



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

I FATTI NEL GIUDIZIO INCIDENTALE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

MARIAROSA VICARIO*

SOMMARIO: 1. Introduzione: la rilevanza dei *fatti* nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale – 2. Il giudizio di legittimità costituzionale tra “astrattezza” e “concretezza” – 3. I fatti che entrano nel giudizio di legittimità costituzionale: i *legislative facts* – 4. I fatti scientifici – 5. Come la giurisprudenza si apre alla scienza: l'*amicus curiae* dinanzi alla Corte Suprema – 6. Limiti del sindacato. Discrezionalità del legislatore?

1. Introduzione: la rilevanza dei fatti nel giudizio di legittimità costituzionale

Oggetto dell’indagine è la dimensione “concreta” del giudizio di legittimità costituzionale. In particolare, l’attenzione sarà focalizzata sui “fatti”: *quali* fatti sono presi in considerazione dalla Corte costituzionale ove venga messa in dubbio la legittimità di una disposizione, e *come* i medesimi entrano nel giudizio di legittimità costituzionale.

Il tema – non di certo nuovo alla letteratura scientifica – è spesso correlato alla necessità che la Corte faccia un uso più cospicuo ed efficace dei suoi poteri istruttori, così da consentire, da un lato, di accertare i fatti sottesi al giudizio incidentale, dall’altro, di ridurre l’esigenza di aprire il processo a soggetti terzi.

Tuttavia, non è questa la prospettiva che si vuole adottare, ritenendo che i “fatti” di cui si discute – e di cui si dirà nel dettaglio più avanti – non si prestino ad essere oggetto di accertamento, ma, essendo espressione di determinati “interessi”, si prestano piuttosto ad essere “compresi” nella loro dimensione “relazionale” con gli altri fatti. In una parola, ad essere oggetto di “bilanciamento” in conformità ai dettami della Costituzione.

In termini generali, una disposizione di legge mira a regolamentare e, quindi, a tutelare determinati interessi individuati dal legislatore come giuridicamente rilevanti.

La disciplina di un determinato assetto di interessi inevitabilmente comporta la limitazione o compressione di altri interessi di segno opposto.

La legittimità della disposizione – o della norma che se ne trae –, allora, dipende non solo dalla circostanza che gli interessi individuati dal legislatore siano costituzionalmente rilevanti (*legittimità del fine della norma*), ma anche dalla circostanza che il bilanciamento operato dal legislatore sia “conforme” a Costituzione (*legittimità formale e sostanziale*).

E ciò, può dirsi, accade quando il costo della tutela accordata ad un interesse non comporta un sacrificio “sproporzionato” imposto all’interesse concorrente.

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell’Unione Europea e ordinamenti nazionali presso l’Università degli Studi di Ferrara.

Per verificare la legittimità dell'“equilibrio” idealmente disegnato dal legislatore in termini generali e astratti, è necessario che gli interessi prendano, per così dire, “corpo”, diventino cioè situazioni giuridiche facenti capo a soggetti in conflitto che le fanno valere in giudizio.

Solo il conflitto, infatti, consente di prendere contezza del significato concreto che le disposizioni assumono, e ciò perché solo l'effettiva applicabilità della norma consente di constatare la sua reale portata, la “misura” della sua legittimità.

E solo attraverso la *rappresentazione* dei “fatti” che hanno dato origine al conflitto è possibile fare una corretta *rappresentazione* degli interessi in gioco. Invero, “«fatti» ed «interessi» non sono realtà staccate, contrapposte e soggette a procedimenti acquisitivi diversi: unica è la realtà ed unico il procedimento, sintetizzati entrambi nella formula (che risale a Piras) della «rappresentazione di fatti in termini di interessi»”¹.

In altre parole – ed è questo che tenteremo di dimostrare – è solo attraverso la prospettazione *in fatto* degli interessi delle parti, che può cogliersi *in diritto* la misura della legittimità di una norma.

2. Il giudizio di legittimità costituzionale tra “astrattezza” e “concretezza”

La premessa introduttiva di questo *paper* cerca di mettere in evidenza la rilevanza dei fatti nel giudizio di legittimità costituzionale. Tuttavia, non può negarsi che una simile costruzione presti il fianco a forti e fondate critiche.

Innanzitutto, potrebbe obiettarsi che non rientra nella finalità del giudizio di legittimità costituzionale la tutela delle posizioni giuridiche soggettive, riservata invece alla giurisdizione “comune” (ordinaria o speciale, a seconda dei casi).

Piuttosto, il fine ultimo del giudizio di legittimità costituzionale è quello di assicurare la legalità dell'ordinamento giuridico, trattandosi di un giudizio “obiettivo”, in cui non vi è alcun contrasto di interessi, ma solo un unico interesse preminente: l'eliminazione di leggi contrarie alla Costituzione².

In considerazione di ciò, ne deriva la netta separazione tra il processo principale e quello incidentale, l'ininfluenza del primo sul secondo. Oggetto della controversia di legittimità costituzionale è la validità di una norma³, per cui il giudizio principale rappresenta un mero presupposto, una semplice occasione del giudizio incidentale; e la tutela delle situazioni giuridiche soggettive “trasmuta qualitativamente ad interesse pubblico”⁴.

¹ R. BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano 1988, 221.

² R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano 1985, 55.

