosto che per un'altra non fosse il frutto di scelte casuali, ma fosse bensì giustificata dalla concreta possibilità per la Corte di intervenire sul testo di legge senza sconvolgerne l'impianto, permettendo l'espansione di una regola generale già contenuta in essa (o in altra parte dell'ordinamento), e possibilmente senza che fosse necessaria un'aggiunzione eccessivamente manipolativa da parte sua. Si sono quindi analizzate sentenze che recavano un dispositivo di annullamento *tout court* o di annullamento parziale, quindi interpretative di rigetto, molte poi di inammissibilità con monito al legislatore e, infine, additive di principio e di meccanismo.

Da ultimo, si segnala la significativa tecnica decisoria elaborata dalla Corte con le due decisioni sul "caso Cappato" (ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019). Come si ricorderà, questa nuova strategia di decisione è stata escogitata dalla Corte nel tentativo di ricercare nuove modalità di dialogo e coordinamento con il legislatore, a fronte della riconosciuta inefficacia della tecnica della 'doppia pronuncia' nella disciplina del 'seguito' delle decisioni della Consulta. Nelle parole della Corte, la nuova tecnica decisoria mira a ricreare quello spirito di «leale e dialettica collaborazione» che, secondo il modello costituzionale, dovrebbe informare lo schema dei rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento. Un modello che, per l'appunto, concepisce i due organi come dotati di competenze e poteri fondamentalmente diversi, ma reciprocamente complementari: l'attività legislativa è, come si sa, monopolio del Parlamento, mentre alla Corte costituzionale è riservata un'opera di epurazione, di «legislazione negativa»², o al più di perfezionamento di un prodotto già finito.

In passato, quando riscontrava la presenza di margini piuttosto ampi di discrezionalità, ovvero concludeva che un mero ritocco giurisprudenziale non sarebbe stato risolutivo della questione prospettata, in quanto bisognosa di un intervento riformatore del Parlamento, la Corte costituzionale tendeva a pronunciare una sentenza di inammissibilità assistita però da un monito rivolto alle Camere affinché approvassero una legge di riforma della disciplina di settore. Se in passato ciò è avvenuto solo in alcuni

² H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, pp. 174 ss.

casi e, generalmente, con forti ritardi³, negli ultimi anni questo meccanismo di raccordo è divenuto totalmente inefficace, dando luogo ad una situazione gravemente disfunzionale nella dinamica tra Istituzioni. La nuova tecnica decisoria si pone come il tentativo di iniziare una nuova era nel rapporto tra istituzioni democratiche e organi di garanzia, alterando il modello originario a Costituzione invariata, pur sempre però nell'ottica di attuare i valori fondamentali in essa consacrati.

In un momento storico di forte crisi del nostro modello parlamentare sembra dunque affacciarsi quell'alternativa – che in parte compensa la mancanza di leale collaborazione nel raccordo tra istituzioni – che propugna la pari dignità costituzionale di legislazione e giurisdizione, due funzioni che pur non sovrapponibili possono considerarsi equiordinate rispetto al comune obiettivo di attuare la Carta fondamentale⁴.

In ciò si potrebbe scorgere la riedizione della teoria dei “poteri a fisarmonica” usata per descrivere le dinamiche di assestamento nel rapporto tra il Presidente della Repubblica e gli altri poteri dello Stato⁵: un modello compensatorio nel quale, in piena sintonia con la Costituzione, si assiste al naturale rafforzamento – o maggiore interventismo – di un potere in risposta alla debolezza di un altro⁶.

Certo, l'applicazione di questa teoria ai rapporti tra Corte costituzionale e Parlamento non è immune da critica, perché mentre il Presidente della Repubblica è un organo di garanzia avente natura politica, che agisce “in soccorso” ad altri organi politici per assicurare il normale funzionamento delle Istituzioni repubblicane, la Corte costituzionale è e rimane un organo di natura giurisdizionale, che non è legittimato a sostituirsi alla politica e rispetto alla quale è altamente discutibile che possa svolgere un ruolo quasi tutorio, come avviene in Germania da parte del *Bundesverfassungsgericht*.

Tutto sommato, pare a chi scrive che la nuova tecnica decisoria rappresenti un buon compromesso tra l'imperativo di assicurare il rispetto dei principi costituzionali e la

³ È una constatazione che faceva già, a suo tempo, L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987, pp. 227 ss.

⁴ In questo senso M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, pp. 7 ss., in specie pp. 18 ss.

⁵ Tale teoria, che a quanto sembra si deve ad una intuizione di Giuliano Amato, è stata recentemente evocata dal suo Autore in occasione della conferenza stampa per l'insediamento come Presidente della Corte costituzionale proprio per descrivere la relativa fluidità dei rapporti tra poteri dello Stato.

⁶ In proposito v. anche A. Ruggeri, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. fond.*, n. 2/2018, pp. 13 ss.

necessità di non eliminare gli spazi di autonomia decisionale che la Costituzione riconosca agli organi della rappresentanza politica. Questa tecnica di decisione, articolata in due momenti – uno interlocutorio, scandito da un’ordinanza, e uno decisorio, che culmina in una sentenza di accoglimento – si configura come un equilibrato momento di raccordo che da un lato permette al Giudice costituzionale di ritenere la questione originariamente sollevata ed, eventualmente, di deciderla nel caso in cui il legislatore rimanesse inerte al suo monito, dall’altro lascia un congruo periodo di tempo al Parlamento per intervenire sulla normativa “sanando” le criticità evidenziate nell’ordinanza di rinvio dell’udienza, senza comprimere quel margine di discrezionalità che la stessa Corte avesse riconosciuto.

Nel caso in cui la Corte si trovasse a dover decidere in risposta all’inerzia parlamentare, lo *shock* che si proverebbe di fronte a quella che fino a pochi anni fa era da considerarsi una indebita usurpazione della funzione legislativa sarebbe comunque da ridimensionare, giusta la considerazione che la disciplina stabilita nel dispositivo della sentenza avrebbe carattere provvisorio e non sarebbe d’ostacolo al potere del Parlamento di disporre diversamente.

Dal punto di vista della garanzia della Costituzione, è forse meglio evitare di incasellare un sistema di giustizia costituzionale entro schemi rigidi e definiti che, inevitabilmente, falserebbero la realtà delle cose. È relativamente poco importante stabilire se in un dato sistema (o in un dato momento storico) prevalga l’anima politica o giurisdizionale della Corte costituzionale, perché questa partecipa di entrambe: essa ha una natura primariamente giurisdizionale in quanto non possiede libertà di iniziativa politica ed è tenuta a decidere nel rispetto di poche ma precise regole processuali; essa ha anche però una natura politica in quanto, nel decidere, si addentra inevitabilmente in valutazioni di opportunità e di equilibrio tra poteri, senza contare che gli atti normativi oggetto del suo scrutinio sono la massima espressione del potere politico⁷.

Ne esce un quadro molto vario, nel quale la Corte costituzionale risulta l’organo di chiusura del sistema, in seno alla quale si misura la tenuta dell’ordinamento sia come apparato che come sistema di valori. Rimangono pienamente valide ed efficaci le parole

⁷ Sul punto si vedano, di recente, gli scritti contenuti in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Torino, 2017.

con le quali Enzo Cheli descriveva, trent'anni or sono, il ruolo della Corte nel sistema della forma di governo: «[i]n condizioni di instabilità, transizione, inefficienza, paralisi del sistema politico, la Corte tende a divenire sede di mediazione dei grandi interessi che non trovano sbocchi soddisfacenti nelle istituzioni rappresentative tradizionali (e in questo caso si accentuano gli aspetti «politici» del modello); in condizioni opposte di instabilità, compattezza, efficienza, dell'assetto politico, la Corte tende a divenire organo degli interessi minoritari, che si muovono ai margini di un sistema che non li rappresenta (e in questo secondo caso sono gli aspetti «giurisdizionali» del modello ad essere accentuati)»⁸.

2. *Un uso oculato del canone della ragionevolezza scientifica: il giusto posto della scienza nel sindacato sulla discrezionalità del legislatore*

Tirando le fila del discorso, si deve ora cercare di chiarire quando la scienza si atteggi come un vero e proprio parametro nella valutazione di legittimità costituzionale delle leggi scientificamente connotate e quando, invece, nonostante il posto privilegiato che essa abbia avuto nella prospettazione di parte, debba considerarsi non decisiva per la risoluzione della questione, non potendo quindi assurgere a parametro per la definizione della controversia sollevata.

Il richiamo ai fatti di scienza come terzo referente che si interpone tra la norma di legge e la norma costituzionale nella valutazione di legittimità della prima sta diventando un “mantra” nelle decisioni della giurisprudenza e negli scritti della dottrina. In quanto conoscenza ritenuta oggettiva, ricavata applicando un metodo rigoroso che ne garantisce la validità, la scienza è un sapere rassicurante per il giurista, il quale, chiamato a dirimere una controversia concreta, non può rifugiarsi dietro un *non liquet* ma deve per forza esprimersi dando torto o ragione. La paura di prendere una decisione sbagliata può, in effetti, incoraggiare i giudici ad aggrapparsi alle robuste certezze della scienza, mitigando la componente inevitabilmente anche emotiva del loro lavoro con una patente di obiettività che favorisce l'accettazione della decisione all'esterno delle aule di tribunale, nella cosiddetta ‘società civile’.

⁸ E. Cheli, *Il Giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, p. 110.

Dinanzi ad un atteggiamento che, a ragione, può definirsi “scienziato” non ci si può esimere dal chiedersi se ed entro quali limiti i problemi della scienza giuridica possano venire risolti con gli strumenti della scienza.

Non è il caso di aprire discussioni infinite su una questione per la quale non esiste una risposta definitiva. Vi sono ambiti rispetto ai quali il giudizio della scienza conta, e conta a tal punto che il diritto non potrebbe recepire alcun'altra soluzione che non sia stata verificata sul piano propriamente scientifico.

È questo tipicamente il caso delle questioni che ruotano attorno alla scienza medica (rispetto alle quali, come ricordato nel terzo e nel quarto capitolo, la Corte costituzionale italiana è andata definendo una vera e propria ‘riserva di scienza’), ma anche di tutti quei casi in cui la norma costituzionale presupponga il rinvio a norme tecniche o applicazioni scientifiche la cui violazione integri già un motivo di illegittimità della legge. Casi in cui, sebbene la norma-parametro non ne faccia esplicita menzione, di fatto imponga al legislatore di integrare il contenuto precettivo della legge con le cognizioni di una scienza specifica, quale sua parte costituzionalmente necessaria.

Rientrerebbero in questa ipotesi anche quei casi in cui lo scopo costituzionale non può essere perseguito se non tenendo conto delle evidenze scientifiche disponibili. In quest'ultimo caso, la scienza non ha la funzione di parametro in senso proprio, ma costituisce la base ineludibile di partenza per la costruzione di una disciplina normativa congrua e adeguata alla realtà fattuale esterna. Si pensi, tipicamente, al caso delle politiche vaccinali o delle politiche di intervento ambientale, ma anche di questioni con le quali il giurista ha più confidenza, come quelle riguardanti l'esecuzione della pena nel contemperamento tra il diritto alla salute del reo e l'interesse della collettività, o quelle riguardanti l'attuazione degli scopi di intervento sociale a protezione dei soggetti svantaggiati.

Oltre a questi casi, ve ne sono altri in cui la scienza, anche se ha qualcosa da dire su certe fattispecie, non può fungere da loro elemento costitutivo o da parametro per la valutazione di legittimità della legge. Si tratterebbe di ipotesi nelle quali la scienza rappresenta una tra le plurime dimensioni nelle quali si scompone la fattispecie normata, e rispetto alle quali il legislatore gode di una discrezionalità sufficientemente ampia che gli permette di scegliere tra più soluzioni differenti, scelta che la Corte è in principio tenuta a rispettare.

Sono, queste, ipotesi nelle quali la valutazione sottesa alla fattispecie non si riduce ad un mero fatto di scienza, ma tiene conto della sensibilità etica di una società, di precomprensioni culturali, storiche e religiose che incidono sulle strutture fondamentali dell'organizzazione civile, economica e sociale di una nazione.

Rientrano in questa categoria, *in primis*, quei casi che presentano un'attinenza relativamente debole con la scienza, come si è detto a proposito delle fattispecie legislative di regolazione di alcune attività economiche o delle fattispecie tributarie, nelle quali non rileva tanto il profilo scientifico sulla nocività o meno di un prodotto, quanto piuttosto la sua idoneità ad essere tassato quale bene economico espressione di ricchezza che giustifichi l'imposizione.

Rientrano in questa categoria, inoltre, quei casi in cui si pongano problematiche rispetto alle quali è particolarmente acceso lo scontro tra visioni opposte nella società, e che non siano suscettibili di venire risolte con i soli strumenti del diritto: casi in cui la scienza ha la potenzialità di "fare la differenza", ma ciò deve accompagnarsi all'accettazione da parte della società delle nuove applicazioni da essa rese possibili. In questa casistica si sono annoverati, emblematicamente, il dibattito sulla possibilità di destinare alla ricerca scientifica gli embrioni sovranumerari affetti da malattie genetiche e il dibattito sul riconoscimento dei 'nuovi diritti'.

Rispetto a quest'ultimo tema, ci si limita a richiamare il caso dell'accesso alla PMA per le coppie formate da persone dello stesso sesso o per i *single*. Una questione che, in anni recenti, ha formato oggetto di frequente rivendicazione in sede giudiziaria, ma rispetto alla quale la politica non ha ancora preso posizione, mantenendo l'atteggiamento di chiusura espresso vent'anni fa con la legge 40. Chiamato ad esprimersi, il Giudice delle leggi ha dichiarato non fondata la questione, stabilendo che il principio sotteso alla regola legislativa (il migliore interesse del minore è garantito facendolo nascere in un contesto familiare bigenitoriale, in cui avrà un padre e una madre) non è irragionevole e non rappresenta di per sé una causa di discriminazione.

Il problema al fondo della questione è se esista nel nostro ordinamento un diritto alla genitorialità riferito alla persona indipendentemente dalla sua dimensione affettiva o condizione di coppia. Se un tale diritto esiste, è legittimo attendersi che la Corte valuti le limitazioni al suo accesso applicando uno scrutinio rigoroso di proporzionalità. Discorso diverso vale nel caso in cui, pur ammettendo che la Costituzione tuteli il diritto della

persona a realizzarsi come genitore, rimetta in concreto la conformazione di tale diritto ad un apprezzamento politico-sociale del legislatore, quale soggetto più indicato per sondare le aspettative sociali nutrite dalla maggioranza dei cittadini (come l'aspettativa del nato a crescere in una formazione familiare che offra maggiori garanzie di stabilità, con due genitori di sesso diverso), valutando se la società sia pronta ad accettare nuove forme di famiglia.

In base a questa seconda impostazione (che è quella accolta dalla Corte, e che in questo studio si è ritenuta non implausibile), il diritto alla genitorialità inerisce ad un ambito di valutazione che deve tener conto sia delle prospettive della scienza sia delle aspettative della generalità dei cittadini circa il modello di famiglia nel quale vorrebbero vivere. Ciò non esclude la possibilità di dare pieno riconoscimento alle nuove famiglie, ma rimette tale scelta (comunque incoraggiata dalla Corte) ad un atto del legislatore, affinché un passo così importante per la società goda di una legittimazione "dal basso" che attesti con quella scelta la definitiva acquisizione alla coscienza sociale delle nuove famiglie.

Del resto, la prospettiva dalla quale la Corte ha tendenzialmente trattato delle questioni sui diritti riproduttivi è quella del minore e del suo miglior interesse, definito a livello legislativo mediante la positivizzazione dell'idea che la maggior parte dei cittadini ha di esso in un dato momento storico. La definizione legislativa di una concezione *standard* su quale sia, su un piano astratto e ideale, il migliore interesse del minore non contraddice, peraltro, il possibilità per il giudice di riconoscere, sulla base del caso concreto, situazioni familiari atipiche che, pur non contemplate dalla legge se non addirittura in aperto contrasto con essa, siano meritevoli di tutela.

Ciò si spiega per la diversità di funzione che la legge e la sentenza rispettivamente assolvono nel sistema delle fonti del diritto: mentre la legge persegue un interesse generale mediante la standardizzazione di un modello che vorrebbe instaurare un ordine sociale conforme alle preferenze della collettività, la sentenza attua i valori costituzionali applicando gli strumenti della legge ma, allo stesso tempo, ha anche una funzione di chiusura del sistema, provvedendo a fare giustizia nei casi rispetto ai quali la legge tace.

La Corte costituzionale ha quindi, di fatto, riconosciuto un diritto alla genitorialità. Un diritto che, però, ha natura composita: l'insieme delle pratiche che possono trovare attuazione nell'ambito della fecondazione artificiale definiscono i confini esterni fino ai

quali quel diritto può astrattamente estendersi, ma la concreta perimetrazione di quei confini non è una prerogativa esclusiva della scienza, dovendosi fare i conti anche con la specificità del sentire etico-religioso e culturale di ciascuna società.

Insomma, scienza e società sono un binomio indissolubile, due termini che devono procedere – per quanto possibile – insieme. Non importa che la prima progredisca rapidamente e la seconda a piccoli passi: ciò che conta è la ricerca di un giusto equilibrio in modo che l’una e l’altra s’accompagnino nella ricerca delle soluzioni più adeguate al benessere della persona.

3. *Un altro problema all’orizzonte: l’uso del termine ‘razza’ in Costituzione*

Le considerazioni sopra svolte possono estendersi a molte delle discussioni che negli ultimi anni hanno diviso l’arena politica e la società civile.

Per ragioni di sintesi, se ne evoca solo una: la tormentata questione della rimozione della parola ‘razza’ dal testo della Costituzione. Non è un problema che si pone solo nel dibattito italiano, ma è entrato anche nella discussione pubblica di altri Paesi.

L’argomento di fondo per cui oggi se ne chiede l’ostracismo muove dall’assunto in base al quale è un dato scientifico incontrovertito che, secondo i più recenti studi di genetica, non sia predicabile alcuna distinzione di natura razziale tra le popolazioni dei vari continenti⁹. Sicché, la presenza di tale concetto nella Carta fondamentale non solo sarebbe inutile, ma rischia di perpetuare discriminazioni e violenze ai danni delle minoranze¹⁰.

Ad opinione di chi scrive questo dibattito soffre di un vizio ideologico fondamentale, espressione palese di un atteggiamento scienziatista che pretende di derivare il «dover essere» del diritto dall’«essere» della scienza, contraddicendo quella che è nota come “legge di Hume”.

Sul punto si possono fare due considerazioni, che attengono da un lato al rapporto tra scienza e diritto nell’ottica del linguaggio costituzionale, dall’altro alla natura e alla funzione della Costituzione sul piano storico.

⁹ Cfr. M. Tomasi, *Genetica e Costituzione. Esercizi di uguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Napoli, 2019, pp. 148 ss.

¹⁰ In generale sul tema v. G. Barbujani, *L’invenzione delle razze*, Milano, 2006.

Quanto al primo aspetto, si ritiene di dover affrontare la questione rimanendo fedeli all'impostazione di fondo che ha mosso la presente ricerca, per mezzo della quale si sono attinti alcuni punti fermi per stabilire quando e a quali condizioni la scienza è un fattore che vincola senz'altro il diritto, ciò che si presenta quando la valutazione di scienza integri un elemento costitutivo della fattispecie, mancando il quale la norma perderebbe la sua intrinseca ragion d'essere. Alla stregua di ciò, bisogna chiedersi: la questione della 'razza' si riduce ad un mero fatto di scienza? Il fatto che la comunità scientifica (o quantomeno la parte più autorevole di essa) neghi valore scientifico alla classificazione per razze preclude in assoluto alla politica e al diritto di utilizzare tale concetto?

A questo punto si innesta la seconda questione, la quale attiene al valore della Costituzione come fatto storico e documento politico. La Carta fondamentale vede la luce in un momento storico nella quale la neonata Repubblica italiana necessitava di una rigenerazione culturale e politica, in antitesi rispetto all'esperienza totalitaria, pervasa da valori contrari al senso di umanità e ai principi della dignità umana e della solidarietà tra i popoli. La Costituzione è, dunque, prima di tutto un fatto storico nella forma di un progetto politico che il popolo italiano si è dato per attuare un modello di società diverso da quello che informava le strutture politiche e sociali dell'epoca.

Il linguaggio della Costituzione non può che essere espressione dello spirito dell'epoca, ma soprattutto dell'intento dei Costituenti. Non bisogna dimenticare che le Carte costituzionali sono atti fondativi di un nuovo ordine politico, che guardano al futuro pensando alle tragedie del passato. Niente di ciò che sta scritto nella Costituzione necessita di un fondamento diverso dal progetto politico che la ispira. Ricercare una giustificazione scientifica per interpretare il testo costituzionale è, quindi, una operazione priva di senso e ideologica.

Questo problema, inoltre, implica che ci si interroghi preliminarmente sulla 'razza' sia come concetto scientifico che come categoria sociale. A prescindere dal fatto che questa questione abbia interessato i genetisti sul piano scientifico-naturalistico, il punto è stabilire se, una volta destituito tale concetto di fondamento scientifico, possa mantenere una sua autonomia concettuale come categoria di natura sociale, che esiste nella coscienza collettiva quale prodotto della storia e dell'immaginario comune.

Nell'attuale momento culturale, dominato dal "politicamente corretto", liberarsi di concetti problematici come 'razza' sembra la soluzione più semplice per risolvere

fenomeni ben più temibili come il razzismo e le tante altre manifestazioni di violenza che si diramano da esso. Ma al rimedio non è probabilmente associato un impegno sincero ad arginare il problema, scopo per il quale sarebbero necessari interventi di ben altro tipo.

Rimane soprattutto il fatto che, anche espungendo dal vocabolario della Costituzione la parola ‘razza’, non ci si sbarazzerebbe del razzismo, che è un fenomeno molto palpabile e distintivo di un atteggiamento culturale praticamente diffuso in ogni società, e ugualmente odioso. Il fenomeno del ‘razzismo’ è strettamente collegato alla ‘razza’ come concetto generale col quale si suole designare qualsiasi «raggruppamento di individui che presentano un insieme di caratteri fisici ereditari comuni» che nell’uomo, in particolare, «si riferiscono a caratteristiche somatiche (colore della pelle, tipo di capelli, forma del viso, del naso, degli occhi ecc.), indipendentemente da nazionalità, lingua, costumi»¹¹.

La distinzione per razza è quindi il frutto della tendenza a classificare gli individui in base a segni fenotipici che permettono l’identificazione di un soggetto con un ceppo genetico e, solitamente, anche con un’area geografica del globo.

Quantunque si volesse negare – come effettivamente è stato fatto – la validità scientifica di tale modo di pensare, la ‘razza’ rimane un ‘fatto storico-sociale’ di cui le odierne società multietniche non riuscirebbero comunque a fare a meno, trattandosi di un fattore che appartiene al patrimonio culturale comune, sedimentatosi nel corso di millenni di storia dell’umanità.

Che senso ha, allora, togliere la parola ‘razza’ dalla Costituzione, una volta appurato che quel concetto rimarrebbe nell’immaginario collettivo e continuerebbe a manifestarsi nei comportamenti “razzisti”?

Il problema della validità scientifica della ‘razza’ non ha proprio senso di porsi nell’ambito di un discorso giuridico e politico, perché la moda iconoclasta degli odierni benpensanti non tiene conto che la Costituzione conferisce specifica rilevanza alla ‘razza’ come ‘fatto sociale’ inoppugnabile da cui non può (né è opportuno) prescindere, stabilendo una forma speciale di protezione all’art. 3, co. 1 Cost. e dando mandato al legislatore, all’art. 3, co. 2 Cost., di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale «che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno

¹¹ Voce *Razza*, in *Enc. Treccani*, online.

sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Inutile dire che molti di tali ostacoli, sia di ordine economico che sociale, si frappongono tra l'individuo e un'esistenza pienamente libera e dignitosa proprio per ragioni di carattere razziale.

Ritorna la domanda iniziale: che senso ha eliminare la parola 'razza' se poi rimane il problema del 'razzismo', che è un concetto derivato dalla prima?

Ancora una volta è dimostrato che il richiamo alla scienza nell'ambito di problematiche sociali non deve scadere in inutili e banali tentativi di perseguire una rieducazione simbolica della società, come se fosse la panacea di problemi che pur continuerebbero ad avvelenarla nell'intimo dei rapporti umani.

4. Problematiche attualissime sulla gestione dell'emergenza sanitaria da CoViD-19, e una notazione sugli obblighi di vaccinazione

Si crede di dover concludere accennando ad alcuni problemi di strettissima attualità, sui quali gli Stati europei continuano a interrogarsi pur senza avere ancora trovato una linea comune.

La pandemia provocata dal CoViD-19 (cioè la malattia scatenata dal virus Sars-CoV-2) ha colto impreparati gli Stati di tutto il mondo, molti dei quali non hanno subito colto la gravità di un patogeno in larga parte sconosciuto e di cui solo a distanza di due anni possiamo dar conto in maniera sufficientemente compiuta. La strategia per il contrasto alla pandemia è sensibilmente variata da Paese a Paese: qualcuno si è mostrato all'inizio renitente a introdurre restrizioni alla circolazione per vedere quale sarebbe stato lo sviluppo dell'epidemia (che nel giro di poche settimane sarebbe diventata pandemia), altri invece hanno immediatamente imposto severe misure di contenimento sociale per difendere la popolazione dal rischio di contagio¹².

Non è possibile in queste note conclusive trattare compiutamente delle strategie messe in atto per arrestare la diffusione del virus. Due anni di pandemia offrono però

¹² In generale, sulla gestione della pandemia in Italia, v. L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *DPCE online*, n. 2/2020, pp. 1491 ss. e A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, pp. 1 e ss.; in prospettiva comparata v. L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, online, 2020, osservatorio Emergenza Covid-19.

l'occasione per riflettere, una volta di più, sulla relazione che lega diritto e scienza nella formazione della decisione politica in un contesto di scienza incerta¹³. Tale connessione investe, primariamente, il problema della ricerca di soluzioni efficaci ad arrestare la trasmissione del virus: la mancanza di conoscenze scientifiche sul nuovo agente patogeno non permetteva di stabilire con precisione quali misure dovessero ritenersi necessarie allo scopo¹⁴, sicché gli attori politici avrebbero dovuto presumibilmente affidarsi ai dati disponibili sul virus Sars e ad alcuni elementi che facevano presumere che la sua trasmissione avvenisse su base inter-personale, per via aerea o mediante contatto fisico¹⁵.

Questo problema intercetta un primo momento di connessione tra scienza e diritto: è ovvio, infatti, che la selezione delle strategie difensive e delle misure di contrasto alla diffusione del virus non poteva avvenire “alla cieca”, ma sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili. Sono queste che ci dicono *dove* agire (nelle relazioni sociali, e in specie nei luoghi ad alto affollamento) e *come* agire (tenendo una distanza minima dagli altri, evitando di stringersi la mano, abbracciarsi o baciarsi, indossando la mascherina o altri dispositivi di protezione). Nel momento in cui la scienza è in grado di stabilire la natura dell'agente patogeno, è anche in grado di offrire prime risposte alla domanda su quali comportamenti siano a rischio e vadano disincentivati – se non addirittura vietati – dalla legge.

Alla stregua di ciò, la scienza è anche in grado di dirci quali misure siano più efficaci e quali lo siano di meno. L'imposizione di un *lock-down* accompagnato ad un divieto assoluto di uscire di casa è certamente una misura più efficace (in mancanza di un vaccino) rispetto ad una mera limitazione agli spostamenti tra comuni o tra Regioni abbinato all'obbligo di rispettare il coprifuoco in determinati orari del giorno. La scelta per una delle plurime alternative disponibili non è più, però, una valutazione di natura scientifica, ma una decisione di natura politica che incorpora un bilanciamento tra i beni

¹³ Su ciò v. A. Iannuzzi, *Leggi “science driven” e CoViD-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw J., Special Issue* n. 1/2020, pp. 119 ss.

¹⁴ Certo, sapendo che il virus Sars-CoV-2 va a colpire prevalentemente l'apparato respiratorio, se ne deve dedurre che le protezioni più efficaci sono la riduzione del contatto sociale e l'indosso della mascherina. È ovvio, tuttavia, che esistono diverse modalità attraverso le quali attuare l'obbligo di protezione, e che prima di addossarsi la responsabilità di optare per quelle più gravose bisogna raggiungere un grado di convinzione molto elevato.

¹⁵ L. Del Corona, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw J., Special Issue* n. 1/2020, pp. 71 ss.

costituzionali coinvolti: essa, infatti, non esprime quanto è necessario fare per raggiungere uno scopo predefinito (contrastare il virus per tornare subito ad una condizione di normalità), bensì la preferenza per uno degli scenari che astrattamente si prospettano alla collettività nella gestione delle conseguenze¹⁶.