Il carattere obiettivo si ricaverebbe proprio dalla disciplina processuale: dalla modalità di instaurazione del giudizio medesimo ad opera del giudice, che è l'unico ed esclusivo soggetto a poter adire la Corte; dal ruolo marginale delle parti – la cui costituzione è peraltro solo eventuale – sia nella determinazione o amplificazione del *thema decidendum* (cfr., da ultimo, la nota sent. n. 35 del 2017 della Corte costituzionale secondo la quale le parti “non possono concorrere ad ampliare il *thema decidendum* proposto dinanzi a questa Corte, ma ne debbono restare esclusi”), sia nel prosieguo del giudizio medesimo (cfr. F. CARNELUTTI, *Atti del Congresso di dir. proc. civ.*, 1950, 68, per cui il contraddittorio tra le parti nel processo incidentale sarebbe solo un “mero artificio”; il ruolo di parte in senso meramente formale è evidenziato anche da E. Redenti, *Legittimità delle leggi e Corte costituzionale*, Milano 1957, 67; D. FOLIGNO, *I soggetti nel contenzioso costituzionale*, in *Rassegna mensile dell'Avvocatura dello Stato*, 1957, 68); dall'impossibilità per la Corte di adottare misure cautelari; dall'inapplicabilità delle norme sulla sospensione, interruzione ed estinzione del processo (art.18 N.I.); dall'attribuzione alla decisione dell'efficacia *erga omnes*.

Infine, il carattere oggettivo, sarebbe accentuato pure dall'autonomia regolamentare conferita alla Corte “alla definizione della sua struttura e delle regole del giudizio”. Così G. D'ORAZIO, *Soggetto privato e processo costituzionale italiano*, Torino 1992, 157.

³ V. ANDRIOLI, *L'intervento nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1957, 282. Secondo l'A., “non bisogna dimenticare che l'obiettivo della pronuncia della Corte costituzionale è non una volontà concreta di legge, ma la (validità costituzionale di una) norma di legge nella sua portata astratta”.

⁴ G. D'ORAZIO, *Soggetto privato*, cit., Torino 1992, 65.

Strettamente ricollegata alla suddetta osservazione è la seconda obiezione che può muoversi alla premessa di cui sopra.

Difficile, se non impossibile, sarebbe effettuare l'esatta individuazione degli interessi coinvolti dalla norma oggetto d'impugnazione, posto che la stessa ha efficacia *erga omnes* e che, quindi, potrebbe coinvolgere, almeno in astratto, tutti.

Allora, dire che solo i "fatti" consentono di rappresentare gli interessi sottesi alla norma impugnata, vorrebbe dire consentire un accesso "illimitato" agli stessi, e di conseguenza a quanti, sentendosi pregiudicati dalla norma o dall'eventuale suo annullamento, vorrebbero darne la loro rappresentazione.

Come è noto, onde evitare un'eccessiva "dilatazione" del contraddittorio – e la conseguente compromissione della stessa funzionalità della Corte – il legislatore ha adottato il criterio della corrispondenza formale tra le parti del giudizio principale con quello incidentale⁵. E anche rispetto all'intervento dei terzi, si è assunto un atteggiamento "parsimonioso". Invero, la Corte, superando l'iniziale chiusura, consente ad un terzo estraneo al processo principale di intervenire nel giudizio di legittimità costituzionale, solo se è portatore di un interesse qualificato "*immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura*"⁶.

E, neanche a dirlo, è la Corte a verificare la sussistenza di tale stretto legame, caso per caso. Come a dire, non può esistere una regola valida per tutte le situazioni, l'apertura del processo di l.c. deve valutarsi piuttosto in relazione alla singola vicenda giudiziaria onde evitare uno sconfinamento dello stesso⁷.

Ebbene, non può certo negarsi, da un lato, la natura "astratta" del g.l.c., dall'altro, la "fisiologica" necessità di limitarne la partecipazione.

Ciò però non esclude la possibilità né di valorizzare l'altro suo pur accentuato carattere "concreto", né – e questo è il cuore della ricerca – di razionalizzare l'accesso ai *fatti*, di modo da garantire una più puntuale "topografia"⁸ degli interessi coinvolti.

In merito alla prima critica, allora, potrebbe replicarsi che "per quanto il giudizio della Corte possa concepirsi in generale in funzione di garanzia della Costituzione, la natura degli interessi da cui dipende la sua attivazione influisce sul significato dello stesso controllo di costituzionalità"⁹. Ciò significa che nell'ipotesi in cui il g.l.c. sia stato avviato su iniziativa di parte, la questione di legittimità costituzionale *necessariamente* si configura anche come mezzo di tutela di diritti e interessi soggettivi costituzionalmente protetti.

Nulla, infatti, impedirebbe la coesistenza nel g.l.c. di due interessi diversi, non solo quello pubblico a preservare la costituzionalità dell'ordinamento, ma anche quello individuale a far valere i diritti del singolo¹⁰. Per taluno, addirittura, il primo comprende e assorbe il secondo, perché "è

⁵ A tal proposito, la giurisprudenza costituzionale, se pure con qualche oscillazione, sembra essere piuttosto restrittiva nel riconoscere la qualifica di parte, cfr. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2014, 236. Ed infatti, secondo un costante orientamento "*nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale possono costituirsi i soggetti che erano parti del giudizio a quo al momento dell'ordinanza di rimessione*", cfr. *ex plurimis* sentenze n. 276 del 2016 e allegata ordinanza letta all'udienza del 4 ottobre 2016, n. 223 del 2012 e n. 356 del 199.

⁶ Per tutte, cfr. le sentenze della Corte costituzionale nn. 134 e 85 del 2013.

⁷ Del resto, della difficoltà di contemperare le istanze partecipative al processo con la necessità di non impedirne il suo regolare svolgimento ci si era resi conto da subito, tant'è che il legislatore del '53 si era riservato di valutare in un momento successivo l'opportunità di dettare norme espresse sull'intervento *ad adiuvandum*. Così si legge nella relazione parlamentare illustrativa della l. n. 87/1953, cfr. V. ANDRIOLI, *L'intervento*, cit., *ibidem*.