Insomma, a ben vedere si tratta di scelte tragiche la cui maturazione non può che avvenire all'interno del circuito della responsabilità politica, che impongono ai rappresentanti del popolo di prendere posizione rispetto alle seguenti domande: è preferibile bloccare del tutto le attività sociali e lavorative pur salvare vite umane, o correre il rischio di avere più morti pur di sostenere l'economia nazionale e la garanzia dei pubblici servizi? è preferibile rinunciare alla propria libertà per la massimizzazione dell'interesse pubblico, o lasciare più ampi spazi di autonomia anche a costo di rallentare il superamento della pandemia?

A queste domande non si può dare una risposta definitiva, perché esse non tangono solo (o non soltanto) questioni scientifico-epistemologiche – se ciò sia scientificamente corretto/valido/vero – ma etico-politiche – se ciò sia opportuno per il bene della comunità statale (riferito sia al presente che al futuro) –, per cui l'unico soggetto legittimato ad esprimerle è il legislatore nella sua veste di “mandatario” del popolo sovrano¹⁷.

Se, dunque, si tratta di una questione di preferenza tra più scenari comunque tragici, non dovrebbe esserci margine per ammettere un sindacato sostitutivo da parte del Giudice delle leggi, adducendo la “scusa” che la scelta espressa è irragionevole perché contraria ai dati della scienza. L'unico giudice che possa disapprovare la decisione del legislatore dovrebbe essere il solo popolo, che esercitando i suoi diritti politici può bocciare la linea della maggioranza uscente non rinnovando il proprio voto favorevole.

Un secondo aspetto della relazione tra diritto e scienza che la pandemia ha posto in risalto si staglia nella (attualissima) discussione sulla legittimità delle c.d. ‘certificazioni verdi’ e sulla possibilità di introdurre un obbligo vaccinale generale. La questione meriterebbe di essere articolata in tre momenti, dal momento che – com'è noto

¹⁶ Adesivamente V. Baldini, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, in *Dir. fond.*, n. 1/2021, pp. 136 ss., in specie pp. 144 ss.

¹⁷ Questa l'idea che si era sinteticamente espressa in G. Battistella, *Stato di necessità e bilanciamenti costituzionali: sulla proporzionalità delle misure di contrasto al CoViD-19*, in *BioLaw J., Special Issue* n. 1/2020, pp. 153 ss.

– il legislatore italiano ha prima introdotto l’obbligo vaccinale per il personale medico operante nelle strutture sanitarie, pubbliche e private, socio-sanitarie e socio-assistenziali, nelle farmacie, para-farmacie e negli studi professionali¹⁸; poi si è adeguato alla normativa europea¹⁹ prevedendo l’istituto del c.d. ‘certificato verde’ (*green pass*), il cui possesso è condizione necessaria per potersi spostare liberamente e prendere parte a diverse attività quotidiane²⁰; infine esso si è determinato ad estendere l’obbligo di sottoporsi a vaccinazione per tutto il personale operante in strutture residenziali pubbliche e private, nella scuola e, in generale, nella pubblica amministrazione²¹.

Le polemiche che sono seguite all’introduzione del *green pass* (ma soprattutto del c.d. *green pass* “rafforzato”)²² inducono a riflettere sulla legittimità costituzionale del provvedimento, passando poi ad analizzare il “fratello maggiore”, cioè l’obbligo vaccinale.

¹⁸ Art. 4 del d.l. n. 44/2001, recante *Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e di concorsi pubblici*, convertito nella l. n. 76/2021.

¹⁹ Reg. (UE) n. 2021/952 del Parlamento europeo e del Consiglio su un quadro per il rilascio, la verifica e l’accettazione di certificati interoperabili di vaccinazione, di test e di guarigione in relazione alla COVID-19 (certificato COVID digitale dell’UE) per agevolare la libera circolazione delle persone durante la pandemia di COVID-19.

²⁰ Il c.d. *green pass* è stato introdotto con il d.l. n. 52/2021, recante *Misure urgenti per la graduale ripresa delle attività economiche e sociali nel rispetto delle esigenze di contenimento della diffusione dell’epidemia da COVID-19*, convertito nella l. n. 87/2021, ai sensi del quale (art. 9, co. 2 del d.l.) il possesso della certificazione verde attesta una delle seguenti condizioni: a) avvenuta vaccinazione, b) avvenuta guarigione dalla infezione da virus Sars-CoV-2, c) l’avvenuta effettuazione di test antigenico rapido o molecolare con esito negativo. L’uso delle ‘certificazioni verdi’ è stato successivamente disciplinato a mezzo del d.l. n. 105/2021, recante *Misure urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica da COVID-19 e per l’esercizio in sicurezza di attività sociali ed economiche*, e del d.l. n. 111/2021, recante *Misure urgenti per l’esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti*.

Il sistema delle ‘certificazioni verdi’ è puntualmente analizzato da F. Rigano, M. Terzi, «*Certificazioni verdi COVID-19 e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale*», in *Oss. cost.*, n. 5/2021, pp. 146 ss.

²¹ L’obbligo è stato esteso prima a mezzo dell’art. 1 del d.l. n. 122/2021, poi abrogato dall’art. 1, co. 2 della l. n. 133/2021 (che ha disposto anche la modifica di alcune delle previsioni precedentemente introdotte), mediante la quale è stato convertito il d.l. n. 111/2021.

²² Introdotto all’art. 3 del d.l. n. 172/2021, recante *Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali*, poi confermato nel successivo d.l. n. 221/2021, recante *Proroga dello stato di emergenza nazionale e ulteriori misure per il contenimento della diffusione dell’epidemia da COVID-19*, convertito nella l. n. 11/2022. La differenza tra i due tipi di certificazioni verdi sta negli utilizzi parzialmente differenti e nel diverso termine di validità (il *green pass* “rafforzato” viene, inoltre, rilasciato solo a seguito di completamento del ciclo vaccinale o a seguito di guarigione dalla infezione da CoViD-19). Ai sensi dell’art. 3 del d.l. n. 221/2021, convertito nella l. n. 11/2022, la durata delle certificazioni verdi viene diminuita da nove a sei mesi. Quanto ai diversi impieghi delle due tipologie di certificazione verde, si vedano gli artt. 5 e 5-bis del medesimo d.l.

Per prima cosa è necessario inquadrare le misure nell'ambito dei parametri costituzionali ai quali i decreti-legge che li introducono si appellano, vale a dire gli artt. 16 e 32 Cost.²³. Si tratta di due articoli che necessariamente vanno letti in combinato disposto, e anche nel caso in cui i provvedimenti governativi avessero fatto riferimento solo ad uno dei due, il riferimento all'altro sarebbe – almeno nell'attuale contingenza – implicito, visto che la misura di protezione sanitaria viene imposta quale condizione per uscire e spostarsi liberamente sul territorio nazionale. Del resto, la ragione dell'appello all'art. 32, co. 2 è la stessa dell'appello all'art. 16, cioè la finalità di tutelare la salute pubblica come interesse generale della collettività per la quale la Costituzione legittima restrizioni agli spostamenti e, nell'eventualità, la previsione dell'obbligo di sottoporsi ad un trattamento sanitario come la profilassi vaccinale.

Purtuttavia, è d'uopo tenere distinta la previsione del *green pass* da un lato e dell'obbligo vaccinale dall'altro. Contrariamente a quanto è stato sostenuto, il *green pass* non reca alcun obbligo vaccinale, nemmeno in forma indiretta, ma si limita a stabilire modalità alternative, tra le quali il cittadino può optare per poter esercitare una vasta frangia di diritti, dalla scuola al lavoro all'accesso alle prestazioni pubbliche²⁴. Come è stato correttamente scritto, il *green pass* reca non già un obbligo ma una serie di oneri, cioè dei comportamenti condizionati che il singolo è tenuto a tenere per godere appieno dei propri diritti costituzionali, sia pur allo scopo di tutelare la salute degli altri, senza però esservi obbligato²⁵.

L'onere consiste nell'adozione di misure di difesa personale e interpersonale che la legge considera tra loro ugualmente efficaci (attestazione di essersi sottoposto a tampone molecolare o antigenico non superiore alle 48 ore con esito negativo, certificazione medica attestante la guarigione a seguito di infezione da CoViD-19, attestazione di completamento del ciclo vaccinale), ma che hanno un diverso peso rispetto alla libertà del cittadino.

²³ Ovviamente, ad essere intaccati dalle misure in discussione sono anche altri diritti e libertà connessi alla possibilità di spostarsi ed agire nel contesto sociale, come la libertà di riunione, il diritto alla scuola, il diritto al lavoro e, in generale, la libertà di svolgere tutte le attività nelle quali si espliciti la personalità individuale.

²⁴ Cfr. F. Rigano, M. Terzi, «*Certificazioni verdi COVID-19*» e obbligo vaccinale, cit., p. 155; P. Veronesi, *L'eccezione alla regola: il caso dei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Oss. cost.*, n. 6/2021, pp. 226 ss., in specie p. 245.

²⁵ In questo senso F. Rigano, M. Terzi, «*Certificazioni verdi COVID-19*» e obbligo vaccinale, cit., p. 156; P. Veronesi, *L'eccezione alla regola*, cit., p. 246.

Le alternative alla profilassi vaccinale consentono di svolgere le normali attività quotidiane in modo sicuro per l'incolumità altrui, senza però costringere il cittadino a sottoporsi a vaccinazione. Si tratta di restrizioni che, incidendo comunque in maniera sensibile sulla libertà personale, sottostanno ad uno scrutinio stretto di proporzionalità, comprensivo di un vaglio circa la necessità, idoneità e adeguatezza delle suddette misure rispetto allo scopo legislativo da raggiungere.

In un ipotetico giudizio costituzionale (che, ad oggi, non ha ancora avuto luogo su questo specifico problema), si è dell'opinione che la Corte dovrebbe svolgere un controllo a carattere intensivo, verificando che l'adozione di dette precauzioni sia effettivamente necessaria per coniugare la libera circolazione dei non vaccinati e la tutela della salute pubblica, con speciale riguardo alle persone deboli e vulnerabili. Nel fare ciò, la Corte potrebbe esperire una istruttoria formale mediante l'audizione di esperti infettivologi e immunologi di chiara fama, al pari di quanto ha fatto il *Bundesverfassungsgericht* nel giudizio di legittimità sulla legge per il contrasto all'emergenza pandemica. Il canone di giudizio, in tal caso, non sarebbe dunque il *test* elaborato dalla Corte costituzionale in materia di trattamenti sanitari obbligatori, per come schematizzato nella sentenza n. 5 del 2018, dacché il parametro applicabile a questi casi non sarebbe, a rigore, l'art. 32, co. 2 Cost., relativo al diritto alla salute, ma l'art. 16 Cost., relativo alla libertà di circolazione sul territorio nazionale²⁶.

Discorso diverso vale, ovviamente, nel caso dell'obbligo di vaccinazione. Trattandosi di una misura decisamente più invasiva per il singolo, l'imposizione dell'obbligo necessita di una giustificazione aggiuntiva, da valutarsi alla luce dello specifico contesto sanitario ed epidemiologico, nonché del contesto lavorativo rispetto al quale viene introdotto.

Partiamo, dunque, da una valutazione generale dell'imposizione dell'obbligo, per poi passare a vedere se nello specifico possa considerarsi legittimo in relazione a come è stato in concreto attuato. Esso è soggetto ad un *test* di proporzionalità in senso stretto, che comporta la verifica della necessità, idoneità e adeguatezza dell'imposizione per il perseguimento degli scopi di interesse pubblico generale che trovano spazio nello specifico ambito per il quale sia previsto l'obbligo, tenuto conto dell'evoluzione delle

²⁶ F. Rigano, M. Terzi, «Certificazioni verdi COVID-19» e obbligo vaccinale, cit., p. 155.

condizioni epidemiologiche generali, delle nuove conoscenze disponibili sul virus, nonché delle condizioni generali di “tenuta” del sistema sanitario nazionale.

Una tale valutazione non può, dunque, essere fatta in astratto, ma solo avendo riguardo al complesso di tutti questi elementi fattuali. In particolare, mentre i primi due *step* del controllo di proporzionalità riguardano indistintamente la generalità degli individui, il terzo deve invece svolgersi alla luce della specificità delle singole situazioni, distinguendo le casistiche a seconda del contesto di applicazione (l’ambito lavorativo) e la peculiarità della posizione dei soggetti obbligati.

In primo luogo, la profilassi vaccinale può ben considerarsi una misura necessaria a preservare la salute propria e altrui, soprattutto quando si ha a che fare con agenti patogeni di riconosciuta pericolosità che ha provocato diversi milioni di morti.

In secondo luogo, il vaccino è, allo stato, lo strumento più efficace di cui disponiamo per attuare la profilassi e garantire la salute pubblica, e pertanto è sicuramente idoneo al raggiungimento dello scopo avuto di mira. Il giudizio di idoneità, peraltro, come più volte ribadito in questo lavoro, non può essere il frutto di una valutazione autonoma della politica o del giudice, ma, vista la natura altamente tecnica della questione, deve essere rimessa alle autorità amministrative specificamente competenti a validare l’efficacia dei trattamenti sperimentali sottoposti a valutazione²⁷.

²⁷ A questo proposito, la giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione di precisare che la procedura di autorizzazione condizionata di cui all’art. 14-*bis* del Reg. CE 726/2004 e del Reg. (UE) 507/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio, con la quale sono stati approvati i primi vaccini anti-CoViD non può considerarsi meno attendibile rispetto alla procedura ordinaria, né è parificabile alla distinta procedura di approvazione in via d’urgenza.

In particolare, il TAR per il Friuli-Venezia Giulia, con la sent. 10 settembre 2021, n. 261 ha precisato che il carattere condizionato dell’autorizzazione dell’EMA non implica un *minus* in termini di sicurezza del farmaco, dal momento che la normativa europea richiede espressamente che i benefici dello stesso siano immediatamente disponibili nonostante sia necessaria l’acquisizione di dati complementari. Inoltre, detta procedura era già stata impiegata in passato per l’immissione in commercio di altri farmaci, senza che in quelle occasioni un’autorizzazione sia stata successivamente ritirata a causa degli effetti avversi del farmaco. Sulle procedure di autorizzazione dell’EMA v. A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, n. 3/2021, pp. 432 ss., in specie pp. 437 ss.; V. De Santis, *Dalla necessità dell’obbligo vaccinale alla realtà del green pass*, in *Nomos*, n. 3/2021, pp. 1 ss., in specie p. 14.

I vaccini anti-CoViD sono quindi stati approvati all’esito di una sperimentazione già conclusa.

La vicenda è stata definitivamente chiusa dal Consiglio di Stato, sez. III, con la sent. 20 ottobre 2021, n. 7045, con la quale è stato respinto il ricorso in appello presentato dal gruppo di medici e operatori socio-sanitari che avevano in prima istanza contestato la sospensione dall’incarico davanti al TAR per il Friuli-Venezia Giulia. Per un commento si veda V. De Santis, *L’obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in *Oss. cost.*, n. 6/2021, pp. 286 ss.

Il giudizio inerente al terzo stadio del *test* di proporzionalità – che è quello più complesso – richiede di soffermarsi più attentamente sulle concrete modalità attraverso le quali sia stato attuato l’obbligo vaccinale e sul contesto nel quale è stato imposto, ovvero nel quale lo si vorrebbe imporre, richiedendo inoltre, a parere di chi scrive, un vaglio sull’adeguatezza delle sanzioni previste in reazione all’inadempimento dell’obbligo. Sul punto è, quindi, opportuno distinguere tra l’ipotesi in cui l’obbligo sia limitato ai soli esercenti la professione sanitaria e l’ipotesi in cui esso sia esteso ad altre categorie di lavoratori.

Rispetto ai professionisti che operano nel settore sanitario e assistenziale, l’obbligo²⁸ di sottoporsi a vaccino è pienamente giustificato dalla preoccupazione di tutelare la salute sia dei pazienti (i quali, proprio in ragione del rapporto di cura e assistenza, devono considerarsi *per se* dei soggetti vulnerabili) sia del personale delle strutture (che, in ragione del proprio lavoro, sconta una probabilità maggiore di contrarre il virus e di ammalarsi)²⁹. In via riflessa, inoltre, l’obbligo vaccinale risulta giustificato anche dalla preoccupazione di non provocare carenze di organico nelle amministrazioni sanitarie e, quindi, evitare interruzioni nell’erogazione di un servizio pubblico essenziale fondamentale per la garanzia del diritto alla salute³⁰.

Rispetto agli altri lavoratori che operano nei rimanenti settori dei servizi pubblici (in special modo nelle scuole e nelle sedi di giustizia), l’obbligo vaccinale potrebbe ritenersi legittimo per la sola finalità di tutelare la salute di coloro che entrano in contatto con il pubblico impiegato al momento dell’accesso alle strutture pubbliche. Senza

Un eventuale giudizio di impugnazione delle autorizzazioni concesse dall’EMA sarebbe in ogni caso di competenza della giurisdizione amministrativa europea, mentre è da escludere che tale giudizio possa essere rimesso in discussione da una Corte costituzionale, se non nell’improbabile caso che il Tribunale UE agisse in palese violazione delle proprie attribuzioni, in violazione dei controllimiti.

²⁸ Alcuni autori, tuttavia, ritengono che non possa parlarsi propriamente di ‘obbligo’ nemmeno nel caso degli operatori dei servizi socio-sanitari e socio-assistenziali, dal momento che, a tutt’oggi, la conclusione dell’obbligo vaccinale è solo una condizione per lo svolgimento di attività lavorativa, non anche per l’esercizio dei diritti che implicano il contatto con gli altri al di fuori dell’ambiente di lavoro. Per costoro si tratterebbe, quindi, di un ‘onere’ più che di un ‘obbligo’. Ritengono che si tratti, tuttavia, di un ‘obbligo’ in senso proprio F. Rigano, M. Terzi, «*Certificazioni verdi COVID-19*» e *obbligo vaccinale*, cit., p. 158; R. Romboli, *Obbligo di vaccinazione anti Covid e principi costituzionali: a proposito del d.l. n. 44/2021*, in *Quad. cost.*, n. 3/2021, pp. 673 ss.

²⁹ In questo senso anche il TAR per il Friuli-Venezia Giulia, nella sentenza citata, al punto 11.2.

³⁰ Si noti che questo argomento, relativo al potenziale pericolo derivante dalle scoperture di organico nelle strutture ospedaliere e assistenziali pubbliche, è stato una delle principali ragioni addotte dai tribunali tedeschi per affermare la legittimità delle misure restrittive alla libertà personale durante la pandemia.

ovviamente dubitare che la misura giovi anche alla salute del singolo e degli altri lavoratori, non sembra che le esigenze di tutela si pongano in termini di stretta necessità al pari di come si presentano nel caso del personale medico, infermieristico e degli altri servizi di assistenza alla persona. Come ha ribadito più volte la Corte costituzionale, l'imposizione di un trattamento sanitario obbligatorio può aver luogo solo allo scopo di meglio tutelare la salute propria e altrui, mentre il fine di proteggere la salute del lavoratore non sarebbe di per sé sufficiente a legittimarlo.

È, quindi, al profilo del contatto con il pubblico che bisogna rivolgere l'attenzione per vagliare la costituzionalità di un obbligo generalizzato per gli impiegati delle amministrazioni: la sola eventualità che il dipendente della PA possa, prima o poi – anche quando ciò non rientri nelle sue ordinarie mansioni – entrare in contatto con utenti a rischio, o comunque in condizione di vulnerabilità, dovrebbe, almeno in astratto, far ritenere ammissibile una soluzione a favore dell'obbligo vaccinale. Non si ritiene, tuttavia, che questa sola eventualità sia di per sé sufficiente a giustificare l'imposizione di un obbligo *tout court*, considerando che, nelle ipotesi in cui il dipendente non sia ordinariamente richiesto di gestire le relazioni all'esterno del proprio ufficio, dovrebbe venirgli garantita la possibilità di optare per le soluzioni meno invasive della propria libertà, sia permettendo la predisposizione di un piano di lavoro compatibile con la decisione di non vaccinarsi (escludendo, in tal caso, lo svolgimento di qualsiasi mansione che implicasse il contatto con il pubblico), sia garantendo la continuazione della prestazione lavorativa, a condizione che siano comunque osservate dal dipendente pubblico le misure di sicurezza interpersonale. Concludendo su questa ipotesi, si è dell'opinione che nel caso in cui l'obbligo vaccinale fosse mantenuto per come attualmente congegnato (limitato, quindi, a certe categorie di operatori), la legge dovrebbe lasciare spazi più ampi ad un bilanciamento “pattizio” tra il lavoratore e il datore di lavoro.

Bisogna ora vedere se le considerazioni appena svolte possano estendersi agli altri lavoratori operanti nel settore privato. Da un punto di vista formale, non pare si possa predicare una differenza di carattere qualitativo tra il lavoro pubblico e quello privato: le prestazioni pubbliche erogate a favore delle persone maggiormente esposte al rischio di infezione sono suscettibili di venire erogate anche da imprese private. Al contrario, mentre nella pubblica amministrazione vi sono lavori che, per la natura della prestazione,

potrebbero essere ugualmente svolti in modalità telematica, vi sono diversi comparti del settore privato (in particolare, quello siderurgico, metallurgico e metalmeccanico) che non si prestano affatto ad essere eseguiti in modalità alternative al lavoro in presenza e, soprattutto, in squadra.

Il problema sta, tuttavia, a monte, perché anche a voler mantenere ferma una distinzione – in verità molto labile – tra lavoro pubblico e lavoro privato, è dirimente la circostanza che nella pratica sia, di fatto, impossibile erigere una netta linea di demarcazione tra la sfera privata e familiare e l’ambiente lavorativo, soprattutto se si tiene conto che gli agenti infettivi si trasmettono da persona a persona senza dar luogo necessariamente a manifestazioni patologiche da indurre all’isolamento cautelativo. Un soggetto, in altre parole, può essere portatore sano del virus senza saperlo e, dopo averlo contratto all’esterno della famiglia, è altamente probabile che lo possa trasmettere all’interno di questa, tra cui anche ai componenti più deboli e vulnerabili. In altre parole, se lo scopo principale dell’obbligo vaccinale è – oltre che di arrestare l’avanzata del virus – di proteggere le persone fragili, ha poco senso prevederlo nei luoghi di lavoro e non all’interno della famiglia o negli altri luoghi privati, perché in tal modo si crea una illegittima differenziazione tra le persone fragili che vengono a contatto con i servizi sanitari e assistenziali e le persone fragili che rimangono confinate nell’ambiente familiare.

La conclusione cui si giunge è che non si possa ragionevolmente distinguere tra sfera pubblica e sfera privata nella regolamentazione giuridica delle relazioni interpersonali, all’interno o al di fuori dell’ambiente di lavoro. Farlo significherebbe negare la strettissima relazione che lega il singolo alla comunità attraverso le (plurime) formazioni sociali nelle quali è inserito. Tale inscindibile connessione crea un vincolo di solidarietà che impone la ricerca di soluzioni condivise da attuare in sinergia, evitando di creare particolarismi che rischiano di pregiudicare l’efficacia della generalità delle misure adottate.

Sembra pertanto più corretto attuare una politica di contrasto alla pandemia basata su una lettura complessiva dei dati epidemiologici e delle conoscenze scientifiche disponibili. Laddove si riscontrasse che il virus ha una capacità di trasmissione molto alta, una carica virale notevole e un potenziale di adattamento che gli permette di svilupparsi in molte varianti, tale da far concludere che il superamento della pandemia non potrebbe

avvenire se non intervenendo tanto sul piano della cura quanto su quello della prevenzione, l'imposizione di un obbligo vaccinale generalizzato dovrebbe ritenersi pienamente giustificato³¹.

La valutazione dell'adeguatezza dell'obbligo vaccinale non si arresta però qua, ma si estende – come detto – anche alle modalità pratiche con le quali viene attuato. Bisogna quindi volgere lo sguardo alle sanzioni previste per il caso di inottemperanza all'obbligo, le quali devono comunque contemperare le aspettative di protezione della collettività con le istanze minime di libertà che la Costituzione garantisce all'individuo a prescindere dalla collaborazione da egli mostrata nell'attuazione dell'interesse pubblico.

Si ricorderà che nella sentenza n. 5 del 2018, la legittimità costituzionale del decreto 'Lorenzin' era stata affermata, tra le altre cose, anche in ragione della constatata proporzionalità delle sanzioni poste a carico dei genitori che si fossero rifiutati di vaccinare i propri figli. Il legittimo scopo di spingere le famiglie a vaccinare la popolazione più giovane era stato, infatti, perseguito dal legislatore statale secondo modalità che non annichilivano i diritti concorrenti del singolo individuo: non era prevista l'applicazione di alcuna sanzione penale, mentre la sanzione amministrativa comminabile aveva un importo non eccessivamente afflittivo; inoltre, la mancata produzione del certificato di avvenuta vaccinazione non precludeva la possibilità di iscrivere i minori alla scuola dell'obbligo e di accedere ai servizi educativi.

Un altro elemento che aveva certamente formato oggetto di positivo apprezzamento da parte del Giudice delle leggi era stato l'inserimento della clausola di "delegificazione" che consentiva al Ministro della salute, mediante proprio decreto, di revocare l'obbligatorietà di alcuni vaccini, ri-espandendo il principio dell'autonomia responsabile³².

³¹ In tal senso v. A. Ruggeri, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dir. fond.*, n. 2/2021, pp. 170 ss.

Questa conclusione pare trovare conferma nella diffusa opinione, espressa da molti scienziati, secondo cui il coronavirus è destinato a diventare endemico e stagionale, ciò che conferma la validità di una politica basata sulla prevenzione. Visto, però, che la disciplina attualmente vigente non si è spinta a tanto, si può lasciare in sospenso la questione, concentrando l'attenzione su altri aspetti d'interesse in queste battute finali.

³² Questo elemento non solo era stato valutato positivamente dalla Consulta nello scrutinio della legittimità costituzionale del decreto-legge, ma ne era stata suggerita l'estensione anche a tutte le altre vaccinazioni obbligatorie.

I decreti anti-CoViD non sono molto lontani da simile impostazione, e prevedono accorgimenti che li fanno ritenere senz'altro legittimi sul piano costituzionalistico.

Per prima cosa, l'obbligo di sottoporsi a vaccinazione viene per il momento previsto come condizione per l'esercizio di alcune attività (tra le quali, lo svolgimento della prestazione lavorativa³³) limitatamente ad un periodo definito di tempo, che inizialmente era stata prevista fino al 15 dicembre 2021, successivamente estesa fino al 15 giugno 2022 ed infine al 31 dicembre 2022³⁴, durante il quale presumibilmente si sarà ancora in fase pandemica.

La conseguenza per l'inottemperanza all'obbligo consiste nella sospensione dal lavoro (salvo che non si rientri in uno dei casi di rifiuto giustificato da motivi di natura sanitaria³⁵), con decisione assunta all'esito di una procedura interna alla struttura di afferenza, nell'ambito della quale viene garantito il contraddittorio con il lavoratore e gli viene data la possibilità di spiegare le ragioni per cui non vi ha ancora ottemperato³⁶. Viene in ogni caso ammessa la possibilità di destinare il lavoratore ad altre mansioni, di grado corrispondente alla mansione svolta o anche inferiore, qualora vi sia disponibilità di un impiego compatibile con l'obiezione vaccinale³⁷.

Nel caso di sospensione – che, ovviamente, si estende al diritto di percepire la retribuzione per il periodo corrispondente – il lavoratore potrà essere reintegrato nella sua stessa funzione al venir meno dell'obbligo³⁸. In tal modo viene assicurato il giusto bilanciamento tra l'interesse alla garanzia della salute pubblica e alla continuità dei servizi essenziali da un lato, e il diritto del lavoratore di venire accomodato nelle proprie scelte laddove ciò si concili con le esigenze del datore di lavoro dall'altro. Tale soluzione è, ad opinione di chi scrive, assolutamente meritevole di approvazione, in quanto l'applicazione immediata della sanzione del licenziamento, esclusa ogni possibilità di trovare una soluzione concordata, avrebbe significato mettere il lavoratore di fronte ad un'alternativa irrispettosa della sua libertà morale e sproporzionatamente inclinata a tutto vantaggio dell'interesse pubblico. Una soluzione che, appunto, si ritiene non conforme

³³ Cfr. artt. 4, 4-bis, 4-ter 1, 4-ter 2, 4-quater del d.l. n. 44/2021, come modificato dall'art. 8 del d.l. n. 24/2022.

³⁴ Cfr. art. 4, co 1 del d.l. n. 44/2021, come modificato dall'art. 8 del d.l. n. 24/2022.

³⁵ Art. 4, co. 2 del d.l. n. 44/2021.

³⁶ Art. 4, co. 3 del d.l. n. 44/2021.

³⁷ Art. 4, co. 7 del d.l. n. 44/2021.

³⁸ Art. 4, co. 5 del d.l. n. 44/2021.

allo spirito della Carta costituzionale, che eleva il diritto/dovere al lavoro a principio costitutivo dell'ordinamento repubblicano e a valore che, nella sua fundamentalità, impone di ricercare risposte quanto più bilanciate al problema della collisione con altri principi e valori costituzionali, pure essi fondamentali (come il principio di solidarietà sociale e il diritto alla salute).