⁸ Di "topografia" degli interessi parla R. BIN, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 62, intendendo con essa "la descrizione delle modalità con cui, nel caso specifico, la norma che tutela un determinato interesse incide nell'ambito di tutela dell'interesse concorrente". In altre parole, "la dimensione spaziale degli interessi".

⁹ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 267.

¹⁰ È questa la posizione intermedia delineata da R. ROMBOLI, *Il giudizio*, cit., 58.

anche «interesse dei singoli» la protezione degli interessi obbiettivi che appunto nella stessa Costituzione trovano fondamento»¹¹.

Del resto, la disciplina complessiva del g.l.c. non è dirimente, risultando impossibile determinare una volta per tutte la prevalenza di un modello piuttosto che di un altro¹².

E se pure – come si ritiene – la dimensione soggettivistica è una parte imprescindibile del g.l.c., allora non possono trascurarsi né l'incidenza che i fatti ivi rivestono, né l'importanza della loro rappresentazione.

Ma se del valore dei primi ci si è edotti da tempo¹³, una maggiore staticità si riscontra sotto il profilo della introduzione di regole che garantiscano l'accesso a tutte le possibili ricostruzioni della realtà sottesa al g.l.c..

E ciò si ricollega alla seconda e più problematica critica mossa, afferente alla difficoltà di garantire la partecipazione a tutti gli interessi sottesi alla norma impugnata.

Ed infatti, rimettere la prospettazione degli interessi in gioco al minore o maggiore grado di adesione che i giudici *a quo* prestano alle istanze di parte può rilevarsi insufficiente.

Ciò per un duplice ordine di ragioni. Compito del giudice *a quo* non è certamente quello di verificare la legittimità di una norma, ma piuttosto quello di individuare la norma applicabile al caso di specie. Avere come interesse la mera risoluzione del caso potrebbe, allora, ostacolare un'esatta ricognizione degli interessi in gioco.

Ma anche e soprattutto perché le argomentazioni addotte nell'atto introduttivo possono soffrire della carenza di elementi cognitivi rilevanti non introdotti dalle parti nel giudizio principale, o perché non hanno avuto interesse a farlo o perché lo hanno fatto in modo inadeguato.

Ma allora, come fa la Corte ad acquisire l'effettiva dimensione fattuale degli interessi?

3. I fatti che entrano nel giudizio di legittimità costituzionale: i legislative facts.

Per poter rispondere all'interrogativo che precede è indispensabile dapprima capire quali sono i fatti presi in considerazione dalla Corte costituzionale nell'ambito di un giudizio incidentale.

In più di un'occasione la Corte ha dichiarato di prendere in esame il solo «fatto tipizzato», ovvero quello che attiene al significato e alla portata della norma sottoposta a giudizio»¹⁴.

Ed infatti, ai fini dell'*individuazione formale* degli interessi in gioco può essere sufficiente prendere in considerazione i soli interessi considerati dal legislatore¹⁵.

Al di là delle ipotesi in cui il «fatto» che ha determinato l'incidente di costituzionalità è, come dire, strutturale al procedimento e quindi necessario alla sua stessa definizione – si pensi ai casi in cui la legge è impugnata per vizi formali, quando oggetto del g.l.c. è una legge

¹¹ M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova 1984, 229.

¹² L. AZENA, *La rilevanza*, in AA.VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli 2006, 601.

Avverso un tipo di giudizio squisitamente «obbiettivo» si pongono, infatti, tutte quelle disposizioni che sembrano disegnare un giudizio volto anche a tutelare le istanze soggettive. Prima fra tutte, la disposizione di cui all'art. 23 l. n. 87 del 1953 che tra le condizioni di ammissibilità della questione di legittimità individua la «rilevanza», ovvero quel rapporto di strumentalità che lega il giudizio incidentale a quello principale, per cui quest'ultimo non può essere definito indipendentemente dalla risoluzione del primo. Ma più in generale, la stessa idea del meccanismo incidentale evidenzia il carattere concreto: il fatto che il dubbio di costituzionalità di una norma sia riscontrato nel corso di un giudizio sta a significare che della sua legittimità la Corte può conoscere solo nel momento in cui la stessa viene concretamente applicata.

¹³ A. BALDASSARE, *I poteri conoscitivi della Corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. Cost.*, 1973, II, 1497 e ss.; A. CERRI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulle leggi e sui conflitti*, in *Giur. Cost.*, 1978, I, 1333 ss.; M. LUCIANI, *I fatti e la Corte sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi*, in *Giur. Cost.*, 1987, I, 1045 ss.

¹⁴ G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1995, 186.

¹⁵ R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 93.

provvedimento, nelle ipotesi di anacronismo legislativo o illegittimità sopravvenuta, in cui l'analisi del "fatto" è imprescindibile – la Corte conosce solo dei c.d. *legislative facts* e non anche degli *adjudicative facts*¹⁶.

Mentre questi ultimi si identificano nelle circostanze fattuali afferenti al caso di specie dal quale ha preso le mosse la questione di incidentalità costituzionale, i primi invece sono tutti quei fatti che attengono alla più ampia comprensione possibile della norma oggetto di sindacato nonché all'interpretazione della norma-parametro, potendo riguardare sia l'una che l'altra.