La previsione di una clausola di limitatezza temporale, assieme alla possibilità di modulare la gestione delle conseguenze per il caso di inottemperanza all'obbligo vaccinale³⁹, rappresentano dunque indici che confermano la bontà della decisione legislativa, che dovrebbe passare indenne un eventuale vaglio di legittimità costituzionale.

³⁹ Cfr. l'art. 4-*sexies* del d.l. n. 44/2021, sulle sanzioni pecuniarie irrogate.

BIBLIOGRAFIA

- U. Adamo, *Materia “non democratica” e ragionevolezza della legge*, in *Consulta Online*, n. 1/2018, pp. 296 ss.
- F. Accardo, *Tra libertà e dignità. La tutela della persona nelle esperienze statunitensi ed europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 4/2018, pp. 629 ss.
- M. C. Agodi, *La comunicazione come elemento costitutivo delle comunità scientifiche: orientamenti per l'indagine*, in G. Battimelli, E. Gagliasso (a cura di), *Le Comunità Scientifiche tra storia e sociologia della scienza*, Roma, 1992, pp. 27 ss.
- S. Agosta, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in *Riv. AIC*, n. 1/2014
- S. Agosta, *In fuga dai divieti: una riflessione sulla proibizione italiana della gestazione per altri*, in *Quad. cost.*, n. 1/2018, pp. 79 ss.
- M. Ainis, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 4/2010
- R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012
- A. Algostino, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, n. 5/1996, pp. 3209 ss.
- A. Algostino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021, pp. 1 e ss.
- G. Amato, *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997
- A. Amato, G. Flora, C. Valbonesi (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Torino, 2019
- G. Amoroso, G. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, Milano, II ed. 2020
- F. Andrei, A. Bruni, L. Tirabeni, *Fra corpi e dispositivi: processi di digitalizzazione e benessere dei lavoratori nella Quarta Rivoluzione Industriale*, in *Soc. lav.*, n. 11/2020, pp. 158 ss.
- F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020
- L. Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'Agostino (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Milano, 2012, pp. 11 ss.
- A. Anzon, *Modello ed effetti della sentenza costituzionale sul caso Di Bella*, in *Giur. cost.*, n. 3/1998, pp. 1528 ss.
- A. Apostoli, *La tutela dei nati da PMA eterologa in un contesto omosessuale femminile*, in *Giur. cost.*, n. 6/2019, pp. 2760 ss.
- F. Aprile, *Brevi osservazioni sulla recente giurisprudenza costituzionale in tema di trattamento carcerario di persona affetta da sindrome da virus HIV*, in *Cass. pen.*, n. 7/1996, pp. 2060 ss.

- E. Aprile, *Sulla ragionevolezza del bilanciamento tra interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva e tutela della salute: una nuova pronuncia della Consulta sulla "vicenda ILVA"*, in *Cass. pen.*, n. 6/2018, pp. 1961 ss.
- H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 2005
- Aristotele, *Opere, II. Topici*, Roma-Bari, 1973
- Aristotele, *Analitici secondi*, Torino, 1982
- G. Autorino Stanzione, *Ricerca scientifica, consenso, tutela della persona*, in G. Comandé, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, pp. 299 ss.
- L. Azzena, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità. Dalle origini alla dimensione europea*, Napoli, 2012
- V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967
- P. Badura, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes*, München, 7. Aufl. 2018
- A. Baldassarre, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, II, pp.
- A. Baldassarre, *Espansione e autolimitazione dei poteri della Corte costituzionale*, in *Dem. dir.*, 1980, pp. 338 ss.
- G. Baldini, *Embrioni soprannumerari, ricerca scientifica e divieti normativi. Riflessioni a margine della prima giurisprudenza italiana e della Corte EDU*, in *BioLaw J.*, n. 2/2016, pp. 271 ss.
- V. Baldini, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Dir. fond.*, n. 2/2014
- V. Baldini, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, in *Dir. fond.*, n. 1/2021, pp. 136 ss.
- L. Balestra, *L'inseminazione eterologa e lo "status" del nato*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 461 ss.
- S. Barbareschi, *La Corte costituzionale si apre all'ascolto della società civile, ovvero del rischio della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Riv. AIC*, n. 2/2020, pp. 373 ss.
- A. Barbera, *Art. 2*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975
- B. Barbisan, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Riv. AIC*, n. 4/2019, pp. 107 ss.
- G. Barbujani, *L'invenzione delle razze*, Milano, 2006
- S. Bartole, *Transessualismo e diritto inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 1178 ss.
- R. Bartoli, *Diritto penale e prova scientifica*, in G. Canzio, L. Luparà (a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, Padova, 2017, pp. 92 ss.
- S. Battilossi, *Le Rivoluzioni industriali*, Roma, 2002
- U. Battis, A. Edenharter, *Einführung in das Verfassungsrecht. Staatsorganisationsrecht und Grundrechte*, München, 7. Aufl. 2021

- G. Battistella, *Il diritto all'assistenza medica a morire tra l'intervento "costituzionalmente obbligato" del Giudice delle leggi e la discrezionalità del Parlamento. Spunti di riflessione sul seguito legislativo*, in *Oss. cost.*, n. 1/2020, pp. 317 ss.
- G. Battistella, *Stato di necessità e bilanciamenti costituzionali: sulla proporzionalità delle misure di contrasto al CoViD-19*, in *BioLaw J., Special Issue* n. 1/2020, pp. 153 ss.
- U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000
- U. Beck, *Un mondo a rischio*, Torino, 2003
- M. Belletti, *Il giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi e sugli atti con forza di legge*, in L. Mezzetti, M. Belletti, E. D'Orlando, E. Ferioli, *La giustizia costituzionale*, Padova, 2007, pp. 320 ss., in specie pp. 369 ss.
- S. Benvenuti, *La via francese alla giustizia costituzionale. Ideologia, politica e «dialogo» tra Corti*, Napoli, 2016
- J. Bethge, *Der Sachverhalt der Normenkontrolle*, Baden-Baden, 2020
- L. Bianchi, *La concessione radiotelevisiva tra riserva di legge e situazioni dei concessionari*, in *Giur. cost.*, n. 3/1993, pp. 2122 ss.
- G. Bianco, *La tutela dei diritti umani nella ricerca scientifica*, Bari, 2006
- C. Bickenbach, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers*, Tübingen, 2014
- R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988
- R. Bin, *Giudizio "in astratto" e delega di bilanciamento "in concreto" (nota a Corte cost. 419/1991)*, in *Giur. cost.*, n. 6/1991, pp. 3574 ss.
- R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992
- R. Bin, *La Corte e la scienza*, in A. D'Aloia (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, pp. 1 ss.
- R. Bin, *Lo stato di diritto*, Bologna, II ed. 2017
- R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018
- R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, pp. 757 ss.
- R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, XXI ed. 2021
- N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958
- L. Boella, *Neuroetica. La morale prima della morale*, Milano, 2008
- M. Boni, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti. brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in *Federalismi.it*, n. 3/2014
- G. Boniolo, P. Vidali, *Introduzione alla filosofia della scienza*, Milano, 2003
- B.-O. Bryde, *Tatsachenfeststellungen und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in P. Badura, H. Dreier (a cura di), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, 2001, pp. 533 ss.
- R. Breuer, *Legislative und administrative Prognosentscheidungen*, in *Der Staat*, 1977, pp. 21 ss.
- 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, pp. 266 ss.
- L. Buffoni, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una teoria della "sovranità" dell'individuo nella produzione giuridica*, in *Oss. fonti*, n. 2/2010
- H. P. Bull, *Tatsachenfeststellungen und Prognosen im verfassungsgerichtlichen Verfahren*, in W. Ewer, U. Ramsauer, M. Reese, R. Rubel, *Methodik – Ordnung – Umwelt. Festschrift für Koch*, Berlin, 2014, pp. 30 ss.
- C. Bumke, A. Voßkuhle, *German Constitutional Law. Introduction, cases, and principles*, Oxford, 2019
- L. Busatta, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018
- L. Caiani, *I giudizi di valore nella giurisprudenza*, Padova, 1954
- G. Calabresi, *Scienza e diritto: alcune annotazioni preliminari*, in G. Comandé, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004, pp. 3 ss.
- P. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, in Id., *Opere giuridiche*, Napoli, 1968, pp. 371 ss.
- M. Calamo Specchia, *Il Conseil Constitutionnel e lo sviluppo della giustizia costituzionale in Francia*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009
- P. Calissano, M. Mancina, D. Parisi (a cura di), *Mente e cervello: un falso dilemma?*, Genova, 2001
- Q. Camerlengo, *Indizi di perdurante asimmetria tra legge statale e legge regionale. La primazia delle valutazioni scientifiche*, in *Ist. fed.*, n. 5/2002, pp. 685 ss.
- Q. Camerlengo, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l'accesso agli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2006, pp.
- F. Campodonico, *L'incostituzionalità dell'imposta di consumo sulle sigarette "elettroniche"*, in *Dir. prat. trib.*, n. 3/2016, II, pp. 1277 ss.
- G. Canzio, *La causalità tra diritto e processo penale: modelli cognitivi e ragionamento probatorio*, in L. de Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2010, pp. 111 ss.
- P. A. Capotosti, *L'emittenza radiotelevisiva privata tra concessione e autorizzazione*, in *Giur. cost.*, n. 3/1993, pp. 2118 ss.
- M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1976, pp. 89 ss.
- S. Caravella, M. Menghini, *Race against the Machine. Gli effetti della quarta rivoluzione industriale sulle professioni e sul mercato del lavoro*, in *L'industria*, n. 1/2018; pp. 43 ss.
- L. Carlassare, «Astrattezza» e «concretezza» in un giudizio principale su indirizzo e coordinamento, in *Giur. cost.*, 1989, I, pp. 1109 ss.
- L. Carlassare, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, n. 1/1995, pp. 33 ss.
- L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra Carta per il futuro*, Milano, 2012

- M. Cartabia, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge n. 241 del 1990 alla luce dei principi comunitari*, Milano, 1991
- M. Cartabia, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *BioLaw J.*, n. 1/2017, pp. 9 ss.
- Cartesio, *Discorso sul metodo*, Roma-Bari, 2009
- C. Casini, M. Casini, *Un significativo consolidamento della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, n. 6/2006, pp. 3837 ss.
- M. Casini, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3/2009, pp. 1033 ss.
- C. Casini, M. Casini, *Lo statuto dell'embrione umano: riflessioni dopo la sentenza costituzionale n. 229 del 2015*, in *Dir. fam. pers.*, n. 1/2016, pp. 201 ss.
- C. Casini, M. Casini, *Soggettività dell'embrione, "contraccezione di emergenza", obiezione di coscienza: riflessioni dopo la sentenza costituzionale 84/2016*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3/2016, pp. 863 ss.
- C. Casonato, *Introduzione al biodiritto*, Torino, III ed. 2012
- C. Casonato, L. Busatta, S. Penasa, C. Piciocchi, M. Tomasi, G. Vaccari, *Circolazione dei modelli e dialogo fra sistemi: le peculiarità del biodiritto*, in A. Torre (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015, pp. 87 ss.
- C. Casonato, *La scienza come parametro interposto di costituzionalità*, in *Riv. AIC*, n. 2/2016
- C. Casonato, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioLaw J.*, n. 2/2016, pp. 167 ss.
- S. Cassese, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 1332 ss.
- S. Cassese, *Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, 2015
- E. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Riv. AIC*, n. 4/2015
- F. Cavalla, *Diritto alla vita, diritto sulla vita. Alle origini delle decisioni sull'eutanasia*, in F. Zanuso (a cura di), *Il filo delle Parche. Opinioni comuni e valori condivisi nel dibattito biogiuridico*, Milano, 2009, pp. 57 ss.
- E. Cavasino, *I "vincoli" alla potestà legislativa regionale in materia di "tutela della salute" tra libertà della scienza e disciplina costituzionale dei trattamenti sanitari*, in *Giur. cost.*, n. 5/2002, pp. 3282 ss.
- M. Cavino, *Lezioni di giustizia costituzionale francese*, Napoli, 2014
- 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, pp. 41 ss.
- A. Celotto, *Il bilanciamento tra diritto alla vita e trapiantabilità degli organi al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, n. 1/1996, pp. 28 ss.
- A. Celotto, *La Corte costituzionale "decide di non decidere" sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, n. 6/2006, pp. 3846 ss.
- A. Cerri, *Sindacabilità da parte della Corte costituzionale dei presupposti della legge e degli atti aventi forza di legge*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, pp. 420 ss.

- A. Cerri, *Il profilo fra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1978, I, pp. 324 ss.
- A. Cerri, *Divieto di differenziazioni normative per ragioni di sesso e carattere «privilegiato» delle valutazioni legislative*, in *Giur. cost.*, 1986, I, pp. 956 ss.
- A. Cerri, voce *Sindacato di costituzionalità (I)*, in *Enc. giur.*, XXXIII, Roma, 1988, pp. 21 ss.
- G. Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica Federale Tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Torino, 2002
- A. A. Cervati, *In tema di allegati ad un atto legislativo e delegificazione di tabelle*, in *Giur. cost.*, 1981, pp.
- E. Cheli, *Sulla correzione degli errori materiali e sull'ammissibilità della revocazione per le sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1959, I, pp. 299 ss.
- E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996
- E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, pp. 777 ss.
- O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014
- L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona*, Napoli, 1993
- L. Chieffi, *L'irragionevole obbligo di crioconservazione degli embrioni selezionati e abbandonati in seguito ad indagine genetica preimpianto*, in *Giur. cost.*, n. 6/2015, pp. 2111 ss.
- L. Chieffi, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018
- C. Chiola, *I "comandamenti della Corte per il settore radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 2191 ss.
- C. Chiola, *Il pluralismo spontaneo per la radiotelevisione locale*, in *Giur. cost.*, 1976, pp. 1418 ss.
- C. Chiola, *L'alternativa alla riserva statale dell'attività radiotelevisiva nazionale*, in *Giur. cost.*, 1981, pp. 1386 ss.
- V. Ciaccio, *I vaccini obbligatori al vaglio di costituzionalità. Riflessioni a margine di Corte cost. sent. n. 5 del 2018*, in *Giur. cost.*, n. 1/2018, pp. 451 ss.
- M. Cini, *Comunità scientifiche: illusione o realtà*, in G. Battimelli, E. Gagliasso (a cura di), *Le Comunità Scientifiche tra storia e sociologia della scienza*, Roma, 1992, pp. 357 ss.
- F. Cintioli, voce *Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, *Annali II*, Milano, 2008, pp. 471 ss.
- C. Consolo, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989
- C. Consolo, *Le decisioni della Corte costituzionale debbono essere suscettibili di revocazione?*, in *Corr. giur.*, 1989, pp. 653 ss.
- P. Corsi, voce *Scienza*, in *Enc. it.*, V appendice, 1994

- A. Cossiri, *La l. n. 40/2004 ancora di fronte alla Corte: l'inammissibilità delle questioni sui divieti di revoca del consenso e di ricerca sugli embrioni*, in *Giur. cost.*, n. 2/2016, pp. 763 ss.
- A. Cossiri, *Coppie omosessuali e divieto di assistenza medica al concepimento*, in *Giur. cost.*, n. 5/2019, pp. 2633 ss.
- C. Cossu, *Direttive costituzionali e sistema della filiazione: inseminazione eterologa, consenso del marito e disconoscimento della paternità*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 681 ss.
- V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pp. 61 ss.
- V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.
- M. Cuniberti (a cura di), *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione. Profili costituzionali e pubblicistici*, Milano, 2008
- L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, online, 2020
- L. Cuocolo, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: la reazione italiana*, in *DPCE online*, n. 2/2020, pp. 1491 ss.
- F. D'Agostino, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1997
- F. Dall'Ongaro, *L'illegittimità costituzionale del reato di plagio*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, I, pp. 311 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". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Torino, 2002, pp. 431 ss.
- G. D'Amico, *"Casi" e "fatti" nella complessiva connotazione della questione di legittimità costituzionale*, in Aa.vv., *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, pp. 400 ss.
- G. D'Amico, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali*, Torino, 2005, pp.
- G. D'Amico, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, Messina, 2008
- G. D'Amico, *La sentenza sulla fecondazione "eterologa": il peccato di Ulisse*, in *Quad. cost.*, n. 3/2014, pp. 663 ss.
- G. D'Amico, *Caso "Stamina": la "lotta per la salute"*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, pp. 157 ss.
- G. D'Amico, *Verso il riconoscimento di un diritto alla scienza?*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019
- M. D'Amico, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991
- M. D'Amico, *Le insidie delle decisioni "di principio" (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri in caso di parto prematuro)*, in *Giur. cost.*, n. 3/1999, pp. 2252 ss.
- M. D'Amico, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994
- M. D'Amico, *Il giudice costituzionale e l'alibi del processo*, in *Giur. cost.*, n. 6/2006, pp. 3859 ss.
- M. D'Amico, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioLaw J.*, n. 2/2016, pp. 171 ss.

- M. D'Amico, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, pp. 17 ss.
- M. D'Amico, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici*, in *Oss. cost.*, n. 1/2020, pp. 286 ss.
- L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005
- L. D'Andrea, *La natura giurisdizionale della Corte costituzionale tra rappresentanza politica ed esigenza di chiusura del sistema*, in E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, pp. 313 ss.
- P. I. D'Andrea, *La Corte di giustizia CE e la ricerca sulle cellule staminali embrionali (Nota a Gr. Sez., 18 ottobre 2011, C-34/10, Olivier Brüstle v. Greenpeace eV.)*, in *Forum di Quad. cost.*, 10 luglio 2012
- P. I. D'Andrea, *La sentenza della Corte costituzionale sulla rettificazione anagrafica del sesso: una risposta e tanti nuovi interrogativi*, in *Giur. cost.*, n. 1/2016, pp. 263 ss.
- A. D'Atena, *La Consulta parla... e la riforma del titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2002, pp. 2027 ss.
- L. d'Avack, *L'evasiva ordinanza n. 369 della Corte costituzionale del 9 novembre 2006 in merito alla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, n. 1/2007, pp. 27 ss.
- L. d'Avack, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre*, in *Dir. fam. pers.*, n. 3/2009, pp. 1021 ss.
- L. d'Avack, *Verso un antidestino. Biotecnologie e scelte di vita*, Torino, 2009
- L. d'Avack, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica. Percorsi etici e giuridici*, Torino, 2019
- F. D'Onofrio, *Groviglio nell'etere: la Corte "apre" ai privati "locali"*, in *Giur. cost.*, 1976, pp. 1424 ss.
- G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981
- F. Dal Canto, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002
- 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, pp.
- U. De Siervo, *La Corte cambia in tema di malati di AIDS e regime carcerario*, in *Giur. cost.*, n. 5/1995, pp. 3455 ss.
- K. C. Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, in *Harv. L. Rev.*, 55 (1942), pp. 364 ss.
- K. C. Davis, *Judicial, Legislative and Administrative Lawmaking: a proposed Research Service for the Supreme Court*, in *Min. L. Rev.*, 1986, pp. 1 ss.
- C. Della Giustina, *Amicus curiae: dalle origini alle modifiche della "Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale"*, in *Oss. cost.*, n. 3/2020, pp. 506 ss.
- M. Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, n. 1/2000, pp. 185 ss.
- R. De Luca Tamajo, *Nuove tecnologie e diritto alla riservatezza dei lavoratori*, Milano, 1988

- D. de Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995
- D. de Pretis, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, n. 10/1999, pp. 1179 ss.
- V. De Santis, *Dalla necessità dell'obbligo vaccinale alla realtà del green pass*, in *Nomos*, n. 3/2021, pp. 1 ss.
- V. De Santis, *L'obbligo vaccinale nella società della sfiducia. Considerazioni intorno alla sent. del Consiglio di Stato, III sez. 20 ottobre 2021, n. 7045*, in *Oss. cost.*, n. 6/2021, pp. 286 ss.
- A. De Valles, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in Aa. Vv., *Raccolta di scritti in onore di A. C. Jemolo*, Milano, 1963
- L. Del Corona, *Il difficile coordinamento tra progresso scientifico, tutela dei diritti, convinzioni etiche e sentire sociale: quali spazi per la discrezionalità legislativa? Nota alla sentenza della Corte costituzionale, 23 ottobre 2019, n. 221*, in *Oss. cost.*, n. 2/2020, pp. 227 ss.
- L. Del Corona, *Le decisioni pubbliche ai tempi del Coronavirus: la tutela dei diritti tra fondatezza scientifica, trasparenza e principio di precauzione*, in *BioLaw J., Special Issue* n. 1/2020, pp. 71 ss.
- G. Delledonne, *Bilanciamenti e interpretazioni conformi nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco*, in G. Repetto, F. Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, cit., pp. 141 ss.
- A. Di Giovine, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969
- M. Dogliotti, *Identità personale, mutamento del sesso e principi costituzionali*, in *Giur. it.*, 1981, I, pp. 23 ss.
- M. Dogliotti, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Giur. it.*, 1987, I, pp. 235 ss.
- C. Drews, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG*, Baden-Baden, 2005
- C. Drigo, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016
- J. Ellul, *La tecnica rischio del secolo*, Milano, 1969
- A. Epiney, *Art. 20a*, in H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck, *GG Kommentar*, Band II, München, 7. Aufl. 2018, pp. 173 ss.
- M. S. Esposito, *Trattamento dei dati personali e rischi correlati, nel prisma dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Dir. informaz. informat.*, n. 4-5/2019, pp. 1071 ss.
- A. Falzone, *Brevi note in tema di legittimità costituzionale della pericolosità presunta*, in *Giur. cost.*, 1972, pp. 1205 ss.
- T. Fenucci, *In tema di revocazione delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 655 ss.
- F. Fernandez Segado, *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progressivo avvicinamento dei sistemi americano ed europeo-kelseniano*, Bologna, 2010
- G. F. Ferrari, *Biotecnologie e diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4/2002, pp. 1563 ss.
- L. Ferraro, *La Corte costituzionale e la primazia del diritto alla salute e della sfera di autodeterminazione*, in *Giur. cost.*, n. 6/2015, pp. 2054 ss.
- L. Ferrajoli, *La democrazia costituzionale*, Bologna, 2016.

- P. K. Feyerabend, *Contro il metodo*, Milano, 1979
- G. Fiandaca, *Repressione penale della ubriachezza e violazione del principio di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1982, I, pp. 1788 ss.
- G. Fiandaca, *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in *Dir. quest. pubbl.*, n. 5/2005, pp. 13 ss.
- N. Fiano, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in *Forum di Quad. cost.*, 25 ottobre 2018
- M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009
- M. Fioravanti, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, III ed. 2014
- M. Fioravanti, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2016, pp. 7 ss.
- L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017
- S. Fois, *Libertà di diffusione del pensiero e monopolio radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1960, pp. 1127 ss.
- S. Fois, *La «riserva di legge»*. Lineamenti storici e problemi attuali, Milano, 1963
- S. Fois, *La natura dell'attività radiotelevisiva alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1977, pp. 429 ss.
- E. Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973
- M. M. Fracanzani, *Analogia e interpretazione conforme*, Milano, 2003
- V. Frosini, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981
- T. E. Frosini, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in G. Comandé, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004
- E. Furno, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, *ivi*, pp. 303 ss.; S. Catalano, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in *Oss. cost.*, n. 2/2020, pp. 288 ss.
- F. Gabriele, *Riserva allo Stato a livello nazionale e privatizzazione condizionata a livello locale in materia di diffusione radiofonica e televisiva via etere*, in *Giur. cost.*, 1976, pp. 1489 ss.
- G. Galilei, *Il Saggiatore*, Milano, 2015
- U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999
- L. Gallino, voce *Sociologia della scienza*, in *Enc. italiana*, V appendice, online, 1995
- A. Gardino Carli, *Giudice e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli "elementi diffusi" nel nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milano, 1988
- W. K. Geck, *Vorwort*, in K. J. Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*, in K. J. Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Ein Beitrag zu rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlichen Entscheidungen*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1971, pp. 6 ss.

- G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale e scienza medica*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotechnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, pp. 54 ss.
- P. Giangaspero, *Il diritto alla salute e la sperimentazione clinica in una additiva di principio anomala*, in *Giur. cost.*, n. 5/1998, pp. 2805 ss.
- P. C. Giannelli, *The Admissibility of Novel Scientific Evidence: Frye v. United States, a Half-Century Later*, in *Col. L. Rev.*, 80 (1980), pp.
- M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, n. 1/1956, II, pp. 902 ss.
- F. Giardina, *Vaccinazione obbligatoria, danno alla salute e "responsabilità" dello Stato*, in *Giur. cost.*, n. 6/1990, pp. 1880 ss.
- M. Gigante, voce *Norma tecnica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Milano, 2006, pp. 3806 ss.
- G. Giorello, *Filosofia della scienza*, Milano, 1992
- A. Giovannelli, *Dottrina pura e teoria della Costituzione in Kelsen*, Milano, 1983
- C. Giunta, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall' "ordinanza Cappato"*, in *Dir. fond.*, n. 1/2019
- D. Giuri, *Infermità psichica e presunzione di pericolosità nel giudizio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 460 ss.
- M. Goldoni, *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Dir. quest. pubbl.*, n. 10/2011, pp. 337 ss.
- P. G. Grasso, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*, in *Giur. cost.*, 1981, pp. 808 ss.
- D. Grimm, *Verfassungsrechtlicher Konsens und politische Polarisierung in der Bundesrepublik Deutschland*, in P. Haungs (a cura di), *Verfassung und politisches System*, Stuttgart, 1984
- M. C. Grisolia, *Le modifiche alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Oss. fonti*, n. 1/2020, pp. 5 ss.
- C. Gröpl, K. Windthorst, C. von Coelln, *Studienkommentar GG*, München, 4. Aufl. 2020
- T. Groppi, *La Corte costituzionale tra fatto legislativo e fatto sociale*, in *Giur. cost.*, n. 5/1998, pp. 2798 ss.
- T. Groppi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in *Consulta Online*, n. 1/2019, pp. 138 ss.
- R. Gröschner, *Die richterliche Rechtsfindung: „Kunst“ oder „Methode“?*, in *Juristenzeitung*, nn. 23-24/1983, pp. 944 ss.
- P. F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Milano, 1972
- E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, pp. 531 ss.
- R. Guastini, voce *Legge (Riserva di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 167
- F. Guella, *L'utilizzo di definizioni "tecnico-scientifiche" nel diritto. Il rinvio a concetti pre-giuridici tra effettività della norma e sanzione di scelte tecniche*, in F. Cortese, M. Tomasi (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Napoli, 2016, pp. 292 ss., pp.

- P. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, München, 1983
- J. Habermas, *Fatti e norme*, Milano, 1996
- C. von Hesler, *Gesetzgebungsrelevante Tatsachen und ihre Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht*, Baden-Baden, 2021
- E. J. Hobsbawm, *Il secolo breve*, Milano, 1995
- M. P. Iadicicco, *Finalmente una decisione del giudice delle leggi sulla diagnosi genetica preimpianto, in attesa del doveroso intervento del legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 3/2015, pp. 797 ss.
- M. P. Iadicicco, *La «scelta tragica» sul destino degli embrioni non impiantati tra discrezionalità del legislatore e vaglio del giudice costituzionale*, in *BioLaw J.*, n. 2/2016, pp. 183 ss.
- M. P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020
- A. Iannuzzi, *La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità del divieto di accesso alla diagnosi preimpianto e alla procreazione medicalmente assistita per le coppie fertili e sgretola l'impianto della legge n. 40 del 2004*, in *Giur. cost.*, n. 3/2015, pp. 805 ss.
- A. Iannuzzi, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *Consulta Online*, n. 1/2018
- A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018
- A. Iannuzzi, *Poteri istruttori e valutazioni tecnico-scientifiche tra discrezionalità legislativa, autonomia della scienza ed esigenze processuali*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i "fatti": istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, pp. 91 ss.
- A. Iannuzzi, *Leggi "science driven" e CoViD-19. Il rapporto tra politica e scienza nello stato di emergenza sanitaria*, in *BioLaw J., Special Issue* n. 1/2020, pp. 119 ss.
- N. Irti, E. Severino, *Dialogo su tecnica e diritto*, Roma-Bari, 2001
- M. Isnardi Parente, *Techne. Momenti del pensiero greco da Platone a Epicuro*, Firenze, 1966
- U. Izzo, *Cronaca di un "revirement" annunciato: il nuovo assetto costituzionale dell'incompatibilità carceraria del detenuto affetto da HIV*, in *Foro it.*, n. 5/1996, I, pp. 1555 ss.
- M. Jestaedt, O. Lepsius, C. Möllers, C. Schönberger, *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, 2011
- H. D. Jarass, *Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. Objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *AöR*, 110, 1985, pp. 363 ss.
- G. Jellinek, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878
- L. Kass, *La sfida della bioetica. La vita, la libertà e la difesa della dignità umana*, Torino, 2007
- H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981
- T. Kingreen, R. Poscher, *Grundrechte. Staatsrecht II*, München, 37. Aufl. 2021
- O. Klein, *Das Untermaßverbot: über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichtenerfüllung*, in *Juristische Schulung*, n. 11/2006, pp. 960 ss.