In particolare, con tale locuzione si vuole ricomprendere una molteplicità di fatti: quelli che hanno inciso sul legislatore in fase di elaborazione della legge, ovvero i "*fatti presupposti*" posti a fondamento della norma e che in sostanza ne esprimono la *ratio*; quelli che consentono alla Corte di comprendere come gli operatori del diritto applicano la legge, ovvero "*la prassi applicativa*"; i "*fatti prognostici*", cioè i fatti che guardano ai possibili effetti della norma o di un suo eventuale annullamento.

Fatti, quindi, non solo presenti ma anche futuribili.

Sono fatti legislativi fatti naturali, sociali, economici, politici, scientifici e amministrativi¹⁷; fatti che richiedono il ricorso a cognizioni extra-giuridiche o rientrano nella comune esperienza.

Essendo funzionali alla comprensione e interpretazione della norma oggetto del controllo o della norma parametro alla luce del loro contesto di formazione, di applicazione e dei loro effetti, diviene fondamentale individuare i criteri di rilevanza scelti per la loro introduzione nel giudizio, perché è da essi che dipende la soluzione della q.l.c..

Infatti, assume un ruolo di non secondaria importanza la modalità di acquisizione dei fatti legislativi: perché "come ovvio, sia il tipo di metodologia con cui il «fatto» è ricostruito, che il tipo di struttura argomentativa in cui il fatto ricostruito acquista rilievo, hanno marcate influenze sull'uso dei poteri istruttori della Corte, sul peso delle risultanze ai fini della decisione, sulla funzione dell'argomento «fattuale» nell'economia della motivazione"¹⁸.

È naturale che i fatti – come sopra individuati – entrino e incidano in misura relevantissima nell'attività interpretativa del giudice costituzionale¹⁹, ed è altrettanto naturale che il *valore* dei fatti sia mediato dalla diversa "prospettazione" di essi, dalle ricostruzioni concorrenti degli interessi in gioco, perché se si svincola "il punto di vista" dal "dato fattuale" la comprensione di quest'ultimo in connessione con la norma impugnata diviene un'operazione puramente soggettiva dell'interprete.

Con ciò – si badi – non si vuole appiattare la decisione della Corte sui fatti né tantomeno sulla configurazione di essi. Tuttavia, si vuole sottolineare il rapporto circolare esistente tra i "fatti" e le "regole": sono i primi a costituire "ora la causa della produzione giuridica ora il parametro di validità della stessa"²⁰.

Ciò detto, è possibile tornare alla domanda di partenza: come fa la Corte ad acquisire i fatti nel giudizio incidentale?

In considerazione dello scarso uso dei poteri istruttori della Corte²¹, che sembra piuttosto servirsi di canali conoscitivi informali²², le uniche modalità ufficiali di accesso dei fatti legislativi

¹⁶ Cfr. R. BIN, *Atti normativi*, cit., 334; T. GROPPI, *La Corte costituzionale tra «fatto legislativo» e «fatto sociale»*, in *Giur. Cost.*, 1998, 2803.

¹⁷ M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Napoli 2011, 3 ss.

¹⁸ R. BIN, *Atti normativi*, cit., 336.

¹⁹ L'attività interpretativa è infatti un processo "entropico" nel quale confluiscono innumerevoli informazioni, cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano 2013, 61 ss.

²⁰ Così, parlando del rapporto tra il *valore* e le sue *regole*, A. RUGGERI, *Il pluralismo tra regole e principi costituzionali sulla produzione giuridica*, in AA.VV., *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Macerata, 5-6 maggio 1994*, a cura di R. Bin e C. Pinelli, Torino 1996, 280. Di rapporto "circolare" tra fatti e fonti parla anche P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milano 2007, 15-16.

²¹ L'uso dei poteri istruttori da parte della Corte è per R. BIN, *Atti normativi*, cit., 337, un "falso problema". L'A. sottolinea infatti come non sia il fatto in sé ad interessare, ma piuttosto il procedimento della sua determinazione.

nel giudizio incidentale sono l'ordinanza di rimessione del giudice di merito, le memorie delle parti e le osservazioni dell'Avvocatura dello Stato.

In merito alla possibile carenza sia dell'ordinanza introduttiva²³, sia delle memorie delle parti si è già accennato. La prima è “frutto della sensibilità del giudice”²⁴, modellata quanto agli elementi fattuali sugli atti introdotti dalle parti nel giudizio principale; le seconde non sempre sono esaustive nella raccolta di dati empirico-conoscitivi, posta l'eccessiva onerosità che potrebbe comportare per le parti (si pensi, ad esempio, alla raccolta di dati tecnico-scientifici).

Più problematico l'inquadramento della posizione dell'Avvocatura dello Stato (nella veste di “procuratore legale” del Governo ed eventualmente della Regione).

Posto che non si tratta di “costituzione di parte”²⁵, l'intervento dell'Avvocatura è stato diversamente interpretato dalla dottrina.

Secondo l'orientamento prevalente, tale intervento è dispiegato a salvaguardia dell'indirizzo politico del Governo in carica²⁶. Secondo altri orientamenti minoritari, invece, l'intervento può essere letto in chiave difensiva della legge impugnata, essendo il Governo il principale detentore dell'iniziativa legislativa; ovvero preordinato alla tutela dell'interesse generale²⁷.

Di fatto, è l'interpretazione che vede il Governo quale “*defensor legis*” ad essere avvalorata dalla prassi. Tuttavia, che si tratti di un intervento a “direzione obbligata” non è per molti motivi di scandalo²⁸, ma anzi serve ad arricchire il contraddittorio del punto di vista della *politica*²⁹.

Ciò che è certo, infatti – e che ai fini del presente lavoro vuole essere valorizzato –, è che a prescindere dalla “natura” dello stesso, l'intervento del Presidente del Consiglio offre un'autorevole base argomentativa su cui la Corte può ragionare, spesso suffragata dalla raccolta di dati empirici rilevanti.

Ma è sufficiente? Le informazioni così acquisite dalla Corte sono sempre adeguate?

Procedimento che non può non tener conto del “punto di vista” dal quale parte, delle soluzioni prospettate, del fine perseguito. Il fatto, insomma, svolge una funzione conoscitiva solo se è rappresentativo di interessi.

²² Il problema che si riscontra in riferimento all'acquisizione dei fatti è la loro “verificabilità”, cfr. G. BRUNELLI – A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio*, cit., 186. Invero, secondo A. M. LECIS COCCO-ORTU, *L'intervento del terzo portatore di interessi nel giudizio incidentale, tra funzione collaborativa e legittimazione del giudice costituzionale: una composizione tra Italia e Francia*, in *Dir. Pubbl. Comparato ed Europeo*, 2013, I, 364, i fatti “entrano nel processo e si riflettono nelle decisioni, il che indica che sono acquisiti in qualche modo dalla Corte, la quale però di rado ne chiarisce la provenienza”. E di canali informali parlano anche R. BIN, *La Corte e la scienza*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale. Atti del seminario di Parma svoltosi il 19 marzo 2004*, a cura di A. D'Aloia, Torino 2005, 7; P. BIANCHI, *Dal “processo senza parti” alla “rappresentanza processuale degli interessi”*, in *Giur. Cost.*, 1993, 3057.

²³ Si badi, la carenza dell'ordinanza non è riferita ai suoi elementi essenziali (oggetto, parametro, rilevanza, non manifesta infondatezza,...), ché altrimenti la Corte si pronuncerebbe per l'inammissibilità della questione ovvero per la restituzione degli atti al giudice di merito. Piuttosto, come sopra evidenziato, ci si riferisce al fatto che la prospettazione degli interessi in conflitto avvenga ad opera di un soggetto per antonomasia “disinteressato” e, soprattutto, avvenga sulla base dei soli elementi raccolti nell'ambito del caso di specie. La carenza, allora, a cui si fa riferimento è quella afferente agli elementi conoscitivi fattuali utili per la risoluzione della questione incidentale.

²⁴ Così P. CARROZZA – R. ROMBOLI – E. ROSSI, *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in AA.VV., *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, a cura di R. Romboli, Napoli 2006, 735.

²⁵ La partecipazione del Presidente del Consiglio (o del Presidente della Giunta regionale) è inquadrabile in termini tecnici come “intervento” (ai sensi dell'art. 25, co. 3, l. n. 87 del 1953), con la conseguenza pratica che, nell'ipotesi di mancata costituzione delle parti, la Corte costituzionale deciderà in camera di consiglio (art. 9 N.I.).

²⁶ Così R. ROMBOLI, *La presenza del Governo nei giudizi costituzionali dopo la l. n. 400/1988*, in *Foro it.*, 1989, V, 317.

²⁷ E. MALFATTI – S. PANIZZA – R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino 2016, 117-118.

²⁸ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 317.

²⁹ A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 241.

4. I fatti scientifici

L'importanza dei fatti nel giudizio di incidentalità costituzionale può essere meglio compresa prendendo ad esempio i "fatti scientifici".

Il rapporto che lega scienza e diritto è un rapporto assai complesso. Nonostante si tratti di attività assai diverse e distanti tra loro, numerosi sono i punti d'incontro. La pervasività della scienza nella vita quotidiana della società non poteva, infatti, non riflettersi nel mondo del diritto, chiamato, da un lato, a regolamentarne gli sviluppi, dall'altro, ad adeguarsi ad essi.

In particolare, il continuo sviluppo tecnico e scientifico impatta su due precisi versanti del diritto: quello per così dire "genetico", che coincide con la fase produttiva della norma, demandata al legislatore o alla pubblica amministrazione³⁰; e quello più squisitamente "applicativo", demandato al giudice.

Invero, i soggetti pubblici, posta l'incidenza che il progresso scientifico esercita su molteplici ambiti della vita sociale (mercato, ambiente, salute, lavoro, e così via) sono chiamati a tradurre la medesima in diritto, sia "legislativo" sia "giurisprudenziale". Senonché, la scienza nel suo inarrestabile movimento è un sapere incerto e in continuo aggiornamento, che mal si presta ad essere "formalizzato" nel linguaggio giuridico, troppo lento (evidentemente per i suoi meccanismi di produzione) e "fisiologicamente" inadeguato a dare concretezza ai contenuti scientifici.

Ed è in queste situazioni che emerge tutta la complessità del rapporto scienza e diritto.

"Si tratta – per dirla con le parole di L. Violini – di quelle situazioni in cui la scienza non sa dare risposte ragionevolmente certe a problemi che il legislatore o la pubblica amministrazione non possono permettersi di continuare ad ignorare e dei casi in cui il giudice deve dirimere una controversia in cui l'accertamento dei fatti è di alta complessità"³¹.

In questi casi, veste gli scomodi panni del "mediatore" la giurisprudenza, soprattutto quella costituzionale.

Tenuto a decidere anche in assenza di una norma specifica, il giudice, infatti, è chiamato ad intervenire laddove il legislatore è manchevole e non colma le lacune, ovvero a "correggere" la regola legislativa adattandola ai casi di specie³².

Ed un ruolo particolare è riservato alla giurisprudenza costituzionale, quale principale interprete dei valori costituzionali nella loro dimensione dinamica.

Ad essa si deve l'individuazione di veri e propri limiti posti alla discrezionalità del legislatore nella "regolazione giuridica della scienza", in considerazione dell'importanza che riveste "il dato scientifico".