- W. Kluth, *Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht*, in NJW, 1999, pp. 3513 ss.
- I. Lakatos, *La metodologia dei programmi di ricerca scientifici*, Milano, 2001
- E. Lamarque, *La prima decisione della Corte costituzionale sulle conseguenze dell'utilizzo delle tecniche di procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, n. 5/1998, pp. 2637 ss.
- E. Lamarque, *Chi sono gli assistenti di studio dei giudizi costituzionali*, in *Consulta online*, 2011
- P. Lazzara, "Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive, *ivi*, pp. 212 ss.
- F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, pp. 372 ss.
- B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte riproduttive. Riflessioni intorno alla procreazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria della gravidanza*, Milano, 2017
- B. Liberali, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *BioLaw J.*, n. 3/2019, pp. 115 ss.
- B. Liberali, *La legge n. 40 del 2004 di nuovo alla Corte costituzionale: una svolta decisiva (ma forse non ancora definitiva) nella ricostruzione di un possibile "diritto a procreare"?*, in *Studium iuris*, n. 5/2020, pp. 534 ss.
- A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013
- A. Lorenzetti, *Corte costituzionale e transessualismo: ammesso il cambiamento di sesso senza intervento chirurgico ma spetta al giudice la valutazione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015, pp. 1006 ss.
- M. Luciani, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983
- M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del processo costituzionale incidentale*, Padova, 1984
- M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi.it*, 8 agosto 2007
- M. Luciani, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, pp. 391 ss.
- M. Luciani, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Riv. AIC*, n. 2/2020, pp. 402 ss.
- N. Luhmann, *La società del rischio*, Milano, 1996
- C. Magnani, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Forum Quad. cost.*, 2018
- G. Majone, A. La Spina, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2010
- E. Malfatti, *La Corte si pronuncia nuovamente sulla procreazione medicalmente assistita: una dichiarazione di incostituzionalità annunciata ma forse non "scontata" né (del tutto) condivisibile*, in *Consulta Online*, n. 2/2015
- A. Manacorda, *Infermità mentale, custodia e cura alla luce della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, pp. 292 ss.
- M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994
- M. Manetti, *Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Pol. dir.*, n. 3/2004, pp. 453 ss.

- M. Manetti, *Procreazione medicalmente assistita: una political question disinnescata*, in *Giur. cost.*, n. 3/2009, pp. 1688 ss.
- M. Manetti, *La decostituzionalizzazione del paradigma eterosessuale nella genitorialità da PMA*, in *Giur. cost.*, n. 5/2019, pp. 2613 ss.
- M. Manetti, *I "falsi amici" del Giudice costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 1/2020, pp. 505 ss.
- A. Mangia, *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Riv. AIC*, n. 3/2021, pp. 432 ss.
- A. Manna, *Un'occasione perduta: l'art. 688 c.p.*; in *Giur. cost.*, 1982, pp. 1031 ss.
- F. Mannella, *L'inseminazione artificiale eterologa davanti alla Corte costituzionale: una soluzione interlocutoria insoddisfacente*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 1138 ss.
- C. Mannelli, *Medicina di genere. Un obiettivo ancora lontano?*, in *Not. Politeia*, 2020, pp. 67 ss.
- L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001
- V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, V ed. 1981
- V. Marcenò, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, pp. 393 ss.
- R. Marchesini, *Post-human. Verso nuovi modelli di esistenza*, Torino, 2004
- B. Marchetti, M. Renna (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016
- B. Marchetti, M. Renna, *I processi di giuridificazione: soggetti, tecniche, limiti*, in B. Marchetti, M. Renna (a cura di), *La giuridificazione*, Firenze, 2016, pp. 19 ss.
- P. Martini, *Diritto alla sessualità come diritto alla salute*, in *Riv. it. med. leg.*, 1985, pp. 1289 ss.
- C. M. Martini, G. Zagrebelsky, *La domanda di giustizia*, Torino, 2003
- C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985
- C. Masciotta, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze, 2019
- C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 6/2019
- C. Masciotta, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Oss. fonti*, n. 1/2020, pp. 194 ss.
- C. Masciotta, *Il ruolo dell'amicus curiae in alcune recenti decisioni costituzionali*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, n. 3/2021, pp. 174 ss.
- J. Masing, *Das Bundesverfassungsgericht*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K. F. Gärditz, *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, München, 2021, pp. 981 ss.
- C. Mayer, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Baden-Baden, 1996
- M. Mayer, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie. Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich*, Baden-Baden, 2005
- M. Mazza, *Sulla legittimità delle norme sull'uso di grano duro nella produzione commercio delle paste alimentari*, in *Giur. agr. it.*, 1980, II, pp. 554 ss.
- L. A. Mazarolli, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000

- R. K. Merton, *Teoria e struttura sociale. III. Sociologia della conoscenza e sociologia della scienza*, Bologna, 2000
- K. Meßerschmidt, *Gesetzgebungsermessen*, Baden-Baden, 2000
- M. Mezzanotte, *Il "sistema normativo ambientale" nella sentenza ILVA, tra scelte discrezionali e bilanciamento dei diritti*, in *Rass. parl.*, n. 3/2013, pp. 669 ss.
- F. Modugno, *L'invalidità della legge*, Padova, 1970
- F. Modugno, *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, pp.
- F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, pp. 19 ss.
- F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995
- F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007
- F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008
- F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009
- G. Monaco, *La concretezza nel giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 2016
- L. Montanari, *I poteri normativi degli organismi tecnico-scientifici*, in G. Comandé, G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2004
- D. Morana, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sentenza 282/2002 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 3/2002 pp. 2034 ss.
- A. Morelli, *Dalla distinzione per modelli di giustizia costituzionale ad una classificazione per istituti (note metodico-dogmatiche in merito alla "concretezza" del giudizio sulle leggi)*, in *Aa.Av.*, *Scritti in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, pp. 467 ss.
- A. Morelli, *Fecondazione assistita: quando la Corte decide di non decidere*, in *Quad. cost.*, n. 1/2007, pp. 154 ss.
- M. R. Morelli, *Declaratoria di illegittimità "dal momento in cui". Genesi e fondamento di una nuova tipologia di decisioni costituzionali di accoglimento*, in *Giur. cost.*, n. 4/1988, pp. 512 ss.
- A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001
- A. Morrone, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014
- A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura sull'eterologa*, in *Forum Quad. cost.*, 2014
- A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, pp. 251 ss.
- A. Morrone, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 12/2021, pp. 170 ss.
- C. Mortati, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.*, n. 1/1949, I, 457 ss.
- C. Mortati, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, pp.
- M. Mulkay, *La scienza e la sociologia della conoscenza*, Roma, 1981
- D. Murswiek, *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionenschutzrechtliche Ausformung*, Berlin, 1985

- E. Musco, *Variazioni minime in tema di pericolosità presunta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 1584 ss.
- C. Nardocci, *Caso "Stamina": la Corte rimette ordine nel dialogo tra scienza e diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, pp. 160 ss.
- A. M. Nico, *L'accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2007
- M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 252 ss.
- R. Niro, *I ponti radio: mezzi di "comunicazione" o mezzi di "trasporto" di programmi destinati alla radiodiffusione?*, in *Giur. cost.*, n. 10/1988, I, pp. 5006 ss.
- M. Nisticò, *Le problematiche del potere istruttorio nelle competenze della Corte*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, pp. 50 ss.
- S. Jasanoff, *La scienza davanti ai giudici*, Milano, 2001
- H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990
- H. Jonas, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Torino, 1997
- K. D. Knorr-Cetina, *Scientific Communities of Transepistemic Arenas of Research? A Critique of Quasi-Economic Models of Science*, in K. D. Knorr-Cetina, M. Mulkay (edited), *Science Observed: Perspectives on the Social Study of Science*, London, 1983, pp. 128 ss.
- T. S. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1978
- D. Oldroyd, *Storia della filosofia della scienza*, Milano, 2002
- E. Olivito, *Il fatto nel giudizio sulle leggi*, in *Riv. del Gruppo di Pisa*, 2017
- E. Olivito, *I fatti a Corte. La resistibile ascesa degli elementi fattuali nel giudizio di legittimità costituzionale*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018, pp.135 ss.
- A. Pace, *"Segnali" della Corte in materia radiotelevisiva*, in *Giur. cost.*, 1984, pp. 1779 ss.
- A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003
- C. Padula, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il pre-enforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali "astratte" in Italia*, Torino, 2018
- L. Paladin, *Osservazioni sulla discrezionalità e l'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/1956, pp. 1028 ss.
- L. Paladin, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pp. 304 ss.
- L. Paladin, L. A. Mazzaroli, D. Girotto, *Diritto costituzionale*, Torino, 2018
- L. Palazzani, *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Torino, 2015
- L. Palazzani (a cura di), *Nuove biotecnologie, biodiritto e trasformazioni della soggettività*, Roma, 2007
- M. Panebianco, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018 tra nuovi tipi decisori e ruolo del Parlamento. Note "inevitabilmente" intermedie*, in *Nomos*, n. 1/2019

- M. Panebianco, *Il seguito dall'ordinanza super monitoria della Corte costituzionale n. 207 del 2018: la sentenza di co-legislazione n. 242 del 2019*, in *Nomos*, n. 1/2020
- C. Panzera, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, 2013
- H.-J. Papier, „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“ als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in C. Starck (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, I, Tübingen, 1976, pp. 433 ss.
- D. Paris, *La disciplina del prelievo e dell'uso del cordone ombelicale al vaglio del Conseil constitutionnel. Brevi osservazioni a margine della décision n. 2012-249 QPC*, in *Riv. AIC*, n. 3/2012
- G. Parodi, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990
- G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Milano, 1996
- A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Riv. AIC*, n. 3/2015
- M. Patrono, voce *Legge (vicende della)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, pp.
- I. R. Pavone, *La Convenzione europea sulla biomedicina*, Milano, 2009
- L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento. Sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987
- L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Torino, 2015
- L. Pegoraro, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019
- I. Pellizzone, *Aiuto al suicidio e sindacato di costituzionalità: 'pars destruens' e 'pars construens' delle pronunce della Corte Costituzionale come chiave di lettura della tecnica decisoria e della 'ratio decidendi' del caso Cappato*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2/2020, pp. 472 ss.
- S. Penasa, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza*, in *Forum di Quad. cost.*, 3 aprile 2013
- S. Penasa, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, in *Forum di Quad. cost.*, 2014
- S. Penasa, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015
- S. Penasa, *La procreazione medicalmente assistita in prospettiva comparata: verso una modellistica inter-familiare?*, in A. Torre (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015, pp. 391 ss.
- S. Penasa, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, n. 2/2015, pp. 271 ss.
- S. Penasa, *La sentenza n. 96 del 2015 della Corte costituzionale: l'insostenibile debolezza della legge 40*, in *Quad. cost.*, n. 3/2015, pp. 755 ss.
- S. Penasa, *La Corte di giustizia e la ri-definizione del contenuto normativo di "embrione umano": l'ultima (?) fase della "saga" Brüstle*, in *Quad. cost.*, n. 1/2015, pp. 213 ss.

- S. Penasa, *Le “scientific questions” nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionale e internazionali*, in *BioLaw J.*, n. 1/2016, pp. 39 ss.
- S. Penasa, *Presupposti scientifici delle leggi e giudizio di costituzionalità: spunti dal diritto comparato*, in M. D’Amico, F. Biondi, *La Corte costituzionale e i fatti. Istruttoria ed effetti delle decisioni*, Torino, 2018, pp. 255 ss.
- M. Pera, *Perché la Comunità. Ragioni di un filosofo*, in G. Battimelli, E. Gagliasso (a cura di), *Le Comunità Scientifiche tra storia e sociologia della scienza*, Roma, 1992, pp. 11 ss.
- R. Pescatore, *Caso Cappato-Antoniani: analisi di un nuovo modulo monitorio*, in *Oss. cost.*, n. 1/2020, pp. 343 ss.
- N. Petersen, *Avoiding the common-wisdom fallacy: the role of social sciences in constitutional adjudication*, in *I-CON* (2013), vol. 11, n. 2, pp. 294 ss.
- K. J. Philippi, *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Ein Beitrag zu rational-empirischen Fundierung verfassungsgerichtlichen Entscheidungen*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1971
- M. Picchi, *“Leale e dialettica collaborazione” fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Oss. fonti*, n. 3/2018
- M. Picchi, *Il divieto per le coppie omosessuali di accedere alla PMA: la Corte costituzionale compie un’interpretazione autentica della pregressa giurisprudenza.*, in *Forum Quad. cost.*, n. 2/2020
- C. Piciocchi, *La Convenzione di Oviedo sui diritti dell’uomo e la biomedicina: verso una bioetica europea?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2001, pp. 1301 ss.
- C. Piciocchi, *Bioethics and Law: between Values and Rules*, in *Ind. J. Gl. L. St.*, 2006 (12), p. 471
- C. Piciocchi, *La libertà terapeutica come diritto culturale. Uno studio sul pluralismo nel diritto costituzionale comparato*, Padova, 2006
- C. Piciocchi, *La procreazione medicalmente assistita tra biologia e volizione, nella sentenza n. 84 del 2016 della Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, n. 12/2016, pp. 1437 ss.
- F. Pierandrei, *Radio, televisione e Costituzione*, in *Giur. it.*, 1961, IV, pp. 225 ss.
- F. Pierandrei, voce *Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 904
- F. Piergentili, *Il divieto di fecondazione eterologa “per infertilità sociale” al vaglio della Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 221 del 2019*, in *Dir. fond.*, n. 2/2020
- R. Pinardi, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, n. 6/2018, pp. 2465 ss.
- C. Pinelli, *Gli obblighi di vaccinazione fra pretese violazioni di competenze regionali e processi di formazione dell’opinione pubblica*, in *Giur. cost.*, n. 1/2018, pp. 38 ss.
- C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991

- A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, in Aa.Vv., *Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-19*, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1977
- A. Pizzorusso, *Art. 137 (ottava e nona parte)*, in A. Pizzorusso, G. Volpe, F. Sorrentino, R. Moretti, *Garanzie costituzionali*, Bologna-Roma, 1981
- A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, pp. 795 ss.
- A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, n. 1/1987, pp. 521 ss.
- A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, pp. 79 ss.
- Platone, *Teeteto*, Milano, 1994
- Platone, *Repubblica*, Milano, 2007
- F. Politi, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Dir. fond.*, n. 1/2020, pp. 661 ss.
- G. Ponzanelli, *"Pochi ma da sempre": la disciplina sull'indennizzo per il danno da vaccinazione. Trasfusione o assunzione di emoderivati al primo vaglio di costituzionalità*, in *Foro it.*, n. 7/1996, I, pp. 2328 ss.
- K. R. Popper, *Scienza e filosofia. Problemi e scopi della scienza*, Torino, 1969
- K. R. Popper, *Congetture e confutazioni*, Bologna, 1984
- A. Porporato, *Contributo allo studio dei provvedimenti amministrativi condizionati*, Torino, 2020
- R. Poscher, *Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordnet Freiheit*, Tübingen, 2003
- A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997
- A. Pugiotto, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994, pp. 91 ss.
- A. Pugiotto, *Due casi di controllo della Corte costituzionale sui presupposti empirici di scelte legislative penali*, in *Giur. cost.*, n. 5/1995, pp. 3460 ss.
- A. Pugiotto, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Riv. AIC*, n. 2/2020, pp. 426 ss.
- S. Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, Milano, 1950
- D. Pulitanò, *Una nuova "sentenza ILVA". Continuità o svolta?*, in *Giur. cost.*, n. 2/2018, pp. 604 ss.
- F. Ossenbühl, *Die Kontrolle von Tatsachenfeststellungen durch das Bundesverfassungsgericht*, in C. Starck (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Tübingen, 1976, pp. 458 ss.
- C. Ragni, *Scienza, diritto e giustizia internazionale*, Milano, 2020
- G. Ragone, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020
- M. Ramajoli, *Strumenti giuridici per il governo radiotelevisivo*, in *Foro amm.*, n. 10/1993, pp. 2005 ss.