Così, allorché il legislatore è chiamato ad intervenire sul merito di scelte che presuppongono una conoscenza tecnico-scientifica altamente qualificata, può provvedere non in base a valutazioni di pura discrezionalità, ma solo e soltanto sulla base di una "verifica dello stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite, tramite istituzioni e organismi - di norma nazionali o sovranazionali - a ciò deputati, dato l'essenziale rilievo" che, a questi fini, rivestono "gli organi tecnico-scientifici" (cfr. sentenza n. 185 del 1998)³³.

³⁰ L'estendersi della funzione normativa conferita alla P.A., potere tradizionalmente esecutivo, ci induce a conferirle un ruolo attivo nella "genesì" del diritto, soprattutto nell'ambito tecnico scientifico, laddove si richiede un altro grado di specializzazione.

³¹ L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano 1986, 7.

³² A. D'ALOIA, *Norme, giustizia, diritti nel tempo delle bio-tecnologie: note introduttive*, in AA.VV., *Bio-tecnologie*, cit., XV.

³³ Così, nella sentenza n. 282 del 2002, la Corte costituzionale ha stabilito per la prima volta il limite del legislatore nella regolazione giuridica delle pratiche terapeutiche ammesse, "poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione". E tale limite è individuato anche in altri ambiti legati al bio-diritto. Cfr., fra tante, Corte cost. sentt. nn. 338/2003; 8/2011; 162/2014; 274/2014.

Sembra quasi potersi delineare una sorta di “riserva di scienza”³⁴, un’area in cui l’intervento legislativo assume natura sussidiaria e solo eventuale³⁵, a voler sottolineare l’impatto preponderante dei fatti scientifici sul diritto, quantomeno nella fase “*genetica*” di quest’ultimo, quantomeno nell’ambito dei fenomeni “bio-medici”.

Così non sembra essere, invece, se si guarda a quella che pocanzi abbiamo definito la fase “*applicativa*” del diritto ad opera del Giudice Costituzionale³⁶. La Corte, infatti, pare piuttosto legata ad una visione “astratta” del giudizio incidentale, inteso come “raffronto tra norme considerate nella loro proiezione interpretativa”³⁷, non cogliendo l’importanza dei fatti.

I casi in cui la Corte si è trovata a dover sindacare su questioni scientifiche controverse dimostrano tutta la sua reticenza nell’introdurre nel giudizio, e più precisamente nei suoi meccanismi decisionali, l’elemento scientifico dibattuto. Piuttosto, ed è questo il punto, sembra mostrare un “*favor*” per le scelte legislative, sul presupposto dell’insindacabilità della c.d. discrezionalità legislativa (*rectius*, sul presupposto che le scelte effettuate dal legislatore siano assunte “sulla base anche delle «evidenze scientifiche» e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale”³⁸), ovvero, si affida a fatti notori o massime d’esperienza.

Tuttavia, il riferimento a questi ultimi non serve a garantire la razionalità della decisione che su di essi si fonda³⁹. Sia i fatti notori che le massime d’esperienza sono il tentativo di dare una veste giuridica all’arsenale di conoscenze comuni meta-giuridiche di cui il giudice inevitabilmente si serve nella sua attività di interprete. La loro affidabilità è discutibile in quanto presuppongono “l’idea di una società culturalmente omogenea, nella quale i singoli campi o settori dell’esperienza producono «dati» omogenei ed uniformi, che vengono raccolti ed interpretati secondo criteri comuni e stabili, sino a produrre «leggi generali» che esprimono quella esperienza”⁴⁰, mal conciliandosi, allora, con la complessità che caratterizza la nostra società.

Per evitare che il loro uso sia distorto e scada in un non verificabile soggettivismo dell’interprete, si rende allora necessario appurare la loro attendibilità sulla base delle conoscenze scientifiche⁴¹, e ove anche queste non diano risposte sufficientemente certe, sulla base di un controllo degli strumenti informativi adoperati dall’interprete, controllo questo che è possibile solo in un contesto di “*pluralismo cognitivo*”.

5. Come la giurisprudenza si apre alla scienza: l’*amicus curiae* dinanzi alla Corte Suprema

In altri ordinamenti, in particolare in quelli di *Common Law*, l’integrazione del supporto informativo nell’ambito dei giudizi costituzionali avviene mediante l’introduzione nel processo di una figura *sui generis*: l’*amicus curiae*.

³⁴ Sulla possibile emersione di tale istituto si interroga 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, 4.

³⁵ L. Violini, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull’incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, II, 1456.

³⁶ Diverso e più intenso, invece, il rapporto scienza-giudice ordinario, la cui trattazione meriterebbe uno studio e un approfondimento a sé stante che esula dallo scopo del presente lavoro.

³⁷ Q. CAMERLENGO, *I poteri istruttori della Corte costituzionale e l’accesso degli elementi scientifici nel giudizio di costituzionalità*, in AA.VV., *Bio-tecnologie*, cit., 170.

³⁸ Così, ad esempio, nella recente sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016, in materia di “divieto di sperimentazione sugli embrioni” (di cui all’art. 13 della l. 40/2004).

³⁹ M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 230.

⁴⁰ M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 665.

⁴¹ M. TARUFFO, *Senso comune*, cit., 686.

L'*amicus curiae* è una figura processuale di origine anglosassone, di cui si ha traccia già in età medioevale⁴², nell'ambito soprattutto dei processi penali ma anche civili. In origine, l'intervento di tale soggetto era squisitamente "neutrale", finalizzato cioè ad assistere il giudice in veste di suo ausiliario "*for the honour of the Court to avoid errors in its judgment*"⁴³. Il suo compito, infatti, si risolveva o nell'introduzione di informazioni utili per l'accertamento dei fatti controversi, o nella segnalazione di eventuali errori o irregolarità nello svolgimento del processo o della sua istruzione. Il tutto "per un fine superiore di verità e giustizia"⁴⁴.

Nel tempo e con l'introduzione di tale figura nell'ordinamento statunitense si assiste ad una vera e propria trasformazione. L'*amicus curiae* "*has moved from neutrality to partisanship, from friendship to advocacy*"⁴⁵, ovvero da soggetto neutrale e disinteressato, adesso partecipa al processo perché è in qualche misura interessato al suo esito⁴⁶.

L'interesse di cui si fa portavoce non necessariamente coincide con quello delle parti. Si tratta perlopiù di interessi diffusi o collettivi⁴⁷, coinvolti nella causa ma non adeguatamente rappresentati dalle parti, o perché impossibilitate a farlo o perché non ne hanno avuto interesse.

La sua partecipazione si risolve nel depositare delle memorie illustrative ("*amici curiae briefs*"), attraverso le quali fornisce dati fattuali e argomentazioni giuridiche che consentono alla Corte non solo una più ampia prospettazione delle questioni sottese al caso, ma anche di conoscere in anticipo gli effetti delle sue decisioni sui terzi⁴⁸.

È soprattutto nei giudizi dinanzi alla Corte Suprema che l'istituto ha trovato particolare applicazione. Laddove, infatti, oggetto della controversia sono le libertà fondamentali, è più sentito il bisogno di partecipare per richiamare l'attenzione del giudice su situazioni che altrimenti verrebbero trascurate o del tutto ignorate.

Numerose sono le organizzazioni che chiedono di intervenire come *amici curiae*, soprattutto nelle questioni che hanno una forte risonanza politico-sociale. Il fenomeno è talmente tanto esteso che addirittura associazioni sorgono proprio con questo intento. Si parla a tal proposito di "*judicial lobbying*"⁴⁹.

E l'eccessiva strumentalizzazione dell'istituto da parte dei gruppi di interesse comporta numerosi rischi. Non solo l'aggravamento e la conseguente degenerazione del processo, ma soprattutto il rischio di un'eccessiva sua politicizzazione causata proprio dall'incidenza che tali gruppi esercitano nella determinazione dell'esito del conflitto⁵⁰.

Al di là dei pericoli appena accennati, l'istituto in discorso si rivela particolarmente utile soprattutto per l'introduzione nel processo di legittimità costituzionale dei fatti scientifici. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, ai casi in cui è stato necessario accertare la correlazione tra la somministrazione di certi farmaci o sostanze con lo svilupparsi di patologie cancerogene o

⁴² Cfr. S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, in *The Yale law journal*, 1962 (vol.72), 694 e ss.

⁴³ S. KRISLOV, *The Amicus*, cit., 695.

⁴⁴ N. TROCKER, *L'«amicus curiae» nel giudizio davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 131.

⁴⁵ S. KRISLOV, *The Amicus*, cit., 704.

⁴⁶ G. CRISCUOLI, *Amicus curiae*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 192, sottolinea come questo cambiamento non abbia comunque comportato "l'estinzione" della figura di *amicus curiae* disinteressato, il quale continua comunque ad esistere soprattutto nell'ordinamento inglese.

Ad ogni modo, secondo S. BANNER, *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and their Friends, 1790-1890*, in *Constitutional Commentary*, vol. 20, 2003, 111 e ss., mai nella prassi americana l'*amicus curiae* è stato disinteressato.

⁴⁷ DE FRANCHIS, *Amicus curiae*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, 1987, 301.

⁴⁸ Cfr. E. SILVESTRI, *L'«amicus curiae»: uno strumento per la tutela di interessi non rappresentati*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 693.

⁴⁹ DE FRANCHIS, *Amicus*, cit., 301.

⁵⁰ Per una attuale disamina delle seguenti problematiche si rimanda a P. M. COLLINS Jr, *Friends of the Supreme Court. Interest group and judicial decision making*, Oxford 2008.

malformazioni. In questi casi, l'apporto degli *amici curiae* si è rivelato indispensabile, trattandosi di soggetti (persone fisiche, ma soprattutto giuridiche) di grande competenza tecnico-scientifica⁵¹.

Il ricorso alla scienza, però, non sempre è risolutivo. Come si è cercato di mettere in evidenza nel paragrafo precedente, spesso mancano nel mondo scientifico risposte unanimi e pacificamente condivise. Per cui riuscire a verificare l'attendibilità e validità dei dati scientifici risulta essere un compito arduo. Non a caso, la *Supreme Court* ha cercato nel tempo di individuare dei criteri per orientarsi sulla effettiva affidabilità della *science evidence*⁵², correndo il rischio di trasformare il giudice in un "guardiano dell'ammissibilità delle prove scientifiche"⁵³.

Tuttavia, se è indubbio che l'apertura alla scienza ponga altri, e non meno interessanti, problemi, altrettanto certo è che da essa non può sempre prescindere. Essa, invero, può fungere da strumento di razionalizzazione delle conoscenze comuni, può cioè consentire al giudice di effettuare un controllo critico e non a-prioristico sui dati dell'esperienza comune⁵⁴.

Posta la necessità di integrare il materiale probatorio al di là dei tradizionali limiti fissati dal contraddittorio e della visione idealistica dei giudici quali soggetti "onniscienti", a cui è chiesto di andare oltre il tradizionale brocardo del "*iura novit curia*", allora, sono da preferire strumenti formalizzati a quelli non ufficiali⁵⁵.