- G. Razzano, *L'essere umano allo stato embrionale e i contrappesi alla sua tutela. In margine alla sentenza della Corte costituzionale n. 151/2009 e all'ordinanza del Tribunale di Bologna del 29 giugno 2009*, in *Giur. cost.*, n. 3/2009, pp. 295 ss.
- G. Razzano, *Corte costituzionale n. 84 del 2016, sulla tutela dell'embrione e l'interesse della ricerca scientifica: una sentenza ispirata alla prudentia?*, in *BioLaw J.*, n. 2/2016, pp. 223 ss.
- G. Razzano, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in *Dir. fond.*, n. 1/2019
- G. Razzano, *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in *Dir. fond.*, n. 2/2019
- A. Ravà, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911
- C. M. Reale, *Corte costituzionale e transgenderismo: l'irriducibile varietà delle singole situazioni*, in *BioLaw J.*, n. 1/2016, pp. 283 ss.
- G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, n. 6/2018, pp. 2487 ss.
- G. Repetto, *Il controllo di costituzionalità delle leggi: giurisdizione e politica nel prisma del Bundesverfassungsgericht*, in G. Repetto, F. Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Napoli, 2020, pp.
- G. U. Rescigno, *La Corte scambia i principi fondamentali della materia per i principi fondamentali dell'oggetto*, in *Giur. cost.*, n. 6/2003, pp. 3722 ss.
- G. U. Rescigno, voce *Principio di legalità*, in *Enc. Treccani*, online, 2016
- S. Richards, *Filosofia e sociologia della scienza. Epistemologia, società, religione*, Roma, 1983
- F. Rigano, M. Terzi, «*Certificazioni verdi COVID-19*» e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale, in *Oss. cost.*, n. 5/2021, pp. 146 ss.
- I. Rivera, *Le suggestioni del diritto all'autodeterminazione personale tra identità e diversità di genere. Note a margine di Corte cost. n. 221 del 2015*, in *Consulta Online*, n. 1/2016
- S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006
- S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012
- S. Rodotà, *Controllo e privacy della vita quotidiana. Dalla tutela della vita privata alla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 1/2019, pp. 9 ss.
- M. Romano, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in G. Forti, M. Bertolino (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, I, Napoli, 2007, pp. 899 ss.
- R. Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985
- R. Romboli, *Carattere preclusivo delle decisioni di inammissibilità della Corte costituzionale, errori di fatto e ammissibilità della revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, pp. 1135 ss.

- R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Torino, 2017
- R. Romboli, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Riv. AIC*, n. 3/2017
- R. Romboli, *Il "caso Cappato": una dichiarazione di incostituzionalità "presa, sospesa e condizionata", con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Foro it.*, n. 6/2019, I, pp. 1892 ss.
- R. Romboli, *Obbligo di vaccinazione anti Covid e principi costituzionali: a proposito del d.l. n. 44/2021*, in *Quad. cost.*, n. 3/2021, pp. 673 ss.
- D. Ross, *Platone e la teoria delle idee*, Bologna, 2001
- A. Rossi, *La dimensione personale nella scienza e la comunità scientifica*, in G. Battimelli, E. Gagliasso (a cura di), *Le Comunità Scientifiche tra storia e sociologia della scienza*, Roma, 1992, pp. 323 ss.
- S. Ruf, *Die legislative Prognose*, Tübingen, 2021
- A. Ruggeri, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti tra la Corte costituzionale e il Legislatore*, Milano, 1988
- A. Ruggeri, *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990
- A. Ruggeri, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *BioLaw J.*, n. 2/2016, pp. 245 ss.
- A. Ruggeri, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo "a fisarmonica" dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. fond.*, n. 2/2018, pp. 13 ss.
- A. Ruggeri, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta Online*, n. 3/2019, pp. 707 ss.
- A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, VI ed. 2019
- A. Ruggeri, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dir. fond.*, n. 2/2021, pp. 170 ss.
- M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, n. 2/2019, pp. 644 ss.
- G. Russo, *La pericolosità sociale dell'infermo di mente prosciolto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1983, pp. 375 ss.
- F. Saitto, *Il ricorso individuale diretto: assetti del sistema di giustizia costituzionale e rapporti tra giurisdizioni in Germania*, in G. Repetto, F. Saitto (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania*, cit., pp. 43 ss.
- F. Salmoni, *Le norme tecniche*, Milano, 2001
- A. M. Sandulli, *Le norme tecniche nell'edilizia*, in Aa. Vv., *Studi in onore di d'Avack*, Milano, 1976, pp.
- A. Santosuosso, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, 2001
- A. Santosuosso, *Diritto, scienza, nuove tecnologie*, Lavis, 2016

- G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000
- A. Scerbo, *Tecnica e politica del diritto nella teoria del processo. Profili di processualisti italiani contemporanei*, Soveria Mannelli, 2000
- K. Schlaich, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen*, in *VVDStRL*, 1981, pp. 99 ss.
- K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, München, 12. Aufl. 2021, pp. 396 ss.
- H. Schulze-Fielitz, *Art. 20a*, in H. Dreier, *GG Kommentar*, Tübingen, 3. Aufl. 2015, pp. 308 ss.
- G. F. Schuppert, *Self-restraints der Rechtsprechung – Überlegungen zur Kontrolldichte in der Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, in *DVBl.*, 1198, pp. 1191 ss.
- G. Sereno, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*, in *Giur. cost.*, n. 3/2013, pp. 1511 ss.
- G. Serges, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della Corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, pp. 27 ss.
- G. Serges, *Le due notevoli "prime volte" della sentenza Cappato (con qualche riflessione critica sulla tecnica decisoria adottata)*, in *Giur. cost.*, n. 6/2019, pp. 3025 ss.
- D. Servetti, *Ragionevolezza dell'imposta sulle sigarette elettroniche, principio di precauzione e scienza privata del giudice costituzionale. Nota alla sentenza della Corte n. 83 del 2015*, in *Riv. AIC*, n. 4/2015
- D. Servetti, *Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislative e giurisdizionale*, Pisa, 2019
- E. Severino, *Il destino della tecnica*, Milano, 2009
- G. Silvestri, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Dir. pen. cont.*, online, 2018
- G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006
- F. Sorrentino, *Le fonti del diritto*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Milano, 1997, pp. 117 ss.
- F. Sorrentino, *Sigarette elettroniche tra imposizione fiscale e riserva di legge*, in *Giur. cost.*, n. 3/2015, pp. 738 ss.
- A. Spadaro, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in A. D'Aloia (a cura di), *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2006, pp. 569 ss.
- A. Spadaro, *La sentenza Brüstle sugli embrioni: molti pregi...e altrettanti difetti (in dialogo con Lorenza Violini)*, in *Quad. cost.*, n. 2/2012, pp. 438 ss.
- A. Spadaro, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016)*, in *BioLaw J.*, n. 2/2016, pp. 253 ss.
- F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 2000

- F. Stella, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 773 ss.
- H. A. Stuttmann, *Gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit und verfassungsgerichtliche Kontrolle. Die bundesverfassungsgerichtliche Kompetenz zur Überprüfung des einem Gesetz zugrundeliegenden Sachverhaltes am Beispiel des Erforderlichkeitsgrundsatzes*, Köln, 2014
- M. Tallachini, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Riv. int. fil. dir.*, n. 2/2012, pp. 313 ss.
- M. Tampieri, *L'identità personale: il nostro documento esistenziale*, in *Europa dir. priv.*, n. 4/2019, pp. 1195 ss.
- G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974
- D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020
- V. Tigano, *De dignitate non disputandum est? La decisione della consulta sui divieti di sperimentazione sugli embrioni e di revoca del consenso alla PMA*, in *Dir. pen. cont., online*, 2016
- R. Titomanlio, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012
- M. Tomasi, *Genetica e Costituzione. Esercizi di uguaglianza, solidarietà e responsabilità*, Napoli, 2019
- C. Tomba, *Il "depotenziamento" dell'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione. Un "nuovo" riflesso sulle tecniche decisorie? (a margine della sent. n. 221 del 2015)*, in *Giur. cost.*, n. 6/2015, pp. 2063 ss.
- M. Trapani, *Il divieto di inseminazione artificiale di tipo eterologo per le coppie omogenitoriali tra scienza e coscienza sociale*, in *Dir. fond.*, n. 2/2020
- C. Tripodina, *Decisioni giurisprudenziali e decisioni politiche nell'interpretazione del diritto alla vita*, in *Giur. cost.*, n. 6/2006, pp. 3849 ss.
- C. Tripodina, *La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la "Costituzione che non vale più la pena difendere"?*, in *Giur. cost.*, n. 3/2009, pp. 1696 ss.
- C. Tripodina, *Il 'diritto al figlio' tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*, in *Giur. cost.*, n. 3/2014, pp. 2593 ss.
- C. Tripodina, *Le parole non dette. In lode alla sentenza 96/2015 in materia di fecondazione assistita e diagnosi preimpianto per coppie fertili portatrici di malattia genetica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2015
- C. Tripodina, *Contrordine: la determinazione di avere un figlio (se delle coppie omosessuali) non è "incoercibile". La Corte costituzionale allo specchio della fecondazione eterologa*, in *Giur. cost.*, n. 5/2019, pp. 2622 ss.
- M. Trombetta, S. Cristina, voce *Tecnoscienza*, in *Enc. di Bioetica e Scienza Giuridica*, XII, Napoli, 2017, pp. 111 ss.
- F. Uccella, *Consenso revocato, dopo la nascita del figlio, all'inseminazione eterologa e azione di disconoscimento: cosa suggerisce la Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, pp. 465 ss.

- A. Vallini, *Il curioso (e doloroso) caso delle coppie fertili portatrici di malattie ereditarie, che potevano ricorrere all'aborto, ma non alla diagnosi e selezione preimpianto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2015, pp. 1457 ss.
- A. Valongo, *Nuove genitorialità nel diritto delle tecnologie riproduttive*, Napoli, 2017
- G. Vassalli, *Ancora sulla pericolosità sociale presunta nell'infermo totale di mente*, in *Giur. cost.*, 1972, pp. 1215 ss.
- G. Vassalli, *L'abolizione della pericolosità degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *Giur. cost.*, 1982, pp. 1202 ss.
- P. Veronesi, *Conflitto tra poteri e giudizio incidentale a confronto: interesse ad agire, rilevanza e concretezza*, in *Giur. cost.*, n. 6/1995, pp. 3219 ss.
- P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano, 2007
- P. Veronesi, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2009, pp.
- P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Forum Quad. cost.*, 2014
- P. Veronesi, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *BioLaw J.*, n. 2/2018, pp. 77 ss.
- P. Veronesi, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all'autodeterminazione*, in *BioLaw J., Special Issue* n. 2/2019, pp. 27 ss.
- P. Veronesi, *L'eccezione alla regola: il caso dei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Oss. cost.*, n. 6/2021, pp. 226 ss.
- C. Verrigni, *La tassazione delle sigarette elettroniche e la natura giuridica delle accise*, in *Giur. cost.*, n. 6/2017, pp. 2494 ss.
- C. Videtta, *L'amministrazione della tecnica tra procedimento e processo*, Napoli, 2008
- F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999
- L. Violini, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo. Sostanze cancerogene e centrali nucleari negli Stati Uniti*, Milano, 1986
- 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.*, n. 3/1998, pp.
- L. Violini, *Vuoto normativo, disparità di fatto e scelte "tecniche"*, in *Giur. cost.*, 1988, pp.
- 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*, n. 6/2002, pp. 1450 ss.
- L. Violini, *Il divieto di brevettabilità di parti del corpo umano: un uso specifico e non inutile del concetto di dignità umana*, in *Quad. cost.*, n. 1/2012, pp. 145 ss.
- L. Violini, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Oss. cost.*, n. 2/2014
- S. F. Vitello, *AIDS e regime detentivo secondo il nuovo principio sancito dalla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, pp. 321 ss.

- E. Vivaldi, *Il caso Ilva: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *Federalismi.it*, n. 15/2013
- U. Volkman, *Allgemeine Grundrechtslehren*, in M. Herdegen, J. Masing, R. Poscher, K. F. Gärditz, *Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive*, München, 2021, pp. 1051 ss.
- G. Volpe, *Libertà e diritti dalla modernità alla biopolitica: l'individuo, la persona, l'uomo-specie, i diritti umani*, in C. Amato- G. Ponzanelli (a cura di), *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, Torino, 2006, pp. 339 ss.
- M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1974
- G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012
- R. Zaccaria, *L'alternativa posta dalla Corte: monopolio "pluralistico" della radiotelevisione o liberalizzazione del servizio*, in *Giur. cost.*, 1974, pp. 2169 ss.
- G. Zagrebelsky, *Errore di fatto e sentenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1967, II, pp. 1510 ss.
- G. Zagrebelsky, voce *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 538
- G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988
- G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Torino, 2006
- G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, 2 vol., Torino, II ed. 2018
- V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, II ed. 2019
- F. Zammartino, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020
- N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.*, n. 4/2015, pp. 919 ss.
- N. Zanon, *Corte costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Riv. AIC*, n. 4/2017
- P. Zatti, *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 12-2/2008, pp. 403 ss.
- P. Zicchittu, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *Dir. fond.*, n. 1/2019