La pluralità d'informazioni (pluralismo cognitivo) e la loro verificabilità, infatti, consentono di prevenire un esercizio abusivo e incontrollato del potere del giudice.

6. Limiti del sindacato. Discrezionalità del legislatore?

Il controllo sui fatti può comportare una smodata estensione del controllo di costituzionalità? Effettuarlo cioè sulle scelte "tecniche" del legislatore comporta il rischio di oltrepassare il limite fissato dall'art. 28 della l. 87/1953, secondo il quale "*Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o su un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*". È questa la ragione per la quale piuttosto la Corte – come detto pocanzi – preferisce avvalorare le scelte del legislatore?

Per cercare di rispondere ai predetti interrogativi, è prima necessario comprendere cosa si intenda per discrezionalità legislativa.

Il concetto di discrezionalità legislativa si presta a due interpretazioni diverse, entrambe avvalorate da autorevole dottrina⁵⁶.

Da una parte, ci si riferisce ad un'attività vincolata nel fine ma libera nelle modalità di perseguire e realizzare il medesimo. Un'attività insomma che presuppone una certa doverosità. È questo il tipico significato "amministrativistico" del termine.

Dall'altra, invece, si fa riferimento ad un'attività libera sia nella scelta del fine che nella determinazione del proprio comportamento. È questa "espressione di un incompressibile ambito di libertà di apprezzamento politico"⁵⁷. Un'attività che presuppone valutazioni di opportunità in funzione delle circostanze contingenti.

⁵¹ Emblematico il caso *Daubert v. Merrell Dow pharmaceuticals*, in cui presero parte ben 25 *amici curiae*. Si trattava di una causa di risarcimento del danno, in particolare l'assunzione di un farmaco in stato di gravidanza aveva determinato gravi malformazioni al nascituro. L'importanza del caso è testimoniata dall'introduzione di nuovi criteri di attendibilità della *scientific evidence*. Cfr. M. TARUFFO, *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 230 e ss.; A. DONDI, *Paradigmi processuali ed «expert witness testimony» nel diritto statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 261 e ss.

⁵² Vedi nota precedente.

⁵³ R. BIN, *La Corte e la scienza*, cit., 4.

⁵⁴ M. TARUFFO, *Senso comune*, cit., 686.

⁵⁵ A. M. LECIS COCCO-ORTU, *L'intervento del terzo*, cit., 363.

⁵⁶ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Strumenti e tecniche del giudizio della Corte costituzionale. Atti del convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986*, Milano 1988, 72 ss.

⁵⁷ G. Scaccia, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Politica del diritto*, 1999, 392.

I due orientamenti presuppongono, a loro volta, concezioni diverse del sistema costituzionale. Il primo, infatti, concepisce il sistema costituzionale come “finalisticamente” compiuto, chiuso, finito. Il secondo, invece, improntato al principio pluralistico, “esclude la configurabilità di un interesse pubblico unitario”⁵⁸, ma rintraccia nella Costituzione il fondamento di più interessi liberi di determinarsi anche in considerazione della dialettica politica.

Dalle due concezioni sinteticamente riportate, possono trarsi conseguenze pratiche diverse sull'estensione del controllo di costituzionalità.

Ed infatti, concepire l'attività legislativa come attività “funzionalizzata” al perseguimento di un interesse pubblico, significa estendere il sindacato di costituzionalità alle figure sintomatiche dell'eccesso di potere. I vizi potenzialmente contestabili avrebbero ad oggetto, allora, non solo l'atto finale e il suo procedimento di realizzazione, ma anche le modalità di esercizio del potere legislativo (sviamento della legge dai fini costituzionalmente prescritti, straripamento della funzione legislativa, esercizio della funzione legislativa in frode alla Costituzione⁵⁹).

Identificare, invece, la discrezionalità legislativa con l'attività di apprezzamento politico significa, per ciò stesso, impedire qualsiasi forma di sindacato sulla stessa.

In realtà, in entrambi i casi, si ritiene esserci un vizio di fondo. Nell'uno, il voler traslare le categorie del diritto amministrativo al diritto costituzionale, potrebbe comportare un sindacato di merito. Nell'altro, la confusione tra legittimità e merito, impedirebbe invece di effettuare un sindacato di legittimità “sostanziale”.

Ed infatti, non aderire alla teoria dell'eccesso di potere, non significa aderire ad un indirizzo restrittivo dei poteri della Corte⁶⁰. Tutt'altro.

Secondo L. Paladin, la funzione legislativa va considerata “*nei termini astratti d'una competenza generale e di principio alla creazione di norme giuridiche [...]. Di conseguenza, in diritto costituzionale, alludere ai vizi della funzione legislativa vuol dire riferirsi – indifferentemente – a tutte le invalidità sostanziali delle leggi*”⁶¹.

E la natura sostanziale dei vizi di legittimità non esclude, anzi presuppone forme di accertamento penetranti sui fatti presupposti dal legislatore, sulle finalità perseguite, sulla congruità del mezzo al fine, sui costi e benefici, sugli effetti della norma.

Tutti accertamenti che non possono esulare dal rilievo dei fatti, e tra questi anche quelli scientifici laddove presupposti.

Posto che il controllo sui fatti non snatura il giudizio di legittimità costituzionale in un giudizio di merito, si rende necessaria, allora, una maggiore sua apertura agli elementi fattuali.

Purché si tratti di un'apertura “formalizzata” e “plurale”.

⁵⁸ A. PIZZORUSSO, *Il controllo*, cit., 77.

⁵⁹ G. SCACCIA, *Eccesso di potere*, cit., 391.

⁶⁰ L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 306.

⁶¹ L. PALADIN, *Legittimità*, cit., 319.